

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

PEDRO ORRICO SANDRIN

PRÁTICAS DE REGULAÇÃO BRASILEIRAS
Evolução e ferramentas do sistema regulatório norte-americano e a experiência
prática da ANP: notas sobre um progresso indispensável

SÃO PAULO

2016

PEDRO ORRICO SANDRIN

PRÁTICAS DE REGULAÇÃO BRASILEIRAS

Evolução e ferramentas do sistema regulatório norte-americano e a experiência prática da

ANP: notas sobre um progresso indispensável

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração de Direito dos Negócios Aplicado e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Caio Mario da Silva Pereira Neto

SÃO PAULO

2016

Sandrin, Pedro Orrico.

Práticas de regulação brasileiras, evolução e ferramentas do sistema regulatório norte-americano e a experiência prática da ANP : notas sobre um progresso indispensável / Pedro Orrico Sandrin. - 2016.

157 f.

Orientador: Caio Mario da Silva Pereira Neto

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Agências reguladoras de atividades privadas. 2. Revisão judicial. 3. Agência Nacional de Petróleo (Brasil). 4. Direito administrativo. I. Pereira Neto, Caio Mario da Silva. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 342.9(81)

RESUMO

SANDRIN, Pedro Orrico. Práticas de regulação brasileiras. Evolução e ferramentas do sistema regulatório norte-americano e a experiência prática da ANP: notas sobre um progresso indispensável, 2016. 156f. Mestrado – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

Condição fundamental para o bom funcionamento do novo modelo de Estado pretendido pela Constituição Federal de 88, o sistema regulatório brasileiro está significativamente atrasado em relação ao seu congênere norte-americano no que se refere ao emprego de boas práticas de regulação. Tomando-se como referência a Agência Nacional do Petróleo – ANP, veremos neste trabalho que não se encontram nas normas de criação das agências brasileiras muito mais do que menções genéricas a necessidade de realização de consultas e audiências públicas para a discussão de propostas de regulação que, de alguma maneira, possam afetar direitos dos entes regulados. Ferramentas como (1) mecanismos de coordenação, planejamento e controle da ação regulatória, (2) fixação de conteúdo mínimo para a fundamentação da ação regulatória pretendida, incluindo a exigência da apresentação de análise de impacto regulatório e detalhamento sobre seu *decision-making process*, e (3) a obrigatoriedade de revisão periódica da regulação existente, dentre várias outras ferramentas incorporadas ao sistema americano ao longo da evolução pela qual este sistema passou ao longo da segunda metade do século XX, ou não são utilizadas ou não são obrigatórias. Tal fato, aliado à tendência verificada à deferência não fundamentada que o Judiciário demonstra quando chamado a realizar o controle judicial das normas editadas por estes agentes, é o que permite que uma agência tão importante quanto ANP, quase duas décadas após a sua criação, permaneça indiferente à tais práticas.

Evidentemente, por estarem as conclusões deste trabalho baseadas na análise da experiência concreta de um único caso, de uma única agência, tais conclusões não podem (e não devem) ser tomadas como amostra representativa do *modus operandi* de todas as agências ou, de maneira geral, da qualidade de todo o sistema regulatório brasileiro. E não é esta, de fato, a pretensão; o argumento que se pretende marcar é que, em razão da ausência de um marco regulatório que *obrigue* a adoção uniforme e obrigatória de boas práticas de regulação, combinada com a postura pouco exigente demonstrada pelo Judiciário no controle dos atos destes agentes, o sistema regulatório brasileiro, em seu estágio atual de evolução, *admite atuação como a que veremos no caso concreto da ANP*, o que deve ser motivo de preocupação e atenção imediata.

Palavras-chave: agências reguladoras, práticas ou ferramentas de regulação, revisão judicial e ANP.

ABSTRACT

SANDRIN, Pedro Orrico. Brazilian regulatory practices. Evolution and tools of the north-American regulatory system and the practical experience of the ANP: notes on an essential progress, 2016. 156f. Mestrado – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

Essential condition for the proper functioning of the new State model sought by the Federal Constitution of 88, the Brazilian regulatory system is significantly behind the American congeneric in what concern to the employment of advanced regulatory practices. Taking the national petroleum agency-ANP as a reference, not much besides public consultations and hearings are required for the issuing of new regulation. Tools such as (1) mechanisms for coordination, planning and control of the regulatory action, (2) the fixing of a minimum content for the regulatory reasons, including the obligatory usage of regulatory impact analysis, and (3) the compulsory periodic review of existing regulation, among several other tools incorporated by the American system throughout the evolution experimented in the 20th century, are whether not used or not mandatory. Such fact, combined with an unreasoned tendency to deference by the Judiciary when asked to review such agent's action, explains how a crucial agency like ANP remains indifferent to such practices after two decades since its foundation.

Given that the conclusions of this work are based on a single case of a single agency, such conclusions cannot (and should not) be taken as a representative sample of the *modus operandi* of all agencies or, in general, as a representative sample of the quality of the entire Brazilian regulatory system. And this is not, in fact, the objective; our claim is that due to the absence of a regulatory framework requiring the adoption of uniform and mandatory regulatory practices, combined with the undemanding attitude demonstrated by the Judiciary in the control of the actions of these agents, the Brazilian regulatory system admits such a low level of performance that should be cause for concern and immediate attention.

Keywords: regulatory agencies, regulatory tools or practices, judicial review and ANP.

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	10
1. QUESTÕES ATUAIS SOBRE O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	16
1.1. Inserção das agências no ordenamento jurídico brasileiro: deslegalização.....	16
1.2. Características fundamentais.....	19
1.2.1. Conceito e controles. O papel do Poder Executivo.....	19
1.2.2. Autonomia e legitimidade: conceitos conflitantes?.....	22
1.2.3. Princípios ou pressupostos de atuação.....	26
1.3. Conclusão parcial: teoria <i>versus</i> prática.....	28
1.4. Uma ideia original: legitimidade é igual a qualidade. Mas como medi-la?.....	28
1.4.1. Uma proposta para a mediação da qualidade do sistema regulatório brasileiro.....	33
2. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA NORTE-AMERICANO	35
2.1. <i>New Deal</i> : origens.....	35
2.2. O debate sobre autonomia <i>versus</i> legitimidade na doutrina americana: a Teoria do Interesse Público e a Teoria da Captura.....	37
2.3. A evolução do sistema regulatório americano: razões e novas ferramentas.....	40

2.3.1.	Introdução: a gênese do <i>Administrative Procedure Act</i> – APA. Primeiras balizas para a atuação das agências.....	40
2.3.2.	Críticas ao APA e a evolução das práticas de regulação: novas referências para a atuação das agências independentes.....	43
2.3.3.	O <i>Office of Management and Budget</i> (OMB): mais controle sobre a atuação das agências e ferramentas de regulação.....	46
2.3.4.	<i>Executive Order</i> 12866: consolidação e sofisticação das práticas de regulação.....	51
2.3.5.	Conclusões.....	59
2.4.	O papel do Poder Judiciário neste processo.....	62
2.4.1.	Introdução.....	62
2.4.2.	Os modelos de controle do sistema norte-americano. O controle de razoabilidade como incentivador da qualidade da motivação.....	64
2.4.3.	A doutrina Chevron.....	72
2.4.3.1.	O caso Mead.....	77
2.4.4.	Conclusão: conciliando o controle de razoabilidade com Chevron.....	78
3.	A QUESTÃO DO CONTROLE JUDICIAL NO BRASIL.....	81
3.1.	A evolução das teorias sobre o controle judicial dos atos administrativos: da discricionariedade não sujeita a revisão ao controle de intensidade variável.....	81
3.2.	A prática do Judiciário.....	86
3.2.1.	Introdução.....	86

3.2.2. Análise da qualidade da prestação jurisdicional: um contencioso (injustificadamente) deferente às agências, caro, demorado e instável.....	89
3.2.2.1. A realidade de outros países.....	90
3.2.3. Nossas hipóteses a respeito das consequências deste cenário.....	92
3.2.3.1. Hipótese 1: Judiciário pode estar fornecendo poderoso estímulo para a manutenção da baixa qualidade dos procedimentos de regulação aplicados pelas nossas agências.....	92
3.2.3.2. Hipótese 2: Tendência à deferência injustificada pode ser explicada pela baixa qualidade dos procedimentos de regulação aplicados pelas nossas agências.....	94
3.2.4. Conclusões.....	95
4. A EXPERIÊNCIA DA ANP.....	97
4.1. Introdução.....	97
4.2. ANP: criação e parâmetros para o exercício de seu poder normativo.....	98
4.3. Caso concreto: a Resolução ANP nº 44/2013.....	101
4.3.1. As discussões que antecederam a publicação da norma.....	101
4.3.2. A disputa sobre a Resolução ANP nº 44/2013.....	107
4.3.2.1. Os argumentos do SINDICOM.....	107
4.3.2.2. A resposta da ANP.....	111
4.3.2.3. As manifestações do Poder Judiciário.....	115
4.3.3. Comentários.....	121

4.3.3.1. Dos procedimentos aplicados pela ANP para a gestão da Resolução ANP nº 44/2013.....	121
4.3.3.2. Da resposta do Judiciário aos questionamentos apresentados: a deferência segundo os Tribunais norte-americanos e brasileiros.....	124
4.3.3.2.1. Deferência segundo os Tribunais norte-americanos: a agência deverá provar a necessidade, razoabilidade e proporcionalidade da ação regulatória pretendida.....	124
4.3.3.2.2. Deferência segundo os Tribunais brasileiros: presunção de veracidade das alegações da agência e prova sobre a desnecessidade, irrazoabilidade e desproporcionalidade a cargo do agente que questiona a norma.....	127
5. CONCLUSÕES.....	132
REFERÊNCIAS.....	136
ANEXO ÚNICO.....	140

“The American people deserve a regulatory system that works for them, not against them: a regulatory system that protects and improves their health, safety, environment, and well-being and improves the performance of the economy without imposing unacceptable or unreasonable costs on society; regulatory policies that recognize that the private sector and private markets are the best engine for economic growth; regulatory approaches that respect the role of State, local and tribal governments; and regulations that are effective, consistent, sensible, and understandable. We do not have such a regulatory system today¹”.

INTRODUÇÃO

O amplo processo de reforma do Estado brasileiro iniciado na década de 90² representou, antes de tudo, o reconhecimento inescapável de que estava esgotado o modelo de Estado protagonista dos processos econômicos. Embora diversos outros países tenham chegado à mesma conclusão com algumas décadas de antecedência e, por esta razão, tenham igualmente conduzido seus próprios processos de reforma, no caso brasileiro a adoção do novo modelo de Estado regulador representou, também, uma necessária conformação de suas funções ao que havia sido estatuído pela recém-editada Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 173 determinou que “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só

¹*Executive Order* 12866, 30 de setembro de 1993.

² Via edição com a edição da Lei que instituiu o Programa Nacional de Privatização (Lei 8.031, de 12 de abril de 1990), posteriormente sucedida pelas Emendas Constitucionais que flexibilizaram os monopólios estatais (Emendas 6 e 7) e afastaram as restrições que haviam ao capital estrangeiro (Emendas 5, 8 e 9).

será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei³”.

Neste contexto de necessária e ao mesmo tempo obrigatória substituição do Estado por agentes privados no desempenho das atividades econômicas, surge uma nova figura, tão polêmica quanto importante para o adequado funcionamento deste novo paradigma: as agências reguladoras independentes. Para esta função, contudo, deverão apresentar-se, de direito e de fato, como uma nova espécie de administrador: imparcial, mas, ao mesmo tempo, sensível às demandas de agentes regulados e consumidores; detentor de expertise técnica destacada sem, com isso, deixar de estar aberto para trocas com a sociedade por meio de procedimentos de participação pública efetivos; e, talvez a demanda mais urgente e importante, eficiente.

Embora tanto na doutrina como na jurisprudência brasileiras já esteja praticamente superada a discussão a respeito de sua constitucionalidade, as agências ainda causam inquietações, sobretudo relacionadas à forma como exercem seu poder normativo. Como se sabe, não há no ordenamento jurídico brasileiro exigência unificada, aplicável a todas as agências, a respeito de como deverão pensar, propor, discutir, medir e revisar a regulação que lhes compete; além disso, também não há previsão de uma única entidade responsável por centralizar a coordenação, planejamento e controle da ação destes agentes. Como efeito destas ausências, não é possível discernir um padrão na atuação das agências: enquanto algumas têm maior interação com seu Ministério respectivo – ou, em alguns casos e momentos, sofrem maior influência direta deste –, outras mantêm relativo distanciamento e desfrutam de maior grau de liberdade em suas escolhas; enquanto algumas (poucas) agências já têm incorporado em seus processos a tradição de realizar análise de impacto regulatório em relação às propostas que apresentam, a maioria não o faz; enquanto algumas têm por costume dar publicidade à

³ Vale ressaltar, dada a sua clareza, o objetivo do Plano Nacional de Privatização, inscrito no artigo 1º, I, da Lei 8.031/1990: “Art. 1º. (...): I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades *indevidamente* exploradas pelo setor público”; a Lei 8.031/1990 foi posteriormente revogada pela Lei 9.491/1997, que entretanto, repetiu, sem alterações, o dispositivo transcrito.

sua pauta regulatória prioritária, outras não têm este cuidado; enquanto algumas permitem o acesso do público aos estudos que basearam a proposta de norma colocada para discussão em consulta e audiência públicas, outras não têm este costume. Não há, de fato, um padrão; no máximo, semelhanças.

Diante deste cenário, nossa hipótese, a ser desenvolvida ao longo deste trabalho, é que a ausência de procedimentos regulatórios unificados e de qualidade, e de uma entidade que centralize a coordenação, planejamento e controle de sua ação, têm implicado em uma série de falhas no exercício de seu poder normativo, tais como:

1. Permite a proposição de normas desnecessárias, irracionais e/ou desproporcionais em razão da falha ou insuficiência no diagnóstico do problema a ser tratado e suas possíveis soluções;
2. Não demanda que sejam seriamente consideradas, avaliadas e comparadas, sobretudo do ponto de vista de seu custo/benefício, possíveis alternativas à solução originalmente pensada;
3. Admite a manutenção de procedimentos pouco transparentes e com baixo grau de abertura democrática, o que dificulta o diálogo das agências com os destinatários da regulação, diminuindo sua eficiência potencial e ampliando seu já tão propagado déficit de legitimidade;
4. Dificulta, ou mesmo impossibilita, o controle de seus atos pelos poderes estatais, em particular o Judiciário.

Mas quais são as práticas de regulação que, quando aplicadas em conjunto, permitem que se crie um ambiente institucional – ou um sistema regulatório – menos sujeito às falhas referidas acima e, por esta razão, propício à produção de políticas regulatórias de qualidade? A nosso sentir, a resposta a esta indagação dispensa grandes esforços intelectuais de inovação. Isto porque já há amplo material disponível a respeito

de práticas que há bastante tempo vêm sendo testadas e adotadas com sucesso por diversos países nos mais diferentes estágios de sofisticação econômica e institucional. Mesmo considerando-se as sempre propagadas particularidades e complexidades da realidade brasileira, não nos parece que, neste campo, seja necessário empreender significativo empenho de energia, tempo e recursos no desenho de novas ferramentas se houver abertura para aprender com a experiência internacional, sobretudo via observação da evolução pela qual o sistema regulatório norte-americano passou ao longo da segunda metade do século XX.

Com apoio precisamente no paradigma deste sistema, que veremos em mais detalhes no Capítulo 2, acreditamos ser possível, para fins didáticos, divisar desde já as práticas mais importantes em dois grandes grupos: de um lado, práticas relacionadas a (1) mecanismos de coordenação, planejamento e controle prévio da ação das agências exercidos de maneira centralizada e contínua (não *ad-hoc*); de outro, práticas relacionadas a (2) processos de regulação detalhados, transparentes e com alto grau de abertura democrática, aplicados com vistas a garantir que a agência será demandada a comprovar a necessidade, racionalidade e proporcionalidade de suas pretensões normativas, bem como sua superioridade em comparação com eventuais outras opções disponíveis⁴. Sem prejuízo de eventuais outras práticas de regulação que se deseje adotar, nossa visão é que somente pelo somatório de mecanismos de coordenação, planejamento e controle e processos de regulação com as características sugeridas aqui se poderá almejar a construção de um sistema que estimule a produção de regulação de qualidade, pelas razões que veremos.

Em linha com esta proposição, estruturamos este trabalho da seguinte maneira: no primeiro capítulo, faremos, inicialmente, uma breve recapitulação a respeito de como este novo modelo de atuação estatal foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro e suas características fundamentais, incluindo os controles a que as agências

⁴ As práticas que devem idealmente compor cada um destes grupos serão detalhadas no item 2.3.5, com base na análise que será feita do sistema norte-americano no Capítulo 2.

estão submetidas. Na sequência, passaremos pelo debate recorrente acerca do aparente dilema entre a necessidade de se garantir às agências, ao mesmo tempo, autonomia decisória e legitimidade, e veremos que pressupostos de atuação (ou princípios) guiam – ou deveriam guiar, em tese – a ação destes agentes. Ao final, inspirados na metodologia de “perguntas-teste” sugerida por Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge⁵, proporemos questões-chave para a medição, de maneira mais objetiva, da qualidade de um dado sistema regulatório. Tais questões serão consideradas na conclusão deste trabalho para sugerir o estágio atual de evolução do sistema regulatório brasileiro, com base no escrutínio do caso concreto objeto do Capítulo 4.

Em seguida, no segundo capítulo, conheceremos a evolução pela qual o sistema de regulação norte-americano passou ao longo da segunda metade do século XX, suas razões políticas, e o papel do Judiciário nesta evolução. Neste percurso, conheceremos as novas práticas de regulação que foram incorporadas ao sistema, e suas funções.

No terceiro capítulo veremos como a doutrina brasileira se posiciona a respeito do controle judicial do poder normativo das agências reguladoras, como o Judiciário, na prática, vem agindo, e as consequências decorrentes deste fato.

No quarto capítulo, veremos como a ANP, agência selecionada para escrutínio mais detido neste trabalho por ser uma das mais antigas em funcionamento no País e responsável por um setor profundamente estratégico para a economia e o desenvolvimento nacional, faz uso, na prática, do poder normativo que recebeu do legislador. Embora, como dito, as agências brasileiras apresentem variação quanto às ferramentas que utilizam para normatizar os setores que lhes cabe, acreditamos que a análise detalhada da gestação de polêmica Resolução recentemente editada pela ANP fornecerá amostra razoavelmente representativa da baixa qualidade dos processos de

⁵ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Second Edition, 2012, pp. 25-38.

regulação aplicados por nossas agências⁶ e de seus efeitos para a qualidade da regulação produzida, de maneira a permitir a proposição constante do último capítulo deste trabalho. Neste mesmo capítulo, veremos, ainda, como o Judiciário brasileiro se posicionou quando a política regulatória editada pela ANP foi questionada nos Tribunais, de maneira a confirmar, também na prática, as hipóteses sugeridas ao final do terceiro capítulo.

Por fim, no quinto capítulo, com base na análise comparativa entre a experiência prática de uma de nossas principais agências reguladoras e a evolução pela qual passou o sistema regulatório norte-americano – e as novas ferramentas de regulação incorporadas neste processo –, concluiremos que há ainda um profundo distanciamento entre a qualidade do sistema regulatório brasileiro em relação ao norte-americano, nosso paradigma neste trabalho. Afirmaremos, ainda, que a melhor alternativa para diminuir este *gap* é a adoção, por Lei, das principais práticas de regulação incorporadas pelo sistema norte-americano ao longo de sua evolução, o que é passo fundamental para avançarmos com a transição pretendida e constitucionalmente exigida de um Estado empreendedor tradicionalmente deficitário e incompetente para um Estado regulador efetivo e eficiente.

⁶ Por processos de regulação de baixa qualidade estamos nos referindo àqueles processos que não apresentam as características sugeridas acima, no caso, detalhamento, transparência e alto grau de abertura democrática, e aplicação com vistas a demandar da agência que prove a necessidade, racionalidade e proporcionalidade de suas pretensões normativas, bem como sua superioridade em comparação com eventuais outras opções disponíveis.

CAPÍTULO 1. QUESTÕES ATUAIS SOBRE O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 Inserção das agências no ordenamento jurídico brasileiro: deslegalização

Como já referido, o artigo 173 da Constituição Federal atribuiu ao Estado brasileiro a função de atuar diretamente na economia apenas quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou em razão de relevante interesse coletivo. Contudo, até o início da reforma estatal na década 90, a atuação direta do Estado na economia era a regra, e não a exceção. Tal modelo gerou uma profunda lacuna normativa em determinados setores econômicos, pois, obviamente, se o agente atuante e o Estado se confundiam, não havia razão para a edição de normas orientadoras de comportamento. Contudo, uma vez que a intenção do Estado passou a ser retirar-se de determinados setores e passá-los à exploração pela iniciativa privada, tornou-se imperativo regular a atuação do particular, de modo a garantir que sua atuação nestes setores privatizados se daria em conformidade com o Interesse Público. A forma encontrada pelo Estado para esta regulação foi precisamente a criação de agências independentes⁷.

O artigo 173, porém, não é o único fundamento constitucional das agências reguladoras. Na realidade, como se viu, o mencionado dispositivo apenas estabeleceu o modelo de Estado que deveria passar a ser adotado, o que gerou, por consequência, a necessidade de criação de novos instrumentos que pudessem garantir a sua efetivação. Neste sentido, fundamental para a gênese das agências reguladoras foi o artigo 48 da Constituição Federal, embora o mesmo não tenha passado ao largo de questionamentos da doutrina quanto a supostos conflitos com o princípio da separação

⁷ Como se sabe, agências não regulam apenas atividades econômicas; direitos sociais em geral, sobretudo questões relacionadas ao meio ambiente e outras em que a expertise técnica é especialmente demandada, são tema recorrentemente delegados para a regulação por agências especializadas. Como no Brasil, contudo, pelas razões que se comentou, o movimento mais relevante de passagem de atividades privadas para a regulação estatal se deu, de fato, em relação a atividades econômicas, será, sobretudo, em relação a este nicho regulatório que nos referiremos neste trabalho.

dos poderes. Contudo, tornou-se claro que a complexidade de determinadas atividades comuns à sociedade civil dos dias de hoje não se coadunava com uma interpretação rígida desse princípio. Determinados setores econômicos, empregadores de tecnologias de ponta altamente complexas e dinâmicas, e participantes de um mercado global intensamente competitivo, demandavam uma atuação estatal que fosse técnica, participativa, ágil e dissociada, no maior grau possível, de debates de caráter ideológico e político.

Em razão desta constatação fática é que se começou a atribuir maior importância, e abrangência, ao instituto da delegação legislativa, que congrega os diversos instrumentos de que pode fazer uso o Poder Legislativo para repassar a sua competência originária para a edição de comandos legais a terceiros. Neste ponto, cabe referir a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, aproveitando-se dos ensinamentos de Eduardo Garcia de Enterría, diferencia três espécies possíveis de delegação legislativa⁸, a saber:

1. Delegação reptícia, consistente na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de Lei, adstrita a um quadro delimitado e a um determinado tempo, fixados no ato de delegação. Tal hipótese de delegação foi acolhida por nossa Constituição, em seu artigo 59, IV, c/c artigo 68, e é representada pelas denominadas Leis Delegadas;
2. Delegação remissiva, consistente na remessa, pela Lei, a uma normatividade ulterior, que deverá ser elaborada pela Administração, observados os ditames constantes da própria norma original editada pelo Poder Legislativo. Este tipo de delegação corresponde ao já tradicional poder regulamentar previsto no artigo 84, IV, da Constituição de 1988, que é atribuído exclusivamente ao chefe do Poder Executivo para a expedição

⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório. Ed. Renovar, 2003. pp. 120 a 128.

de regulamentos visando à fiel execução das normas editadas pelo Poder Legislativo; e

3. Deslegalização, que representa a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio exclusivamente legal, passando-as ao domínio do regulamento. Prevista no artigo 48 da Constituição Federal, esta hipótese de delegação prescreve que a chamada lei de deslegalização pode transferir o encargo da normatização de determinado setor para outra fonte normativa, podendo tal fonte, inclusive, sequer ter origem estatal. É nessa espécie de delegação que se assenta o fundamento da regulação no Direito Brasileiro.

A deslegalização, contudo, não pode ser feita sem que a lei fixe, claramente, os objetivos a serem perseguidos pelo ente criado para a regulação do setor deslegalizado. Carlos Ari Sunfeld, por exemplo, deixa clara sua posição sobre este tema ao comentar o poder normativo das agências reguladoras⁹: “Desejo deixar bem vincado aqui o meu ponto de vista a respeito do poder normativo das agências. Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam “regulamentos autônomos” ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos. A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa. Saber qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a Lei deve ter é uma das mais clássicas e tormentosas questões constitucionais, como se vê da jurisprudência comparada, em países tão diferentes quanto os Estados Unidos, a Alemanha e a França”.

No mesmo sentido acima temos o próprio Diogo de Figueiredo, que comenta que a lei que deslegaliza determinado setor econômico deve fixar,

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 1ª ed., 2ª tiragem: Malheiros Editores, 2002, pp. 27 e 28.

necessariamente, os princípios e *standards* a serem observados pelas agências reguladoras em suas atividades, constituindo as leis delegadoras verdadeiras normas principiológicas e gerais que conformam uma moldura de fins e valores que devem balizar a atividade normativa deslegalizada, a ser exercida pelo órgão regulador¹⁰.

1.2 Características fundamentais

1.2.1 Conceito e controles. O papel do Poder Executivo

Embora nossa Constituição tenha aberto a possibilidade, em seu artigo 48, de deslegalização de determinados setores que demandam atuação estatal diferenciada, o texto constitucional não fixou que características deve exibir a agência criada pela lei de deslegalização de cada setor. Tal lacuna é a causa de encontrarmos em nosso direito agências com características tão distintas. Nada obstante, é possível defini-las, de maneira geral, como autarquias especiais, criadas por lei, com estrutura colegiada, incumbidas de normatizar, disciplinar e fiscalizar a execução de determinadas atividades que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma, especializada e participativa de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Central¹¹.

Como se depreende do conceito acima, as agências reguladoras são organismos independentes e autônomos em relação à estrutura tripartite de poderes estatais, para as quais foram delegadas funções próprias de cada um desses poderes.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 1ª ed., 2ª tiragem: Malheiros Editores, 2002, p. 126.

¹¹ Definição baseada naquela sugerida por Joaquim B. Barbosa Gomes *in* As Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Vol. XI (Direito da Regulação), 2002, coord. Alexandre Santos Aragão, ed. Lumen Juris. São duas as diferenças em relação a definição que sugerimos e aquela proposta por Barbosa: (i) a retirada da menção a “acentuado interesse público”, que não deve, na nossa impressão, ser levado em consideração pelo legislador que analisa a conveniência de deslegalizar determinado setor, o qual deve, *a priori*, se ater apenas a avaliar se as características daquele setor em específico demandam o tipo de atuação estatal que pode ser provida por um ente regulador, e (ii) o acréscimo da referência a necessidade de que a regulação executada pela agência seja, além de autônoma e especializada, também *participativa*.

Detentoras de autonomia político-administrativa e econômico-financeira em relação ao Poder Executivo¹², foram concebidas desta maneira para garantir o exercício de suas tarefas sem ingerências indevidas de ordem ideológica e política. Contudo, tal autonomia não funciona de forma absoluta, havendo a previsão de controles diversos, exercidos pelos três poderes estatais, sobre sua ação.

Quanto ao Poder Judiciário, com fundamento geral no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, este poderá ser chamado a exercer basicamente duas funções: em primeiro lugar, atuar como árbitro de conflitos federativos, estabelecendo quais são os limites da atuação de cada agente e, com isso, delimitando o espaço de atuação dos órgãos reguladores; e, em segundo lugar, e mais importante, ajudar na marcação das balizas que orientarão a atividade normativa destas autarquias por meio da revisão de seus atos¹³. Sobre esta segunda função, e reflexões sobre a adequação ou não do papel que vem sendo exercido, na prática, pelo Poder Judiciário, nos deteremos em detalhes nos Capítulos 3 e 4.

Quanto ao Poder Legislativo¹⁴, também são dois os controles que podem, na teoria, ser exercidos: primeiro, a sabatina dos indicados pelo Poder Executivo para o corpo diretivo das agências; segundo, a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União – TCU sobre suas atividades. Quanto a sabatina, é fato que o Senado, a quem cabe executar esta tarefa na forma do art. 52, III, “f)” da Constituição Federal, não tem sido particularmente atencioso com o exercício da função. É o que se pode inferir de matérias de jornal diversas sobre o tema, do baixo número de reprovados em sabinas e,

¹² Floriano de Azevedo Marques Neto cita como instrumentos essenciais para a concretização da autonomia das agências reguladoras (i) a estabilidade de seus dirigentes; (2) a autonomia de gestão do órgão; (3) o estabelecimento de fontes próprias de recurso para o órgão, se possíveis geradas do próprio exercício da atividade regulatória; (4) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; e (5) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Revista de Direito Administrativo Econômico (coord. Carlos Ari Sunfeld), Malheiros Editores, 2002, 1ª ed., 2ª tiragem, p. 88.

¹³ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P.. *O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização*. Direito da Regulação e Políticas Públicas (Org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho). 1ª ed., São Paulo, ed. Malheiros, 2014, p. 165.

¹⁴ Idem, pp. 157-165.

principalmente, do escrutínio um pouco mais detalhado do currículo de vários dirigentes atuais e passados de agências reguladoras. Quanto à atuação do TCU, embora se trate de controle sem dúvida mais efetivo, há alguma dubiedade na maneira como o Tribunal vem atuando, pois, enquanto em alguns casos este órgão interveio de forma profunda na própria política regulatória – avaliando inclusive sua legalidade sob o prisma do princípio da eficiência¹⁵ – em outros demonstrou grande deferência à decisão da agência¹⁶.

Por fim, em relação ao Poder Executivo, é prerrogativa exclusiva do Presidente da República nomear o corpo diretivo das agências, bem como firmar contratos de gestão para fixação de metas específicas de desempenho¹⁷. Ademais, como membros integrantes da Administração Indireta, as agências reguladoras estão sujeitas à orientação, coordenação e supervisão do Ministério de Estado ao qual se vinculam¹⁸. Contudo, tal subordinação não tem natureza hierárquica, em que se pressupõe uma relação de sujeição entre um agente e outro; não se admite, assim, ingerência pelo Poder Executivo central nos assuntos conduzidos pela agência, seja através da revogação ou anulação de seus, delegação ou avocação de competências, recursos hierárquicos¹⁹, etc.. A subordinação a que estão sujeitas as agências tem natureza meramente direcional, em que o ente subordinado tem suas diretrizes fixadas e seus resultados controlados pelo ente subordinador²⁰.

Este último ponto é importante: embora reconhecendo que o grau de influência exercido pelo Poder Executivo sobre as agências pode variar, aumentando

¹⁵ Por exemplo, Acórdão 1.107/2003, rel. Ministro Humberto Guimarães Souto, j. 13.08.2003, e Acórdão 2.109/2006, rel. Ministro Ubiratan Aguiar, j. 14.11.2006.

¹⁶ Acórdão 210/2013, rel. Ministro José Jorge, j. 20.02.2013.

¹⁷ Conforme art. 37, §8º, da CF.

¹⁸ Artigo 87, Parágrafo Único, inciso I, da Constituição Federal.

¹⁹ Observe-se, contudo, a polêmica gerada pelo Parecer AGU-04/2006, em que a AGU entendeu que seria cabível recurso hierárquico impróprio para questionar decisões das agências quando (i) a agência adotar medida que transborde sua competência legal ou (ii) forem violadas as políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P.. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização. Direito da Regulação e Políticas Públicas (Org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosillo). 1ª ed., São Paulo, ed. Malheiros, 2014, p. 154 e ss..

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. Agências Reguladoras e Democracia: Lumen Juris, 2006, pp. 2 e ss..

significativamente em momentos de crise²¹, de maneira geral a doutrina é uníssona em afirmar (e defender) que esta influência deve ser a menor possível para que, assegurando-se seu insulamento burocrático, esta possa conduzir seus assuntos de maneira menos sujeita ao jogo político que caracteriza a execução das políticas públicas. As razões do receio da influência do Poder Executivo sobre as agências têm raízes históricas que serão exploradas no item seguinte, e são justificadas. Nada obstante, tal qual ocorreu no sistema norte-americano, acreditamos que o Poder Executivo deve exercer papel mais ativo na coordenação, planejamento e controle da ação das agências; trata-se de uma boa prática de regulação, fundamental para a elevação da qualidade geral do sistema. Veremos as justificativas para esta visão ao longo deste trabalho.

1.2.2 Autonomia e legitimidade: conceitos conflitantes?

Nada obstante a previsão de diversos controles sobre sua ação, as agências são alvos constantes de questionamentos quanto à sua legitimidade, sobretudo no que se refere ao exercício de seu poder normativo, em razão de seus membros não gozarem de mandatos eletivos. Neste sentido, Paulo Todescan Lessa Mattos, ao comentar a discussão que se passa na academia brasileira a respeito do novo papel da administração pública na regulação da economia, refere que a perplexidade sobre a legitimidade das agências reguladoras não se restringe ao âmbito dos juristas, mas também se apresenta entre economistas e cientistas sociais²².

No campo do Direito, as discussões iniciais disseram respeito ao enquadramento deste novo paradigma de atuação estatal no quadro normativo do Direito brasileiro. De um lado, havia aqueles doutrinadores que refutavam integralmente o

²¹ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P.. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização. Direito da Regulação e Políticas Públicas (Org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho). 1ª ed., São Paulo, ed. Malheiros, 2014, pp. 150-154.

²² Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. Regulação e Desenvolvimento (coord. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 186 a 196.

modelo, apontando ilegalidades e inconstitucionalidades insanáveis²³. A questão fundamental para esta corrente consistia em saber se, a partir das teorias clássicas sobre a separação dos poderes, seria legítima e democrática a decisão sobre o conteúdo da regulação estar a cargo de um órgão colegiado não eleito e independente da administração direta, em contraposição à decisão monocrática de um Ministro de Estado nomeado pelo Presidente da República, este sim eleito pelo voto popular.

De outro lado, estavam aqueles doutrinadores para quem este novo conceito de Estado de maneira alguma seria incompatível com nosso ordenamento; nada obstante, por suas características particulares e inovadoras, trata-se de um novo paradigma de atuação estatal que demandará evolução e maturação, com a aplicação de novas ferramentas de regulação até então não utilizadas pela Administração Pública tradicional – ou ao menos não no grau em que se vai sugerir às agências que o façam²⁴. Nesta linha, Floriano de Azevedo Marques Neto indica que as agências não poderão exercer seu poder normativo nos moldes do que faz o Estado tradicional. Das agências, será exigido que pautem sua ação com base em novos princípios, a serem explorados em mais detalhes no item abaixo, que em suma determinarão a estes agentes que: (1) adotem cuidados redobrados com a motivação não meramente formal de seus atos; (2) pautem suas ações por processos radicalmente transparentes, subordinando-se a regras, ritos e procedimentos claros e preestabelecidos; e (3) busquem envolver fortemente os

²³ Paulo Todescan Lessa Mattos cita como contrários ao modelo de Estado regulador Celso Antônio Bandeira de Mello *in* Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002; Maria Sylvia di Pietro *in* Parcerias na Administração Pública, São Paulo, Atlas, 1999; e Eros Grau *in* O direito posto e o direito pressuposto, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006, p. 206.

²⁴ Como exemplos de juristas alinhados à esta corrente, Paulo Todescan Lessa Mattos sugere os nomes de Tércio Sampaio Ferraz Jr. *in* Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade, Revista Tributária e de Finanças Públicas, 35, dezembro de 2000, pp. 143-158; Alexandre Santos de Aragão *in* As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes – Uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, Revista dos Tribunais 786/11-56; Carlos Ari Sundfeld *in* Introdução às agências reguladoras, Direito Administrativo Econômico (org. C. A. Sundfeld), São Paulo, Malheiros Editores, 2000, pp. 17-38; Floriano de Azevedo Marques Neto *in* A nova regulação estatal e as agências independentes, Direito Administrativo Econômico, cit., pp. 72-98; Calixto Salomão Filho *in* Regulação da Atividade Econômica – Princípios e fundamentos, São Paulo, Malheiros Editores, 2001. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006, p. 207.

administrados – mormente os atores relacionados ao setor específico objeto da regulação – em seu *decision-making process*, via recurso particularmente a consultas e audiências públicas²⁵.

No plano da Economia, o problema da legitimidade guarda particular relação com o conteúdo da regulação em si: a pergunta será sempre a respeito da maneira mais eficiente de se regular determinado setor. Contudo, a discussão sobre a legitimidade democrática da regulação sob o prisma econômico exigirá, sempre, reflexão jurídica. Isto porque os juízos técnico-econômicos que se fará a respeito da eficiência da norma terão que ser sempre justificados no campo do Direito como sendo a melhor política regulatória para atender o Interesse Público, o qual, por sua vez, não é pautado exclusivamente pelo valor de eficiência. Assim, na ponderação a respeito da maneira como melhor será atendido o Interesse Público, eventual regulação mais eficiente sob o prisma exclusivamente econômico pode dar lugar, ou sofrer adequações, em prol da necessidade de proteção de outros valores potencialmente contraditórios, como redução de desigualdades, necessidade de universalização de serviços públicos básicos, entre outros.

No campo da ciência política, as discussões sobre a legitimidade das agências oferecem *insights* interessantes. A premissa aqui é que, uma vez que as escolhas políticas são baseadas em escolhas técnicas sobre as quais nem os cidadãos comuns nem os governantes eleitos têm informação completa, a delegação de funções executivas e legislativas a agências reguladoras independentes não alteraria substancialmente este fato, razão pela qual seria, em tese, justificável. Mais do que isso, Mattos refere que, no caso brasileiro, a delegação destas funções às agências reguladoras seria particularmente recomendável em vista do histórico de dominação da burocracia estatal por segmentos da elite dominante para utilização em benefício de seus próprios interesses²⁶.

²⁵ NETO, Flávio de Azevedo Marques. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Revista de Direito Administrativo Econômico (coord. Carlos Ari Sundfeld), Malheiros Editores, 2002, 1ª ed., 2ª tiragem, p. 79.

²⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. Regulação e Desenvolvimento (coord. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros

Contudo, para que, além de justificável/recomendável, a atuação das agências seja, também, legítima, Mattos sugere que deverão, em primeiro lugar, existir mecanismos de efetiva responsabilização e supervisão de sua atuação pelos órgãos políticos do Poder Executivo e Legislativo. Isto porque, sem prejuízo de seu necessário insulamento burocrático – ou independência decisória –, fundamental para a racionalização da atividade de regulação, os tecnocratas precisam prestar contas aos políticos eleitos e governantes a respeito de suas decisões, os quais, por sua vez, deverão prestar contas aos cidadãos que os elegeram²⁷. Esta cadeia de prestação de contas é o que garantirá legitimidade às agências e, para garanti-la, a existência (e a qualidade) de mecanismos de responsabilização (ou *accountability*) das agências será fundamental.

Ainda sobre este tema, Mattos refere a visão de Luis Carlos Bresser Pereira, o qual, embora reconhecendo a preocupação com o risco de clientelismo, rejeita a tese do insulamento burocrático como forma de combatê-lo, por ser “expressão datada, que reflete a preocupação dos economistas e cientistas políticos que estudam os países em desenvolvimento marcados pelo populismo e clientelismo”. Bresser Pereira prefere falar em autonomia decisória ao invés de insulamento burocrático, porque a autonomia decisória é dada (delegada) “nos quadros do universalismo de procedimentos, por meio da lei”. “São os políticos democráticos que, pouco a pouco, à medida que se aperfeiçoa a democracia e que aumentam os controles da mídia e dos eleitores sobre eles, preferem conceder por meio de medidas legais a necessária autonomia para as agências do Estado. Essa autonomia geralmente começa pelas agências mais estratégicas, nas quais o conhecimento técnico é mais importante, e o perigo de crise generalizada em caso de má administração, maior. Nessas agências, o controle clientelista pode ser mais deletério – e afinal, politicamente mais negativo – como é o caso do Banco Central e dos órgãos

Editores, 2002, pp. 189 e 190. Sobre este histórico, Mattos refere a reconstituição feita por Raymundo Foro em sua obra clássica “Os donos do poder”.

²⁷ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. Regulação e Desenvolvimento (coord. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 188 e 189.

reguladores. (...) Nesses termos, a autonomia de gestão das agências é compatível com o universalismo de procedimentos²⁸”.

A citação acima resume o argumento de Bresser Pereira a respeito do dilema entre autonomia e legitimidade: de um lado, assegurar sua autonomia decisória é fundamental para enfrentar o clientelismo no contexto de reforma do Estado; de outro, esta autonomia não é absoluta ou imune a controles. Pelo contrário, somente é legítima em razão do universalismo de procedimentos, tanto no plano da delegação legislativa, em virtude do que deverá atuar com observância das balizas impostas pela lei que lhe autorizou a regular determinado setor (*rule of law*), como, principalmente, na subordinação da agência aos princípios gerais do Estado de Direito e da Administração Pública que lhe são comuns e àqueles que lhes são particulares²⁹.

1.2.3 Princípios ou pressupostos de atuação

Em linha com o argumento de Bresser Pereira resumido acima, a autonomia das agências somente faz sentido (e é legítima) quando exercida com a observância das balizas impostas pela Lei que lhe autorizou a regular determinado setor, bem como, e principalmente, tendo-se em vista sua subordinação aos princípios gerais do Estado de Direito e da Administração Pública que lhe são comuns e àqueles que lhes são particulares. Contudo, que princípios (ou pressupostos de atuação) são esses, exclusivamente aplicáveis a estes novos agentes? Marques Neto, por todos, indica os princípios da procedimentalidade, participação, transparência e especialidade³⁰.

Sobre o primeiro e o segundo, enquanto instrumento de execução de políticas públicas de um novo modelo de Estado que quer fomentar o exercício de

²⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. Regulação e Desenvolvimento (coord. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 192 e 193.

²⁹ Idem, p. 193.

³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Revista de Direito Administrativo Econômico (coord. Carlos Ari Sundfeld), Malheiros Editores, 2002, 1ª ed., 2ª tiragem, pp. 95 e ss..

atividades econômicas diretamente por agentes privados, as agências reguladoras precisam garantir certeza jurídica e mecanismos de controle sobre suas atividades a tais agentes, devendo, para tanto, estabelecer regras claras, de preferência codificadas, que disciplinem o exercício de suas competências normativas, administrativas e judicantes. Além disso, uma vez que foram criadas com o objetivo de oferecer a determinados setores da economia uma atuação estatal mais eficiente, as agências reguladoras devem buscar fazer uso amplo de instrumentos de participação que lhe permitam captar com mais clareza os interesses dos agentes envolvidos com aquele determinado setor, tais como consultas e audiências públicas, para depois ponderá-los³¹ e considerá-los quando do exercício de suas atividades normativas, administrativas e judicantes. Sem isso, além de sofrerem um evidente prejuízo à sua legitimidade, as agências também correrão sério risco de simplesmente não atingirem o fim a que se destinam.

Como consequência da exigência de procedimentalidade e participação, temos que a atividade regulatória deverá primar pela transparência, a ser buscada inclusive mediante a utilização dos novos meios de transmissão de informação disponíveis, como a internet, mais eficientes e abrangentes do que os meios tradicionais. A articulação com os atores regulados deve ser feita às claras, com publicidade, e, quando for o caso, precisa indicação dos interesses levados em consideração para a prática de determinado ato específico.

Por fim, as agências reguladoras deverão, também, dominar os elementos específicos do setor regulado, seus conhecimentos técnicos e pressupostos econômicos e jurídicos, de forma a poder normatizar, administrar e arbitrar conflitos de forma eficiente.

³¹ Especificamente sobre a atividade de ponderação de interesses que as agências reguladoras devem desempenhar para o exercício de suas funções, vale trazer à colação interessante lição de Alexandre Santos de Aragão *in* A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. Agências Reguladoras e Democracia: Lumen Juris, 2006, p. 7: “Isso faz com que, sobretudo a partir dos ensinamentos de Massimo Severo Giannini, cada vez mais se encare o exercício da discricionariedade pela Administração Pública – e a *fortiori* pelas agências reguladoras – como o exercício de uma profícua ponderação entre os diversos interesses públicos e privados envolvidos, buscando, dentro da metodologia própria, realizar a maior efetividade possível de todos eles (“mandados de otimização”), alcançando, se possível, o consenso, até porque, entre as competências das agências reguladoras, encontra-se a de compor conflitos”.

Sem isso, além de correrem o risco de cooptação pelos agentes regulados, jamais serão capazes de exercer uma de suas principais funções, extremamente exigente quanto ao nível de conhecimento técnico exigido de seus agentes, que é a de identificar e corrigir as distorções competitivas que tolhem a livre iniciativa e, conseqüentemente, o desenvolvimento do setor que regulam.

1.3 Conclusão parcial: teoria *versus* prática

Pelo exposto no item 1.2.3, é fácil verificar que a doutrina brasileira não tem dúvidas a respeito de como as agências devem manejar sua atividade normativa e, em suas recomendações teóricas, está filosoficamente alinhada às ferramentas utilizadas, na prática, pelo sistema norte-americano para pautar os processos regulatórios de suas agências (como se verá em mais detalhes no Capítulo 2). Por que, contudo, como ficará claro após o escrutínio do caso concreto abordado no Capítulo 4, nossas agências mantêm processos de regulação de baixa qualidade? Parece-nos que a explicação para este fenômeno não está no norte que a doutrina brasileira aponta para as agências. Está, isso sim, na falta de concretude destas orientações, pois a efetiva qualidade (e legitimidade) do sistema regulatório brasileiro depende de que práticas de regulação estão, de fato, incorporadas aos processos das agências, bem como a que mecanismos de coordenação, planejamento e controle estão submetidas no dia-a-dia; independentemente da qualidade da teoria doutrinária disponível, se as recomendações não saírem do papel, o sistema não operará a contento³².

1.4 Uma ideia original: legitimidade é igual a qualidade. Mas como medi-la?

³² A doutrina brasileira refere a chamada “legitimidade pelo exercício” como justificativa para a imposição de procedimentos de observância obrigatória pela agência quando do exercício de seu poder normativo: “a legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é imprescindível a legitimidade do exercício”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: n. 3, mar. 2005, p. 320.

Neste ponto, vale referir a original reflexão de Baldwin et. al. a respeito do que constitui um sistema regulatório de qualidade – e, na medida em que merecedor de apoio social em razão de sua qualidade, também legítimo³³. Alguns economistas poderão se sentir tentados, dizem os autores, a indicar que um sistema regulatório de qualidade será aquele que for capaz de maximizar a riqueza social. Há uma série de razões, contudo, para que maximização de riqueza não seja um bom parâmetro para se aferir a qualidade de um dado sistema regulatório, sobretudo de natureza moral³⁴. Isto não quer dizer que maximização de riqueza (ou eficiência) não deve ser um parâmetro a ser levado em consideração quando da tomada de decisões de cunho regulatório; ele não deve, apenas, ser o único.

Assim, Baldwin et. al. sugerem que uma opção melhor do que medir a qualidade de um sistema regulatório exclusivamente pela sua capacidade de maximizar a riqueza social seja avalia-lo com base em perguntas (ou testes) que buscam revelar se estão presentes no sistema características que, reconhecidamente, se almeja em qualquer sistema regulatório³⁵:

- a) O sistema tem o suporte do Poder Legislativo?
- b) Há mecanismos adequados de responsabilização política das agências reguladoras?
- c) Os procedimentos de regulação aplicados são justos, acessíveis e abertos?
- d) As agências reguladoras estão de fato orientando sua ação com base na expertise técnica?
- e) O sistema é eficiente?

³³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Second Edition, pp. 26 e 27.

³⁴ *Idem*, p. 26.

³⁵ *Idem*, p. 27.

Sobre o primeiro teste, embora, à primeira vista, pareça simples concluir que há suporte quando a Lei, originada do Parlamento, autoriza a ação da agência reguladora com vistas a atingir determinados objetivos fixados na Lei, é geralmente difícil avaliar se os objetivos estabelecidos, cuja busca legitima a ação da agência, foram, de fato, atingidos. Isto porque, na maioria das vezes, as Leis demandam das agências grande esforço interpretativo de conceitos propositalmente ambíguos ou indeterminados; em outras oportunidades, a Lei fixará objetivos propositalmente conflitantes, cabendo à agência decidir quando, e porque, privilegiar determinado objetivo em detrimento de outro; ademais, em diversos momentos a Lei determinará à agência que escolha – e atualize, sempre que necessário – a melhor solução regulatória, confiando em sua capacidade e expertise técnica, não havendo, simplesmente, nenhum objetivo claramente designado, seja pela incapacidade ou ausência de interesse do Parlamento em estabelecê-lo³⁶.

Sobre o segundo teste, agências com mandatos imprecisos em mãos podem alegar que merecem suporte público por prestarem contas a, e serem controladas por, instituições democráticas. A questão aqui é que a instituição democrática a quem a agência presta contas, ou é controlada por, faz toda a diferença; idealmente, afirmam Baldwin et. al., a agência, vinculada ao Poder Executivo, deverá prestar contas ao Poder Legislativo ou a órgão diretamente vinculado a ele, sob pena de o sistema ser pouco representativo³⁷. Além disso, instituições como o Poder Judiciário costumam sofrer objeções relacionadas à sua incapacidade técnica de avaliar a correção das escolhas regulatórias. Por fim, são comuns também debates relacionados aos recursos que devem ser destinados ao controle exercido sobre as agências e o valor de se trocar menos controle por mais eficiência³⁸.

³⁶ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Second Edition, p. 27.

³⁷ Como já referimos, veremos que, no sistema norte-americano, o principal controle exercido sobre as agências independentes está a cargo de órgão vinculado ao Poder Executivo central; as razões para esta escolha, suas funções e mecanismos de funcionamento serão vistos mais à frente.

³⁸ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Second Edition, p. 28.

Acerca do terceiro teste, é qualidade fundamental desejada em qualquer sistema regulatório que os procedimentos de regulação aplicados sejam justos, acessíveis e abertos. Também aqui são comuns debates relacionados ao valor de se trocar menos abertura para participação pública por mais eficiência, muito embora seja possível identificar um consenso geral de que a participação pública aumenta a legitimidade da ação regulatória³⁹.

A respeito do quarto teste, a preocupação é com a hipótese de as agências utilizarem o argumento da expertise técnica como justificativa para qualquer ação regulatória pretendida. Pode ser difícil para o público – e mesmo para as instituições democráticas encarregadas do controle das agências, inclusive os Tribunais – avaliarem se de fato as decisões tomadas pelas agências são baseadas na melhor técnica disponível. Com isso, o recurso a afirmação “Confie na minha expertise” pode se tornar comum, liberando a agência da necessidade de motivar suas escolhas, em um caminho perigoso. Quando os “especialistas” (1) se recusam a apresentar razões detalhadas para suas escolhas ou a fazer prova, nestes arrazoados, de que efetivamente fizeram uso da melhor técnica para sua decisão, (2) negam acesso ao seu *decision-making process* ou (3) mantêm-se apegados a métodos arcaicos ou estreitos de análise⁴⁰, a chance de que este quarto teste tenha resposta negativa é significativa⁴¹.

Finalmente, sobre o quinto teste, este apresenta dificuldade tão grande, ou maior, do que o primeiro, porque, em primeiro lugar, como já dito, muitas vezes o mandato outorgado à agência não é claro, de modo que é difícil medir eficiência se o objetivo com o qual o resultado será comparado não era claro de antemão. De toda forma, uma alternativa possível para se medir a eficiência de um sistema é analisar sua capacidade “alocativa” e “dinâmica”, assim entendida sua capacidade de alocar recursos de maneira a não aumentar a riqueza de um consumidor sem diminuir a de outro e de

³⁹ Idem, p. 29.

⁴⁰ Não empregando ferramentas, por exemplo, destinadas a medição da efetividade e custo/benefício de sua regulação, antes e depois de implementadas.

⁴¹ Idem, pp. 29-30.

estimular processos desejáveis e inovação, bem como respostas flexíveis às mudanças de cenário⁴².

Assim, de maneira resumida, *um sistema regulatório de qualidade será aquele que em que os agentes que o compõem estiverem (1) sendo capazes de cumprir o mandato que receberam do Parlamento, (2) prestando contas e sendo efetivamente controlados por instituições democráticas atuantes, (3) aplicando procedimentos de regulação justos e abertos à participação pública, (4) trazendo algo a mais ao processo em razão da expertise técnica no tema que detém (e efetivamente aplicam) e (5) aumentando a riqueza geral e estimulando a inovação*⁴³.

Questão delicada é como lidar com *trade-offs* entre os valores incutidos nos cinco testes⁴⁴. Como decidir, por exemplo, se abrir mão de mais oportunidades de participação pública em prol de mais agilidade é algo bom ou ruim? A resposta, no final do dia, dependerá do peso que determinada sociedade dá a cada um destes argumentos de legitimidade. Assim, embora seja possível discernir valores gerais, desejáveis em todos os sistemas, o peso que será dado a cada um e, conseqüentemente, as características particulares de cada sistema – maior ou menor valor atribuído à necessidade de abertura democrática, à exigência de solidez técnica de seus agentes, à transparência, e etc. – variará de país para país, refletindo a filosofia política da sociedade na qual este sistema está inserido⁴⁵.

⁴² BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Second Edition, pp. 30-31.

⁴³ *Idem*, p. 32.

⁴⁴ *Idem*, pp. 32 a 34.

⁴⁵ Na mesma linha de sugerir que a análise crítica das características do marco regulatório de um dado sistema permite que se conheça os valores daquela sociedade temos Javier Barnes *in* *Towards a third generation of administrative procedure*. *Comparative Administrative Law* (coord. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.), Cheltenham, UK : Edward Elgar, c2010, p. 339: “*Administrative procedure acts (APAs) resemble a “Rosetta stone”, that is, they provide archaeological information that reveals the main patterns of public law at a given historical moment. APAs are essential for the comprehension of state, administration and society. They contribute to the deciphering of the main principles and values of public law and society itself.*”

O que deve se ter em mente, contudo, é que a performance do sistema em determinado valor pode afetar a performance em outro. Assim, por exemplo, agentes integrantes de um sistema que seja absolutamente impermeável a trocas com o público podem ter grandes dificuldades de cumprir os mandatos legais que receberam. Isso significa que, qualquer que seja a filosofia política de determinada sociedade, dificilmente um sistema será percebido como de qualidade – e, conseqüentemente, legítimo – se apresentar performance terrivelmente ruim em qualquer dos cinco testes⁴⁶.

1.4.1 Uma proposta para a mediação da qualidade do sistema regulatório brasileiro

Por fim, como referimos na Apresentação deste trabalho, acreditamos que os cinco testes propostos por Baldwin et. al. podem ser mesclados com nossa proposta a respeito do que são boas práticas de regulação⁴⁷ para a formulação de questões-chave para medição da qualidade de um dado sistema. Estas serão as referências de qualidade que consideraremos na conclusão deste trabalho:

1. Há mecanismos ativos de coordenação, planejamento e controle prévio da ação das agências exercidos de maneira centralizada e contínua (não *ad-hoc*) pelo Poder Executivo?
2. As agências utilizam processos detalhados, transparentes e com alto grau de abertura democrática para a execução de suas pretensões normativas?

⁴⁶ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice, Second Edition, p. 33.

⁴⁷ Organizadas, conforme sugerido na Apresentação deste trabalho, em dois grandes grupos para fins exclusivamente didáticos: práticas relacionadas a (1) mecanismos de coordenação, planejamento e controle prévio da ação das agências exercidos de maneira centralizada e contínua (não *ad-hoc*) e a (2) processos de regulação detalhados, transparentes e com alto grau de abertura democrática, aplicados com vistas a garantir que a agência será demandada a comprovar a necessidade, racionalidade e proporcionalidade de suas pretensões normativas, bem como sua superioridade em comparação com eventuais outras opções disponíveis. As práticas que devem idealmente compor cada um destes grupos serão detalhadas no item 2.3.5.

3. Por meio da execução de processos com estas características, as agências são obrigadas a comprovar (a) a necessidade, racionalidade e proporcionalidade de suas pretensões normativas e, ainda, (b) sua superioridade em comparação com eventuais outras opções disponíveis, utilizando-se, para isso, da expertise técnica e conhecimento diferenciado do mercado regulado que detém?

4. O Poder Judiciário exerce papel efetivo no controle da ação destes agentes, contribuindo, com isso, para o reforço da legitimidade de sua atuação e a qualidade – inclusive eficiência – da regulação produzida?

CAPÍTULO 2. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA NORTE-AMERICANO

2.1 *New Deal*: origens

Na agenda dos constitucionalistas norte-americanos, as discussões sobre o papel e o modelo de atuação das agências reguladoras independentes vêm desde o rearranjo institucional capitaneado pelas políticas do *New Deal*. Concebido como um extenso programa de recuperação da economia pós-crise de 29, o *New Deal* promoveu, entre os anos de 1933 e 1939, uma profunda reforma nas bases do direito constitucional tradicional, em três frentes, como explica Cass R. Sunstein⁴⁸: primeiro, opôs uma forte crítica ao sistema de *common law*, cujo catálogo de direitos era tido, ao mesmo tempo, como excessivamente protetivo dos direitos das classes dominantes e muito limitado quanto a proteção que oferecia, se é que alguma, às classes menos favorecidas, aí incluídas as empresas que atuavam em segmentos de mercado profundamente marcados por falhas de mercado de diversas ordens; nas palavras do Presidente Franklin Roosevelt, a proposta era, de fato, pelo lançamento de uma “segunda Carta de Direitos”, significativamente mais preocupada com a distribuição equânime de ônus e benefícios e que admitisse, quando necessário, a intervenção estatal para o planejamento da atividade econômica e a correção de falhas de mercado identificadas, ainda que por meio da limitação de direitos individuais⁴⁹.

Além disso, as críticas também atacavam o caráter marcadamente antidemocrático deste sistema, em que as cortes desempenhavam papel preponderante na determinação do Direito. De fato, antes das reformas promovidas pelo *New Deal*, e o conseqüente nascimento do Estado Regulador norte-americano, a responsabilidade por “dizer o que é a Lei” era claramente do Judiciário, não dos órgãos da Administração (ao

⁴⁸ O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, pp. 131-242.

⁴⁹ Que, até o início das reformas efetivadas pelo *New Deal*, eram entendidos como imunes à ação estatal por serem pré-políticos ou naturais, não uma ficção jurídica, produto de decisões dos Tribunais; foi precisamente esta visão os *New Dealers* rejeitaram para poder promover a reforma regulatória que desejavam e necessitavam para fazer frente à Grande Depressão instalada. SUNSTEIN, Cass R.. Law and Administration after "Chevron". Columbia Law Review, Vol. 90, No. 8 (Dec., 1990), p. 2079.

menos em casos sob litígio). Diversos julgados da Suprema Corte reafirmaram este princípio, incluindo o célebre *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803))⁵⁰, característica que somente iria se aprofundar durante a chamada era *Lochner*⁵¹.

Ademais, o *New Deal* propunha também uma significativa mudança na relação entre o governo federal e Estados, marcadamente independentes até aquele momento da história americana em relação à administração central. “A interdependência econômica, revelação central da Depressão, tornou cada vez mais difícil para os reformadores acreditar que os Estados poderiam resolver seus problemas econômicos e sociais por conta própria. A concorrência entre Estados às vezes produzia paralisia; muitos problemas exigiam um remédio uniforme de âmbito nacional. (...) Nessas circunstâncias, a demanda por um aumento do exercício do poder regulador federal parecia bastante natural⁵²”.

Por fim, a terceira, e mais importante, reforma proposta e implementada pelo *New Deal* fora a revisão do sistema institucional baseado na tripartição de poderes e no mecanismo de freios e contrapesos, por três razões centrais: em primeiro lugar, tal qual o *common law*, os reformadores acreditavam que a estrutura constitucional tradicional estava intimamente associada à proteção da distribuição vigente de riqueza e benefícios legais; acreditava-se, ademais, que o sistema de separação de funções impedia o governo de reagir de forma rápida e flexível para estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as flutuações do mercado desregulado; por fim, os reformadores acreditavam que a distribuição de poderes entre os três ramos do governo

⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R.. Law and Administration after "Chevron". Columbia Law Review, Vol. 90, No. 8 (Dec., 1990), p. 2079.

⁵¹ Período profundamente conservador da história legal norte-americana em que a Suprema Corte sistematicamente derrubou regulações sociais propostas pelo Governo baseada em suas próprias noções de liberdades econômicas e contratuais. Iniciada em 1905, com o julgamento do caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45), que lhe dá o nome, trata-se do período de mais forte ativismo judicial, encerrado apenas em 1937, pelos esforços do Presidente Franklin D. Roosevelt de ampliar e atualizar a composição da corte com a entrada de novos juízes, mais alinhados aos objetivos do *New Deal*.

⁵² SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, pp. 133 e 134.

criava disputas políticas que retiravam do Poder Executivo a capacidade de desenvolver políticas públicas livres de pressões exógenas.

É fundamentalmente em razão desta crítica ao sistema institucional baseado na tripartição de poderes que têm origem as agências independentes norte-americanas modernas⁵³: os reformadores acreditavam que a revisão da relação de direitos original propugnada para o *common law* exigiria um sistema de poderes unificado e insulado de disputas de grupos, sobretudo quando o objetivo fosse a intervenção na atividade econômica, em vista de sua crescente complexidade e conseqüente exigência de especialização; nenhuma das instituições originais parecia estar adequadamente aparelhada para fazer frente ao desafio.

Diante desta constatação, as agências apresentam-se como a resposta perfeita: são administradores isolados, imersos numa única área específica do conhecimento técnico, dotados de ampla discricionariedade, dos quais se espera que desenvolvam um conjunto de funções estatais até então tradicionalmente separadas para dar respostas ágeis aos desafios complexos que se apresentavam. Nasce, nesta concepção, a teoria da regulação conforme o “Interesse Público”, conceito que, acreditava-se, seria relativamente pacífico, razão pela qual dever-se-ia assegurar ampla margem de discricionariedade a estes órgãos para que buscassem, da forma como entendessem mais adequado, a produtividade econômica e a justiça distributiva⁵⁴.

2.2 O debate sobre autonomia *versus* legitimidade na doutrina americana: a Teoria do Interesse Público e a Teoria da Captura

Na visão dos defensores desta linha, a regulação realizada por agências independentes seria justificável (e legítima) em razão da especialidade de seus

⁵³ Antes do *New Deal*, várias agências independentes já operavam em território americano: *Interstate Commerce Commission*, *Federal Trade Commission*, etc. Contudo, a partir deste programa, além do aumento significativo do número de agências criadas, estes agentes ganham importância e poder, como se verá.

⁵⁴ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, p. 148.

representantes, que atuariam em nome do Interesse Público corrigindo falhas de mercado por meio de regulação formulada apoliticamente. Tais representantes, por esta teoria, formulariam apenas normas técnicas e decidiriam segundo juízos balizados exclusivamente pela lógica econômica de correção de falhas de mercado, cabendo ao Judiciário o controle do conteúdo da regulação emitida, segundo ponderação de valores que permitam alcançar, em última instância, o Interesse Público. Seria o juiz, enquanto intérprete autêntico da norma, quem definiria o que constitui o Interesse Público, enquanto fundamento e objetivo a ser alcançado pela regulação econômica. Para os defensores desta teoria, também o juiz seria concebido como um técnico apolítico, sendo sua função limitada a interpretar a norma técnica editada pela agência segundo as escolhas políticas realizadas previamente pelo Congresso eleito, ao editar Leis.

Como se vê, segundo a teoria do Interesse Público, as escolhas políticas seriam prerrogativa primeira do Congresso, cujos membros foram eleitos pelo voto popular: caberia somente a eles, por meio das escolhas políticas que fazem, formular políticas públicas, as quais seriam, na sequência, dadas ao Presidente para execução – embora seja reservada a este último alguma margem para realizar escolhas executivas, vez que também é detentor de mandato eletivo. Posteriormente, o controle de tais escolhas seria realizado de maneira técnica e apolítica pelo Poder Judiciário, que verificaria se as Leis editadas pelo Congresso feriam a ordem constitucional vigente, bem como se a burocracia estatal estaria regulamentando tais Leis e executando as políticas públicas segundo a norma; tratar-se-ia de um controle “asséptico”, baseado na norma de direito (*rule of law*), segundo a interpretação do juiz.

Mais à frente, novas teorias de regulação econômica foram formuladas por economistas da Escola de Chicago⁵⁵. Seu texto fundamental, *The theory of economic regulation*, foi escrito por George J. Stigler, em 1971⁵⁶, apoiado em outros dois textos de

⁵⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006, pp. 174 a 176.

⁵⁶ STIGLER, George J.. The Theory of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3 – 21.

teóricos de Chicago: *Competition and Democracy*, publicado por Gary S. Becker em outubro de 1958⁵⁷, e *Why Regulate Utilities*, de Harold Demsetz, datado de abril de 1968⁵⁸. Neste último, Demsetz sugere que a competição, e não a intervenção estatal por meio da regulação, é a melhor opção para corrigir falhas de mercado. Isto porque, segunda a reflexão feita alguns anos antes por Becker, o processo político pode contaminar as agências, na medida em que grupos de interesse – congressistas e lobbies coordenados pelos grandes grupos econômicos que financiam campanhas eleitorais – pressionam a burocracia estatal para obter vantagens competitivas no mercado econômico (grupos econômicos) e no mercado político (congressistas). Assim, para Becker, “se as falhas de governo forem maiores do que as falhas de mercado é melhor não regular”.

A partir das reflexões de Demsetz e Becker, Stiegler sugere então que é fantasioso imaginar que as agências reguladoras independentes estão imunes às influências políticas. Ainda que compostas apenas por tecnocratas com garantias formais de independência decisória, os agentes econômicos buscarão realizar seus interesses privados maximizando seu bem estar econômico por meio da obtenção de vantagens competitivas. Se obtiverem sucesso neste intento, o conteúdo da regulação nascerá irremediavelmente capturado pelos grupos de interesse que venceram no processo de barganha por regulação. E, se assim for, terá caído por terra a ilusão de que as agências são independentes e seus integrantes seres apolíticos; pelo contrário, seus membros seriam parte de uma burocracia estatal inserida no jogo de relações políticas e suscetíveis ao processo eleitoral que, em função sobretudo dos mecanismos de financiamento das campanhas eleitorais, é fortemente influenciado pelos grupos econômicos que atuam no mercado.

O texto de Stiegler é paradigmático porque questiona o próprio pressuposto normativo da teoria do Interesse Público, segundo o qual as agências reguladoras independentes regulam visando apenas o Interesse Público. Para Stiegler,

⁵⁷ BECKER, Gary S.. *Competition and Democracy*. The Journal of Law & Economics, Vol. 1 (Oct., 1958), pp. 105 – 109.

⁵⁸ DEMSETZ, Harold. *Why Regulate Utilities*. 11. J.L. & Econ. 55 1968.

pelo contrário, as agências regulam segundo interesses privados sob a justificativa racional, embora falsa, de que o conteúdo da regulação atende ao interesse da coletividade. É este argumento central da teoria da captura de Stiegler que dá início a uma profunda revisão dos pressupostos das teorias clássicas de direito administrativo e constitucional norte-americanas: a noção de Interesse Público enquanto princípio orientador da atividade da administração pública permanece intacto no plano da teoria constitucional; o que muda, contudo, é a crença quase ingênua na independência decisória, dando início a estudos e debates sobre o desenho institucional dos órgãos reguladores e seus procedimentos decisórios⁵⁹.

2.3 A evolução do sistema regulatório americano: razões e novas ferramentas

2.3.1 Introdução: a gênese do *Administrative Procedure Act* – APA. Primeiras balizas para a atuação das agências

No início dos anos 2000, quando estive no Brasil para uma série de palestras a respeito do sistema regulatório norte-americano, o professor Peter L. Strauss relatou basicamente o mesmo fenômeno de revisão dos pressupostos de atuação das agências, o que levou, a partir dos anos 50-60, a introdução de uma série de novas práticas de regulação e, conseqüentemente, a uma profunda revisão no *modus operandi* das agências reguladoras⁶⁰. Segundo Strauss, as normas legislativas⁶¹ pretendidas pelas agências reguladoras deveriam ser formuladas com base nos procedimentos descritos no *Administrative Procedure Act* – APA, publicado em sua versão original em 1946. Embora nesta primeira versão os procedimentos previstos no APA fossem simples,

⁵⁹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006, p. 176.

⁶⁰ Direito e Regulação no Brasil e nos EUA (coord. Marcelo Figueiredo), Malheiros Editores, 2004, pp. 31 e ss.

⁶¹ Assim entendidas as “ordens positivas do Estado que, se válidas, têm força e efeito idênticos aos dos diplomas legais, embora sejam mais resultantes da ação executiva do que da ação legislativa”. STRAUSS, Peter L.. Direito e Regulação no Brasil e nos EUA (coord. Marcelo Figueiredo), Malheiros Editores, 2004, p. 33.

significaram evolução importante em relação ao que se via em outros países, em que o processo de regulação, em regra, não era procedimentalizado⁶².

Mas a gênese do APA não foi processo simples; de um lado os reformistas do *New Deal* pretendiam ampla autonomia administrativa para as agências, enquanto seus oponentes invocavam as concepções de liberdade privada e as proteções do sistema de freios e contrapesos pré-reformas, defendendo, nesta linha, severas restrições à ação das agências. O resultado deste conflito foi uma Lei que, ao mesmo tempo em que tolerou amplas delegações de poder, estabeleceu garantias procedimentais relativamente abrangentes, ao menos em comparação com o que desejavam os reformistas⁶³.

De toda forma, ao codificar, unificar e racionalizar os procedimentos normativos de todas as agências federais norte-americanas, o APA consolidou-se como a mais importante norma a regular a atuação destes agentes, com efeitos profundos na regulação econômica e social produzida após a sua edição⁶⁴. Em primeiro lugar, ao reduzir a discricionariedade administrativa das agências via imposição de procedimentos administrativos obrigatórios, o APA criou custos de transação relevantes para a edição de qualquer nova regulação pretendida ou a modificação de dispositivos em vigor. Qualquer mudança de política regulatória passou a demandar, a partir de então, mais recursos e tempo, e a estar sujeita à melhor controle pelos Tribunais. Estabeleceu-se, com isso, uma importante – e proposital – tendência à manutenção do *status quo*⁶⁵.

⁶² STRAUSS, Peter L.. Direito e Regulação no Brasil e nos EUA (coord. Marcelo Figueiredo), Malheiros Editores, 2004, p. 35.

⁶³ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, p. 152.

⁶⁴ MCNOLLGAST. The Political Origins of the Administrative Procedure Act. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 15, No. 1, JLEO Bureaucracy Conference (Apr., 1999), p. 181.

⁶⁵ Idem, p. 181. Os autores sustentam que estabelecer esta tendência à manutenção do *status quo* era exatamente o que buscavam os Democratas, principal grupo político de apoio ao *New Deal*. De fato, enquanto tinham maioria nas duas câmaras, e Franklin Delano Roosevelt na presidência, este grupo criou diversas agências sujeitas a poucas exigências procedimentais ou restrições em geral. Mais do que isso, os estatutos destes agentes não raro estabeleciam severas restrições à possibilidade de revisão judicial de suas decisões, algo de fundamental importância à época em vista da marcada tendência conservadora dos Tribunais. Com isso, tais agências gozaram de ampla liberdade para implementar as mudanças propostas pelo *New Deal*. Quando o panorama político amplamente favorável de que gozavam até então mudou, e os

Mas não foi só. Ao procedimentalizar a atuação das agências, o APA inequivocamente aumentou a proteção aos direitos individuais daqueles afetados pela atuação destes agentes; as agências viram-se, a partir de então, forçadas a levar em consideração e efetivamente responder às manifestações de interesse de grupos diversos, e não apenas daqueles favorecidos pelo Presidente ou seus representantes. Veremos quais são estes procedimentos, e suas evoluções ao longo do tempo, em detalhes na sequência deste trabalho.

Em sua versão original, as disposições do APA quanto aos procedimentos a serem seguidos para a edição de normas legislativas permitiam às agências considerável margem para conduzi-los da maneira como considerassem mais produtivo. O APA não demandava a observância de procedimentos estritos tais quais aqueles a que os representantes do Congresso sujeitavam-se à época. Mais do que isso, o APA propositalmente dificultava o questionamento das normas concebidas de acordo com suas regras por aqueles não afetados diretamente por elas e não exigia das agências que mantivessem arquivo de seus processos, o que, na prática tornava as decisões das agências em matéria de regulação praticamente não sujeitas à revisão, salvo quando estas fossem absolutamente desprovidas de razoabilidade⁶⁶.

Democratas passaram a trabalhar com a hipótese de perder a presidência nas eleições de 1948, este grupo liderou a formação de uma grande coalizão legislativa entre liberais e conservadores para a passagem de norma que regulamentasse a atuação das agências reguladoras. Sua proposta central consistia, precisamente, no estabelecimento de procedimentos normativos obrigatórios às agências, os quais, ao mesmo tempo em que aumentavam a dificuldade para mudanças de rumo nas políticas em vigor, permitiam maior controle de sua ação pelos Tribunais – agora populados por novos membros simpáticos à causa no *New Deal*, inclusive juízes da Suprema Corte, para a qual Roosevelt indicara oito de um total de nove componentes. Esta proposta, vale dizer, também soava atrativa para os Republicanos, na medida em que não havia garantia de que a presidência seria ocupada por candidato seu em 1948 – o que, de fato, acabou não acontecendo até 1980 –, de maneira que procedimentos estritos também serviriam como um freio para o aprofundamento das reformas do *New Deal*. Mas havia mais um efeito: a habilidade de controlar a discricionariedade das agências via procedimentos administrativos transferia parte do poder dos administradores das agências (que tendem a refletir as preferências do Chefe do Poder Executivo, por quem são indicados) para aqueles que redigem os estatutos das agências (processo que é responsabilidade primordialmente do Poder Legislativo). Esta era uma excelente razão para que o APA recebesse apoio maciço no Congresso. MCNOLLGAST. *The Political Origins of the Administrative Procedure Act*. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 15, No. 1, JLEO Bureaucracy Conference (Apr., 1999), pp. 189 e 191 a 194.

⁶⁶ SHAPIRO, Martin *apud* STAUSS, Peter L. et al.. *Administrative Law, Cases and Comments*, Eleventh Edition, Foundation Press, 2011, pp. 56-57

De fato, exigia-se apenas que o procedimento tivesse início com a publicação de notificação pelo órgão administrativo interessado em propor regulação a respeito de suas intenções, a qual deveria conter, no mínimo, “os termos ou o conteúdo da norma proposta ou a descrição das matérias e questões envolvidas”. Na sequência, a agência deveria proporcionar ao público a oportunidade de apresentar, por escrito, seus comentários a proposta de regulação veiculada pela notificação publicada. Finalmente, quando da publicação da norma pronta, a agência deveria fazer acompanhar seu texto final de uma declaração contendo explicações sobre a decisão “após consideração de toda a matéria relevante apresentada”. Posteriormente, a estes três elementos originais – notificação prévia, oportunidade para apresentação de comentários e fundamentação sobre as escolhas feitas – foi acrescentado o direito de requerer a emissão, emenda ou revogação de uma norma, requerimento este que, embora obviamente não obrigasse a agência a atendê-lo, gerava a obrigação de respondê-lo, resposta essa que estaria sujeita a controles diversos, inclusive pelo Judiciário⁶⁷.

2.3.2 Críticas ao APA e a evolução das práticas de regulação: novas referências para a atuação das agências independentes

Foram várias as críticas quanto à insuficiência dos procedimentos originais do APA. Em primeiro lugar, a respeito da notificação, não havia à época a exigência de que o órgão administrativo disponibilizasse ao público interessado os dados ou estudos que serviram de base para a proposta de norma apresentada na notificação. Além disso, e talvez mais importante, o público era notificado a respeito da intenção de regular somente após uma proposta já ter sido formulada – talvez, na prática, em caráter definitivo –, após discussões e debates internos na agência e com o Governo. Além disso, quanto ao direito de apresentar comentários à norma, este era unilateral, não sendo dado aos comentaristas conhecer (e eventualmente considerar e responder) os comentários de outros interessados. Por fim, quanto a obrigação de fundamentar as razões de sua escolha por determinada

⁶⁷ STRAUSS, Peter L.. Direito e Regulação no Brasil e nos EUA (coord. Marcelo Figueiredo), Malheiros Editores, 2004, p. 34.

opção de regulação, não se exigia que fosse dada qualquer atenção especial aos pontos trazidos pelo público que apresentou comentários⁶⁸.

Strauss refere que quando o APA foi publicado, em 1946, os regulamentos americanos, em sua maioria, diziam respeito a questões econômicas. Na medida em que, em um período de aproximadamente 25 anos, o enfoque dos regulamentos no sistema americano começou a se afastar de questões puramente econômicas para considerar (e afetar) interesses mais difusos – como saúde pública e meio ambiente –, o processo de regulamentação começou a receber maior atenção. Além disso, “o crescente enfoque sobre as controvérsias científicas, em termos de regulamentação, deu importância bastante grande – a qual não poderia ter sido prevista em 1946 – a determinado tipo de apuração dos fatos dentro do processo de regulamentação”. Neste contexto, foram colocados “em evidência os problemas resultantes da Lei de Procedimentos Administrativos”, em particular a não exigência de acesso público aos dados e estudos nos quais as agências alegadamente baseavam suas escolhas regulatórias⁶⁹.

É neste ambiente que nasce, em 1966, a Lei da Liberdade de Informação - LLI. Embora este normativo não diga respeito ou estabeleça regras diretamente aplicáveis ao processo de regulação, ele criou novas exigências relativas à publicação de procedimentos governamentais, e, mais importante, deu origem a um direito geral de informação, peremptório e judicialmente exequível, que abriu a possibilidade de qualquer cidadão requisitar informações em poder do Governo, que deveriam ser entregues a menos que se encaixem em uma das nove exceções previstas na Lei. Mais do que isso, a LLI fixou o entendimento de que materiais de apoio à regulamentação não publicados – estudos, modelos e outros dados científicos que lhe serviriam de base – não poderiam ser considerados na fundamentação da norma; era quase como se não existissem. Diante disso, as agências passaram pró-ativamente a fornecer acesso a ditos materiais, o que provocou impacto profundo e transformador no processo de regulação.

⁶⁸ STRAUSS, Peter L.. Direito e Regulação no Brasil e nos EUA (coord. Marcelo Figueiredo), Malheiros Editores, 2004, p. 34.

⁶⁹ Idem, pp. 35-36.

Strauss refere que “estudos científicos, dados, modelos matemáticos com a descrição das incertezas a ele inerentes – todos estes remetem ao âmago das questões fáticas a respeito das propostas de normas e suas justificativas”. Se assim o é, não há razão plausível para limitar seu acesso; afinal, “é de se esperar que o órgão já saiba quais os estudos e demais documentos em que se baseará para implementar uma proposta concreta já plenamente desenvolvida”. Desta maneira, “rapidamente estabeleceu-se que esses documentos teriam que ser divulgados. Com igual rapidez, as pessoas interessadas em tecer comentários sobre as regulamentações propostas aprenderam a solicitar tais documentos; os órgãos administrativos perceberam que, inevitavelmente, seriam forçados a divulgá-los; e os juízes começaram a se manifestar sobre como a oportunidade de tecer comentários sobre as regulamentações propostas seria inútil sem que antes houvesse a oportunidade de conhecer os fatos que serviram de base ao órgão administrativo regulador⁷⁰”.

Diante da consolidação deste entendimento, foram significativamente reformulados os procedimentos originais do APA. A notificação dando notícia sobre proposta de regulação converteu-se em algo significativamente mais abrangente, em que se dava notícia (e acesso) também aos dados e estudos que fundamentavam a proposta de norma. Os participantes, com isso, puderam passar a fazer “comentários não apenas sobre a ideia proposta em si, mas também sobre sua justificativa científica e sobre quaisquer dificuldades que um exame poderia revelar nos materiais em que o órgão administrativo iria se basear”.

Em 1972, a entrada em vigor da Lei Federal de Comitê Consultivo (*Federal Advisory Committee Act*) representou mais um importante passo no processo de aprimoramento do processo de regulação norte americano. Tal normativo foi editado com o objetivo de “corrigir os abusos que podiam ser observados nas práticas dos órgãos administrativos quando estes empregavam procedimentos de consulta; percebeu-se que os

⁷⁰ STRAUSS, Peter L.. *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA* (coord. Marcelo Figueiredo), Malheiros Editores, 2004, pp. 38-39.

comitês consultados pelos órgãos eram, com frequência, parciais; reuniam-se a portas fechadas; eram dominados por interesses regulados; e não representavam adequadamente os interesses públicos mais gerais. A Lei de Comitê Consultivo implementou uma série de controles, visando a garantir a existência de comitês mais equilibrados e maior acesso do público ao trabalho por eles desenvolvidos⁷¹”.

Como se vê, este normativo é contemporâneo a formulação da Teoria da Captura pelos economistas da Escola de Chicago, e nasce no mesmo contexto de dúvida sobre o real distanciamento das agências dos interesses privados. Strauss refere que “Quando entramos no último terço do século, os observadores dos EUA, tanto acadêmicos quanto políticos, partiram para uma visão dos órgãos administrativos como entidades políticas e, como tal, tendo de ser expostos à maior variedade possível de pontos de vista não só para estar capacitados a resistir às distorções que resultariam de consultas feitas unilateralmente como também para poder melhor captar o Interesse Público. (...) O temor de que os órgãos administrativos viessem a ser subjugados por aqueles que supostamente eles deveriam regular predominou nas análises acadêmicas e motivou um forte movimento no sentido da ampliação dos direitos de participação⁷²”.

2.3.3 O *Office of Management and Budget* (OMB): mais controle sobre a atuação das agências e ferramentas de regulação

As evoluções continuaram. No que foi encarado como a revisão de um dos pressupostos centrais das reformas executadas pelo *New Deal*, o sistema de freio e contrapesos foi, em certa medida, restaurado, via estabelecimento do controle centralizado da regulação federal produzida pela Presidência da República, na figura do *Office of Management and Budget* – OMB^{73, 74 e 75}. A supervisão presidencial dos atos das agências reguladoras pelo OMB foi assim justificada⁷⁶:

⁷¹ STRAUSS, Peter L.. Direito e Regulação no Brasil e nos EUA (coord. Marcelo Figueiredo), Malheiros Editores, 2004, p. 40.

⁷² Idem, p. 40.

⁷³ O Comitê Brownlow, indicado pelo Presidente Roosevelt, e Comissões organizadas pelos Presidentes Truman e Johnson foram utilizadas antes do OMB para o exercício deste papel de centralização dos

- 1) Por deter uma base de apoio nacional e ter interesse, em tese, em agradá-la de maneira razoavelmente uniforme, a tendência é que grupos específicos de interesse tenham menos sucesso em suas tentativas de manejar a regulação em benefício próprio do que poderiam quando atuando exclusivamente sobre uma agência. Assim, sabedoras de que sua ação será supervisionada de maneira centralizada pela presidência, aumenta a probabilidade de que as decisões discricionárias das agências correspondam às necessidades do público em geral;
- 2) A Presidência da República é a única instituição capaz de coordenar os esforços regulatórios de agências com competências concorrentes e, muitas vezes, com agendas conflitantes, o que é medida fundamental para se assegurar eficiência;
- 3) Além de coordenação, a centralização exercida pela Presidência da República permite também que os esforços regulatórios sejam direcionados em sentido específico quando necessário, o que pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de se pretender alterar os rumos de determinada política regulatória que comprovadamente já não se presta mais para o fim que se pretendia.

Nesta tarefa de coordenação dos esforços regulatórios federais, Strauss e Cass R. Sunstein comentam que o OMB lançou mão de duas ferramentas fundamentais e

esforços regulatórios pela Presidência da República. Contudo, foi somente a partir da assunção deste papel pelo OMB que esta função passou a ser exercida em sua plenitude.

⁷⁴ Para uma reconstrução breve, mas esclarecedora, do ambiente político que levou a esta mudança, materializada pela edição da *Executive Order* 12291, de 17/02/1981, ver MILLER III, James C.. The early days of Reagan regulatory relief and suggestions for OIRA's future. 63 Admin. L. Ver. 93 2011.

⁷⁵ Atualmente, as funções originalmente exercidas pelo OMB estão com o *Office of Information and Regulatory Affairs* – OIRA.

⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, pp. 155 a 162.

inovadoras: em primeiro lugar, passou a exigir o desenvolvimento de análises regulatórias preliminares⁷⁷. Strauss relata que “Durante o período inflacionário da década de 70, e em vista de como se tornava evidente o grau de importância e o custo potencial de algumas normas reguladoras, nossos Presidentes começaram a exigir que os órgãos administrativos também analisassem o possível impacto econômico das propostas de regulamentação que poderiam causar efeitos importantes na economia, e que desenvolvessem rotas de ação alternativa mais eficientes”. Nascia aí a análise de impacto regulatório, exigência para que pudesse ser dado início a qualquer procedimento de regulação relevante.

Esta foi, de fato, uma evolução significativa. Sunstein⁷⁸ comenta que debates sobre regulação tendem, em uma primeira reação, a orbitar em torno de valores e crenças pessoais, não de fatos. E as pessoas, como seria de se esperar, têm valores e crenças pessoais normalmente distintas, cada qual refletindo sua própria história de vida – o que é ainda mais verdade em sociedades marcadamente desiguais, como a brasileira. Assim sendo, se as discussões sobre regulação se dessem somente com base em discussões retóricas sobre que valores devem ser mais ou menos protegidos, dificilmente se alcançaria qualquer consenso. Ademais, ainda que, em determinado assunto, não houvesse conflito de valores, invariavelmente a proteção de determinado bem jurídico via regulação significa a assunção de custos em troca de benefícios: determinar que as indústrias reduzam suas emissões de carbono significa impor custos aos consumidores em troca de um meio ambiente menos poluído; determinar que os novos automóveis produzidos alcancem uma meta mínima de consumo impõe custos à indústria automobilística em troca, novamente, da expectativa de menos poluição aérea. À princípio, todos desejam um ar de melhor qualidade. Mas quanto estão dispostos a pagar por isso? Objetivamente, quanto carbono a sociedade está disposta a deixar de emitir em troca menos poluição? Qual o custo (e o benefício) de cada opção possível?

⁷⁷ *Executive Order* 12291, de 17/02/1981, posteriormente substituída pela *Executive Order* 12866, de 30/09/1993.

⁷⁸ Simpler: the future of government. Simon & Schuster, 2013, p. 147 e 148.

Para responder estas questões, fatos são imprescindíveis. Mais do que isso, fatos permitem que, mesmo pessoas com valores e crenças pessoais diferentes, convirjam para uma mesma solução. Se determinada regulação que propõe cortes na emissão de carbono terá custos objetivamente medidos de 10x e benefícios, também objetivamente medidos, de 100x, a tendência é que ambientalistas e industriais apoiem a medida. De outro lado, se os custos são de 100x e os benefícios de 10x, mesmo os ambientalistas mais radicais tendem a não insistir na linha proposta e buscar alternativas mais eficientes. Com apoio em fatos, o consenso torna-se mais provável. Mas o consenso não é o único benefício da análise de custos e benefícios: ela também força os grupos de interesse a fazerem as perguntas corretas e a disponibilizarem mais informações durante o processo de discussão da proposta regulatória ao invés de se limitarem a simplesmente ameaçar com desaprovações públicas ou retaliações⁷⁹.

É claro que nem todos os custos e benefícios podem ser mensurados (ao menos não em sua integralidade). É por isso que a análise de impacto regulatório não deve ser tomada como uma camisa de força a determinar que somente normas com custos objetivamente mensuráveis inferiores a benefícios objetivamente mensuráveis serão aprovadas⁸⁰. Contudo, a partir da adoção da análise de impacto como ferramenta regulatória oficial, passou a ser exigido importante esforço das agências para medir, da melhor forma possível, todos os custos e benefícios de determinada proposta. Para aquelas propostas com custos superiores aos benefícios que a agência pretenda ver avançar por conta de supostos benefícios não mensuráveis que os compense, certamente a qualidade da motivação apresentada – e, a partir de agora, avaliada pelo OMB –, aumentaria⁸¹.

Além da análise de impacto regulatório, O OMB passou a exigir também que as agências publicassem, a cada seis meses, uma pauta dos assuntos que seriam objeto de seus trabalhos no período subsequente, acompanhada do cronograma previsto

⁷⁹ SUNSTEIN, Cass R.. *Simpler: the future of government*. Simon & Schuster, 2013, p. 151.

⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R.. *Simpler: the future of government*. Simon & Schuster, 2013, p. 150.

⁸¹ SUNSTEIN, Cass R.. *Simpler: the future of government*. Simon & Schuster, 2013, p. 161.

para o desenrolar do processo e, mais importante, do nome, endereço e número de telefone de um contato junto à agência que sirva como ponto focal para o fornecimento de informações adicionais⁸².

Strauss comenta que o efeito destas duas últimas mudanças não foi apenas o de tornar o processo de regulamentação mais transparente e acessível: elas criaram a “tendência de acionar o pensamento de um órgão administrativo a respeito de qualquer regulamentação no período que antecedia a notificação. Com a realização das diversas análises preliminares e com as discussões que se seguiam naturalmente à publicação da Pauta de Regulamentos, grande parte da difícil negociação política sobre possíveis regulamentos ocorreriam antes da publicação de uma notificação formal da proposta de regulamentação. Chegou-se a acreditar que muito dos recursos judiciais que foram iniciados após a adoção de regulamentos poderiam ter sido evitados por uma prévia consulta nos estágios iniciais do processo”.

Na sua tarefa de avaliar as propostas de regulação sugeridas pelas agências, o OMB desenvolveu um padrão de controle que segue aquele que os Tribunais norte-americanos desenvolveram, comumente referido como *hard-look doctrine*⁸³, sobre a qual nos deteremos em mais detalhes à frente. Mesmo em comparação com o Judiciário, contudo, a posição do OMB é privilegiada: por sua “capacidade de centralizar e coordenar o processo administrativo, seu maior poder de iniciativa, sua responsabilização política e sua capacidade de reunir um corpo de funcionários especializados em determinada matéria”, é razoável supor que o OMB, sobretudo quando exige a apresentação de análises de custo-benefício para sugestões de regulação relevante, evita que propostas “descuidadas ou impróprias” sejam apresentadas⁸⁴.

⁸² *Executive Order* 12498, de 04/01/1985.

⁸³ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, p. 157.

⁸⁴ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, p. 157.

É certo que o controle centralizado exercido pelo OMB não é isento de críticas, várias delas legítimas: desde preocupações com o segredo dos trabalhos e avaliações do OMB, passando por incompetência de seu corpo técnico, temores de que sua atuação pudesse implicar em retrocesso para programas sociais, desestímulo ao ímpeto regulatório legítimo das agências por tornar o processo excessivamente complexo e custoso e evidências, em alguns casos, de captura do próprio OMB por grupos privados, vários tem sido os questionamentos desde o início de sua atuação⁸⁵. Contudo, até mesmo em virtude das respostas que o próprio OMB deu às críticas recebidas⁸⁶, há já algum consenso de que sua atuação é mais benéfica do que o prejudicial ao sistema regulatório, pois “decisões regulatórias envolvem necessariamente juízos de valor, e essas decisões deveriam ser monitoradas por funcionários próximos ao presidente”. Neste sentido, “o crescimento do controle presidencial transformou profundamente a agência do *New Deal*. A autonomia administrativa foi substancialmente restringida por causa dos riscos da descentralização, da execução descoordenada e da falta de responsabilização. Na administração Reagan, a supervisão pelo presidente foi também associada com o ceticismo sobre aspectos substantivos do programa do *New Deal*. Embora a supervisão tenha sido sem dúvida buscada por interesses que se opunham à regulação, temerosos de que a autonomia das agências ajudaria a reforçá-la, não há uma conexão necessária entre uma posição política anti-regulatória e a defesa do controle pelo Executivo. Numa outra administração, a centralização no Executivo poderia ter o efeito oposto. Qualquer que seja a posição em relação à regulação em distintos cenários, um controle presidencial maior da burocracia é uma resposta promissora aos riscos criados pelo tipo de agência criada pelo *New Deal*⁸⁷”.

2.3.4 *Executive Order 12866*: consolidação e sofisticação das práticas de regulação

⁸⁵ Idem, pp. 158 a 160.

⁸⁶ Idem, p. 160.

⁸⁷ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, p. 162.

Inobstante os avanços já feitos até aquele momento, em setembro de 1993, na administração de Bill Clinton, foi publicada a *Executive Order* 12866, que deixava claro, já em sua introdução, que a insatisfação com o sistema regulatório existente permanecia⁸⁸.

Para endereçar esta insatisfação, a EO 12866 propôs um amplo programa de reformas para tornar o sistema de maneira geral mais eficiente, para o que se propunha a (1) melhorar o processo de planejamento e coordenação de regulamentos novos e existentes, (2) reafirmar o protagonismo das agências federais no processo de decisão sobre o conteúdo da regulação, (3) restaurar a integridade e legitimidade da revisão e supervisão do sistema regulatório e (4) tornar o processo de regulação mais acessível e aberto ao público. Como se verá, boa parte das ferramentas descritas na EO 12866 não são novas; a exigência de análises de impacto antes de qualquer ação regulatória e a coordenação centralizada das pautas das diversas agências pelo OMB, por exemplo, já existiam desde a década de 80, como se viu. Contudo, a EO 12866 – e outras *Executive Orders* que a complementaram⁸⁹ – foi a responsável pelo aperfeiçoamento e sofisticação de tais ferramentas ao nível em que se encontram atualmente, contribuindo para a consolidação do sistema regulatório norte-americano na posição de alto grau de avanço institucional de que desfruta hoje.

Assim, na busca dos objetivos para a reforma referidos no parágrafo antecedente, a EO 12866 estabeleceu a Filosofia Regulatória e os Princípios de Regulação que, a partir daquele momento, passariam a vincular a atuação de todas as agências federais⁹⁰:

- a) Filosofia Regulatória: As agências federais somente devem regular quando (1) demandadas pela Lei, (2) quando a regulação for necessária

⁸⁸ Veja-se, na nota 1 deste trabalho, a declaração de insatisfação do Presidente com o sistema regulatório norte-americano no original em Inglês.

⁸⁹ Sobretudo *Executive Orders* 13563, 13579 e 13610. Para mais detalhes, ver: <https://www.whitehouse.gov/omb/oir>

⁹⁰ Tradução livre dos termos da própria *Executive Order* 12866.

para a interpretação da lei ou, ainda, (3) quando a regulação for necessária para corrigir falhas identificadas em mercados privados que coloquem em risco ou não permitam a melhoria das condições gerais da saúde ou segurança do público em geral, do meio ambiente ou do bem-estar do povo americano. Ao decidir se e como a regular, as agências devem avaliar todos os custos e benefícios de alternativas regulamentares disponíveis, incluindo a alternativa de não regular. Custos e benefícios devem ser entendidos como incluindo tanto medidas quantificáveis – em toda a extensão em que estas puderem ser utilmente estimadas –, quanto medidas qualitativas que, embora de difícil quantificação, sejam essenciais para a análise de custo-benefício. Além disso, ao considerarem as várias alternativas de regulação possíveis, as agências deverão selecionar as abordagens que maximizem os benefícios líquidos – incluindo o potencial econômico, para o meio ambiente, saúde, segurança pública e outras vantagens da abordagem, seus impactos distributivos e equidade –, a menos que a Lei aplicável exija a escolha de outra abordagem específica⁹¹;

b) Princípios de Regulação: De maneira a garantir consistência com a Filosofia Regulatória estabelecida, as agências devem aderir aos seguintes princípios, na medida permitida por lei e aonde aplicável:

1. A agência deve identificar o problema que pretende regular, incluindo, se for caso, as falhas de mercado privados ou de

⁹¹ Sobre o tema da escolha pela regulação ou não regulação, ver Baldwin et al.. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice, Second Edition, 2012, pp. 15 e 23. Os autores indicam que uma série de argumentos técnicos podem ser relacionados (e eventualmente combinados) para justificar a ação regulatória, sobretudo falhas de mercado. Independentemente das justificativas técnicas levantadas – que não se confundem com os motivos para a ação regulatória, conforme detalha o capítulo 3 da obra em referência –, a decisão pela regulação deverá sempre considerar se as falhas que se pretende corrigir são maiores ou menores do que os problemas do próprio processo regulatório. Nesta linha, a Filosofia Regulatória estabelecida pela EO 12866 parece ter caminhado bem ao estabelecer que a regra é a não regulação e que qualquer exceção à regra deverá ser devidamente motivada e ter seus benefícios líquidos claramente demonstrados.

instituições públicas que justificam a ação regulatória, bem como avaliar a significância do problema identificado;

2. As agências deverão examinar se os regulamentos existentes criaram, ou contribuíram para, o problema que o novo regulamento pretende corrigir, e se esses regulamentos devem ser modificados para que se atinja o objetivo pretendido com a regulação de maneira mais eficiente;
3. As agências deverão identificar e avaliar as alternativas disponíveis para dirigir a regulação, incluindo o fornecimento de incentivos econômicos para encorajar o comportamento desejado, tais como taxas de utilização ou licenças negociáveis, ou fornecendo a informações sobre que escolhas podem ser feitas pelo público;
4. Na definição de suas prioridades regulatórias, cada agência deve considerar, na medida do que seja razoável, o grau e a natureza dos riscos relativos às diversas substâncias ou atividades sob sua jurisdição;
5. Quando uma agência determinar que a regulação é o melhor caminho para se alcançar determinado objetivo, esta agência deverá conceber tal regulação da maneira mais custo-efetiva para o atingimento de tal objetivo. Ao fazê-lo, a agência deverá considerar incentivos para a inovação, consistência, previsibilidade, custos de execução e cumprimento – para o governo, agentes regulados e o público –, flexibilidade, impactos distributivos e equidade;
6. As agências devem avaliar os custos e os benefícios da regulação pretendida e, reconhecendo que alguns custos e

benefícios são de difícil quantificação, propor ou adotar determinada regulação somente com base em uma explanação razoável a respeito do porque os benefícios da regulação proposta justificam seus custos;

7. As agências devem basear suas decisões na melhor informação científica, técnica, econômica, etc. que puder ser razoavelmente obtida a respeito da necessidade, e consequências, da regulação pretendida;
8. As agências devem identificar e avaliar formas alternativas de regulação, e devem, na medida do possível, especificar objetivos de desempenho ao invés de comportamentos a serem seguidos pelos agentes regulados;
9. Sempre que possível, as agências devem buscar a opinião de representantes de governos estaduais, municipais ou tribais antes de impor exigências regulatórias que possam significativamente ou exclusivamente afetar tais instâncias governamentais. As agências devem avaliar os efeitos das regulamentações federais em governos estaduais, municipais ou tribais, incluindo especificamente a disponibilidade dos recursos necessários para a realização dos objetivos pretendidos com a regulação, e procurar minimizar os impactos que unicamente ou significativamente afetem tais entidades governamentais, em consonância com a consecução dos objetivos pretendidos. Além disso, conforme o caso, as agências devem procurar harmonizar as ações reguladoras federais com governos estaduais, municipais ou tribais;

10. As agências devem evitar regulamentos que sejam incoerentes, incompatíveis ou repetição de seus próprios regulamentos ou de outras agências federais;
11. As agências devem adaptar seus regulamentos para impor a menor carga possível na sociedade, incluindo indivíduos, negócios de tamanhos variados, e outras entidades (incluindo pequenas comunidades e entidades governamentais), consistentes com a obtenção dos objetivos pretendidos com a regulação, tendo em conta, entre outras coisas, e na medida do possível, os custos da regulação cumulativa; e
12. As agências devem elaborar seus regimentos de maneira que sejam simples e de fácil compreensão, com o objetivo de minimizar o potencial para incerteza e litígios decorrentes dessa incerteza.

Além de instituir uma Filosofia Regulatória e Princípios de Regulação unificados para toda a administração federal, a EO 12866 também se ocupou de previsões destinadas a dar concretude a tal Filosofia e Princípios, incluindo:

- a) Mecanismo de Planejamento: esferas de coordenação e planejamento da ação regulatória. A EO 12866 trouxe a previsão de cinco esferas coordenadas para o planejamento da ação regulatória – a Reunião de Política das Agências, a Agenda Regulatória Unificada, o Plano Regulatório, o Grupo de Trabalho Regulatório e as Conferências, os quais, em conjunto, constituíram o Mecanismo de Planejamento –, cujos objetivos são assegurar coordenar a ação regulatória, minimizar a ocorrência de conflitos ao menor grau possível, envolver o público e seus respectivos representantes regionais, locais e tribais no planejamento regulatório e assegurar que regulamentos novos ou revisados promoverão as prioridades do Presidente e os Princípios

estabelecidos na Ordem Executiva. Na coordenação do Mecanismo de Planejamento passaria a estar o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), órgão vinculado ao OMB;

- b) Exigências de conteúdo mínimo para embasamento da ação regulatória. Ao tratar do Plano Regulatório – o qual, por sua vez, é parte da Agenda Regulatória Unificada, iniciada no ano seguinte à edição da Ordem Executiva –, a EO 12866 determinou que cada agência preparasse um Plano com as mais importantes ações regulatórias que a agência razoavelmente esperava empreender naquele ano fiscal (e dali para frente), o qual deveria ser encaminhado ao OIRA até 1º de junho de cada ano. O objetivo é que, quando considerados em conjunto, a consistência e o alinhamento de cada plano em relação às prioridades presidenciais possam ser avaliados. Os Planos apresentados deverão ser aprovados pessoalmente pelo Diretor-Geral da agência e conter, no mínimo, o sumário das ações planejadas com indicação das alternativas a serem consideradas e as estimativas preliminares dos custos e benefícios estimados⁹², a base legal da ação, cronograma previsto, os contatos na agência para informação adicional, dentre outras.
- c) Obrigatoriedade de revisão periódica da regulação existente. A EO 12866 estabeleceu também que para (1) reduzir o peso da regulação sobre a sociedade, (2) verificar se os regulamentos editados tornaram-se injustificáveis ou desnecessários como resultado de mudança nas circunstâncias que vigiam à época de sua edição; (3) confirmar se a regulação existente é compatível entre si e não-repetitiva; (4) assegurar que toda a regulação é compatível com as prioridades presidenciais e os princípios estabelecidos na Ordem Executiva ou na Lei; e (5)

⁹² Ver em mais detalhes no item “e)” abaixo.

garantir, de maneira geral, a efetividade da regulação em vigor, as agências deveriam estabelecer um plano para revisão periódica de sua regulação em linha com os objetivos relacionados acima;

- d) Participação efetiva do público no processo regulatório. Antes de darem início ao processo de regulação, as agências deverão, sempre que possível, buscar o envolvimento daqueles que se beneficiarão ou serão impactados pela regulação pretendida, incluindo representantes de governos regionais, locais ou tribais. Adicionalmente, as agências deverão assegurar ao público a oportunidade efetiva de fazer comentários sobre qualquer proposta de regulação, o que, na maioria dos casos, deverá incluir um período de comentários não inferior a 60 dias. As agências deverão, ainda, procurar fazer uso, sempre que possível, de mecanismos consensuais para o desenvolvimento de regulação, incluindo o *negotiated rulemaking*;
- e) Detalhamento sobre os motivos para a regulação (*decision-making process*). Para as ações regulatórias significativas, as agências deverão fornecer ao OIRA as seguintes informações adicionais (em adição àquelas já indicadas como conteúdo mínimo do Plano Regulatório)⁹³:
1. Indicação dos benefícios esperados com a ação regulatória (tais como, mas não apenas, a promoção do funcionamento eficiente da economia e mercados privados, a melhoria da saúde e segurança, a proteção do meio ambiente, e a eliminação ou redução da discriminação), acompanhada dos estudos

⁹³ Além das diretrizes fixadas pela própria EO 12866, o OMB publicou, em setembro de 2003 (em substituição a *guidances* anteriores de 1996 e 2000), a Circular A-4, destinada a orientar as agências reguladoras de maneira minuciosa a respeito de como cumprir a exigência de detalhamento do seu *decision-making process*. Por sua extensão e complexidade, não faremos a análise deste documento no presente trabalho; sua utilidade para orientar o trabalho das agências reguladoras norte-americanas, contudo, é inegável, constituindo-se em material indispensável para aqueles que se dedicam ao tema de regulação.

respectivos que a fundamentam e, na medida do que for possível, as quantificam;

2. Indicação dos custos esperados com a ação regulatória (tais como, mas não apenas, custos diretos para a administração da regulação pelo Governo e para os agentes regulados e outros para cumprir com a regulação, e quaisquer efeitos adversos para o funcionamento eficiente da economia, mercados privados (incluindo produtividade, empregabilidade, e competitividade), saúde, segurança, e o meio ambiente), acompanhada dos estudos respectivos que a fundamentam e, na medida do que for possível, as quantificam; e
 3. Indicação dos custos e benefícios de alternativas viáveis e potencialmente efetivas à regulação planejada, identificadas pela agência ou pelo público (incluindo a melhoria da regulação existente e ações não-regulatórias razoáveis), e a explicação sobre porque a ação regulatória planejada é preferível às alternativas potenciais identificadas.
- f) Identificação das mudanças havidas na proposta de regulação desde sua forma original. A agência deverá identificar para conhecimento público, de maneira completa, clara e simples, as diferenças entre o draft de regulação submetido à avaliação do OIRA e a regulação efetivamente anunciada, identificando, dentre estas, aquelas que foram feitas por recomendação do OIRA.

2.3.5 Conclusões

Por tudo o que vimos, fica claro que uma série de novas práticas de regulação foram incorporadas ao sistema norte-americano ao longo da evolução pela qual

este sistema passou a partir da segunda metade do século XX. Abaixo, de maneira bastante sintética, nomeamos e resumimos as principais:

PRÁTICA	RESUMO E BENEFÍCIOS
Centralização da coordenação, planejamento e controle da ação regulatória das várias agências federais	Unificação das responsabilidades pela coordenação, planejamento e controle da ação regulatória federal de órgão diretamente vinculado à Presidência (OMB/OIRA), com vista a garantir maior homogeneidade, foco e eficiência da pauta geral; aumento da permeabilidade das agências às demandas de interesse geral; redução da tendência de captura das agências
Fixação de Filosofia Regulatória e Princípios de Regulação claros e unificados para todas as agências federais	Indicação objetiva de que não-regular é a regra e regular a exceção, cabendo à agência provar a necessidade de regulação via procedimentos obrigatórios diversos, que dão concretude aos princípios declarados
Mecanismo de Planejamento: esferas de coordenação e planejamento da ação regulatória	Criação de cinco esferas coordenadas para o planejamento da ação regulatória – o Mecanismo de Planejamento – com o objetivo de assegurar a coordenação da ação regulatória, minimizar a ocorrência de conflitos ao menor grau possível, garantir o envolvimento do público e seus respectivos representantes regionais, locais e tribais no planejamento regulatório e assegurar que regulamentos novos ou revisados promoverão as prioridades do Presidente e os Princípios estabelecidos na OE 12866
Plano Regulatório e Agenda Unificada	Partes integrantes do Mecanismo de Planejamento, o Plano Regulatório significa demanda às agências para que preparem,

	<p>anualmente, um plano resumindo as ações regulatórias significativas pretendidas para encaminhamento e análise centralizada pelo OIRA, no âmbito da confecção da Agenda unificada. O conteúdo mínimo do Plano Regulatório inclui o sumário das ações planejadas, com indicação das alternativas a serem consideradas e as estimativas preliminares dos custos e benefícios estimados, a base legal da ação, o cronograma previsto, os contatos na agência para informação adicional, dentre outras informações</p>
<p>Análise de impacto regulatório (AIR): exigência de detalhamento sobre os motivos para a regulação (<i>decision-making process</i>), incluindo análise (e evidências) de custo-benefício e alternativas de regulação</p>	<p>Exigência de detalhamento sobre os motivos para a regulação – <i>decision-making process</i> – para as ações regulatórias significativas indicadas no Plano Regulatório. Neste detalhamento deverão ser indicados (1) os benefícios esperados com a ação regulatória, acompanhada dos estudos respectivos que a fundamentam e, na medida do que for possível, as quantificam; (2) os custos esperados com a ação regulatória, acompanhada dos estudos respectivos que a fundamentam e, na medida do que for possível, as quantificam; e (3) os custos e benefícios de alternativas viáveis e potencialmente efetivas à regulação planejada, identificadas pela agência ou pelo público, e explicação sobre porque a ação regulatória planejada é preferível às alternativas potenciais identificadas. Disso resulta a melhor fundamentação das escolhas da agência, menos espaço para escolhas não-razoáveis (<i>arbitrary and capricious</i>) e maior possibilidade de controle político e judicial sobre as escolhas feitas</p>
<p>Publicidade e garantia de acesso aos estudos</p>	<p>Com a publicação da Lei da Liberdade de Informação – LLI, fixou-se o entendimento de que materiais de apoio à</p>

<p>produzidos pela agência para fundamentar suas escolhas</p>	<p>regulamentação não publicados – estudos, modelos e outros dados científicos que lhe serviriam de base – não poderiam ser considerados na fundamentação da norma, o que elevou ainda mais a transparência e a clareza do <i>decision-making process</i> das agências – e o conseqüente controle que pode ser exercido sobre a razoabilidade deste</p>
<p>Obrigatoriedade de revisão periódica da regulação existente</p>	<p>Exigência dirigida às agências para que revisem periodicamente sua regulação com vistas a (1) reduzir, de modo geral, o peso da regulação sobre a sociedade; (2) verificar se os regulamentos editados tornaram-se injustificáveis ou desnecessários como resultado de mudança nas circunstâncias que vigiam à época de sua edição; (3) confirmar se a regulação existente é compatível entre si e não-repetitiva; (4) assegurar que toda a regulação é compatível com as prioridades presidenciais e os princípios estabelecidos na Ordem Executiva ou na Lei; e (5) garantir, de maneira geral, a efetividade da regulação em vigor. Acrescente-se a estes objetivos mais um: verificar se os custos e benefícios indicados na AIR preparada efetivamente se concretizaram e, em caso negativo, avaliar a necessidade de correção de rumo</p>

Fonte: elaboração própria.

2.4 O papel do Poder Judiciário neste processo

2.4.1 Introdução

Todo o movimento político de reforma das práticas de regulação norte-americanas retratado acima se deu de maneira concomitante às manifestações do Poder

Judiciário sobre o tema, e foi profundamente influenciado por elas⁹⁴. Assim, como o objetivo central deste trabalho é compreender de que maneira o sistema regulatório norte-americano evoluiu até atingir o nível de sofisticação que exhibe atualmente, a análise da influência exercida pelos Tribunais neste processo é tarefa fundamental para um panorama completo.

Porém, antes de avançarmos a análise do assunto, cabe abrir breve parêntese para esclarecer que, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que vigora o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a Constituição norte-americana contempla o princípio da imunidade soberana (*sovereign immunity*), o que implica na impossibilidade de o Poder Público ser demandado em juízo, salvo com seu consentimento expresso ou na hipótese de expressa previsão legal admitindo esta possibilidade. Assim, e muito embora construções jurisprudenciais tenham de alguma forma suavizado este princípio geral, abrindo brechas para demandas judiciais contra o Estado em determinados casos, foi importante para que o Judiciário pudesse se debruçar sobre o tema regulatório o fato de o APA ter previsto expressamente a possibilidade – e os parâmetros – para a revisão judicial dos atos emitidos de acordo com seus dispositivos⁹⁵.

Ainda sobre o tema dos limites legais a ação do Judiciário, é de fato interessante notar que, de maneira marcadamente diferente do que estamos acostumados ao analisar a relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário brasileiros, no sistema norte-americano o Congresso pode fixar – e de fato fixou – balizas a respeito da maneira pela qual os Tribunais deveriam realizar (ou se abster de realizar) a revisão judicial dos atos emanados pelas agências reguladoras. O comentário de Ian R. Turner⁹⁶ sobre o assunto resume bem esta relação: “(...) *courts play an integral role in the national policymaking process. The Administrative Procedures Act of 1946 (APA) laid the*

⁹⁴ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, p. 170.

⁹⁵ BRUNA, Sergio Varella. Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 237.

⁹⁶ <http://www.ianturner.com/ProcedureSubstance-2-2015.pdf>, p. 2.

groundwork for judicial review of administrative agency actions. Under its guidance courts are directed to overturn agency actions found to be “arbitrary and capricious” (Breyer 1986). Additionally, Congress explicitly writes rules governing judicial review of agency actions into regulatory legislation that supersede the baseline set by the APA (Smith 2005). By subjecting policymaking agencies to judicial scrutiny Congress can utilize administrative procedures – like judicial review provisions – to monitor agency activity (Bawn 1995; McCubbins and Schwartz 1984; McCubbins, Noll and Weingast 1987, 1989). Congress can specify rules governing citizens’ abilities to challenge agency actions in court (Smith 2005, 2006), which courts have jurisdictional authority over which agency actions (Chutkow 2008), and even which agency actions are subject to, or precluded from, judicial scrutiny and what type of judicial review courts are directed to employ (Shipan 1997). All of these choices can either strengthen or weaken the impact of judicial review on agency policymaking (Shipan 2000). That is, Congress can specify, through the crafting of judicial review provisions, how courts fulfill their role in the system by specifying the scope of review across regulatory actions (Shipan 1997). The scope of review specifies what aspects of agency policymaking are to be reviewed⁹⁷.

2.4.2 Os modelos de controle do sistema norte-americano. O controle de razoabilidade como incentivador da qualidade da motivação

Nada obstante, ao tratar dos parâmetros para a revisão, a opção do Congresso na elaboração do APA foi por fazer farto uso de conceitos jurídicos indeterminados⁹⁷, deixando a tarefa de preenchê-los a cargo da jurisprudência. Eduardo

⁹⁷ A seção 706, que estabelece os parâmetros pelos quais as cortes deverão se pautar para fazer a revisão dos atos das agências, é recheada de conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo em seu item (2), como se vê:

§ Section 706. - *Scope of review*

To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall -

(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;

Jordão afirma, contudo, que, analisando-se a decisão havida em *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*⁹⁸, sobre a qual nos deteremos em mais detalhes à frente, é possível interpretar que o APA instituiu um sistema *trinário* de controle, *cada qual aplicável a uma espécie de ação administrativa*, sendo um não deferente (controle *de novo*) e dois deferentes (controle de evidências substanciais e de arbitrariedade). Os dois últimos, contudo, têm distinção tão tênue que boa parte da doutrina já os enxerga fundidos como um único controle (deferente) de *razoabilidade*⁹⁹; é a partir desta premissa que iremos considerá-los:

- a) Controle *de novo*: é o modelo de controle reservado para as raras hipóteses em que (1) a ação administrativa possui natureza adjudicatória e se verifica que os procedimentos de apuração dos fatos da autoridade são inadequados, ou (2) o procedimento judicial foi iniciado para dar efetividade à alguma ação administrativa. Nestas hipóteses, os Tribunais atuam como se tivessem a competência originária para a decisão ou ação administrativa controlada, não devendo qualquer deferência ou consideração à autoridade¹⁰⁰; e
- b) Controle de razoabilidade (evidências substanciais e de arbitrariedade): trata-se do modelo de controle aplicável às demais espécies de ação

(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.

⁹⁸ 401 U.S. 402 (1971).

⁹⁹ JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 505 e 506. MILES, Thomas J; SUNSTEIN, Cass R.. The Real World of Arbitrariness Review. The University of Chicago Law Review, Vol. 75, No.2 (Spring, 2008), p. 764.

¹⁰⁰ JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 507.

administrativa, inclusive a normativa, desempenhada pelas agências reguladoras. Em um primeiro momento, por este modelo, os Tribunais demandaram apenas que as evidências carreadas pela agência aos autos do processo administrativo fossem suficientes para, quando tomadas em conjunto, convencer o homem médio de que a decisão era razoável¹⁰¹. Com o tempo, os Tribunais foram aumentando significativamente as exigências no âmbito deste controle, como veremos a seguir.

Enquanto o controle *de novo* não apresenta maiores dificuldades de entendimento – além de ser, de fato, utilizado em hipóteses extremamente restritas –, o controle de razoabilidade merece detalhamento.

No início da aplicação do controle de razoabilidade, os Tribunais exigiam tão somente que fosse possível ao Judiciário reconhecer as razões que determinaram a providência adotada e que esta estivesse fundamentada em um “*mínimo de racionalidade*”¹⁰². As origens desta abordagem remontam ao caso *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*¹⁰³, de 1947, em que as cortes americanas não demandaram “*a good explanation or the best explanation an agency could offer. Rather, courts simply demanded a rational agency explanation that would help us show that agency’s action was within its statutory power*”.

Com o passar do tempo, e novas decisões judiciais sobre o tema sendo pronunciadas, sobretudo nas décadas de 60 e 70¹⁰⁴, “*o dever de motivar foi assumindo um papel cada vez mais importante na revisão judicial dos atos regulamentares, passando-se*

¹⁰¹ JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 508 a 511, incluindo nota de rodapé 64.

¹⁰² Idem, p. 224.

¹⁰³ 332 U.S. 194 (1947).

¹⁰⁴ Período em que a Teoria da Captura, explorada no item 2.2 acima, ganhou ampla ressonância. SUNSTEIN, Cass R.. Law and Administration after "Chevron". Columbia Law Review, Vol. 90, No. 8 (Dec., 1990), p. 2071.

a exigir que a agência, antes de tomar sua decisão, tivesse dispensado a “devida atenção” (*took a hard look*) aos assuntos envolvidos. Passaram, assim, a ser exigidas explicações cada vez mais detalhadas sobre a motivação das agências, contendo esclarecimentos sobre as premissas políticas adotadas, sua fundamentação e seus pressupostos fáticos. Em seguida, tornou-se necessário que as agências demonstrassem terem dispensado a “devida atenção” também aos temas relevantes suscitados pelos interessados durante a fase de audiência pública, examinando expressamente as principais alternativas regulamentares existentes à norma adotada¹⁰⁵”.

Na mesma linha de Bruna e Miles et. al., Jordão afirma que o reforço do dever de motivar imposto às agências se deu basicamente em razão da proatividade dos Tribunais. Amplamente reconhecidos como partidários da autorrestrição judicial no período após o fim da era *Lochner* – particularmente após a decisão havida em *Chevron USA, Inc. v. National Resources Defense Council, Inc*¹⁰⁶, sobre a qual nos deteremos em mais detalhes à frente¹⁰⁷ –, os Tribunais norte-americanos passaram a exigir cada vez maior detalhamento a respeito das razões para as escolhas regulatórias como uma espécie de contraponto a uma postura, em regra, deferencial¹⁰⁸.

*Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*¹⁰⁹, ou apenas *Overton Park*, julgado em 3 de março de 1971 pela Suprema Corte, é um exemplo emblemático do aumento das exigências que passaram a ser feitas dentro do âmbito de aplicação do controle de razoabilidade. Neste caso, discutia-se o financiamento federal desejado pelo Estado do Tennessee para a construção de uma rodovia cujo projeto original previa a travessia pelo parque público de *Overton Park*. Nesta hipótese, por força do *Federal-Aid*

¹⁰⁵ BRUNA, Sergio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 224. Na mesma linha, MILES, Thomas J; SUNSTEIN, Cass R.. *The Real World of Arbitrariness Review*. *University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 2 (Spring 2008), p. 761.

¹⁰⁶ 467 U.S. 837 (1984).

¹⁰⁷ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 46.

¹⁰⁸ Idem, pp. 110 e 111.

¹⁰⁹ 401 U.S. 402 (1971).

Highway Act of 1968, o financiamento somente poderia ocorrer se o Secretário de Transportes atestasse não existir outro trajeto “prudente e viável” em substituição ao apresentado¹¹⁰. Apresentado o atestado, os cidadãos da cidade questionaram sua validade sob o argumento de que os estudos apresentados para embasá-lo não consideraram efetivamente a existência de alternativas possíveis. Em sua defesa, o Secretário apresentou declaração¹¹¹ afirmando ter feito a análise necessária, e alegou que tal documento constituiria evidência suficiente para fins da discussão em curso, uma vez que suas ações gozavam de presunção de legalidade. Este argumento foi aceito pelas cortes inferiores. Contudo, quando do julgamento pela Suprema Corte, a declaração foi tida como insuficiente, pelas seguintes razões:

“The lower courts based their review on the litigation affidavits that were presented. These affidavits were merely “post hoc” rationalizations, Burlington Truck Lines v. United States, 371 U. S. 156, 371 U. S. 168-169 (1962), which have traditionally been found to be an inadequate basis for review. Burlington Truck Lines v. United States, supra; SEC v. Chenery Corp., 318 U. S. 80, 318 U. S. 87 (1943). And they clearly do not constitute the “whole record” compiled by the agency: the basis for review required by § 706 of the Administrative Procedure Act. See n 30, supra.

Thus, it is necessary to remand this case to the District Court for plenary review of the Secretary's decision. That review is to be based on the full administrative record that was before the Secretary at the time he made his decision. But since the bare record may not disclose the factors that were considered or the Secretary's construction of the evidence, it may be necessary for the District Court to require some explanation in order to

¹¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P.. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização. Direito da Regulação e Políticas Públicas (Org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosillo). 1ª ed., São Paulo, ed. Malheiros, 2014, pp. 179-181.

¹¹¹ *Litigation Affidavits*, no original em Inglês.

determine if the Secretary acted within the scope of his authority and if the Secretary's action was justifiable under the applicable standard”.

Assim, vê-se claramente que a *Suprema Corte não aceitou a mera declaração do Secretário como evidência suficiente de que alternativas plausíveis haviam sido efetivamente consideradas*. Por esta razão, determinou que a corte inferior reavaliasse a decisão do Secretário com base nos autos completos do processo administrativo do Departamento de Trânsito para julgar se, de fato, sua decisão foi *racional e baseada nos fatos* que constam nos autos. A corte deveria decidir, em última instância, se a decisão não foi arbitrária, caprichosa, indevidamente discricionária ou, de maneira geral, ilegal, e se todos os procedimentos aplicáveis para o caso foram efetivamente seguidos:

“(...) the reviewing court must conduct a substantial inquiry and determine whether the Secretary (...) could have reasonably believed that there were no feasible alternatives. The court must find that the actual choice was not "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law," and that the Secretary followed the necessary procedural requirements”.

Em junho de 1983, controle da razoabilidade dá mais um passo com o julgamento do caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual*¹¹² pela Suprema Corte. Nesta decisão, o Tribunal decidiu por anular a decisão tomada pelo Departamento de Transportes de revogar a norma que instituía a exigência de instalação de *airbags* e cintos de segurança automáticos às vésperas da entrada em vigor deste requisito e logo após a mudança do partido que ocupava a Presidência da República. No entendimento da Suprema Corte, o cancelamento repentino da exigência representava excesso de poder, já que a agência não havia fornecido justificativa razoável para sua radical mudança de posição, bem como porque não havia respondido as questões de fato

¹¹² 463 U.S. 29 (1983).

levantadas durante pelos agentes interessados na regulação. O trecho a seguir, retirado da própria decisão, é claro sobre suas razões:

*“The Department of Transportation (...) argues that under [the ‘arbitrary and capricious standard’], a reviewing court may not set aside an agency rule that is rational, based on consideration of the relevant factors, and within the scope of the authority delegated to the agency by the statute. We do not disagree with this formulation. The scope of review under the “arbitrary and capricious” standard is narrow and a court is not to substitute its judgment for that of the agency. Nevertheless, the agency must examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation for its action including a rational connection between the facts found and the choice made. In reviewing that explanation, we must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment. Normally, an agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise. The reviewing court should not attempt itself to make up for such deficiencies; we may not supply a reasoned basis for the agency's action that the agency itself has not given. We will, however, uphold a decision of less than ideal clarity if the agency's path may reasonably be discerned (...). [W]hat we said in *Burlington Truck Lines v. United States*, 371 US, at 167, is apropos here: ‘There are no findings and no analysis here to justify the choice made, no indication of the basis on which the [agency] exercised its expert discretion. We are not prepared to and the Administrative Procedure Act will not permit us to accept such (...) practice (...). Expert discretion is lifeblood of the administrative process,*

but ‘unless we make the requirements for administrative action strict and demanding, expertise, the strength of modern government, can become a monster which rules with no practical limits on its discretion’. We have frequently reiterated that an agency must cogently explain why it has exercised its discretion in a given manner, and we reaffirm this principle today again”.

Esta decisão fixou de maneira razoavelmente precisa como a Suprema Corte americana esperava que as agências reguladoras conduzissem o processo de regulação que lhes cabe de maneira a não terem seus atos revistos pelo Judiciário. Neste sentido, as agências deveriam “articular uma explicação satisfatória para suas ações, basear-se em razões próprias e contemporâneas à ação, justificar qualquer mudança de curso, bem como examinar todos os dados e fatores relevantes, considerando as vias alternativas existentes para alcançar os objetivos almejados¹¹³¹¹⁴”.

¹¹³ BRUNA, Sergio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 225.

¹¹⁴ MILES et. al. afirmaram em 2008 que *State Farm* foi o último caso de grande repercussão em que a Suprema Corte fez uso do controle de arbitrariedade (em *Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB* (522 U.S. 359 (1998)) e *Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission* (535 U.S. 467 (2002)) houve referências menores a este modelo de controle). As razões para isso, dizem os autores, são um mistério, embora eles arrisquem sugerir que isto possa se dever ao fato de que o controle de razoabilidade é focado em questões específicas de fato e política, o que torna a revisão pela Suprema Corte menos provável (MILES, Thomas J; SUNSTEIN, Cass R.. *The Real World of Arbitrariness Review*. University of Chicago Law Review, Vol. 75, No. 2 (Spring 2008)). De nosso lado, também nos arriscamos a especular que a ausência de novas referências expressivas à aplicação do controle de razoabilidade se deve ao fato de que, desde o início da década de 1980 para cá, houve expressivo crescimento das exigências procedimentais aplicáveis a ação das agências e dos controles sobre sua atuação exercidos diretamente pela Presidência da República, via OIRA (cf. itens 2.3.3, 2.3. e 2.3.5 acima). Como vimos, boa parte destes novos procedimentos – sobretudo a análise de impacto regulatório obrigatória – visaram, precisamente, a elevar a *qualidade da motivação* colocada pelas agências como justificativa para a ação regulatória pretendida, e torna-la mais objetiva, mais baseada em fatos e menos em valores ou crenças pessoais. Com isso, acreditamos que faz sentido imaginar que a incidência de normas desarrazoadas, que poderiam ser objeto de revisão pelo Judiciário via aplicação do modelo razoabilidade, tenha, de fato, sido reduzida, pois, agora, as próprias agências estão sendo compelidas a avaliar atentamente (*take a “hard look”*) todos os aspectos do tema que pretendem que seja objeto de regulação antes de seguir em frente, exatamente como a Suprema Corte demandou que fizessem com seus seguidos precedentes; o procedimento regulatório de qualidade que, até a década de 80, significava uma opção para as agências – sem o que estariam mais sujeitas a controle intenso do Judiciário, é verdade, mas, ainda assim, uma opção – passou a ser uma obrigação, cuja execução será, ainda, supervisionada por órgão externo reconhecidamente exigente. Como o controle de razoabilidade é destinado às normas em que “sérios erros de análise” tenham sido cometidos (cf. MILES, Thomas J; SUNSTEIN, Cass R.. *The Real World of Arbitrariness Review*. University of

2.4.3 A doutrina Chevron

Contudo, apenas um ano depois do julgamento de *State Farm*, em junho de 1984, o julgamento de *Chevron USA, Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*¹¹⁵ pela Suprema Corte causou grande perplexidade na academia¹¹⁶. Discutia-se na ação a emenda que o Congresso fez ao *Clean Air Act* em 1977 para tratar dos Estados que não conseguiram atingir os padrões de qualidade do ar estabelecidos pela Agência de Proteção Ambiental americana. Por conta desta emenda, o *Clean Air Act* passou a exigir que estes Estados “devedores” estabelecessem um programa de licenciamento para “fontes estáticas relevantes de poluição aérea, novas ou modificadas”. Durante a administração Carter, a EPA definiu o termo “fonte” como qualquer equipamento em uma instalação industrial que produzisse poluição. Contudo, em 1981, após a eleição de Ronald Reagan, a EPA, impulsionada pela proposta de redução de exigências regulatórias desnecessárias pregada pelo novo presidente durante sua campanha, e efetivamente implementada após a eleição via edição da *Executive Order* 12291, de 17/02/1981, adotou uma nova definição para o termo “fonte” que permitia que uma planta existente obtivesse licenciamento para um equipamento novo que não se adequasse aos limites de poluição contanto que as emissões totais da própria planta não aumentassem. Neste momento, o *Natural Resources Defense Council* (NRDC), uma organização não-governamental de proteção ambiental, inconformada com a nova definição adotada pela EPA, questionou a regulação da agência em juízo, obtendo, em primeira instância, decisão favorável. Contudo, Chevron, uma parte afetada por esta decisão, apelou à Suprema Corte, obtendo, em resposta, decisão que reverteu o julgamento da instância inferior, pelos fundamentos que veremos em mais detalhes abaixo.

Chicago Law Review, Vol. 75, No. 2 (Spring 2008), p. 767), talvez, simplesmente, não estejam mais sendo produzidas tantas normas que atendam esta “exigência”.

¹¹⁵ 467 U.S. 837 (1984).

¹¹⁶ Theodore L. Garrett comenta que Chevron é ‘uma das decisões mais importantes da história do Direito Administrativo Norte-Americano’, tendo sido citada em artigos mais de 1000 vezes apenas na primeira década após a sua publicação. *Judicial Review After "Chevron": The Courts Reassert Their Role*. 10 Nat. Resources & Env't. 59 1995-1996, p. 61.

Inicialmente, Chevron pareceu significar uma importante mudança na jurisprudência até então vigente por aparentemente demandar deferência às interpretações das agências sempre que a regulação objeto de questionamento não fosse claramente contrária a objetivos nitidamente estabelecidos na Lei que lhe dá suporte. Criou-se a expectativa, assim, de que, na hipótese de silêncio ou ambiguidade do texto legal, qualquer caminho regulatório escolhido pela agência seria, em tese, sustentável¹¹⁷.

Chevron não foi, contudo, o primeiro caso em que a Suprema Corte afirmou que os Tribunais deveriam tratar com deferência as escolhas feitas pelas agências. O próprio ministro John Paul Stevens afirma em seu voto que “desde sempre a Suprema Corte vem se posicionando com deferência às construções feitas por agências reguladoras a respeito de políticas públicas que lhe foram entregues para administrar¹¹⁸”. A questão é que, embora a postura deferencial fosse recorrente, havia casos em que, de fato, os Tribunais se afirmavam “as autoridades finais no domínio da interpretação legislativa” e substituíam as interpretações administrativas pelas suas quando elas não fossem coincidentes. Não havia, portanto, consistência no posicionamento que adotavam¹¹⁹.

A grande contribuição de Chevron foi estabelecer um precedente claro sobre o tema, firmando o entendimento de que o poder concedido a uma agência para administrar determinado assunto necessariamente requererá a formulação de políticas públicas e a elaboração de regras para preencher lacunas deixadas, intencionalmente ou não, pelo Congresso. Com isso Chevron fixou uma *presunção* de que, na hipótese em que

¹¹⁷ GARRETT, Theodore L.. Judicial Review After "Chevron": The Courts Reassert Their Role. 10 Nat. Resources & Env't. 59 1995-1996, p. 61.

¹¹⁸ “We have long recognized that considerable weight should be accorded to an executive department's construction of a statutory scheme it is entrusted to administer” (467 U.S. 844).

¹¹⁹ JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 199. Jordão refere que alguns casos chegavam a defender explicitamente a possibilidade de substituição judicial do juízo administrativo em questões que envolvessem a interpretação do sentido de um determinado termo legislativo.

houver uma ambiguidade legislativa, a intenção do Congresso terá sido conceder discricionariedade à agência para decidir¹²⁰.

Ademais, a doutrina aponta também que Chevron *simplificou* o procedimento de determinação da intensidade do controle judicial ao propor a aplicação de um teste de fácil assimilação que passou a guiar a determinação da intensidade do controle sobre interpretações legislativas das autoridades administrativas¹²¹, hoje largamente conhecido simplesmente como “Chevron *Two-Step*”. Por esta nova regra procedimental, os Tribunais deveriam, em um primeiro passo (passo 1), avaliar se a Lei é clara a respeito de como a matéria deve ser regulada. Se sim, não cabe qualquer discricionariedade por parte da agência¹²². Se, contudo, a Lei é silente ou ambígua, passa-se ao segundo passo (passo 2) do teste, e a questão a ser considerada pela Corte é se a escolha feita pela agência é razoável em vista de interpretações possíveis para o objetivo pretendido pela Lei¹²³. Em outras palavras, na execução do passo 2, não caberá ao juiz do

¹²⁰ Idem, p. 305.

¹²¹ JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 202.

¹²² “*If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter*” (467 U.S. 842). A própria decisão, em notas de rodapé, faz referência aos precedentes da Suprema Corte que consolidaram a opinião do Tribunal a respeito dos diversos temas que Chevron novamente endereça. Assim, sobre o tema da discricionariedade quando a Lei é clara a respeito de como a matéria deve ser regulada, o ministro John Paul Stevens anota que “*The judiciary is the final authority on issues of statutory construction, and must reject administrative constructions which are contrary to clear congressional intent. See, e.g., FEC v. Democratic Senatorial Campaign Committee, 454 U. S. 27, 454 U. S. 32 (1981); SEC v. Sloan, 436 U. S. 103, 436 U. S. 117-118 (1978); FMC v. Seatrain Lines, Inc., 411 U. S. 726, 411 U. S. 745-746 (1973); Volkswagenwerk v. FMC, 390 U. S. 261, 390 U. S. 272 (1968); NLRB v. Brown, 380 U. S. 278, 380 U. S. 291 (1965); FTC v. Colgate-Palmolive Co., 380 U. S. 374, 380 U. S. 385 (1965); Social Security Board v. Nierotko, 327 U. S. 358, 327 U. S. 369 (1946); Burnet v. Chicago Portrait Co., 285 U. S. 1, 285 U. S. 16 (1932); Webster v. Luther, 163 U. S. 331, 163 U. S. 342 (1896). If a court, employing traditional tools of statutory construction, ascertains that Congress had an intention on the precise question at issue, that intention is the law, and must be given effect (467 U.S. Footnote 9)”*

¹²³ “*If the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute*” (467 U.S. 843). Sobre o tema da reconstrução razoável dos objetivos da Lei feita pela agência: “*The court need not conclude that the agency construction was the only one it permissibly could have adopted to uphold the construction, or even the reading the court would have reached if the question initially had arisen in a judicial proceeding. FEC v. Democratic Senatorial Campaign Committee, 454 U.S. at 454 U. S. 39; Zenith Radio Corp. v. United States, 437 U. S. 443, 437 U. S. 450 (1978); Train v. Natural Resources Defense Council, Inc., 421 U. S. 60, 421 U. S. 75 (1975); Udall v. Tallman, 380 U. S. 1, 380 U. S. 16 (1965); Unemployment Compensation Comm'n v. Aragon, 329 U. S. 143, 329 U. S. 153 (1946); McLaren v. Fleischer, 256 U. S. 477, 256 U. S. 480-481 (1921) (467 U.S. Footnote 11)”*

caso concreto interpretar diretamente a ambiguidade legislativa, adotando a solução que lhe parecer mais adequada; deverá, tão somente, avaliar se a solução adotada pela autoridade administrativa é permissível, ou razoável¹²⁴.

De fato, a Suprema Corte deixa claro em *Chevron* que a regra é que as escolhas das agências devem ser mantidas a menos quando *arbitrárias, caprichosas ou manifestamente contrárias à Lei*¹²⁵, tendo servido o princípio da deferência de baliza para o controle judicial exercido por aquele Tribunal sempre que (1) a decisão quanto ao significado ou alcance de determinada Lei demanda a reconciliação de políticas conflitantes ou quando (2) o completo entendimento de uma determinada política pública requer conhecimento técnico especializado sobre os temas objeto da regulação da agência¹²⁶. Assim, se a escolha regulatória feita pela agência em determinado caso representa uma *acomodação razoável* das políticas conflitantes que foram entregues aos seus cuidados pela Lei, o Judiciário não deve questioná-la, a menos que a avaliação do

¹²⁴ JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 203.

¹²⁵ “*Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute*” (467 U.S. 844). Quanto ao controle que é realizado apenas quando a regulação é arbitrária, caprichosa ou manifestamente contrária à Lei, ministro Stevens refere os seguintes precedentes no mesmo sentido: “*See, e.g., United States v. Morton, ante at 467 U. S. 834; Schweiker v. Gray Panthers, 453 U. S. 34, 453 U. S. 44 (1981); Batterton v. Francis, 432 U. S. 416, 432 U. S. 424-426 (1977); American Telephone & Telegraph Co. v. United States, 299 U. S. 232, 299 U. S. 235-237 (1936)*”.

¹²⁶ “*The principle of deference to administrative interpretations has been consistently followed by this Court whenever decision as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations*” (467 U.S. Footnote 12). Conforme precedentes diversos: “*Aluminum Co. of America v. Central Lincoln Peoples' Util. Dist., ante at 467 U. S. 389; Blum. v. Bacon, 457 U. S. 132, 457 U. S. 141 (1982); Union Electric Co. v. EPA, 427 U. S. 246, 427 U. S. 256 (1976); Investment Company Institute v. Camp, 401 U. S. 617, 401 U. S. 626-627 (1971); Unemployment Compensation Comm'n v. Aragon, 329 U.S. at 329 U. S. 153-154; NLRB v. Hearst Publications, Inc., 322 U. S. 111, 322 U. S. 131 (1944); McLaren v. Fleischer, 256 U.S. at 256 U. S. 480-481; Webster v. Luther, 163 U.S. at 163 U. S. 342; Brown v. United States, 113 U. S. 568, 113 U. S. 570-571 (1885); United States v. Moore, 95 U. S. 760, 95 U. S. 763 (1878); Edwards' Lessee v. Darby, 12 Wheat. 206, 25 U. S. 210 (1827)*” (467 U.S. Footnote 14).

¹²⁶ Conforme precedentes diversos: “*See, e.g., National Broadcasting Co. v. United States, 319 U. S. 190; Labor Board v. Hearst Publications, Inc., 322 U. S. 111; Republic Aviation Corp. v. Labor Board, 324 U. S. 793; Securities & Exchange Comm'n v. Chenery Corp., 332 U. S. 194; Labor Board v. Seven-Up Bottling Co., 344 U. S. 344*” (467 U.S. 844).

caso concreto sob análise indique que, diante da Lei ou do histórico legislativo específico, aquela escolha não seria aceita pelo Congresso¹²⁷.

Assim, após análise dos fatos específicos do caso, incluindo o histórico legislativo pertinente, a Corte conclui que deveria ser prestada deferência à regulação da agência de proteção ambiental porque a interpretação dada pela EPA à norma *de fato representava uma acomodação razoável de interesses manifestamente contraditórios, ao qual é devida deferência*¹²⁸. Ademais, a Suprema Corte reconheceu que a questão em discussão é técnica e complexa¹²⁹, a agência considerou o assunto de maneira detalhada e razoável¹³⁰, e a decisão efetivamente demanda a conciliação de políticas conflitantes¹³¹. Com isso, a Suprema Corte firmou o entendimento de que, quando o questionamento sobre uma interpretação bem motivada de uma agência basear-se no desagrado em relação à interpretação em si, e não na discussão sobre se a interpretação é razoável, considerando-se o rol de opções deixadas pela lacuna aberta pelo Congresso, tal questionamento não deverá ser aceito. Nestes casos, juízes federais, que não têm mandatos eletivos, têm o dever de respeitar escolhas legítimas de política pública por aqueles que detêm tais mandatos¹³².

¹²⁷ “If this choice represents a reasonable accommodation of conflicting policies that were committed to the agency's care by the statute, we should not disturb it unless it appears from the statute or its legislative history that the accommodation is not one that Congress would have sanctioned” (467 U.S. 845). Conforme precedentes: “United States v. Shimer, 367 U. S. 374, 367 U. S. 382, 383 (1961). Accord, Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp, ante at 467 U. S. 699-700” (467 U.S. 845).

¹²⁸ “The Administrator's interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests, and is entitled to deference” (467 U.S. 865).

¹²⁹ “The regulatory scheme is technical and complex” (467 U.S. 865). Conforme precedente: “See, e.g., Aluminum Co. of America v. Central Lincoln Peoples' Util. Dist., ante at 467 U. S. 390” (467 U.S. Footnote 39).

¹³⁰ “The agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion” (467 U.S. 865). Conforme precedentes: “See SEC v. Sloan, 436 U.S. at 436 U. S. 117; Adamo Wrecking Co. v. United States, 434 U. S. 275, 434 U. S. 287, n. 5 (1978); Skidmore v. Swift & Co., 323 U. S. 134, 323 U. S. 140 (1944)”.

¹³¹ “The decision involves reconciling conflicting policies” (467 U.S. Footnote 40). Conforme precedentes: “See Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp, ante at 467 U. S. 699-700; United States v. Shimer, 367 U. S. 374, 367 U. S. 382 (1961) (467 U.S. Footnote 41)”.

¹³² “When a challenge to an agency construction of a statutory provision, fairly conceptualized, really centers on the wisdom of the agency's policy, rather than whether it is a reasonable choice within a gap left open by Congress, the challenge must fail. In such a case, federal judges -- who have no constituency -- have a duty to respect legitimate policy choices made by those who do” (467 U.S. 866). Conforme precedente: TVA v. Hill, 437 U. S. 153, 437 U. S. 195 (1978) (467 U.S. 866).

A academia americana, contudo, se dividiu a respeito desta interpretação, a qual implicava que, na prática, a partir daquele momento, caberia à Administração, e não aos Tribunais, interpretar ambiguidades legislativas¹³³. Embora alguns autores tenham saudado esta opção, reconhecendo que as agências estariam, em função de suas vantagens institucionais comparativas, de fato melhor equipadas para exercer esta função do que os Tribunais, outros criticaram a decisão, sustentando, dentre outros argumentos, que ela contrariaria o APA, segundo o qual interpretar ambiguidades legais seria uma função expressamente atribuída aos Tribunais, e não às agências, de modo que sua transferência a estas por força de uma decisão judicial veicularia uma violação à separação dos poderes e comprometeria o Estado de Direito^{134 e 135}.

Em resposta a esta crítica, vários autores indicaram que quando a agência trabalha sobre uma ambiguidade legislativa, mais do que interpretar, ela está *criando* o direito. A ambiguidade funcionaria, assim, como uma espécie de chamada às agências para que formulem políticas públicas, conciliando, neste processo, interesses conflitantes, em tarefa tipicamente política que, claramente, não cabe aos Tribunais exercer, mas às agências, em virtude de suas credenciais democráticas¹³⁶.

2.4.3.1 O caso Mead

Em 2001, com o julgamento do caso *United States v. Mead Corp*¹³⁷, a Suprema corte esclareceu que a aplicação do teste bifásico proposto em Chevron depende de uma fase preliminar, em que se examine se o Congresso teve, ou não, a intenção de

¹³³ Chevron representa a ruptura definitiva com *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)), quando a Suprema corte afirmou cabe aos juízes, e a mais ninguém, “*say what the law is*”. Agora, com Chevron, em sentido oposto, a Suprema Corte afirma que esta função cabe às agências, não podendo os juízes interferirem, salvo nas hipóteses (estreitas) de irrazoabilidade. Com isso, Chevron torna-se uma espécie de anti-*Marbury*. SUNSTEIN, Cass R.. Law and Administration after “Chevron”. *Columbia Law Review*, Vol. 90, No. 8 (Dec., 1990), p. 2074-2075.

¹³⁴ “*To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions*” (5 USC § 706 - Scope of review).

¹³⁵ JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 213, nota de rodapé nº 65.

¹³⁶ Idem, p. 204 a 206.

¹³⁷ 533 U.S. 218 (2001).

que a interpretação da autoridade administrativa, tal como externada, tivesse força de lei; foi inserido assim um “Passo Zero” no teste bifásico proposto por Chevron em sua formulação original¹³⁸. A Suprema Corte afirma, contudo, que ainda nas hipóteses em que não puder ser identificada esta intenção do Congresso – e em que, portanto, não incidirá a doutrina Chevron – não caberá aos Tribunais decidir diretamente a questão; nesta hipótese incidirá a chamada *deferência Skidmore*, baseada no caso homônimo de 1944 que fixou o entendimento de que o peso a ser dado a opinião destas autoridades em um caso em particular depende do rigor evidenciado em sua análise, da validade do seu raciocínio, da sua coerência com pronunciamentos anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir¹³⁹; depende, em suma, da *razoabilidade da motivação apresentada para sua decisão*, em um prenúncio do controle de razoabilidade que seria reforçado nas décadas seguintes pelos precedentes citados de *Overton Park* e *State Farm*.

Interessante notar que Mead sugere se *presuma* que Congresso teve a intenção de que a ação administrativa tivesse força de lei sempre que se estiver diante das hipóteses de *notice-and-comment* e adjudicação formal, ambos casos em que a ação pública é profundamente procedimentalizada e, por esta razão, transparente, bem motivada e aberta à participação das partes interessadas¹⁴⁰. Trata-se, portanto, de uma mensagem muito direta dos Tribunais às agências no sentido de que, quanto mais procedimentalizada sua ação, menos intenso será o controle judicial a que estarão sujeitas.

2.4.4 Conclusão: conciliando o controle de razoabilidade com Chevron

Por todo o exposto, parece claro que Chevron não significou a negação do modelo de controle de razoabilidade utilizado em *Overton Park* e *State Farm*. Nas

¹³⁸ *Idem*, p. 335.

¹³⁹ A referência é ao caso *Skidmore v. Swift & Co.* (323 U.S. 134), de 1944.

¹⁴⁰ JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 348.

palavras de Sunstein, “Chevron deveria ser interpretado de forma estrita, como seu contexto sugere: o caso envolve uma lei altamente complexa numa área técnica, e uma iniciativa razoável que tentava conciliar uma série de políticas, todas elas permitidas por lei. Uma recente decisão da Suprema Corte que discutia o caso Chevron enfatizou exatamente essas considerações e descreveu o caso como envolvendo uma *aplicação do direito aos fatos, e não uma aprovação genérica da deferência a interpretações do direito pela agência*. Visto assim, Chevron afirma que a deferência a interpretações do direito pelas agências é adequada quando as capacidades institucionais peculiares da agência são demandadas. O caso não deveria ser tratado como um abandono dramático da recente tendência geral de aumento do controle judicial independente da interpretação do direito pelas agências¹⁴¹”.

De fato, Chevron não outorgou carta branca às agências para conduzirem seus processos regulatórios da maneira como bem entenderem. Pelo contrário, Chevron afirmou claramente que quando o texto legal objeto de regulação não for silente ou ambíguo, não caberá à agência qualquer grau de discricionariedade. Quando, contudo,

¹⁴¹ O constitucionalismo após o The New Deal (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano, coord. Paulo Todescan Lessa Mattos. Editora 34 (Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP), 2004, p. 167. É o próprio Sunstein, em artigo de 2008, assinado em conjunto com Thomas J. Miles, que sugere, contudo, cuidado com a aplicação do controle de razoabilidade, que pode ser fortemente influenciado por inclinações políticas dos juizes: “*The Administrative Procedure Act instructs federal courts to invalidate agency decisions that are "arbitrary" or "capricious." In its 1983 decision in the State Farm case, the Supreme Court firmly endorsed the idea that arbitrariness review requires courts to take a "hard look" at agency decisions. The hard look doctrine has been defended as a second-best substitute for insistence on the original constitutional safeguards; close judicial scrutiny is said to discipline agency decisions and to constrain the illegitimate exercise of discretion. In the last two decades, however, hard look review has been challenged on the plausible but admittedly speculative ground that judges' policy preferences affect judicial decisions about whether agency decisions are "arbitrary." This study, based on an extensive data set, finds that the speculation is correct. Democratic appointees are far more likely to vote to invalidate, as arbitrary, conservative agency decisions than liberal agency decisions. Republican appointees are far more likely to invalidate, as arbitrary, liberal agency decisions than conservative agency decisions. Significant panel effects are also observed. Democratic appointees show especially liberal voting patterns on all-Democratic panels; Republican appointees show especially conservative voting patterns on all-Republican panels. Our central findings do not show that judicial votes are dominated by political considerations, but they do raise grave doubts about the claim that hard look review is operating as a neutral safeguard against the errors and biases of federal agencies. Because judicial policy commitments are playing a large role, there is a strong argument for reducing the role of those commitments, and perhaps for softening hard look review*”. MILES, Thomas J; SUNSTEIN, Cass R.. The Real World of Arbitrariness Review. University of Chicago Law Review, Vol. 75, No. 2 (Spring 2008), Abstract.

não for este o caso – o que ocorre, à evidência, na maioria das vezes –, à agência será dado interpretar *razoavelmente* os objetivos pretendidos pelo Congresso à época da edição da Lei para, a partir desta interpretação, propor regulação em linha com as balizas fixadas APA.

Em um esforço adicional de esclarecimento e conciliação do modelo de controle de razoabilidade com Chevron, a doutrina mais abalizada vem sugerindo que, na realidade, o controle de razoabilidade nada mais é do que o modo pelo qual se executará o passo 2 de Chevron¹⁴²; trata-se de uma proposta absolutamente sensata, e já acatada pela própria Suprema Corte¹⁴³. O voto do ministro Stevens em Chevron deixa clara a opinião da Corte de que, no caso concreto em análise, a decisão tomada pela EPA é permissível e *razoável* (termo, aliás, citado 22 vezes ao longo da decisão). Não bastaria que a decisão fosse permissível por não ser claramente contrária aos objetivos pretendidos pelo Congresso quando da edição do *Clean Air Act*; ela teria que ser também *razoável*, conforme parâmetros elencados nos precedentes anteriores do Tribunal, característica que, a Suprema Corte concluiu, estava presente na regulação adotada pela agência de proteção ambiental.

¹⁴² JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 518 a 520. A nota de rodapé 112 da página 520 refere diversos autores que adotam esta linha de pensamento.

¹⁴³ Ver *National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al.* (545 U.S. 967 (2005)). Neste caso, a Suprema Corte referiu expressamente que o passo 2 de Chevron destina-se, precisamente, a aplicação do controle de razoabilidade: “(...) *I. Chevron’s framework applies to the Commission’s interpretation of ‘telecommunications service’. (a) Chevron governs this Court’s review of the Commission’s construction. (...) Chevron requires a federal court to defer to an agency’s construction, even if it differs from what the court believes to be the best interpretation, if the particular statute is within the agency’s jurisdiction to administer, the statute is ambiguous on the point at issue, and the agency’s construction is reasonable. (...) The Commission’s construction of §153(46) is permissible at Chevron’s first step, which asks whether the statute’s plain terms “directly address[es] the precise question at issue.” (...) Where a statute’s plain terms admit of two or more reasonable ordinary usages, the Commission’s choice of one of them is entitled to deference. (...) The Commission’s interpretation is also permissible at Chevron’s step two because it is “a reasonable policy choice for the agency to make”.*”

CAPÍTULO 3. A QUESTÃO DO CONTROLE JUDICIAL NO BRASIL

3.1 A evolução das teorias sobre o controle judicial dos atos administrativos: da discricionariedade não sujeita a revisão ao controle de intensidade variável

Como vimos no capítulo anterior, a fixação pela jurisprudência dos parâmetros a partir dos quais o Judiciário norte-americano faria a análise da razoabilidade das decisões das agências reguladoras contribuiu fundamentalmente para a evolução pela qual o sistema regulatório daquele país passou a partir do início da segunda metade do século XX, sobretudo no que se refere ao maior cuidado das agências na motivação de suas decisões.

No Brasil, tratar sobre o controle judicial dos atos de regulação implica em necessariamente abordar as teorias desenvolvidas para balizar o controle dos atos administrativos em geral. Sobre estes, Daniel Wei Liang Wang, Juliana Bonacorsi de Palma e Daniel Gama e Colombo¹⁴⁴ explicam que o dilema sobre seu controle sempre esteve relacionado “(...) a fronteira entre o exercício do poder discricionário pela Administração e o controle procedido pelo Judiciário”, ou, em outras palavras, sobre até que ponto o Judiciário poderia/deveria controlar os atos da administração sem que, com isso, fosse retirado do Poder Executivo a prerrogativa de fazer escolhas com base nos critérios de conveniência e oportunidade nos casos em que esta escolha lhe coubesse.

Gustavo Binenbojm afirma que, de início, generalizou-se certa visão de que a atuação discricionária da Administração Pública constituiria espaço decisório *immune* ao controle judicial, uma vez que seu exercício seria *necessário* para adequar a disciplina de certas matérias aos casos concretos, *justificável* em face da impossibilidade de o legislador elaborar normas abarcando todos os múltiplos e complexos aspectos da vida social e econômica em que o Estado é chamado a intervir e *inevitável* diante da

¹⁴⁴ Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: Uma análise da jurisprudência brasileira. Direito Econômico Regulatório, coord. Mario Gomes Schapiro. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 276.

própria dinâmica tecnológica, mutável e imprevisível, exigindo atuação rápida e especializada dos gestores públicos. Assim, mesmo diante de sua aparente incongruência intrínseca com o arcabouço teórico do próprio Estado de direito, a discricionariedade foi admitida; o Estado de direito curvou-se ao pragmatismo, conformando a ele o seu projeto teórico¹⁴⁵. É a partir desta concepção de discricionariedade que é fixada a dicotomia entre *atos vinculados* e *atos discricionários* que, por anos a fio, orientou o controle exercido por nossos Tribunais.

A partir do século XIX, contudo, começa o desenvolvimento de teorias destinadas a balizar o exercício da atividade administrativa dita discricionária¹⁴⁶:

- a) Primeiramente, a teoria dos elementos do ato sugere a possibilidade de controle judicial dos elementos competência, forma e finalidade, que seriam sempre vinculados. Trata-se, portanto, de um controle de mera legalidade, aplicável às formalidades extrínsecas do ato. De outro lado, motivo e objeto remanesceriam como elementos intocáveis do ato administrativo, por constituírem seu “mérito”, não cabendo questionar porque razões esta ou aquela medida havia sido adotada¹⁴⁷;
- b) Na sequência, teorias de controle desenvolvidas a partir de parâmetros implícitos na lei, como desvio de poder, excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes, começam a surgir. A doutrina passa a sustentar que a discricionariedade deveria ser concebida não mais como um poder, *mas como um dever de atender à finalidade estampada na lei*¹⁴⁸. Reconhece-se, assim, que o controle baseado exclusivamente na formulação original da teoria dos elementos do ato acabava excluindo da apreciação judicial uma série de situações em

¹⁴⁵ Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 198 e 199.

¹⁴⁶ Idem, pp. 200 a 202.

¹⁴⁷ Idem, p. 202

¹⁴⁸

que este controle seria não apenas possível, mas necessário e desejável como, por exemplo, nas hipóteses em que o administrador invoca um *motivo ou uma razão meritória inexistente ou falsa*. Trata-se da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a Administração deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo¹⁴⁹. Aqui não se avança ainda, contudo, ao ponto de substituir a decisão do administrador pela decisão do juiz: o julgamento examinará tão somente “se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi praticado segundo os fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o *melhor*”¹⁵⁰.

- c) Por fim, ganha corpo a teoria que propõe o controle dos atos administrativos diretamente com base nos princípios constitucionais gerais e aos setoriais da Administração Pública. Embora tenha tido notável recepção acadêmica, esta última teoria aumentou, com razão, a preocupação com os efeitos da invalidação, modificação ou substituição da decisão administrativa pelo Judiciário, vez que o grau de subjetividade incidente nesta apreciação tende a ser alto. Trata-se de teoria que representa a expressão máxima da vertente do *ativismo judicial*¹⁵¹.

Mais recentemente começaram a ganhar força abordagens que, reconhecendo a multiplicidade de atos praticados pela Administração Pública nos dias atuais, propõem que a intensidade do controle judicial aplicado seja calibrada conforme

¹⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 206.

¹⁵⁰ SEABRA, Fagundes *apud* BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 203 e 204.

¹⁵¹ WANG, Daniel Wei Lang. et al. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: Uma análise da jurisprudência brasileira. Direito Econômico Regulatório, coord. Mario Gomes Schapiro. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 278.

as características do ato sob análise. Eduardo Jordão¹⁵², em ampla pesquisa sobre a jurisprudência dos Tribunais norte-americanos, franceses e italianos, concluiu que, nestas jurisdições, “A intensidade do controle judicial incidente sobre uma decisão administrativa depende fundamentalmente (i) de sua sensibilidade jurídica, (ii) de sua relevância política e (iii) de sua complexidade técnica. Cada um destes critérios está tendencialmente vinculado a um modelo de controle: decisões administrativas juridicamente sensíveis submetem-se tendencialmente a um controle judicial não deferente; decisões administrativas tecnicamente complexas ou politicamente relevantes submetem-se tendencialmente a um controle judicial deferente. Estas relações tendenciais estão presentes na motivação de decisões judiciais mas também em fóruns acadêmicos ou políticos em que a questão da intensidade do controle judicial é discutida”. Jordão deixa claro que estas tendências não são inexoráveis e que, na avaliação pormenorizada de cada caso, poder-se-á decidir pela aplicação de um modelo de controle diferente daquele à princípio esperado; sem prejuízo, é possível identificar as tendências claramente.

Na mesma linha de sugerir que a intensidade do controle judicial deve ser ajustada às características do caso concreto, Marcos Paulo Veríssimo, tratando especificamente sobre a atividade normativa das agências reguladoras, propõe que a profundidade do controle esteja atrelada à *qualidade* do processo regulatório empreendido. Assim, processos conduzidos seriamente e nos quais seja possível perceber cuidados efetivos da agência com conceitos como imparcialidade, comprometimento, abertura democrática, legalidade, coerência em relação a decisões anteriores e transparência estarão sujeitos a menos controle pelo Poder Judiciário¹⁵³.

Wang et. al. reforçam este argumento: “Dado o amplo conhecimento técnico detido pela agência, composta por agentes públicos especializados e em contato direto com as questões técnico-regulatórias trazidas pelos regulados, esta seria mais

¹⁵² Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 43.

¹⁵³ Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. O poder normativo das agências reguladoras (coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 310.

capacitada para deliberar sobre assuntos eminentemente técnicos em comparação com o Judiciário. Suas decisões seriam, portanto, revestidas de maior tecnicidade e consentâneas com as finalidades ínsitas do setor¹⁵⁴”.

É evidente tanto no discurso de Veríssimo quanto no de Wang et. al. a preocupação com a afirmação da superior capacidade institucional das agências reguladoras frente ao Poder Judiciário: em tese dependeria exclusivamente delas a intensidade do controle judicial a que estariam sujeitas. *O profissionalismo no trato do processo de regulação será fator decisivo para o grau de controle a ser exercido* podendo o juiz até mesmo deixar de analisar o conteúdo do ato regulatório em situações específicas¹⁵⁵. De outro lado, a recíproca será também verdadeira, exigindo-se controle mais intenso quando tal característica não se fizer presente.

Vale notar que o mesmo conceito de vinculação da intensidade do controle judicial à *qualidade* do processo regulatório aplicado pela agência foi verificado por Jordão na análise de alguma das jurisdições consideradas em seu trabalho: “Como forma de compensar a limitação do controle substancial aplicado sobre algumas decisões administrativas, tem-se investido no recrudescimento das garantias procedimentais dos cidadãos. Em especial, nota-se uma valorização do *dever de motivação* das decisões administrativas e dos *direitos de participação* dos cidadãos no processo decisório. A ideia é a seguinte: se, por um lado, há riscos de usurpação de competências políticas na realização de um controle substancial, por outro, os tribunais podem garantir que estas decisões sejam tomadas de forma *transparente e bem informada*”¹⁵⁶.

Por fim, reforçando o argumento de que a intensidade do controle poderá variar conforme as características e/ou a qualidade do processo de regulação

¹⁵⁴ WANG, Daniel Wei Lang. et al. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: Uma análise da jurisprudência brasileira. Direito Econômico Regulatório, coord. Mario Gomes Schapiro. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 280.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 109 e 110.

empreendido, Binenbojm¹⁵⁷ e Aragão¹⁵⁸ sugerem que os Tribunais devem dedicar especial energia ao caso quando a *restrição a direitos fundamentais imposta pela ação da agência for significativa* ou quando for *razoavelmente objetivo o comando legal que a agência (supostamente) busca executar por meio da sua ação*. De outro lado, o controle poderá ser menos intenso quando a matéria analisada tiver caráter eminentemente técnico, quando houver margem significativa para o exercício de escolhas com base em conveniência e oportunidade em razão da imprecisão do comando legal a que a agência se sujeita, quando houver sido oferecida oportunidade efetiva para a participação pública no processo de decisão e/ou quando a decisão do regulador se mostrar razoável.

3.2 A prática do Judiciário

3.2.1 Introdução

Embora, como se viu, já se possam divisar argumentos sólidos na doutrina em prol de uma deferência *qualificada*, este não é o cenário encontrado quando se analisa a prática dos Tribunais brasileiros. Atento a este fenômeno, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ lançou, em 1999, edital em que propôs a realização de pesquisa com o objetivo de, resumidamente, avaliar empiricamente a eficiência e a segurança jurídica proporcionadas (ou não) pela atuação do Judiciário quando este é chamado a rever decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e das agências reguladoras¹⁵⁹. Referida pesquisa foi coordenada por Juliano Souza de Albuquerque

¹⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 235-236.

¹⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 350-351.

¹⁵⁹ A pesquisa foi lançada pelo Edital de Seleção do CNJ nº 01/2009, que contemplava ainda outras quatro linhas, todas destinadas a compreender aspectos diversos do funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. A linha que nos interessa para os fins deste trabalho foi denominada *Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública* e tinha como objetivo “empreender estudo dos julgamentos no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e das decisões dos conselhos de diretores das agências reguladoras e acompanhar os casos em que houve recurso ao Poder Judiciário das decisões proferidas no âmbito administrativo”. Os seguintes elementos compuseram a pesquisa: (1) comparação das sentenças exaradas na Justiça e as deliberações na esfera administrativa, dimensionando os casos de decisões conflitantes; (2) nas situações de coincidência, dever-se-á perfazer estudo do custo da demora para

Maranhão et. al., e seu relatório final deu origem ao livro *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*, publicado em 2014¹⁶⁰. É sobre as principais conclusões desta pesquisa que nos deteremos neste tópico.

Primeiramente, Maranhão et. al. anotam que, de fato, “Os juízes discrepam sobre a orientação que devem tomar na revisão judicial das decisões de agências reguladoras em função de dúvidas sobre os limites da revisão diante do espaço de discricionariedade da Administração: alguns entendem que o poder judicial limita-se à anulação da decisão administrativa ou à determinação de que a agência delibere sobre determinado tema (em casos de omissão), devendo a questão ser decidida em definitivo naquela esfera; outros entendem que o Judiciário pode determinar obrigações de fazer ou não fazer aos agentes reguladores. Essa indefinição contribui para atrasos e a insegurança jurídica, com diferentes decisões marcadas por diferenças de posicionamento entre as instâncias, turmas ou magistrados acerca dessa controvérsia¹⁶¹”. Mais do que isso, “a percepção dos pesquisadores, nas reuniões com a cúpula do Poder Judiciário, é a de que há até mesmo um "desejo" dos juízes em verem-se desincumbidos dessa atividade tida como "complexa", mormente diante da conhecida saturação dos Tribunais. (...) Ou seja, aparentemente o serviço de revisão judicial é um serviço que Judiciário presta com muitas dificuldades e preferiria não prestar¹⁶²”.

São conclusões preocupantes. Como já se viu, a postura adotada pelo Poder Judiciário norte-americano em relação à revisão judicial dos atos de regulação foi fundamental para a evolução verificada no sistema daquele país. *Ao demandar*

obtenção de decisão definitiva e dos problemas acarretados pela morosidade para as partes, a comunidade, os investidores e demais interessados; e (3) nas hipóteses de decisões conflitantes, além do custo da demora anteriormente mencionado, analisar-se-ão o impacto da insegurança jurídica nos mesmos atores e as repercussões na atividade econômica da região e do país. Ao fim, e em vista dos resultados obtidos nesse exercício, deveriam ser apresentadas propostas a respeito de possíveis encaminhamentos para solucionar os problemas detectados.

¹⁶⁰ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. et al. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Singular, 2014.

¹⁶¹ Idem, p. 22-23.

¹⁶² MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. et al. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Singular, 2014. p. 16.

repetidamente que as agências comprovassem a racionalidade de suas decisões no curso de um processo administrativo-regulatório detalhado e sujeito a intensa participação e escrutínio públicos, os Tribunais contribuíram decisivamente para a criação de um ambiente propício à produção de regulação de alta qualidade. Isto porque, conforme refere Sérgio Guerra¹⁶³ e Sunstein¹⁶⁴, já está consolidado o entendimento de que a sujeição dos atos regulatórios a controle judicial efetivo, além de provocar um aumento automático na atenção e cuidado que as próprias agências dedicam ao seu *decision-making process*, diminui a chance (ou permite a correção) de ilegalidades, tende a reduzir as oportunidades de captura do regulador por interesses privados e, como já vimos ser questão-chave, contribui, de maneira geral, para a qualidade (e legitimidade) do sistema.

É a mesma visão coletada por Maranhão et. al. a partir de entrevistas realizadas com procuradores das agências e advogados atuantes no setor: “Não se discutem, em abstrato, os benefícios e o papel da revisão judicial em assegurar direitos e maior qualidade do *enforcement* das normas regulatórias e concorrenciais. Em convergência com a percepção comum acerca do controle jurisdicional, a pesquisa alinhou-se à ideia de que um controle eficiente das decisões ou atos normativos das agências pelo Judiciário, em tempo adequado e com qualidade no exame das razões de decidir, tende a: estimular as agências a ter maior cautela e rigor em seus procedimentos e fundamentação técnica, jurídica e econômica de seus atos. Além disso, parece seguro apontar a redução do escopo de "captura" das agências, quer econômica – diante dos agentes regulados –, quer política, com o controle de conteúdo e mesmo das motivações eventualmente governamentais no âmbito da Administração direta e indireta¹⁶⁵”.

¹⁶³ *Apud* WANG, Daniel Wei Lang. et al. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: Uma análise da jurisprudência brasileira. Direito Econômico Regulatório, coord. Mario Gomes Schapiro. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 279.

¹⁶⁴ SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, p. 169.

¹⁶⁵ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. et al. Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário. São Paulo: Ed. Singular, 2014, p. 19.

3.2.2 Análise da qualidade da prestação jurisdicional: um contencioso (injustificadamente) deferente às agências, caro, demorado e instável

Contudo, se, na prática, o Poder Judiciário brasileiro não é consistente no controle que exerce e, ainda mais grave, gostaria em última instância de abrir mão deste papel, que lhe parece demasiadamente complexo, temos um problema grave, com consequências diversas. A respeito destas consequências, Maranhão et. al. referem que embora o Judiciário brasileiro confirme grande parte dos atos impugnados, em percentual que ultrapassa 80% das decisões de instâncias superiores com exame de mérito^{166 e 167}, ele somente o faz após submeter as partes a uma litigância custosa¹⁶⁸, demorada¹⁶⁹ e instável, com constantes suspensões e reestabelecimento dos efeitos das decisões administrativas em instâncias diversas. Percebe-se claramente que “o Judiciário se pronuncia em primeira instância de modo mais restritivo às agências regulatórias e ao CADE do que o faz em suas decisões finais¹⁷⁰”. Tal constatação gera dois efeitos perversos: em primeiro lugar, torna atraente a opção de judicializar a discussão regulatória simplesmente como alternativa possível para atrasar a implementação da norma que não interessa a determinado agente. Em segundo lugar, e ainda mais danoso, coloca em xeque de

¹⁶⁶ Idem, p. 12.

¹⁶⁷ Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. et al. apontam que há grande variação, contudo, entre a proporção de decisões anuladas e confirmadas no Judiciário conforme a autarquia que se considere. Idem, p. 18:

ANA	ANAC	ANATEL	ANCINE	ANEEL	ANP	ANS	ANTAQ	ANTT	ANVISA	CADE	CVM
100%	10%	92%	75%	62%	71%	60%	71%	90%	33%	74%	50%

¹⁶⁸ Custo este que compreende não apenas o tempo de espera pela decisão judicial, mas “também, no âmbito no âmbito público, os custos de movimentação do Judiciário, a alocação de custos indiretos do próprio Judiciário e, no âmbito privado, de contratação de advogados, de dedicação de recursos interno da empresa na representação judicial e de perda social por pendência de decisão”. Idem, p. 16.

¹⁶⁹ “Os processos transitados em julgado possuem 36 meses de tempo médio de tramitação. Quando se consideram apenas os casos em que houve decisão de mérito, constata-se que o tempo de análise é sensivelmente superior, cerca de 5 anos (58 meses), tempo este que aumenta para 69 meses nos casos em que o Judiciário não confirma a decisão administrativa (anula ou reforma parcialmente)”. Idem, p. 17.

¹⁷⁰ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. et al. Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário. São Paulo: Ed. Singular, 2014, p. 19.

maneira determinante a maior segurança jurídica e estabilidade de regras que se esperava com a atuação destes agentes em substituição sistema tradicional.

Diante disso, “o diagnóstico geral da eficiência e segurança jurídica da atividade de revisão judicial das decisões das agências reguladoras e do CADE é bastante negativo¹⁷¹”. Há grande demora e instabilidade nos processos que, invariavelmente, têm o mesmo desfecho: a confirmação das decisões administrativas. As razões sugeridas pelos pesquisadores para este cenário, construídas a partir do exame qualitativo dos casos e de entrevistas realizadas com advogados, juízes e procuradores das agências, são variadas¹⁷², mas dentre elas destaca-se uma causa comum: na origem tanto da morosidade quanto da instabilidade dos processos está a *indefinição a respeito da intensidade do controle que o Judiciário deve aplicar quando chamado a controlar os atos regulatórios*, indefinição esta que resulta, na prática, em decisões inconsistentes, devidamente capturadas pela análise empírica.

3.2.2.1 A realidade de outros países

Vale dizer que esta inconsistência, embora não seja uma exclusividade brasileira, é, aqui, particularmente profunda: enquanto, no Brasil, os Tribunais continuam discutindo (e divergindo sobre) se devem ou não avaliar o mérito das escolhas regulatórias feitas, em outros países a discussão já se dá, há algum tempo, em torno da *intensidade do controle* que deve ser exercido pelos Tribunais conforme as características

¹⁷¹ Idem, p. 28.

¹⁷² Em relação à *morosidade* dos processos, constatou-se que (i) a complexidade dos casos que envolvem controle de regulação pode significar importante incentivo para que os juízes priorizem casos mais simples em detrimento daqueles; (ii) o entendimento, muitas vezes equivocado, de que casos envolvendo pendências sobre regulação exigem a realização de perícia técnica, o que alonga sobremaneira seu tempo de tramitação; (iii) a dúvida e discrepâncias entre os juízes sobre o escopo da revisão judicial, o que acaba por fazer com que o Judiciário não resolva a questão, devolvendo-a para a Administração; e (iv) conflitos de competência. Em relação à *instabilidade*, identificou-se que (i) não há diretrizes gerais para concessão medidas liminares em casos de questionamento de decisões das agências; (ii) o sistema recursal brasileiro é complexo, possibilitando a rediscussão do mesmo tema sucessivas vezes no mesmo processo; (iii) há a possibilidade de multiplicidade de ações com o mesmo objeto em situações nas quais os diferentes agentes regulados afetados pela decisão podem buscar guarida em diferentes divisões materiais ou territoriais do Poder Judiciário; e (iv) novamente a discrepância entre os juízes sobre o escopo da revisão judicial. Idem, p. 29.

do ato sob análise. Mais do que isso, consolida-se nos Tribunais de outros países a percepção de que *a contribuição dos Tribunais ao processo de regulação de fato se dá quando este, de um lado, impõe, por meio de seus precedentes, regras procedimentais que conformam o exercício das competências legislativas das agências e, de outro, realiza o controle de legalidade dos atos destes agentes por meio da avaliação de cumprimento (ou não) de tais procedimentos e eventuais outros fixados pela Lei*¹⁷³.

De fato, Maranhão et. al. referem que “A construção de *standards* que funcionam como padrão de decisão em matéria regulatória é sem dúvida uma conquista de países desenvolvidos, que apresentam um Poder Judiciário maduro para análise de questões regulatórias, como é o caso dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União Europeia. Não só os agentes regulados buscam nesses entendimentos consolidados orientação para sua tomada de decisão sobre investimentos definitivos à condução do negócio submetido à regulação estatal, como os próprios agentes reguladores veem nessa jurisprudência indicação de limites para o exercício de suas funções legais. Sob esse aspecto, os *standards* operam como parâmetro para um controle prévio a ser realizado pela agência reguladora, aumentando assim o efeito a longo prazo da revisão judicial, qual seja contribuir para que as agências, ao elaborarem uma dada política regulatória, tenham em mente o controle ao qual estarão submetidas¹⁷⁴”. Em mais detalhes, Maranhão et. al. dizem que em particular “A experiência norte-americana de revisão judicial é um exemplo de sucesso a ser seguido. Naquele país, as decisões judiciais não só respeitaram

¹⁷³ Juliano Souza de Albuquerque Maranhão et. al. referem exemplos destes dois posicionamentos adotados por Tribunais do Canadá e do Reino Unido. No primeiro caso, uma decisão da Suprema Corte canadense determinou que os agentes do governo devem adotar medidas práticas para fornecer razões escritas sempre que suas decisões causem um impacto significativo nos indivíduos afetados, revertendo a tendência de decisões anteriores que não exigiam, com base no *duty of fairness*, o fornecimento de razões da decisão administrativa. No segundo caso, os autores referem que é comum que na hipótese da agência não cumprir a obrigação legal de conduzir uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) ou realizar consultas públicas a política regulatória seja questionada no Judiciário. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Singular, 2014, p. 53.

¹⁷⁴ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. et al. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Singular, 2014, p. 54.

os limites do seu poder revisor, como principalmente obrigaram os agentes reguladores a exercerem suas funções de acordo com os limites da política pública setorial^{175 e 176}.

3.2.3 Nossas hipóteses a respeito das consequências deste cenário

3.2.3.1 Hipótese 1: Judiciário pode estar fornecendo poderoso estímulo para a manutenção da baixa qualidade dos procedimentos de regulação aplicados pelas nossas agências

No Brasil, contudo, a maneira como o Poder Judiciário vem lidando com os pedidos de revisão judicial de políticas regulatórias submetidos à sua análise, além de não contribuir para a evolução do sistema, pode estar estimulando a sua piora (ou, no mínimo, contribuindo para sua estagnação). Como visto, embora não seja apenas neste campo, particularmente em matéria de controle judicial do poder normativo das agências reguladoras o Judiciário presta um serviço ineficiente, pois (a) não está institucionalmente organizado ou preparado para apreciar questões técnicas econômicas ou setoriais colocadas para sua revisão, o que invariavelmente resulta em decisões demoradas, mal fundamentadas e inconsistentes; (b) com frequência concede liminares suspensivas dos efeitos da decisão administrativa e da atividade instrutória, que são recorrentemente suspensas e novamente reativadas ao longo do sistema recursal; e (c) *apresenta tendência não justificável a confirmar a decisão das agências*¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Idem, p. 62.

¹⁷⁶ Juliano Souza de Albuquerque Maranhão et. al. referem que o controle judicial dos atos regulatórios é também uma questão de escolha: “Quanto mais discricionariedade o Judiciário tiver para rever a decisão das agências, maior será o risco de que fatores políticos interfiram na atuação das Cortes. Quanto menos discricionariedade, menor a possibilidade das Cortes exercerem um controle efetivo da legalidade das decisões. A discricionariedade sem influência política, todavia, também está sujeita ao problema da expertise. Ainda que as cortes não hajam politicamente, podem não estar aptas para interpretar e avaliar as decisões das agências por falta de conhecimento técnico”. Os autores sugerem que “Uma possível solução para este problema, como indica a experiência de alguns países, é deixar o Judiciário elevar o padrão de rigor nas justificativas das agências, sem contudo substituir o seu julgamento técnico. Esse é o caso dos Estados Unidos”, cujo sistema de revisão judicial dos atos das agências é visto, sobretudo, como um meio de se reforçar e garantir a legalidade e a legitimidade da atuação destes agentes. Idem, pp. 62-63.

¹⁷⁷ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. et al. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Singular, 2014, p. 247.

Sobre este cenário, Maranhão et. al. anotam que “Ao combinar a intervenção suspensiva dos atos das agências com a confirmação da decisão após longo tempo de oscilações por parte de seus juízes, o Poder Judiciário não poderia dar uma sinalização pior às agências e ao mercado. Primeiro, as agências ficam temerosas em adotar intervenções, dado o risco de que a revisão judicial, independentemente de seu resultado, mine a eficácia de sua decisão, em função da concessão de liminares e do tempo excessivo de revisão. Isso pode desestimular intervenções necessárias ou estimular a realização de acordos desvantajosos aos interesses coletivos, pois a agência nesse cenário de risco de judicialização perde poder de barganha na negociação. Segundo, o Judiciário, ao simplesmente confirmar, nos Tribunais superiores, a decisão das agências, com base em uma deferência genérica ao ‘caráter técnico e à complexidade das questões regulatórias’, torna a intervenção judicial extremamente ineficaz e desnecessariamente custosa, desestimula o esforço de revisões por vezes bem sucedidas dos juízes e tribunais”, bem como tende a desestimular a iniciativa de buscar o Judiciário por aqueles que acreditam legitimamente no erro de mérito da decisão administrativa ou no abuso por falha de fundamentação técnica. Mais grave, passa uma sinalização perigosa para as agências no sentido de que, ao final, sua decisão sempre será confirmada, independentemente de seu mérito (ou da falta dele).

A respeito desta sinalização, Maranhão et. al. relatam, com base em entrevistas realizadas com os Procuradores-Gerais das agências e do CADE, que de fato já está formada “uma percepção generalizada de que a grande maioria das decisões judiciais resultaria em confirmação da decisão da agência”, percepção esta que foi ratificada na prática pela análise empírica dos casos transitados em julgado (Capítulo 5, seções 5.2.1 e 5.2.2)¹⁷⁸. Ademais, chama particular atenção a constatação de que “as agências consideradas mais transparentes são as que mais sofrem com a judicialização de suas decisões, em contradição frontal com a hipótese inicialmente levantada pela pesquisa (*H4*), segundo a qual a falta de transparência explicaria a maior demanda pelo

¹⁷⁸ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. et al. Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário. São Paulo: Ed. Singular, 2014, p. 105-106.

Judiciário¹⁷⁹”. A conjunção destes dois fatores – percepção de que o Judiciário tende a confirmar as decisões das agências independentemente de seu mérito e o fato de que as agências mais questionadas são aquelas mais transparentes – sugere que o Judiciário pode estar fornecendo poderoso estímulo para a manutenção da baixa qualidade dos processos de regulação aplicados pelas nossas agências, uma vez que, com isso, tendem a reduzir as chances de questionamento de suas decisões pelos agentes afetados, sem que, de outro lado, tenham que lidar com o aumento da intensidade do controle judicial a que estão submetidas, nas hipóteses em que este questionamento chega a acontecer¹⁸⁰.

3.2.3.2 Hipótese 2: Tendência à deferência injustificada pode ser explicada pela baixa qualidade dos procedimentos de regulação aplicados pelas nossas agências

Ademais, embora esta hipótese não possa ser comprovada pelas conclusões extraídas da pesquisa empírica, parece-nos razoável deduzir também que procedimentos de regulação de baixa qualidade explicam boa parte das decisões pró-agência verificadas. Em um cenário em que o Judiciário já está propenso a não realizar o controle da ação destes agentes, se for aumentada a dificuldade para compreender a motivação das políticas regulatórias pelo uso de procedimentos de baixa qualidade, a saída pela deferência será sempre o caminho mais fácil para o Judiciário quando comparado à opção de tentar decifrar o racional considerado pela agência via análise dos autos de um procedimento administrativo estranho à prática corriqueira de uma vara não especializada e normalmente assoberbada. Se esta hipótese for verdadeira, trata-se de mais uma importante contribuição do Judiciário à manutenção da baixa qualidade dos procedimentos aplicados por nossas agências.

¹⁷⁹ Idem, p. 120.

¹⁸⁰ Como sugere a doutrina que advoga pela deferência analisada no tópico anterior.

3.2.4 Conclusões

Como se pode perceber, as duas hipóteses formuladas a respeito das consequências do cenário caótico que se verifica ao se analisar a postura do Judiciário quando chamado a avaliar a legalidade da ação regulatória de nossas agências se retroalimentam: se, de um lado, a tendência capturada pela pesquisa à deferência injustificada pode ser explicada pela baixa qualidade dos procedimentos de regulação aplicados pelas nossas agências, que tornam ainda mais difícil a compreensão da motivação das políticas regulatórias pelo Judiciário e estimulam, com isso, o recurso ao caminho fácil da deferência vazia, de outro lado, o próprio Judiciário, ao não demandar maior seriedade das agências na condução de seus processos de regulação, estimula a manutenção da baixa qualidade que se verifica nestes processos, na medida em que, como apontado pela pesquisa, está comprovado que as agências mais transparentes são as que mais sofrem com a judicialização de suas decisões.

Em outras palavras, se processos regulatórios de maior qualidade permitem maior clareza sobre a razoabilidade, necessidade e proporcionalidade das ações regulatórias – e, na mesma medida, sobre suas eventuais inconsistências –, a mensagem que o Judiciário passa às agências ao se posicionar repetidamente de maneira injustificadamente deferente às ações regulatórias é para que mantenham seus processos sempre no menor nível possível de qualidade, uma vez que, com isso, diminuirão a chance de terem suas decisões questionadas em juízo ou, na hipótese de questionamento, aumentarão significativamente suas chances de vitória; trata-se, evidentemente, de um grave desserviço ao país.

Infelizmente, não acreditamos haver espaço para otimismo em relação ao futuro do controle judicial das agências acaso isto dependa de ações tomadas pelo próprio Poder Judiciário. Ainda que adotado o principal remédio sugerido pelos coordenadores da pesquisa para aumentar a efetividade deste controle – no caso, a criação de varas especializadas na matéria regulatória –, parece-nos que dificilmente o Judiciário

brasileiro, diante de seus sérios problemas estruturais¹⁸¹, um dia demandará, por meio de suas decisões, que as agências provem efetivamente a razoabilidade, proporcionalidade ou adequação de suas normas, tal como fizeram os Tribunais americanos¹⁸². Por essa razão, a nosso ver, a evolução do sistema está condicionada à ação do Poder Legislativo, via estabelecimento de um marco regulatório que obrigue a adoção, por todas as agências, de um rol mínimo de práticas de regulação, preferencialmente coletadas a partir de opções já testadas pela experiência internacional. Isto permitirá que o Poder Judiciário faça o controle dos atos das agências, ao menos, a partir da análise da observância ou não dos procedimentos obrigatórios por Lei. É sobre isto que nos deteremos em mais detalhes no último capítulo deste trabalho.

¹⁸¹ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. et al. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Singular, 2014. p. 33-50.

¹⁸² Não se conhece qualquer decisão judicial com este teor, ou, de maneira talvez menos ambiciosa, manifestação de tribunal brasileiro que tenha decidido pela anulação de política regulatória com base na avaliação de que o procedimento de regulação percorrido fora insuficiente para permitir que se fizesse uma consideração efetiva da motivação da decisão.

CAPÍTULO 4. A EXPERIÊNCIA DA ANP

4.1 Introdução

Como referimos na apresentação deste trabalho e no capítulo anterior, não há hoje, no Brasil, exigência unificada, dirigida a todas as agências reguladoras, que oriente como devem exercer o poder normativo que receberam do legislador ordinário, tal qual se vê, por exemplo, no sistema regulatório norte-americano, em que diversas normas, estabelecidas ou revisadas ao longo da evolução pela qual o sistema passou durante o século XX, balizam, de maneira razoavelmente completa, o espaço e o modo de atuação das agências. Por meio delas, impôs-se às agências americanas a exigência de que seus procedimentos regulamentares sejam necessariamente *participativos, compreensivos e racionais*¹⁸³, sob pena de a norma concebida em condições diversas estar sujeita a revisão pelos Tribunais. Afirmamos ainda que, na ausência de norma que exija a observância de procedimento com tais características, as agências brasileiras apresentam variação na maneira como pensam, propõem, discutem, medem e revisam a regulação que lhes cabe. Mais do que isso, constatamos que, de maneira geral, os procedimentos próprios que adotam têm gerado sérias dificuldades para o controle de seus atos pelo Poder Judiciário, o que acreditamos dever-se em boa parte à baixa qualidade de referidos procedimentos, que aumentam a já normalmente elevada dificuldade dos Tribunais de compreender a motivação de políticas regulatória relacionadas a temas complexos como os que habitualmente estão a cargo das agências especializadas.

Neste capítulo, veremos como a ANP, agência escolhida para análise mais detalhada por ter sido uma das primeiras concebida dentro do novo modelo de Estado regulador, e por ter sob sua responsabilidade um setor crítico para a economia e o desenvolvimento do país, conduz seus processos regulamentares. Para tanto,

¹⁸³ BRUNA, Sergio Varella Bruna. Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico. Regulação e Desenvolvimento (coord. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 246.

analisaremos como foi, na prática, concebida, discutida com os agentes interessados e finalmente editada a polêmica Resolução ANP nº 44/2013, objeto de intensos questionamentos durante e após o processo de consulta e audiência pública, que desaguaram, ao fim, em uma renhida disputa perante os Tribunais entre a ANP e entidade de classe inconformada com a norma editada. Sobre esta disputa, veremos quais os principais argumentos levantados de parte a parte e as manifestações do Judiciário havidas até o momento, refletindo sobre se o posicionamento dos Tribunais pode (ou não) estar relacionado à qualidade do processo regulamentar seguido pela agência, de que este caso concreto é exemplo.

4.2 ANP: criação e parâmetros para o exercício de seu poder normativo

A ANP foi uma das primeiras agências concebidas dentro do novo modelo de atuação estatal por meio da regulação. Sua origem remonta à Emenda Constitucional nº 9, de 10 de novembro de 1995, que determinou a flexibilização do monopólio pela União de diversas atividades da indústria do petróleo e culminou, em 1997, com a publicação da Lei 9.478, de 7 de agosto de 1997, a Lei do Petróleo. Tal Lei, atendendo a comando do art. 177, § 2º, inciso III da Constituição Federal, operou a deslegalização das atividades relacionadas às indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis, que passaram à responsabilidade desta nova entidade, integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério de Minas e Energia que, a partir daquele momento, passaria a ter a incumbência de regulá-las e promover sua contratação e fiscalização¹⁸⁴.

Para os fins deste trabalho, interessa-nos particularmente o artigo 19 da Lei, que começou a fornecer à agência as diretrizes para o exercício de seu poder normativo. Referido dispositivo determinou que “as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes

¹⁸⁴ Lei 9.478/1997, artigos 7º e 8º.

econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP”. Um pouco mais a frente, em 14 de janeiro de 1998, a Lei do Petróleo foi regulamentada por meio da publicação do Decreto nº 2.455, o qual, em seu artigo 22, *caput*, basicamente repetiu os termos artigo 19 da Lei, acrescentando, contudo, em seus incisos, os objetivos que a agência deveria ter em vista quando da realização das audiências públicas: (1) recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório da ANP; (2) propiciar aos agentes econômicos e aos consumidores e usuários a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões; (3) identificar todos os aspectos relevantes à matéria, objeto da audiência pública; (4) dar publicidade às ações da ANP.

Treze anos depois, em 7 de abril de 2011, o Regimento Interno da ANP, em seu artigo 56¹⁸⁵, praticamente repetiu a redação do artigo 22 do Decreto 2.455/98, salvo pela referência, agora, à necessidade de consultas públicas (além das já referidas audiências) e de esclarecimento a respeito de a quem cabe convocar e dirigir tais procedimentos.

Estas são as únicas referências a respeito do processo regulamentar da ANP dispostas em normativos vinculantes. Além destes, é possível encontrar, em consulta ao sítio eletrônico da agência, referência a “Agenda Regulatória da ANP¹⁸⁶”, editada pela primeira vez para cobrir as iniciativas planejadas para o biênio 2013/2014.

¹⁸⁵ Portaria ANP nº 69, de 7 de abril de 2011:

“Art. 56. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de consulta e audiência pública, convocadas pela Diretoria Colegiada da ANP e dirigidas pelos titulares das unidades da estrutura organizacional respectiva ou por servidores por eles indicados.

Parágrafo único. Os objetivos básicos das consultas e audiências públicas são:

I - identificar e debater os aspectos relevantes da matéria em discussão;

II - recolher subsídios, informações e dados para a decisão ou o encaminhamento final do assunto;

III - propiciar aos agentes econômicos, usuários e consumidores, a possibilidade de oferecerem comentários e sugestões sobre a matéria em discussão;

IV - dar publicidade e transparência às ações da ANP”.

¹⁸⁶ <http://www.anp.gov.br/?id=2929>

Conforme indicado na Apresentação deste documento, “A Agenda é o documento que torna as ações da ANP mais previsíveis e transparentes para a sociedade, ao indicar as regulamentações que a Agência pretende conduzir no biênio. Nela estão indicados os temas considerados mais relevantes pela alta direção e que demandarão, portanto, atuação prioritária de seu corpo técnico durante o seu prazo de vigência. Mais do que uma ferramenta de planejamento, a Agenda é um importante instrumento voltado para a ampliação da participação social na discussão dos temas prioritários. Além de estabelecer as diretrizes para a ação da ANP, a Agenda Regulatória apresenta o cronograma de cada ação, possibilitando o acompanhamento pela sociedade das atividades programadas. A inclusão de determinado tema na Agenda, portanto, constitui uma sinalização do que a ANP pretende desenvolver no período e dos debates a serem realizados junto ao mercado e à sociedade em geral”.

No capítulo destinado a tratar do Processo de Regulamentação, a Agenda informa que a regulamentação de determinado tema, por meio da publicação de uma Resolução ANP, é produto de um processo estruturado que, em linhas gerais, pode ser representado por suas principais etapas, apresentadas abaixo:



Fonte: www.anp.gov.br

Estas são todas as referências encontradas em documentos oficiais a respeito do processo regulamentar da ANP.

Para aprofundar a análise sobre sua efetividade prática, faremos, agora, a reconstituição do processo que deu origem à Resolução ANP nº 44/2013. Embora possa existir variação não desprezível nos procedimentos seguidos pela ANP em suas consultas públicas dependendo do tema, o passo-a-passo verificado durante a gestação da Resolução ANP nº 44/2013 pode ser tomado como amostra razoavelmente representativa do trâmite habitualmente seguido pela ANP quando do exercício de seu poder normativo.

4.3 Caso concreto: a Resolução ANP nº 44/2013

4.3.1 As discussões que antecederam a publicação da norma

O processo que culminou com a publicação da Resolução ANP nº 44/2013 teve origem com o Aviso de Consulta e Audiência Públicas nº 9/2013, publicado no DOU de 15/04/2013 e disponível no sítio eletrônico da agência. Nele, a diretora-geral da ANP comunicou que realizaria Audiência Pública no dia 29 de maio de 2013, precedida de Consulta Pública de 30 dias, com o objetivo de obter subsídios e informações adicionais sobre a minuta de Resolução que dispunha sobre “o uso de lacre numerado sequencialmente nos caminhões-tanque de transporte de combustíveis e sobre a coleta, guarda e utilização de amostra-testemunha de combustíveis automotivos adquiridos por revendedor varejista e TRR”. Embora a norma tenha dois objetivos relacionados, nos deteremos neste trabalho apenas sobre a questão das amostras-testemunha, uma vez que este foi o item mais polêmico durante os debates e, posteriormente, objeto de questionamento em juízo.

Nos dias seguintes à publicação do referido aviso, foram disponibilizados no sítio eletrônico da agência a minuta da Resolução sugerida e a Nota Técnica SFI nº 11/2013¹⁸⁷, que apresentava as justificativas para a regulação proposta. Quanto à minuta da Resolução, seu artigo 3º, e outros complementares a ele, foram, sem dúvida, a fonte principal de debates, uma vez que propunham alterar a regra até então vigente de

¹⁸⁷ <http://www.anp.gov.br/?pg=77716&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&1443912169643>

amostragem facultativa dos combustíveis, disciplinada no artigo 5º da Resolução ANP nº 9/2007¹⁸⁸.

Como se nota, até então era dada ao Revendedor Varejista a faculdade de requerer amostra-testemunha do combustível entregue pelo Distribuidor em seu estabelecimento (modalidade CIF¹⁸⁹ de entrega) ou retirado pelo Revendedor Varejista diretamente na base de distribuição (modalidade FOB¹⁹⁰ de entrega). Contudo, o art. 3º da proposta de Resolução apresentada pela ANP impunha a obrigação do fornecimento de amostra-testemunha pelo Distribuidor aos Revendedores Varejistas e também aos Transportadores Revendedores Retalhistas – TRRs sempre que estes fossem retirar o produto diretamente nas bases de distribuição (modalidade FOB de entrega), salvo caso estes expressamente a recusassem (art. 6º)¹⁹¹.

¹⁸⁸ “Art. 5º Ao Revendedor Varejista fica facultada a coleta de amostra-testemunha.

(...)

§2º Mediante manifestação do Revendedor Varejista o Distribuidor fica obrigado a fornecer amostra-testemunha.

§3º Na hipótese em que o responsável pelo transporte do combustível for o Revendedor Varejista o fornecimento da amostra se dará na base de distribuição”.

¹⁸⁹ CIF – *Cost, Insurance and Freight* – a entrega do combustível é realizada pelo distribuidor nos estabelecimentos do revendedor varejista ou o TRR (transportador-revendedor-retalhista).

¹⁹⁰ FOB – *Free on Bord* - O comprador, detentor de uma caminhão particular ou terceirizado, efetua a retirada do produto diretamente nas bases de distribuição, responsabilizando-se pelo transporte do combustível até o destino final.

¹⁹¹ “Da Amostra-Testemunha

Art. 3º O distribuidor de combustíveis fica obrigado a fornecer amostra-testemunha representativa do produto comercializado, no caso de retirada realizada pelo revendedor varejista e pelo TRR na base de distribuição.

Parágrafo único. As amostras-testemunha deverão ser coletadas em conjunto com o revendedor varejista ou TRR, ou seus prepostos, de cada compartimento do caminhão-tanque.

Art. 4º O revendedor varejista e o TRR são responsáveis pela coleta da amostra-testemunha representativa do combustível recebido, no caso da entrega do combustível pelo distribuidor nos seus estabelecimentos.

Parágrafo único. As amostras-testemunha deverão ser coletadas em conjunto com o distribuidor, ou seu preposto, de cada compartimento do caminhão-tanque.

(...)

Art. 6º O distribuidor de combustíveis deverá manter sob sua guarda os recibos de entrega ou declarações de recusa das amostras-testemunha referentes aos últimos 3 (três) carregamentos de cada combustível comercializado com o revendedor varejista ou com o TRR.

(...)

Art. 8º A ANP requisitará, ao revendedor varejista e ao TRR, a apresentação da amostra-testemunha em ações de fiscalização que incluam a coleta da amostra-prova.

§1º A requisição de que trata o caput recairá em amostras-testemunha dos últimos 3 (três) carregamentos de cada combustível adquirido.

Vê-se, assim, que a Resolução proposta obrigava a coleta da amostra na modalidade FOB (art. 3º), ao passo que a mantinha facultativa quando da modalidade CIF (art. 4º). As justificativas para esta escolha deveriam, em tese, constar da Nota Técnica SFI nº 11/2013, que se apresentava nos seguintes termos:

“A presente Nota Técnica tem por objetivo fundamentar a necessidade de implementação da obrigatoriedade de uso de lacre numerado sequencialmente nos caminhões-tanque de transporte de combustíveis e de coleta de amostra-testemunha, mecanismos esses que vem concorrer para a manutenção da qualidade dos combustíveis em todos os elos da cadeia de abastecimento.

(...)

No cumprimento de suas atividades, a SFI identificou ser oportuno e necessário aprimorar atos vigentes com o objetivo de conferir maior eficácia à sua atuação quanto à garantia da integridade do combustível movimentado no país e à rastreabilidade da qualidade do combustível comercializado. Com esse propósito, que, ao final, reverte-se em prol do consumidor, são sugeridas as obrigatoriedades do uso de lacre nos caminhões-tanque de combustíveis e da coleta de amostra-testemunha.

(...)

A outra obrigatoriedade, por sua vez, reveste a amostra-testemunha e tem como objetivo propiciar a rastreabilidade do combustível comercializado na cadeia de suprimento. Ademais, na falta da amostra-testemunha, não se consegue materializar a participação de outros agentes econômicos

§2º Fica facultada, ao revendedor varejista e ao TRR, a apresentação das amostras-testemunha requisitadas pela ANP nos termos do §1º deste artigo.

§3º A não apresentação das amostras-testemunha dos últimos 3 (três) carregamentos adquiridos implicará, ao revendedor varejista ou ao TRR, a responsabilidade exclusiva pela qualidade do combustível, verificada a partir da amostra-prova”.

envolvidos na comercialização em fraudes de qualidade, recaindo exclusivamente sobre o revendedor varejista e o transportador-revendedor-retalhista a penalização pertinente. De lembrar que há parâmetros das especificações dos combustíveis não perceptíveis no ato da entrega/recebimento do produto, obstando a pronta verificação de sua conformidade ou não. Ensaio como destilação, teor de biodiesel, teor de enxofre, ponto de fulgor, entre outros, são realizados somente em laboratórios.

Em decorrência, a amostra-testemunha consiste em importante ferramenta para a proteção dos agentes econômicos da cadeia de suprimento relativamente à qualidade do produto entregue/recebido, constituindo, além disso, prova jurídica da qualidade do combustível transacionado.

A amostra-testemunha somente será requisitada, pela ANP, em ações de fiscalização que incluam a coleta de amostra-prova. A não apresentação da amostra-testemunha implicará, ao revendedor varejista ou ao transportador-revendedor-retalhista, a responsabilidade exclusiva pela qualidade do combustível verificada a partir da amostra-prova.

(...)”.

Em complemento/esclarecimento às razões da Nota Técnica, vale referir o discurso de abertura da audiência pública, feito pelo Superintendente de Fiscalização do Abastecimento da ANP, Sr. Carlos Orlando Enrique da Silva, que presidia a audiência: “(...) uma das motivações para a elaboração da minuta é o alto índice, aproximadamente 98%, de insubsistência nos processos administrativos sancionadores julgados por responsabilidade solidária que envolve distribuidoras. Esses processos se referem a casos de não conformidades não detectáveis pelo revendedor varejista. Embora a distribuidora seja autuada de forma solidária, não se consegue comprovar e, conseqüentemente, consignar nos autos a materialidade da ação irregular, ou seja, prova cabal contra o responsável efetivo pelo vício de qualidade. Nesse caso, a amostra-testemunha pode vir a

ser mecanismo de comprovação de que o revendedor adquiriu o combustível em desacordo com a especificação da ANP¹⁹²”.

Como se percebe, não é possível compreender as razões da ANP para pretender impor a obrigatoriedade de coleta de amostras apenas para o caso de entregas FOB. Tanto na Nota Técnica SFI nº 11/2013 quanto no discurso de abertura da audiência pública, as justificativas referem-se a uma obrigatoriedade genérica de amostragem, sem discriminação entre as duas modalidades de entrega possíveis (CIF e FOB). De toda forma, vistas as razões apresentadas pela agência para a proposta de regulação, seguimos para a análise das sugestões recebidas durante consulta e audiência, cujos extratos podem ser encontrados no sítio eletrônico da agência^{193 e 194}. Pela análise das sugestões vê-se, claramente, que Distribuidores de um lado e Revendedores Varejistas e TRRs de outro posicionaram-se de maneira profundamente antagônica em relação à proposta de Resolução.

Enquanto o segundo grupo foi o grande incentivador do movimento promovido pela agência¹⁹⁵ e, por esta razão, fez apenas sugestões menores de adequação – exceto pela sugestão de que não fosse permitida sequer a recusa de coleta, conforme facultava o artigo 6º da proposta de Resolução –, o primeiro grupo opôs-se categoricamente à mudança da regra de facultatividade na coleta de amostras vigente até então, apontando, em um apertado sumário, que: (1) não era racional obrigar amostragem para todas as operações, uma vez que isto não impediria a comercialização de combustíveis fora de especificação e, sobretudo, porque existiam alternativas de amostragem menos custosas e mais eficientes para se alcançar resultado semelhante, tal qual se vê em outras indústrias; (2) era inadequada a relação custo-benefício da solução proposta, já que implicaria na necessidade de adaptações custosas nas operações dos distribuidores sem que se visse, de outro lado, retorno que justifique tais investimentos; e,

¹⁹² <http://www.anp.gov.br/?pg=77716&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&1443912169643>, “Súmula da Audiência Pública”.

¹⁹³ “Sugestões e Comentários recebidos no período de Consulta Pública” e “Súmula da Audiência Pública”.

¹⁹⁴ Seleção dos mais relevantes comentários à norma podem ser conhecidos no anexo 3 deste trabalho.

¹⁹⁵ Conforme indica a Fecombustíveis em seus comentários ao §2º do art. 8º da proposta de Resolução.

por fim, (3) em diversas bases de distribuição, seria impossível cumprir a Resolução tal qual concebida ou, no mínimo, seria significativamente ineficiente, aumentando expressivamente os tempos de carregamento dos veículos transportadores. Em resposta a estas críticas, a agência afirmou o seguinte:

- a) Quanto à racionalidade da obrigatoriedade de coleta em todos os casos: A ANP afirmou que “A amostra-testemunha irá possibilitar a rastreabilidade da qualidade do produto comercializado pela ANP, por isso a obrigatoriedade do fornecimento”. Afirmou ainda que seu objetivo com a obrigação de amostragem “não é impedir antecipadamente a comercialização de produto fora das especificações, mas sim (...) coleta de amostra em 100% dos carregamentos de forma a permitir que se encontre quem deu causa à eventual não-conformidade”;
- b) Quanto ao custo-benefício da solução proposta: A agência não respondeu esta crítica diretamente. Reafirmou apenas, em diversos momentos, que “Os agentes da cadeia de abastecimento possuem a responsabilidade de comercializar os combustíveis dentro das especificações. Para cumprir tal obrigação, todos devem se estruturar adequadamente, seja do ponto de vista técnico, operacional ou logístico” e que “A amostra-testemunha irá possibilitar a rastreabilidade da qualidade do produto comercializado pela ANP, por isso a obrigatoriedade do fornecimento”;
- c) Quanto impossibilidade ou impertinência/ineficiência da coleta: Da mesma forma como em relação ao tema do custo-benefício da proposta, a agência não respondeu esta crítica diretamente. Embora reconhecendo a necessidade de adaptações, razão pela qual estendeu o tempo de transição originalmente sugerido, afirmou apenas, em

diversas passagens, que caberia aos agentes adaptarem-se para cumprir com as novas obrigações trazidas pela Resolução.

4.3.2 A disputa sobre a Resolução ANP nº 44/2013

Finalizadas a consulta e audiência públicas, respectivamente, em 15 e 29 de maio de 2013, a agência, seis meses depois, publicou, em 20 de novembro de 2013, a versão final da norma proposta, no caso, a Resolução ANP nº 44/2013, com início de vigência previsto para 20 de março de 2014¹⁹⁶. Pouco menos de 30 dias antes do final deste prazo, o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes – SINDICOM, um dos grandes opositores da norma durante os debates que antecederam sua publicação, propôs, em 24 de fevereiro de 2014, Ação Coletiva em face da ANP buscando o reconhecimento da ilegalidade da Resolução ANP nº 44/2013.

4.3.2.1 Os argumentos do SINDICOM

A ação tem como fundamentos, em boa parte, os mesmos argumentos já colocados durante a fase de consulta, embora agora aprofundados e acompanhados de estudos técnicos, além de alguns novos apontamentos relacionados aos impactos da Resolução. Em apertada síntese, estes fundamentos podem ser assim resumidos:

- a) Racionalidade deficiente. Inadequação entre meios e fins: O SINDICOM novamente questionou a racionalidade da agência, argumentando que os objetivos supostamente almejados pela norma – proteção dos interesses dos consumidores, garantia de qualidade dos combustíveis em todos os elos da cadeia de abastecimento e possibilidade de identificação objetiva do agente responsável pela eventual não conformidade do combustível – não seriam alcançados porque, em primeiro lugar, eventuais adulterações ocorrem habitualmente depois que o veículo de transporte sai da base de

¹⁹⁶ A única mudança relevante em relação a proposta original fora a exclusão da possibilidade de recusa de amostra, conforme sugestão feita pela Fecombustíveis durante consulta.

distribuição, isto é, durante o transporte, de modo que a garantia de qualidade do combustível não será aumentada pela implantação do procedimento de amostragem. Além disso, quanto aos interesses dos consumidores, se considerados de maneira mais ampla, estes serão na realidade prejudicados, pois, além de não ser razoável esperar aumento importante na qualidade dos combustíveis comercializados, os custos e a complexidade do processo de amostragem, a seguir detalhados, elevarão o risco de desabastecimento e majoração dos preços dos combustíveis. Ademais, quanto a suposta possibilidade de identificação objetiva do agente responsável pela eventual não conformidade, o SINDICOM afirma que a homogeneização perfeita do combustível ocorre apenas no curso do transporte, conforme reconhecido na Norma Técnica da ABNT, a NBR 15.512, de 2008. Desta forma, embora durante seu carregamento nas bases de distribuição os sistemas de mistura existentes garantam o percentual correto de cada componente isoladamente, estes não garantem sua homogeneização ao tempo em que são carregados, sendo imprescindível, para isso, o efetivo transporte até o seu destino. Como a Resolução 44/2013 impõe a coleta das amostras imediatamente após o carregamento (e antes, portanto, do transporte), as amostras coletadas conteriam combustível não homogeneizado, não se prestando, assim, para comparação com o combustível fora de especificação encontrado no destino final;

- b) Proporcionalidade. Custo/benefício negativo da regulação: O SINDICOM assevera que, embora não ofereça qualquer benefício perceptível em vista de sua já referida incapacidade de alcançar os fins a que se propõe, a Resolução ANP nº 44/2013 impõe uma longa lista de custos e impactos operacionais ao setor. Em primeiro lugar, a obrigatoriedade de coleta de amostras para todos os carregamentos

FOB é incompatível com o desenho das plantas de distribuição atualmente em funcionamento, que não foram projetadas para tal. Investimentos vultosos teriam que ser feitos para a adaptação das bases a esta nova exigência, sendo certo que, em diversos casos, isto sequer seria possível em razão da inexistência de terrenos contíguos disponíveis para comportar a expansão das instalações. Ademais, caso executado sem adaptações, tal procedimento de amostragem levaria ao colapso do sistema, uma vez que, conforme resultados obtidos pelo Estudo Técnico encomendado junto ao Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia – COPPE/UFRJ, o tempo médio de permanência de cada caminhão-tanque na base de distribuição seria aumentado de forma considerável, gerando reflexos sequenciais em toda a cadeia de abastecimento;

- c) Outros custos não econômicos da regulação. Aumento da exposição a risco para trabalhadores e o meio ambiente: Para além dos custos econômicos, o SINDICOM indica também que a Resolução 44/2013 aumenta a exposição a risco dos motoristas dos caminhões-tanque, na medida em que obriga o transporte das amostras coletadas na cabine dos referidos veículos, prática que, exatamente por esta razão, era vedada pela ANTT, em suas Resoluções 3.665/11 (art. 12) e 420/04 (item 5.3.1.1.1). Ademais, a coleta obrigatória em 100% dos carregamentos aumenta a exposição dos trabalhadores das distribuidoras e transportadoras aos componentes químicos existentes nos combustíveis, além do risco de acidentes com impactos ambientais, riscos estes que, nos processos automatizados hoje aplicados, inexistem ou são diminutos;
- d) Não consideração séria de alternativas de regulação possíveis: O SINDICOM afirma que, durante a audiência pública e via correspondências posteriores encaminhadas, sugeriu modelos

alternativos de amostragem, mais condizentes com a realidade do setor e os procedimentos seguidos por diversas outras agências e órgãos técnicos encarregados de setores tão importantes quanto aquele sob regulação da ANP, tais como ANVISA (alimentos e remédios) e INMETRO (preservativos), os quais a ANP descartou sem explicação satisfatória.

Assim, por não oferecer, em sua visão, qualquer benefício, e ao mesmo tempo impor uma série de custos e riscos desnecessários aos agentes regulados e seus empregados, o SINDICOM afirma, com apoio em parecer do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que “A Resolução ANP nº 44/13 falha em todos os testes demandados em qualquer dos três subprincípios da proporcionalidade, a saber: (I) adequação, (II) necessidade e (III) proporcionalidade em sentido estrito”. “A edição de atos administrativos, como a Resolução nº 44/2013 aqui tratada, comporta limites definidos pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme expressamente positivado no direito brasileiro”. “Quando esta relação for desequilibrada, (...) a ponto de tornar demasiadamente onerosa a carga imposta ao administrado, em confronto com o reduzido ou nenhum proveito para a sociedade, fica caracterizada a agressão a este princípio – proporcionalidade – que se apresenta, destarte, como uma específica derivação do princípio maior da justiça distributiva e da própria legitimidade”. “Ante o exposto temos que o princípio da razoabilidade, também tratado por alguns como proporcionalidade, considera um ato normativo compatível com o ordenamento jurídico apenas e tão somente se tal ato for: adequado, necessário e ponderado face aos demais princípios e normas. Do contrário, este será considerado ilegal, eliminando-se sua obrigatoriedade”. “Conforme amplamente abordado nos tópicos antecedentes, assim como comprovado por intermédio do estudo realizado e do parecer emitido pelo Professor Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não resta dúvida que a Resolução nº 44/2013 da ANP, ao dispor sobre a obrigação de fornecimento de amostra-testemunha da totalidade dos carregamentos tipo FOB, deixou de observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, resultando em patente ilegalidade”.

4.3.2.2 A resposta da ANP

Em resposta ao pedido de tutela antecipada feito com base neste arrazoado, o juízo encarregado determinou que, antes de decidir, fosse ouvida a ANP, que se manifestou, em 17 de março de 2014, nos seguintes termos:

- a) Real objetivo pretendido com a ação: “O que os agentes econômicos integrantes do SINDICOM pretendem é esquivar-se da responsabilidade pela garantia da qualidade do produto entregue aos revendedores de combustíveis, que estão sendo responsabilizados por problemas na especificação dos combustíveis revendidos com exclusividade. Essa postura atenta contra as normas do direito do consumidor que garante a responsabilização de todos os agentes por vício do produto”;
- b) Apoio dos demais agentes regulados: “Destacamos que Resolução ANP 44/2013 recebe apoio tanto da Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes – FECOMBUSTÍVEIS, como do Sindicato Nacional dos TRRs, como demonstram o Ofício 006/2014 e o e-mail encaminhado à Diretora Geral da ANP pelo Sindicato Nacional TRR, informando o envio de ofício à Presidenta da República, em apoio à Resolução 44/2013, ambos anexos”;
- c) Racionalidade da norma. A obrigatoriedade de coleta de amostra não é novidade. Razões para o seu reestabelecimento: “Um (sic) das formas de monitorar e rastrear a qualidade do combustível comercializado é através da coleta e análise de amostras testemunhas de combustível distribuído e revendido. Salienta-se que a figura da amostra testemunha não é inédita; existe desde 2000, e encontrava previsão na Portaria ANP 248/2000. Nos termos desta Portaria, o revendedor varejista era obrigado a coletar a amostra. Ocorre que a referida norma não alcançou os objetivos propostos, pois o revendedor apenas conseguia

obter a amostra testemunha nas entregas de produto no seu estabelecimento, ou seja, na condição CIF. Nas retiradas FOB, o revendedor não tinha autoridade suficiente para exigir a entrega da amostra nas bases de distribuição. Esse desenho de regulação responsabilizava o revendedor pela inadequação do combustível, imputando-lhe as penas cabíveis. A ANP publicou, então, a Resolução n° 9, de 08/03/2007, com o fim de eliminar a distorção apontada. Nos termos desta Resolução, ao revendedor varejista era facultada a coleta da amostra testemunha, devendo o distribuidor coletar nas retiradas FOB, sempre que o revendedor solicitasse. Porém, houve relatos de que os distribuidores vinham impondo dificuldades para fornecer a amostra-testemunha ao revendedor, como por exemplo, demora no carregamento dos caminhões tanques, bem como o crescimento da aplicação da pena de revogação de autorização a revendedores, devido a situações de reincidência. Daí a necessidade de rever a regulação em vigor. Esclarece-se que a ausência da amostra testemunha impede que a qualidade do combustível seja rastreada, para fins de responsabilização do autor de fraudes de adulteração e impossibilita a ANP de zelar pela qualidade deste combustível. A amostra testemunha, portanto, não é inovação da Resolução ANP 44/2013; já existia na regulação em vigor. O escopo da previsão contida nos artigos 3º, 4º e 10 da Resolução ANP n° 44/2013 é rastrear o combustível fornecido, permitindo a identificação do fraudador. A rastreabilidade objetivada pela Resolução ANP n° 44/13 reveste-se de importância capital, eis que, ao permitir o estabelecimento de nexos causais, afasta a presunção de culpa e vem corrigir assimetria que hoje se verifica no mercado de somente serem imputadas penalidades ao agente econômico onde a não conformidade foi detectada. É, portanto, razoável a regulação, pois tem a finalidade de fiscalizar a qualidade do combustível distribuído aos revendedores e identificar o responsável pela adulteração ou

formulação inadequada do produto, garantindo a proteção aos direitos de todos os consumidores e a adequada responsabilização e adoção de medidas corretivas de práticas inadequadas que possam estar sendo adotadas pelos agentes envolvidos”;

- d) Estudo da COPPE/UFRJ: A ANP fez críticas diversas ao estudo realizado pela COPPE, apontando que (1) as bases escolhidas para o teste não são representativas do universo de bases de distribuição existentes; (2) o próprio estudo reconhece limitações diversas; (3) não foram levadas em conta adequações ou providências administrativas que poderão ser adotadas para aumentar a eficiência da coleta de amostras; (4) foi realizado considerando a situação atual das bases, sem qualquer melhoria; (5) não deixou claro se foram considerados ganhos de produtividade advindos de curva de aprendizagem; (6) na contagem dos tempos, o estudo considera procedimentos não introduzidos pela Resolução ANP nº 44/13 (drenagem dos tanques dos caminhões, homogeneização e análises básicas diversas), os quais deveriam já estar sendo realizados hoje para a adequada garantia da qualidade do combustível fornecido;
- e) Homogeneização; desnecessidade de transporte para que seja completada: Neste ponto, a ANP refere estudo apresentado pelo próprio SINDICOM à agência, em fevereiro de 2011, intitulado “Avaliação do Teor de Biodiesel no Diesel – Sistemas de Misturas das Bases de Distribuição e Postos Revendedores”. O estudo foi apresentado no âmbito de grupo de trabalho conduzido pela Superintendência de Biocombustível e de Qualidade de Produtos - SBQ, que se dedicava à análise do óleo diesel B e do biodiesel. O estudo destinava-se a (i) verificar a capacidade de homogeneização de misturas B5, avaliando diferentes tipos de misturadores utilizados nas bases de distribuição; e (ii) avaliar a homogeneização/estratificação da

mistura diesel/biodiesel nos tanques de armazenamento dos postos revendedores. “Em síntese, e contrariamente ao que tenta fazer crer o autor através da presente ação, as conclusões deste estudo indicaram que: i) os tipos de misturadores avaliados apresentaram homogeneização adequada para misturas óleo diesel B5; e ii) as diferenças encontradas nas bases de distribuição e nos postos de revenda são insignificantes, comprovando que os sistemas instalados permitem a homogeneização ainda na base de distribuição. No que se refere à gasolina C (gasolina A mais 25% ± 1% de etanol anidro combustível), não se tem notícia de problemas de homogeneização”;

- f) Ausência de prova sobre a falta de razoabilidade ou proporcionalidade (verossimilhança): Afirma a ANP que “Considerando as falhas apontadas no estudo da COPPE/SINDICOM, sobre os tempos e movimentos das bases de distribuição, e as conclusões do estudo do SINDICOM, quanto à homogeneização do combustível nos misturadores das bases de distribuição, conclui-se pela ausência de prova inequívoca de que a obrigatoriedade de fornecimento de amostra testemunha é desarrazoada ou desproporcional. Ausente, destarte, a necessária verossimilhança das alegações”;
- g) Quanto ao risco de desabastecimento e prejuízo à saúde dos trabalhadores: “No que se refere ao fundado receio de risco de dano, no caso, de desabastecimento e prejuízo a serviços públicos, além de reiterarmos que não há demonstração de que a exigência impugnada afetará sobremaneira as atividades dos distribuidores, a SFI salienta que não raro, a possibilidade de desabastecimento é apontada pelos agentes regulados quando surge regulação que implique inversão de capital, leia-se, que requeiram investimentos. No que se refere à afirmação de que os trabalhadores de distribuidoras e de transportadoras, e de revendedores estarão exposto a maiores risco

devido à obrigatoriedade de fornecimento da amostra testemunha, a SFI observa que, devido à própria natureza da atividade, tais trabalhadores já estão expostos a combustíveis, diária e continuamente, quando do carregamento e descarregamento de caminhões-tanque, quando coleta de amostras para análises básicas, e quando abastece veículos de consumidores em postos de revenda. O transportador já circula pelas estradas do país com o caminhão-tanque cheio de combustível, descarregando-o em tanques de postos de revenda e de transportadores-revendedores-retalhistas nos locais mais remotos do país. Não há, portanto, segundo a SFI, aumento razoável de risco a que já está exposto o trabalhador do seguimento *upstream*. Aliás, questiona-se o porquê de tal argumento ser trazido apenas neste momento se a obrigatoriedade de coleta da amostra-testemunha foi instituída em 2000, com a publicação da Portaria ANP nº 248, de 31 de outubro daquele ano. A SFI acrescenta que a coleta de amostras testemunhas é largamente realizada pelos agentes de fiscalização da ANP, sem relato de problemas. Da mesma forma, está ausente o fundado receio de dano irreparável a justificar a suspensão da Resolução ANP nº 44/13, no que se refere à obrigatoriedade de fornecimento de amostra testemunha”.

4.3.2.3 As manifestações do Poder Judiciário

Ouvidos os argumentos de parte a parte, em 20 de março de 2014, foi proferida decisão pelo juízo de primeira instância indeferindo o pedido de liminar por entender, em suma, que não foi provada a ilegalidade e ausência de razoabilidade manifesta da Resolução ANP nº 44/2013, dependendo tal análise de maior aprofundamento probatório¹⁹⁷.

¹⁹⁷ “(...) *In casu*, em exame superficial, não vislumbro relevância nos argumentos esposados, a ponto de autorizar o deferimento da medida liminar pretendida, ao menos até ulterior deliberação, em sede de

Inconformado com a decisão proferida, o SINDICOM interpôs, em 25 de março de 2014, agravo de instrumento, em que fez críticas contundentes à suposta deferência do juízo de primeira instância à ação da agência. Ademais, reorganizando seus argumentos em novos itens e subitens com vistas a reforçar sua visão quanto à verossimilhança de suas alegações¹⁹⁸ e o justo receio de dano irreparável¹⁹⁹, o autor aproveitou também para rebater as afirmações feitas pela ANP em sua manifestação.

Neste contexto, chama atenção, sobretudo, a réplica quanto à alegação de que a motivação da agência para pretender retornar à regra da obrigatoriedade de coleta de amostras-testemunhas vigente até a edição da Resolução ANP nº 9/2007 teria sido a ocorrência relatos de que os distribuidores estariam dificultando a amostragem quando requerida. Sobre este ponto que é, na realidade, o cerne da disputa – obrigatoriedade vs. facultatividade de coleta de amostras na modalidade FOB –, o SINDICOM afirma que

prolação de sentença. Diga-se o porquê. Conforme sabido, constitui-se a ANP em agência reguladora, criada pela Lei nº 9.478/97, cuja finalidade precípua é regular e/ou fiscalizar atividades relacionadas às indústrias de petróleo, gás natural e biocombustíveis. Dentro de tais competências, insere-se o poder normativo conferido à referida autarquia, autorizando a edição de atos normativos infralegais, por expressa permissão legal, que lhe delegou tal atribuição, em um fenômeno que vem sendo conhecido como deslegalização. Neste, os detalhes técnicos a regular um determinado setor econômico são deferidos a agências reguladoras especializadas naqueles temas, as quais, mediante delegação expressa conferida por lei em sentido formal, editam Resoluções técnicas para regulamentar a questão. É justamente essa a hipótese dos autos, podendo-se afirmar que, ao editar a Resolução nº 44/2013, a ANP nada mais fez do que se utilizar de seu poder normativo, inerente à atuação das agências reguladoras, não havendo que se falar em ilegalidade na atuação administrativa. Outrossim, a despeito das bem articuladas razões esposadas na exordial, entendo não haver como olvidar-se que a determinação oriunda da ANP, materializada através da Resolução combatida nos autos, versa sobre conteúdo que, dada a sua especificidade, insere-se no campo de exercício de sua discricionariedade técnica, não havendo como este Juízo, na presente fase processual, verificar se, de fato, seriam os procedimentos ali previstos incompatíveis com a realidade da atividade de comercialização de combustíveis. Com efeito, a meu ver, para fins de efetiva verificação da inviabilidade de cumprimento das normas trazidas pela Portaria nº 44/2013, parece-me necessário maior aprofundamento probatório, até o momento inexistente, o que se revela de todo inviável nesta fase de cognição sumária. Assim, sendo certo que somente nas hipóteses de ilegalidade e de ausência de razoabilidade manifesta poderia o Poder Judiciário atuar com vistas a invalidar a norma editada pela Agência Reguladora, no exercício de seu poder regulamentar, o que, a princípio, não é o caso dos autos, encontra-se descaracterizado, a meu sentir, a verossimilhança do direito invocado na inicial, impondo-se, ao menos por ora, o INDEFERIMENTO do pedido liminar vindicado”.

¹⁹⁸ Ilegalidade decorrente de violação expressa à Lei 9.478/97; ilegalidade decorrente de violação ao Princípio da Continuidade do Serviço Público; não atingimento da finalidade pretendida com a Resolução; comparação com os processos de fiscalização utilizados por outras agências reguladoras; e violação ao Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade.

¹⁹⁹ Impactos causados pela Resolução na Logística de Abastecimento; e inexistência de análise de impacto regulatório e das consequências negativas geradas pela Resolução – Risco ao meio ambiente e à segurança.

esta justificativa não tem amparo em evidências, sendo, de fato, mera alegação: “(...) a ANP não demonstra o que alega; nem mesmo traz algum indício que tenha fiscalizado este fato. As associadas do SINDICOM não têm motivos para criar óbices ao oferecimento de amostra-testemunha caso haja requerimento do revendedor. A bem da verdade, os próprios revendedores nem sempre optavam pela amostra. Com o devido respeito, é o tipo de alegação que busca contrapor-se à realidade por meio da inventividade. Por qual motivo a ANP não acostou nenhum testemunho ou qualquer início de prova capaz de sustentar a alegação de negativa das distribuidoras quanto ao fornecimento de amostras”?

Além desta passagem, também é relevante a contraposição acerca da alegação feita pela ANP de que não há preocupação com o aumento dos riscos a que os trabalhadores de distribuidores e transportadores passam a estar expostos: “Como uma agência que representa o Estado, ainda que somente em determinado segmento regulatório, pode consignar que o fato de os trabalhadores já se encontrarem expostos aos riscos da atividade justifica a intensificação de risco? Ora, qualquer mitigação de risco ao trabalhador se justifica. Por outro prisma, o mesmo não pode ser considerado quando estamos avaliando majoração do risco. Obviamente, se o trabalhador era submetido, imaginamos meramente a título de exemplificação, a 10 contatos com determinado produto perigoso, jamais um órgão público poderia sustentar a incoerência de majoração por aumentar para 20 contatos. Qual motivação justificaria a majoração de risco ao trabalhador”?

Além da reafirmação de seus argumentos originais e de respostas às afirmações da ANP, o SINDICOM aproveitou o recurso ainda para dar notícia ao Tribunal, com base em reportagens diversas da imprensa, acerca de problemas que o cumprimento forçado da Resolução ANP nº 44/2013 estaria trazendo ao abastecimento nacional, além da confirmação pela ANTT, feita em ofício, quanto à ilegalidade de se transportar as amostras na cabine dos veículos (argumento este que foi rebatido pela ANP com apoio em ofício da Polícia Rodoviária Federal, em que é destacada a possibilidade de transporte da amostra-testemunha em local seguro e externo à cabine, desde que

estejam devidamente estivadas, homologadas, marcadas e com as devidas simbologias de identificação).

A resposta do Poder Judiciário ao agravo de instrumento interposto pelo SINDICOM foi dada em 11 de junho de 2014, em julgamento unânime, relatado pelo Des. José Antonio Lisboa Neiva, em que o Tribunal afirmou que, até aquele momento, o SINDICOM ainda não havia produzido prova robusta o suficiente para afastar a presunção de legitimidade do ato administrativo editado pela ANP²⁰⁰; os principais

²⁰⁰ “(...) Entendo que a decisão agravada deve ser mantida, em consonância com o fundamentos expostos no decism de fls. 491/498 e por outras razões que passo a expor. (...) A referida Resolução foi editada com um objetivo claro: rastrear as adulterações de combustíveis, com a responsabilização precisa do agente da cadeia de comercialização que a promover. Destaca a Agência reguladora que "98% dos processos administrativos sancionadores julgados insubsistentes contra o distribuidor disseram respeito a não conformidades não detectáveis pelo revendedor" (fl. 445). (...) Nesta esteira, importante consignar que, apesar da previsão de responsabilidade solidária entre os distribuidores e revendedores-varejistas contida no art. 18 da Lei nº 9.874/99, havia julgados, inclusive desta Sétima Turma Especializada, que afastavam a responsabilização dos distribuidores, quando os revendedores não exigissem a amostra-testemunha do distribuidor, nos termos do art. 3º da Portaria ANP nº 248/2000. (...) Vale salientar que, segundo a ANP, o modelo de fiscalização instituído pela Portaria nº 248/2000, em que o ônus de coletar a amostra-testemunha era do revendedor-varejista, "não alcançou os objetivos propostos, pois o revendedor apenas conseguia obter a amostra testemunha nas entregas de produto no seu estabelecimento, ou seja, na condição CIF" (fl. 425), ao passo que "nas retiradas FOB, o revendedor não tinha autoridade suficiente para exigir a entrega da amostra nas bases de distribuição" (fl. 425), o que acabava por eximir a responsabilidade do distribuidor com a responsabilização, tão somente, do revendedor. Narra a Agência que, diante deste panorama, editou a Resolução nº 09/2007, nos termos da qual era facultada a coleta de amostras-testemunha ao revendedor-varejista, devendo o distribuidor coletar nas retiradas FOB, sempre que houvesse solicitação do revendedor. Relata que, contudo, "houve relatos de que os distribuidores vinham impondo dificuldades para fornecer a amostra-testemunha ao revendedor, como por exemplo, demora no carregamento dos caminhões tanques, bem como o crescimento da aplicação da pena de revogação de autorização a revendedores, devido a situações de reincidência" (fl. 426). Nesse cenário, face à grande dificuldade de rastrear a adulteração do combustível, com a responsabilização, quando for o caso, do distribuidor, foi editada a Resolução nº 44/2013. (...) Por outro lado, a medida passa pelo crivo da necessidade. Como destacado, a ANP relata o insucesso dos modelos fiscalizatórios menos gravosos aos distribuidores anteriormente empreendidos. Ainda, as sugestões feitas pelo SINDICOM durante a consulta pública promovida pela autarquia "não fornece elementos que garantam o controle de rastreabilidade por parte da ANP dos combustíveis comercializados" (fl. 455), sendo certo que a amostra-testemunha "precisa estar de posse do agente econômico onde foi retirada a amostra-prova" (fl. 455). No que tange à ideia de proporcionalidade em sentido estrito, creio que, por ora, deve ser prestigiado o ato administrativo editado pela ANP, após a oitiva de todos os participantes da cadeia de comercialização de combustíveis. Somente após o devido aprofundamento probatório seria possível aferir se os custos, inclusive os ambientais, da medida superariam os benefícios decorrentes do aumento do controle de qualidade dos combustíveis comercializados. Por ora, a solução me parece adequada e necessária e não restou cabalmente comprovado qualquer risco de desabastecimento. Dessa forma, prima facie, não vislumbro ofensa ao princípio da proporcionalidade. Nesta esteira, vale consignar que não verifico o risco de abastecimento de combustíveis alegado pela recorrente. A parte autora parece criar uma atmosfera caótica que, a uma, não é acompanhada de prova documental suficiente e, a duas, caso existente, decorre de sua própria ausência de iniciativa em promover

aspectos desta decisão serão objeto de comentários específicos mais abaixo, no item 4.3.3.2.2.

Em 07 de julho de 2014, foram opostos embargos de declaração, sustentando (1) omissão da decisão quanto ao receio de dano ao meio ambiente e à saúde dos trabalhadores diante da geração de enorme quantidade de frascos de amostras-testemunha (cerca de 1.500.000 por mês), bem como o aumento do risco de acidentes de trabalho, e (2) contradição, uma vez que inexistente qualquer regulamentação da ANTT em relação ao transporte de amostras-testemunhas, de modo que “a ausência de procedimentos e disposições que disciplinem o transporte de amostra testemunha nos leva a concluir, conseqüentemente, que o E. Tribunal confere, por si, legitimidade à modalidade de transporte sugerida pela ANP, a qual sequer tem competência para tratar do tema”.

alterações logísticas necessárias para a observância das exigências contidas na Resolução nº 44/2013. Data maxima venia, prefere o SINDICOM, aparentemente, insurgir-se contra a Resolução, com a criação de um contexto de caos na distribuição de combustíveis, do que a proceder às adequações necessárias para atender à exigência de coleta de amostras-testemunha que, repita-se, encontra-se em plena consonância com o poder normativo da Agência reguladora e com a tutela dos direitos do consumidor, objetivando um rígido controle de qualidade dos combustíveis, com a responsabilização precisa daquele que realizar adulteração, seja o distribuidor, seja o revendedor varejista. (...) Com relação ao estudo promovido pelo COPPE-UFRJ, já tive a oportunidade de asseverar que "a amostragem foi bem restrita (apenas foram analisados três postos de distribuição), de forma que, a partir deste número, não é possível aferir, por ora, se a nova determinação implica numa mudança abrupta e generalizada na logística de distribuição de combustíveis" (fl. 496). O próprio estudo destaca que "as diferenças de tempo observados entre os casos estudados podem ser explicadas em função de suas características particulares: Modelos de gestão; Sistemas de informação e automação; Tecnologia; Divisão do trabalho, Padrões de SMS e Qualidade; Especialização; Sazonalidade; Mercado; Dimensão; etc" (fl. 208). A ANP aponta, ainda, outras inconsistências do trabalho, notadamente: (...). Importante notar que o estudo não leva em conta eventuais adaptações logísticas que se façam necessárias para o cumprimento das providências determinadas pela nova Resolução. No que tange ao acondicionamento e transporte das amostras-combustíveis, impende registrar que, de acordo com a manifestação da ANTT (fls. 558/560), apesar da vedação ao transporte de amostras-testemunhas na cabine dos veículos transportadores, "não há prescrição na regulamentação que vede o transporte em outro compartimento de cargas, tal como a caixa de ferramentas dos caminhões, desde que atendidas todas as exigências estabelecidas nas resoluções acima mencionadas" (fl. 559). Nesse contexto, observa-se que, a princípio, inexistente qualquer óbice ao transporte das amostras-testemunhas nos caminhões-tanque, desde que observada as disposições contidas nos atos normativos da ANTT. Nesse contexto, entendo, em cognição sumária, que o SINDICOM não trouxe elementos robustos aptos a afastar a presunção de legitimidade do ato administrativo editado pela ANP, após a realização de uma série de reuniões técnicas e audiências com a participação dos agentes envolvidos na cadeia de comercialização de combustíveis”.

Em resposta, em 06 de agosto de 2014, o Tribunal afirmou, quanto a omissão, que “O voto condutor foi expresso ao destacar que, por ora, deve ser prestigiado o ato administrativo editado pela ANP, a favor do qual milita a presunção de legitimidade. Asseverou ainda, no que concerne à alegação de ofensa ao princípio da proporcionalidade, que ‘somente após o devido aprofundamento probatório seria possível aferir se os custos, inclusive os ambientais, da medida superariam os benefícios decorrentes do aumento do controle de qualidade dos combustíveis comercializados’. Vale consignar, ainda, que, a rigor, inexistente qualquer adequação entre a defesa do direito difuso ao meio ambiente e as finalidades institucionais do sindicato. Nesse contexto, ausente a pertinência temática, portanto, o embargante sequer é parte legítima para a tutela do meio ambiente, sendo certo que sua atuação deve se limitar à defesa dos interesses da categoria. (...) Ademais, deve ser ressaltado que nada impede a atuação do embargante junto ao órgão ambiental no intuito de obter informações sobre o descarte correto de vasilhames”.

Por outro lado, quanto à suposta contradição, a decisão afirmou que “não se verifica sua ocorrência no julgado atacado, que enfrentou de forma clara todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia. (...) Embora não haja regulamento específico em relação às amostras-testemunhas, o fato é que, em consonância com a manifestação da ANTT, estas enquadram-se no conceito de produtos perigosos, sendo certo que a regulamentação da Agência Nacional de Transportes Terrestres não veda o transporte destes produtos em outros compartimentos de cargas, sendo proibido apenas o acondicionamento dentro da cabine”.

Seguiram-se ainda a interposição de Recurso Especial sem fato novo²⁰¹, bem como apresentação de contestação e réplica em que, da mesma forma, as partes apenas repisaram os argumentos já expendidos em suas manifestações anteriores. Em despacho de provas, o SINDICOM afirmou que “Considerando que o cerne da presente

²⁰¹ Cujá admissibilidade foi negada por ter o Tribunal entendido que seria imprescindível reexaminar os fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado pela Súmula nº 7 do STJ.

Ação é o impacto da Resolução ANP nº 44/2013 no setor de distribuição de combustíveis, principalmente quanto às dificuldades técnicas encontradas e à falta de razoabilidade da norma, torna-se necessária a produção de provas testemunhal e pericial para demonstrar as dificuldades técnicas decorrentes do novo procedimento imposto pela Resolução, com o conseqüente aumento do tempo de carregamento”. Contudo, o juízo indeferiu a produção destas provas por entendê-las desnecessárias para o deslinde da demanda, decisão contra a qual foi interposto agravo retido. O caso está atualmente concluso para sentença, desde junho de 2015.

4.3.3 Comentários

4.3.3.1 Dos procedimentos aplicados pela ANP para a gestão da Resolução ANP nº 44/2013

Como fica claro por tudo que se expôs até este momento, a Resolução ANP 44/2013 gerou polêmica desde muito antes de sua edição.

Indicada na Agenda Regulatória da ANP como uma das ações prioritárias para o biênio 2013/2014, na Plataforma Temática de Fiscalização, a agência aponta que os Estudos que culminaram com a proposta de norma levada à consulta e audiência públicas foram iniciados em Maio de 2012, tendo perdurado até Agosto do mesmo ano (quatro meses). De Setembro de 2012 a Março de 2013 (sete meses), a Superintendência de Fiscalização do Abastecimento (SFI), única unidade da agência indicada como envolvida no tema, dedicou-se, internamente, à Elaboração da Minuta de Resolução, levada à Consulta e Audiência Pública entre os meses de Abril e Maio de 2013 (dois meses). Na sequência, entre Junho e Novembro de 2013 (seis meses), a ANP empreendeu esforços para a Aprovação da Minuta Final de Resolução, ao final do que a norma foi publicada:

Planejamento das Atividades	2012												2013												% Conc.
	J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	
Estudos					■	■	■	■																	100
Elaboração de Minuta de Resolução									■	■	■	■	■	■	■										100
Consulta e Audiência Pública																■	■								100
Aprovação de Minuta Final de Resolução																		■	■	■	■	■	■		100
Publicação de Resolução																							■		100

Prevista
 Realizada

Fonte: www.anp.gov.br

Pela análise do cronograma acima, percebe-se claramente que o tempo e esforços dedicados pela agência a trabalhos internos (dezessete meses) foi significativamente superior àquele dedicado à discussão da proposta com os agentes potencialmente afetados pela norma antes de sua disponibilização para consulta/audiência (zero mês) ou mesmo durante estes procedimentos (dois meses). Esta, contudo, é apenas a constatação de um fato. A inadequação do processo normativo utilizado pela ANP para a gestação da Resolução ANP 44/2013 de fato salta aos olhos quando considerado em perspectiva frente às práticas de regulação aplicadas pelas agências norte-americanas, analisadas no Capítulo 2 deste trabalho:

- a) De um lado, temos as regras para o exercício do poder normativo por agências independentes detalhadamente descritas e orientadas por uma Filosofia Regulatória e Princípios de Regulação claros e unificados; de outro, temos a ANP atuando isoladamente, sem obrigação de garantir o alinhamento de suas normas com a visão geral do Poder Executivo para o setor ou o País (que, de toda maneira, não foi declarada);
- b) Enquanto no sistema norte-americano as agências são fortemente estimuladas a, antes de darem início ao processo de regulação, buscar o

envolvimento dos afetados pela regulação pretendida, fazendo uso, sempre que possível, de mecanismos consensuais para o seu desenvolvimento, a ANP, neste caso, abriu-se oficialmente para as trocas com os agentes envolvidos por apenas dois meses de um total de dezenove do processo de maturação da Resolução ANP nº 44/2013. Mais do que isso, pela análise da qualidade das respostas da agência aos comentários feitos em consulta pública, parece claro que as sugestões recebidas ao longo do curto período de conversas oficiais com os agentes não receberam a devida atenção, não tendo gerado, de fato, como já se apontou, qualquer mudança relevante na proposta de norma;

- c) Por fim, e mais importante, enquanto de um lado vemos, em relação às agências norte-americanas, a demanda pela apresentação de razões detalhadas para a regulação, incluindo a realização de estudos sobre os impactos regulatórios que provem que a proposta de ação regulatória é, de fato, a que oferece os melhores resultados líquidos (inclusive em comparação com a hipótese de não-regular, claramente indicada como a regra pela Filosofia Regulatória estabelecida), temos a ANP, neste caso, motivando a questão central de sua proposta – tornar obrigatória (e irrecusável) a coleta de amostras – na alegação de que existiram “relatos de que os distribuidores estariam dificultando a amostragem quando requerida” (argumento que, a propósito, somente surgiu durante a discussão judicial a respeito da racionalidade da norma, não tendo sido referido na Nota Técnica que subsidiou a proposta²⁰²). Além disso, não foram disponibilizados os supostos estudos feitos ao longo dos quatro meses que antecederam o início dos trabalhos para

²⁰² Algo que não seria admitido no sistema norte-americano em razão das repetidas decisões do Poder Judiciário que determinam que as agências deverão ser consistentes em sua ação regulatória, não podendo alegar, quando do questionamento da norma perante os Tribunais, fundamentos de validade que não foram apresentados originalmente para escrutínio público.

“elaboração do texto da proposta de Resolução”, os quais poderiam eventualmente comprovar os benefícios líquidos da proposta apresentada. Infelizmente, em resposta aos questionamentos dos agentes a respeito dos custos e benefícios da proposta, as respostas da agência foram todas na linha de que “é dever dos agentes regulados adaptarem-se às exigências regulatórias”.

4.3.3.2 Da resposta do Judiciário aos questionamentos apresentados: a deferência segundo os Tribunais norte-americanos e brasileiros

4.3.3.2.1 Deferência segundo os Tribunais norte-americanos: a agência deverá provar a necessidade, razoabilidade e proporcionalidade da ação regulatória pretendida

Ademais, pela análise das discussões havidas em juízo a respeito da Resolução ANP nº 44/2013, podemos perceber a impressionante diferença na aplicação da doutrina da deferência em Tribunais norte-americanos ou brasileiros.

Como comentamos no Capítulo 2, tanto em *Overton Park* e *State Farm* quanto em *Chevron*, a regra de deferência dos Tribunais norte-americanos às decisões das agências independentes é aspecto marcante, sendo referida em várias passagens das decisões. Esta deferência, contudo, não é será declinada a qualquer custo; além de ter que haver, de partida, espaço para escolhas discricionárias por parte da agência no caso concreto em razão de um chamado explícito ou implícito (ambiguidade ou silêncio) na Lei para que a agência regule a matéria (*step 1* de *Chevron*), tanto em *Overton Park* e *State Farm* quanto em *Chevron* a Suprema Corte deixou claro que é ônus das agências, e não dos agentes regulados, provar que sua regulação é necessária, razoável e proporcional, da mesma forma que o faz o marco regulatório que disciplina o exercício

do poder normativo pelas agências independentes²⁰³. Não há, de partida, presunção de legitimidade vigorando em favor do órgão, afastável apenas na hipótese de prova em sentido contrário; pelo contrário, a agência é compelida pelo marco regulatório vigente a comprovar a necessidade, razoabilidade e proporcionalidade de suas ações desde o momento zero, conforme Filosofia e Princípios de Regulação estabelecidos na década de 80, tendo esta obrigação sido reiteradamente ratificada pelos Tribunais desde muito antes.

Com efeito, as decisões paradigmáticas da Suprema Corte havidas em *Overton Park*, *State Farm* e *Chevron* deixaram claro que, para passar pelo controle de razoabilidade (*step 2* de *Chevron*) e, com isso, provar a necessidade, razoabilidade e proporcionalidade de suas escolhas, vários serão os testes pelos quais as agências terão que passar:

- a) Em primeiro lugar, a agência deverá provar que considerou os dados relevantes para fundamentar a decisão sobre o caminho regulatório escolhido por meio de uma explicação satisfatória na qual se possa perceber uma conexão racional entre os fatos encontrados e o caminho escolhido. Deve ficar claro que a decisão tomada não é arbitrária, caprichosa, indevidamente discricionária ou, de maneira geral, ilegal, e que todos os procedimentos necessários para se chegar àquela decisão foram efetivamente seguidos: (*State Farm*: “*the agency must examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation for its action including a rational connection between the facts found and the choice made*”; *Overton Park*: “*The court must find that the actual choice was not "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or*

²⁰³ MCNOLLGAST, referindo-se ao APA, indica que “(...) *proponents of rules should have burden of proof and (...) no decision could be made except as supported by “relevant, reliable and probative evidence”*. Sobre o tipo de evidência que deve ser produzida, McNollgast explica que “*Substantial evidence does not imply that, on balance, the evidence supports the agency. Rather, it requires that a reasonable person could conclude that the decision was justified*”. *The Political Origins of the Administrative Procedure Act*. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 15, No. 1, JLEO Bureaucracy Conference (Apr., 1999), p. 198 e 200.

otherwise not in accordance with law," and that the Secretary followed the necessary procedural requirements”);

- b) Na revisão da explicação satisfatória apresentada, o Tribunal considerará as evidências materiais coletadas pela agência nos autos do processo administrativo para decidir se, de fato, a decisão está baseada nos fatos relevantes, ou se houve um erro de julgamento (Overton Park: (1) *“it is necessary to remand this case to the District Court for plenary review of the Secretary's decision. That review is to be based on the full administrative record (...)”*; State Farm: *“In reviewing that explanation, we must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment”*);
- c) A regulação questionada será considerada irrazoável (ou arbitrária e caprichosa) se a agência (1) tiver baseado sua decisão em fatos que o Congresso não pretendia que fossem considerados, (2) houver desconsiderado por completo aspectos importantes do problema, (3) oferecer uma explicação para sua decisão que seja contrária às evidências coletadas pela agência ou (4) apresentar fundamentação para sua decisão tão implausível que contradiga o que se espera de uma agência especializada. (State Farm: *“Normally, an agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise”*). Chevron: *“If this choice represents a reasonable accommodation of conflicting policies that were committed to the agency's care by the statute, we should not disturb it unless it*

appears from the statute or its legislative history that the accommodation is not one that Congress would have sanctioned”);

- d) Ainda sobre o item (4) acima (especialização), os Tribunais de fato exigirão que a agência prove que fez uso de sua esperada especialização técnica para chegar a decisão que chegou. Se não constarem dos autos do processo administrativo analisado evidências neste sentido, a regulação não subsistirá. Especialização técnica é a essência do processo administrativo moderno; a menos, contudo, que os Tribunais sejam rigorosos em suas demandas por justificativas para a ação administrativa (regulatória, no caso), a justificativa de “especialização” poderá ser invocada, na prática, como fundamento para qualquer caminho que a agência, por qualquer razão, deseje, sem nenhum limite, assim, para sua discricionariedade; (*State Farm*: “[W]hat we said in *Burlington Truck Lines v. United States*, 371 US, at 167, is apropos here: ‘There are no findings and no analysis here to justify the choice made, no indication of the basis on which the [agency] exercised its expert discretion. We are not prepared to and the Administrative Procedure Act will not permit us to accept such (...) practice (...). Expert discretion is lifeblood of the administrative process, but ‘unless we make the requirements for administrative action strict and demanding, expertise, the strength of modern government, can become a monster which rules with no practical limits on its discretion’”. *Chevron*: “The principle of deference to administrative interpretations has been consistently followed by this Court whenever (...) a full understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations”);

4.3.3.2.2 Deferência segundo os Tribunais brasileiros: presunção de veracidade das alegações da agência e prova sobre a

desnecessidade, irrazoabilidade e desproporcionalidade a cargo do agente que questiona a norma

A regra de deferência foi aplicada de maneira completamente diversa pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento interposto pelo SINDICOM contra a decisão de primeira instância que indeferiu o pedido de antecipação de tutela. Ainda que se trate de juízo provisório, é revelador analisar como o Tribunal respondeu os apontamentos sobre a desnecessidade, irrazoabilidade e desproporcionalidade da medida feitos por aquele sindicato para compreender de que maneira a Corte entende (e aplica) a regra de deferência. Parece claro que, de maneira diametralmente oposta ao que vimos quando da análise das manifestações da Suprema Corte em *Overton Park*, *State Farm* e *Chevron*, aqui, o Tribunal acredita que vigora em favor da agência uma presunção de veracidade de suas alegações que somente poderá ser afastada se o agente que questiona a norma provar a sua desnecessidade, irrazoabilidade ou desproporcionalidade. Neste sentido, a menos que o agente consiga produzir evidência negativa robusta – o que, é claro, é extremamente dificultoso – a deferência será declinada.

Neste sentido, veja-se que, a respeito da alegação de que foram desconsiderados pela agência outros custos não financeiros trazidos pela regulação – no caso, o aumento da exposição a risco para trabalhadores e meio ambiente em razão da necessidade de coleta de amostras em 100% dos carregamentos e do transporte das amostras coletadas na cabine dos veículos – o Tribunal, sobre o primeiro tema, não se posicionou. Sobre o segundo, em julgamento de Embargos de Declaração, a Corte afirmou que “somente após o devido aprofundamento probatório seria possível aferir se os custos, inclusive os ambientais, da medida superariam os benefícios decorrentes do aumento do controle de qualidade dos combustíveis comercializados”. Ou seja, o Tribunal assumiu que caberia ao agente ter provado que a medida não apresentava benefícios líquidos positivos, e não à agência, e que, tendo falhado neste intento, a norma deveria subsistir.

A respeito da alegação de que a agência não considerou seriamente outras diversas alternativas de regulação existentes, inclusive aquelas sugeridas pelo próprio sindicato durante audiência e consulta públicas, as quais, na opinião do SINDICOM, teriam sido descartadas sem motivação satisfatória e, sobretudo, sem avaliação comparativa de custos e benefícios, o Tribunal simplesmente acatou os argumentos expendidos pela ANP, ratificando o que a agência já havia manifestado: as “(...) sugestões feitas pelo SINDICOM durante a consulta pública promovida pela autarquia "não fornece elementos que garantam o controle de rastreabilidade por parte da ANP dos combustíveis comercializados" (fl. 455), sendo certo que a amostra-testemunha "precisa estar de posse do agente econômico onde foi retirada a amostra-prova" (fl. 455) (...)”²⁰⁴.

Sobre a falha de motivação da Resolução, cuja proposta central de tornar obrigatória (e irrecusável) a coleta de amostras baseava-se, tão somente, em supostos relatos de que, no passado, amostragens requeridas por revendedores teriam sido recusadas por distribuidores²⁰⁵, o Tribunal simplesmente tomou como verdadeiras as alegações da agência: “Vale salientar que, segundo a ANP, (...) o revendedor apenas conseguia obter a amostra testemunha nas entregas de produto no seu estabelecimento (...), ao passo que "nas retiradas FOB, o revendedor não tinha autoridade suficiente para exigir a entrega da amostra nas bases de distribuição" (...) Narra a Agência que (...) "houve relatos de que os distribuidores vinham impondo dificuldades para fornecer a amostra-testemunha ao revendedor (...)”. Fica claro que o Tribunal não entendeu necessário questionar a agência a respeito de evidências que comprovassem que tais

²⁰⁴ É interessante notar que vários comentaristas apontam que a principal razão para o desfecho verificado em *State Farm* foi precisamente a desconsideração de alternativa razoável de regulação que existia e que foi descartada pela agência sem razoável motivação. Esta rejeição sugeriu ao Tribunal que a conclusão estava conduzindo a análise, e não o contrário. Além disso, como se viu, a alegação de que foram desconsideradas alternativas razoáveis pela agência esta foi a própria razão de *Overton Park*. SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o *The New Deal* (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano (coord. Paulo Todescan Lessa Mattos), Editora 34, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2004, p. 168.

²⁰⁵ O que, ressalte-se mais uma vez por sua importância, não foi indicado pela agência como razão para o caminho regulatório escolhido na Nota Técnica que explicitou as razões para a proposta de Resolução, tendo surgido, tão somente, quando da manifestação da Advocacia Geral da União nos autos do processo judicial em resposta ao pedido de antecipação de tutela feito pela SINDICOM.

recusas de fato aconteceram, numa clara demonstração de que, para ele, vigora em favor da agência presunção de veracidade de suas alegações, que somente poderia ser afastada por prova em sentido contrário^{206 e 207}.

Por fim, e mais importante, a respeito da alegação de que não foram comprovados os benefícios líquidos que adviriam da adoção do caminho regulatório sugerido pela agência – e assim, conseqüentemente, sua razoabilidade, necessidade ou proporcionalidade –, o Tribunal indicou claramente sua visão a respeito de a quem cabe tal prova: “No que tange à ideia de proporcionalidade em sentido estrito, creio que, por ora, deve ser prestigiado o ato administrativo editado pela ANP, após a oitiva de todos os participantes da cadeia de comercialização de combustíveis. Somente após o devido aprofundamento probatório seria possível aferir se os custos, inclusive os ambientais, da medida superariam os benefícios decorrentes do aumento do controle de qualidade dos combustíveis comercializados. Por ora, a solução me parece adequada e necessária e não restou cabalmente comprovado qualquer risco de desabastecimento. Dessa forma, *prima facie*, não vislumbro ofensa ao princípio da proporcionalidade”.

Obviamente não se está sugerindo aqui que o Tribunal não poderia, sobretudo em um exame perfunctório das evidências trazidas aos autos, compreender que o caminho regulatório escolhido pela agência era, de fato, necessário, razoável e proporcional. O que chama atenção é o fato de que, para fundamentar sua deferência, o Tribunal se baseou exclusivamente nas alegações meramente retóricas da agência de que a medida apresentava tais características: nenhum estudo técnico, parecer de especialista ou qualquer outro material além de uma Nota Técnica de duas páginas foi apresentado (ou requerido) para justificar a ação regulatória. Assim, apoiando-se claramente no

²⁰⁶ A qual, é evidente neste caso, jamais poderia ser produzida, uma vez que, não tendo a agência indicado que agentes, quando e para quem tais relatos teriam sido feitos, é impossível provar que tais relatos de fato jamais ocorreram.

²⁰⁷ Outro questionamento razoável que poderia ter sido feito pelo Tribunal seria se tais recusas (partindo-se da premissa de que de fato aconteceram) significavam uma prática reiterada do segmento de distribuição que justificasse a imposição de tamanho ônus a todo o setor, ao invés da aplicação de punição aos supostos infratores. Trata-se, contudo, de mais um questionamento que jamais ocorreu.

entendimento de que vigora em favor da agência a presunção de veracidade de suas alegações, a qual somente poderia ser afastada se apresentada prova em sentido contrário, o Tribunal entendeu desnecessário que a agência comprovasse que: (1) os fundamentos básicos utilizados como para justificava para sua ação eram reais; (2) o aumento da exposição aos riscos apontados não aconteceria (ou poderia ser mitigado, ou se justificava em razão de outros benefícios trazidos pela norma); e (3) a medida efetivamente apresentava resultados líquidos positivos após uma avaliação de custos e benefícios devidamente feita, inclusive quando comparada com outras opções de regulação seriamente consideradas. O Tribunal não demandou, em suma, que a agência fizesse jus à confiança que foi nela depositada via demonstração de que havia agido com expertise, como indicou a Suprema Corte em *Chevron* e *State Farm* ser requisito fundamental para que a deferência possa ser declinada. Nossa opinião, assim, é que a deferência, neste aspecto, foi concedida de maneira injustificada, em linha com o que vimos, no Capítulo 3, ser a prática mais comum nos Tribunais brasileiros.

CAPÍTULO 5. CONCLUSÕES

Em vista das informações expostas nos capítulos anteriores, podemos afirmar sem sombra de dúvidas que o sistema regulatório brasileiro está significativamente atrasado em relação ao americano no que se refere ao emprego de boas práticas de regulação. Tomando-se como referência a ANP, não se encontra nas normas de criação das agências muito mais do que menções genéricas a necessidade de realização de consultas e audiências públicas para a discussão de propostas de regulação que, de alguma maneira, possam afetar direitos dos entes regulados.

Com efeito, ferramentas como (1) a centralização da coordenação, planejamento e controle da ação regulatória das várias agências federais nas mãos de um único órgão ligado à Presidência da República; (2) a fixação de uma filosofia e princípios de regulação claros e unificados para todas as agências federais; (3) o estabelecimento de mecanismos concretos de coordenação e planejamento da ação regulatória que permitam o engajamento e participação de todos os *stakeholders* interessados na regulação; (4) a fixação de conteúdo mínimo para a fundamentação da ação regulatória pretendida pelas agências, incluindo a exigência da apresentação de análise de impacto regulatório e detalhamento sobre seu *decision-making process*; (5) a exigência de publicidade e garantia de acesso público aos estudos produzidos pela agência para fundamentar suas escolhas; (6) a estruturação de uma agenda unificada que congregue toda a regulação em gestação na administração federal, permitindo a efetiva coordenação e planejamento da pauta pelo órgão designado; e (7) a obrigatoriedade de revisão periódica da regulação existente, todas incorporadas ao sistema americano ao longo da evolução pela qual este sistema passou ao longo da segunda metade do século XX, ou não são utilizadas ou não são obrigatórias.

Tal fato, aliado à tendência à deferência não fundamentada que o Judiciário demonstra quando chamado a realizar o controle judicial das normas editadas por estes agentes, é o que permite que uma agência tão importante quanto ANP, quase duas décadas após a sua criação, permaneça indiferente à tais práticas. Isto porque se, de

um lado, não há obrigação legal que imponha à ela (ou às demais agências) o uso de ferramentas aptas a aumentar, concretamente, o nível de racionalidade, transparência, participação pública e, em última instância, eficiência de suas políticas, de outro lado, o Judiciário, ao não regular a intensidade do controle que aplica conforme a qualidade do procedimento de regulação seguido pela agência, estimula a manutenção de procedimentos de baixa qualidade, na medida em que, como sugerimos ao final do Capítulo 3, isto reduz a tendência a desafios de suas políticas nos Tribunais e aumenta a chance de êxito nos casos em que este desafio acontece.

Como também afirmamos ao final do Capítulo 3, em vista das conhecidas dificuldades estruturais enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro, não acreditamos que, em um futuro próximo, haverá mudança significativa neste quadro. Não cremos que, tal qual fizeram os juízes norte-americanos, nossas Cortes demandarão que as agências provem efetivamente a razoabilidade, proporcionalidade ou adequação de suas normas, o que poderia, em tese, levar a um aumento voluntário da qualidade dos procedimentos aplicados, por meio dos quais esta prova poderia ser feita. É o que constatou a pesquisa conduzida pelos acadêmicos da USP em 2010, retratada na obra *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*, sobre cujas principais conclusões nos debruçamos no Capítulo 4, e pudemos verificar que continua ocorrendo ao analisar o caso concreto envolvendo a recente disputa acerca da Resolução ANP nº 44/2013.

De fato, neste caso, mesmo diante de norma que (1) reconhecidamente não havia sido objeto de prévia análise de impacto regulatório por parte da agência; (2) encontrava sua fundamentação em arrazoado de duas páginas baseado em argumentos exclusivamente retóricos²⁰⁸; (3) fora amplamente questionada quanto à desnecessidade e irracionalidade de seus propósitos; (4) fora disputada, com apoio em estudo técnico contratado junto à reconhecida instituição acadêmica²⁰⁹, quanto à desproporção de seus

²⁰⁸ Sobretudo supostas negativas não demonstradas de recusa de coleta nos casos em que haviam sido requeridas.

²⁰⁹ Questionado pela agência, novamente, com base em meras alegações, e não, como se poderia esperar, em estudos técnicos alternativos.

custos e benefícios, sobretudo quando comparados aos procedimentos aplicados por diversos outros agentes reguladores; e (5) em cujo processo de discussão haviam sido, à toda evidência, descartadas sem séria consideração ou motivação alternativas de regulação sugeridas pelos agentes interessados, o Judiciário, mais uma vez, optou, até o momento, por uma deferência vazia à suposta adequação das escolhas feitas pela agência.

Veja-se que não se está aqui a atacar ou defender a correção da Resolução ANP nº 44/2013: o que se pretende é tão somente marcar que, em termos de controle judicial dos atos regulatórios, os Tribunais brasileiros, na prática, não aplicam a melhor recomendação da doutrina no sentido de que a intensidade do controle seja regulada conforme a qualidade do processo que deu origem à norma questionada, o que, como sugerido, pode estar fornecendo poderoso estímulo para a manutenção do *status quo*.

Por esta razão é que acreditamos que a evolução do sistema regulatório brasileiro depende fundamentalmente do estabelecimento de um marco regulatório que obrigue a adoção de ferramentas de regulação aptas a dar concretude aos anseios hoje meramente teóricos por um sistema de qualidade, nos moldes do que se passou com o sistema americano a partir dos anos 50. Isto porque, como vimos pela análise do caso concreto considerado no Capítulo 4, nenhuma das referências de qualidade sugeridas no Capítulo 1 está presente na atual configuração do sistema brasileiro:

1. O Poder Executivo não exerce qualquer papel centralizado na coordenação, planejamento ou controle prévio da ação das agências;
2. As agências não são demandadas a utilizar processos detalhados, transparentes e com alto grau de abertura democrática para a execução de suas pretensões normativas;
3. Sem a utilização obrigatória de processos com estas características, as agências não são obrigadas a comprovar a necessidade, racionalidade e proporcionalidade de suas

pretensões normativas, ou sua superioridade em comparação com eventuais outras opções disponíveis. Não são demandadas, com isso, a fazer uso de expertise técnica diferenciada para a regulação dos setores sob sua responsabilidade; e

4. O Poder Judiciário não exerce papel efetivo no controle da ação destes agentes, não fazendo qualquer contribuição digna de nota para o reforço da legitimidade da atuação destes agentes e a elevação da qualidade da regulação produzida.

Evidentemente, por estarem as conclusões acima baseadas apenas na análise da experiência concreta de um único caso, de uma única agência, tais conclusões não podem (e não devem) ser tomadas como amostra representativa do *modus operandi* de todas as agências ou, de maneira geral, da qualidade de todo o sistema regulatório brasileiro. E não é esta, de fato, a pretensão; como alertado na Apresentação deste trabalho, as agências apresentam significativo grau de variação na maneira como conduzem seus respectivos processos normativos. O argumento que se pretende marcar aqui é que, em razão da ausência de um marco regulatório que *obrigue* a adoção uniforme e obrigatória de boas práticas de regulação, combinada com a postura pouco exigente demonstrada pelo Judiciário no controle dos atos destes agentes, o sistema regulatório brasileiro, em seu estágio atual de evolução, *admite atuação como a que vimos no caso concreto da ANP*, o que deve ser motivo de preocupação e atenção imediata. Trata-se, sem dúvida, de passo fundamental para completarmos a transição pretendida e constitucionalmente exigida de um Estado empreendedor tradicionalmente deficitário e incompetente para um Estado regulador efetivo e eficiente, apto a fazer frente aos desafios da economia global do século XXI.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. Agências Reguladoras e Democracia: Lumen Juris, 2006.

_____. O princípio da eficiência: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: n.3, mar. 2005.

_____. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARNES, Javier. Towards a third generation of administrative procedure. Comparative Administrative Law (coord. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.), Cheltenham, UK : Edward Elgar, c2010.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding regulation: theory, strategy, and practice, Second Edition, 2012.

BECKER, Gary S.. Competition and Democracy. The Journal of Law & Economics, Vol. 1 (Oct., 1958), pp. 105 – 109.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRUNA, Sergio Varella Bruna. Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico in Regulação e Desenvolvimento, coord. Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities. 11. J.L. & Econ. 55 1968.

GARRETT, Theodore L.. Judicial Review After "Chevron": The Courts Reassert Their Role. 10 Nat. Resources & Env't. 59 1995-1996

GOMES, Joaquim B. Barbosa. As Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Vol. XI (Direito da Regulação), 2002, coord. Alexandre Santos Aragão, ed. Lumen Juris.

JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário. Ed. Singular, São Paulo, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Revista de Direito Administrativo Econômico (coord. Carlos Ari Sundfeld), 1ª ed., 2ª tiragem. Malheiros Editores, 2002.

_____. A nova regulação estatal e as agências independentes, in Direito Administrativo Econômico.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MCNOLLGAST. The Political Origins of the Administrative Procedure Act. Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 15, No. 1, JLEO Bureaucracy Conference (Apr., 1999), p. 181.

MILLER III, James C.. The early days of Reagan regulatory relief and suggestions for OIRA's future. 63 Admin. L. Ver. 93 2011.

MILES, Thomas J. and SUNSTEIN, Cass R., The Real World of Arbitrariness Review. University of Chicago Law Review, Vol. 75, No. 2 (Spring 2008), pp. 761-814.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório. Ed. Renovar, 2003.

PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização. Direito da Regulação e Políticas Públicas (org. Carlos Ari Sunfeld; André Rosilho). 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SHAPIRO, Stuart. OIRA inside and out. 63 Admin. L. Rev. 135 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 1ª ed., 2ª tiragem: Malheiros Editores, 2002.

STIGLER, George J.. The Theory of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3 – 21.

STRAUSS, Peter L.; Rakoff, Todd D.; FARINA, Cynthia R.; METZGER, Gillian E.. Gellhorn and Byse's Administrative Law, Cases and Comments. Eleventh Edition. Foundation Press, 2011.

STRAUSS, Peter L.. Direito e Regulação no Brasil e nos EUA (coord. Marcelo Figueiredo), Malheiros Editores, 2004.

SUNSTEIN, Cass R.. Law and Administration after "Chevron". Columbia Law Review, Vol. 90, No. 8 (Dec., 1990), p. 2071-2120

_____. O constitucionalismo após o The New Deal (trad. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha). Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano, coord. Paulo Todescan Lessa Mattos. Editora 34 (Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP), 2004.

_____. Simpler: the future of government. Simon & Schuster, 2013)

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. O poder normativo das agências reguladoras (coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: Uma análise da jurisprudência brasileira. Direito Econômico Regulatório, coord. Mario Gomes Schapiro. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010.

ANEXO ÚNICO – CONSULTA PÚBLICA REF. RESOLUÇÃO ANP nº 44/2013: PRINCIPAIS COMENTÁRIOS E RESPOSTAS DA AGÊNCIA

DISTRIBUIDORES

AGENTE	ARTIGO	PROPOSTA	JUSTIFICATIVA	NATUREZA DO COMENTÁRIO	RESPOSTA ANP
Total	3º	Art. 3º O distribuidor de combustíveis fica obrigado, quando solicitado, a fornecer amostra-testemunha representativa do produto comercializado, no caso de retirada realizada pelo revendedor varejista e pelo TRR na base de distribuição.	<p>O fornecimento compulsório de amostras de todo e qualquer carregamento, não irá inibir a prática ilícita acaso existente no mercado. A exigência de que seja a Distribuidora obrigada a fornecer a amostra em todos os carregamentos FOB, gera um custo elevado em termos material e logístico.</p> <p>Os postos revendedores têm que estar preparados para o recebimento, armazenamento e manuseio das amostras, realidade que não se observa no mercado. Rememora-se que se trata de produtos voláteis e sujeitos à oxidação/ alteração de suas características físico-químicas, em caso de exposição a condições inadequadas. Fato importante e oportuno de se colocar a essa ANP, é que nos termos da NBR ABNT n.15512:2008 (bem como de sua revisão proposta em 2012) que normaliza o Armazenamento, Transporte, Abastecimento e Controle de Qualidade de Biodeisel e/ou Mistura Óleo</p>	<p>RACIONALIDADE E DEFICIENTE</p> <p>CUSTO VS. BENEFÍCIO INADEQUADO</p> <p>INVIABILIDADE / INEFICIÊNCIA OPERACIONAL PARA CUMPRIMENTO</p>	<p>Não acatado. Os agentes da cadeia de abastecimento possuem a responsabilidade de comercializar os combustíveis dentro das especificações. Para cumprir tal obrigação, todos devem se estruturar adequadamente, seja do ponto de vista técnico, operacional ou logístico.</p>

			<p>Diesel/biodiesel, é <u>taxativamente elencado</u> que, no caso em que a dita mistura (diese/B100) consista no carregamento dos produtos separadamente num mesmo compartimento do caminhão tanque, a <u>homogeneização da mistura ocorre durante o percurso, desde a instalação até a entrega ao consumidor final.</u></p> <p>Ou seja, quando a mistura do diesel/b100 for feita dentro do compartimento através de braços da alimentação, ao final do carregamento, não haverá uma mistura homogênea. A amostra retirada neste momento não representará, efetivamente a qualidade do produto expedido. <u>Devendo a ANP, observar este caso, quando do estabelecimento das normas de fornecimento da amostra testemunha.</u> O efeito acima, pode ainda ocorrer na gasolina C, uma vez que a mistura igualmente é efetuada no compartimento do caminhão tanque.</p>		
Ciapiro	3º	O distribuidor de combustível fica facultado, em face de solicitações, a fornecer amostra-testemunha	Que fique facultado e que continue, como atualmente, a ser de responsabilidade a posse do frasco de amostras por parte do revendedor varejista e TRR no momento da retirada dos produtos; pois levando somente em consideração o espaço físico das estruturas atuais, exemplo os escritórios das distribuidoras cedidos pelas	<p>CUSTO VS. BENEFÍCIO INADEQUADO</p> <p>INVIABILIDADE / INEFICIÊNCIA OPERACIONAL PARA</p>	Não acatado. A amostra-testemunha irá possibilitar a rastreabilidade da qualidade do produto comercializado

		representativa do produto comercializado, no caso de retirada realizada pelo revendedor varejista e pelo TRR na base de distribuição.	Bases da Petrobras administradas pela Transpetro, onde serão armazenados estes frascos? Um exemplo fica nosso escritório na BAUBE, onde se comercializa uma média de 100 entregas/retiradas ao dia (x) uma média de 04 compartimentos por caminhão, assim 400 frascos/dia (x) 20 dias úteis no mês, um numero expressivo de 8.000 frascos.	CUMPRIMENTO	pela ANP, por isso a obrigatoriedade do fornecimento. Ademais, diante das adaptações necessárias para o cumprimento das obrigações imputadas, o prazo para início da vigência será estendido. As questões operacionais, entretanto, deverão ser equacionadas pelos agentes integrantes do mercado.
Sindicom	3º	Da Amostra-Testemunha Suprimir este Artigo. Art. 3º O distribuidor de combustíveis fica obrigado a fornecer	Não temos conhecimento de nenhum setor da economia e da indústria em que seja realizada a amostragem/teste em 100% de sua produção/comercialização, de forma voluntária ou compulsória. Setores, tais como de medicamentos, alimentos, bebidas, veículos, equipamentos industriais, eletrodomésticos, não são submetidos a este nível de exigência, ainda que trazendo maiores riscos à saúde e à	RACIONALIDADE DEFICIENTE CUSTO VS. BENEFÍCIO INADEQUADO INVIABILIDADE / INEFICIÊNCIA OPERACIONAL	Não acatado. A sugestão apresentada não fornece elementos que garantam o controle de rastreabilidade por parte da ANP dos

		<p>amostra-testemunha representativa do produto comercializado, no caso de retirada realizada pelo revendedor varejista e pelo TRR na base de distribuição.</p> <p>Parágrafo único. As amostras-testemunha deverão ser coletadas em conjunto com o revendedor varejista ou TRR, ou seus prepostos, de cada compartimento do caminhão-tanque.</p>	<p>população. A nossa sugestão é que a responsabilidade pela coleta de amostra testemunha seja sempre do revendedor e do TRR, tanto nos casos FOB e CIF, em função da obrigatoriedade ser destes agentes e não da distribuidora.</p> <p>Retirar amostras de 100% dos carregamentos realizados em nossas bases passam por problemas tais como:</p> <ul style="list-style-type: none"> - falta de área para coleta de amostras de forma adequada (plataforma de amostragem); - falta de pessoal para a coleta de amostras; - falta de área de manobra de caminhões-tanque para homogeneização, coleta e análise de amostras posteriormente ao caminhão carregado, dentro da instalação, em especial, para o carregamento de Gasolina C; - maior tempo de operação de cada caminhão dentro da base ou terminal, levando várias localidades já próximas de seu limite de expedição, a operar com capacidade de entrega reduzida, ocasionando riscos de desabastecimento 	<p>PARA CUMPRIMENTO</p>	<p>combustíveis comercializados.</p> <p>Adicionalmente, a amostra-testemunha, que deve se afigurar como elemento de prova para indicar o responsável por eventual não-conformidade, precisa estar de posse do agente econômico onde foi retirada a amostra-prova.</p> <p>No tocante a outros pontos apresentados como justificativa, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> - as mudanças estruturais elencadas parecem supor que 100% dos
--	--	---	---	--------------------------------	--

			<p>regional;</p> <ul style="list-style-type: none"> - hipótese de se investir para especificar os produtos em tanque (Gasolina C e Diesel B5) levaria a um tempo de adaptação superior a 2 anos, além de aumentar a complexidade logística para a mistura de grandes volumes nos teores adequados. Em alguns locais, seria necessário a expansão da área de tancagem. Por esse motivo, os casos existentes na distribuição estão sendo eliminados em bases primárias; - necessidade de construção de área adequada e de grande proporção para guarda de amostra em todas as bases, que requerem licenciamento e condições adequadas; - dificuldade de operacionalização conjunta da modificação da dinâmica de lacração e de amostras que demandam input no documento fiscal de seus registros, dado que será exigido no documento fiscal o registro da relação correta de cliente x compartimento x produto x lacre x amostra; <p>Alternativamente, enxergamos que a única possibilidade operacionalmente viável seria a de realizar amostras a cada 8 horas de operação, diretamente de um caminhão-</p>		<p>combustíveis comercializados pelas distribuidoras acontecem na modalidade FOB, o que não se trata da realidade.</p> <ul style="list-style-type: none"> - a responsabilidade da distribuidora quanto à coleta de amostra-testemunha não pode ser afastada, tendo em vista ser o agente que comercializa o combustível. - não se trata de amostragem/teste no sentido de impedir antecipadamente a comercialização de produto fora das
--	--	--	---	--	---

			<p>tanque para todos os produtos comercializados com estes agentes, de forma aleatória, mediante o acompanhamento de um preposto de um revendedor varejista ou TRR. Esta amostra representaria todos os carregamentos realizados durante essa faixa horária nesta base ou terminal.</p> <p>A proposta de redação seria:</p> <p>Art. 3º. O distribuidor fica obrigado a realizar coleta de amostras diárias, de cada produto de comercialização com o TRR e o revendedor varejista, aleatoriamente a cada 8 horas de operação, nos casos de retirada de produto por estes agentes diretamente na base de distribuição.</p> <p>§1º As coletas de amostras-testemunha do caput deste artigo deverão ser acompanhadas por um revendedor varejista ou TRR, ou seus prepostos.</p> <p>§2º O distribuidor deverá guardar as amostras e os resultados dos testes pelo prazo de até 10 (dez) dias após as coletas.</p>		<p>especificações, mas sim de coleta de amostra em 100% dos carregamentos de forma a permitir que se encontre quem deu causa à eventual não-conformidade.</p>
Brasilcom	3º	Suprimir este artigo	A sugestão é que a responsabilidade pela coleta de amostra testemunha seja sempre do revendedor e do TRR, em função da	OUTROS	Não acatado. A responsabilidade da distribuidora

			obrigatoriedade ser destes agentes e não da distribuidora.		quanto à coleta de amostra-testemunha não pode ser afastada, tendo em vista ser o agente que comercializa o combustível.
Total	4º	Redação proposta pelo Agente: “Art. 4º <u>fica facultado ao</u> revendedor varejista e o TRR a coleta da amostra-testemunha representativa do combustível recebido, no caso da entrega do combustível pelo distribuidor nos seus estabelecimen	Manter a regra do direito de escolha pela coleta ou não de uma amostra-testemunha, nos termos da legislação vigente.	OUTROS	Não acatado. A amostra-testemunha irá possibilitar a rastreabilidade, pela ANP, da qualidade do produto comercializado, por isso a obrigatoriedade do fornecimento. Ademais, garantir que o verdadeiro responsável por uma eventual não-conformidade do combustível seja identificado afigura-se

		tos”.			importante.
Sindicom	4º	<p>Art. 4º O revendedor varejista e o TRR são responsáveis pela coleta da amostra-testemunha representativa do combustível recebido. no caso da entrega do combustível pelo distribuidor nos seus estabelecimentos.</p> <p>Parágrafo único - As coletas de amostras-testemunha deverão ser acompanhadas em conjunto</p>	<p>Coerência com a redação do parágrafo com o anterior.</p> <p>No caso da adoção da alternativa de amostra por faixa horária para a retirada na base ou terminal este artigo poderia ser adequado conforme abaixo:</p> <p>Art. 4º O revendedor varejista e o TRR são responsáveis pela coleta da amostra-testemunha representativa do combustível recebido, no caso da entrega do combustível pelo distribuidor nos seus estabelecimentos.</p> <p>Parágrafo único - As coletas de amostras-testemunha deverão ser acompanhadas pelo distribuidor, ou seu preposto, de cada produto recebido, respeitando as normas de segurança estabelecidas em cada base/terminal.</p>	OUTROS	<p>Não acatado.</p> <p>A sugestão apresentada não fornece elementos que garantam o controle de rastreabilidade por parte da ANP.</p> <p>Quanto à retirada da obrigação de amostra-testemunha por compartimentos, cabe destacar que os mesmos podem apresentar produtos com características distintas.</p>

		<p>pelo distribuidor, ou seu preposto, de cada compartimento e produto do caminhão-tanque, respeitando as normas de segurança estabelecidas em cada base/terminal.</p>			
Sincopetro	4º	<p>Nossa proposta de redação para este artigo: O revendedor varejista e o TRR são responsáveis e obrigados a coletar amostra-testemunha representativa do combustível</p>	<p>Tornar obrigatória a coleta da amostra testemunha pelo revendedor varejista, pois isso é fundamental para sua defesa em caso de fiscalização pelos órgãos competentes.</p>	OUTROS	<p>Não acatado. Tendo em vista que a possibilidade de defesa é garantida já pela apresentação da amostra-testemunha, fica a cargo tanto do revendedor quanto do TRR dar efetividade ao seu direito.</p>

		<p>recebido, no caso da entrega do combustível pelo distribuidor nos seus estabelecimentos, devendo armazenar, em seus estabelecimentos, as amostras-testemunha dos últimos 3 (três) carregamentos de cada combustível adquirido.</p>			
Total	6°	<p>Redação proposta pelo Agente: Art. 6° O distribuidor de combustíveis deverá manter sob sua guarda, os</p>	<p>Caso seja optado pela coleta da amostra testemunha pelo cliente, independente da forma do carregamento (CIF ou FOB), cabe ao Distribuidor ter o controle e o registro completo de tais ocorrências, inclusive para eventual e necessária conferência por parte da ANP e órgãos fiscalizadores.</p>	OUTROS	<p>Não acatado. O fornecimento da amostra-testemunha é obrigatório e para comprovar que tal procedimento foi efetuado os recibos são</p>

		registros e controles indicativos dos postos revendedores e/ou TRR's que optaram por coletar e receber a amostra-testemunha do carregamento, com a indicação expressa da numeração do envelope de segurança utilizado, do produto, e número da respectiva DANF, dos últimos 3 (três) meses.			necessários. Ademais, garantir que o verdadeiro responsável por uma eventual não-conformidade do combustível seja identificado mostra-se importante e a amostra-testemunha afigura-se a forma mais eficiente de se alcançar essa rastreabilidade.
Ciapetro	6º		Levando em consideração o avanço tecnológico brasileiro, essa medida (de guarda de recibos) nos leva ao passado, e não ao futuro, como sempre esperamos; que se crie um meio virtual eletrônico para	RACIONALIDADE E DEFICIENTE CUSTO VS. BENEFÍCIO	Não acatado. O fornecimento da amostra-testemunha é obrigatório e

			tal controle; pois como procederemos quando o entregador for terceirizado ou transportador? Onde a responsabilidade de guarda de inicio ficara com quem não terá responsabilidade alguma com tal operação, e até mesmo levando em consideração que muitas vezes esses citados transportadores não têm a obrigatoriedade nem o compromisso de voltar aos nossos escritórios para a entrega de tais documentos. Como também ficara quando o próprio recebedor varejista não quiser assinar tal recibo após o recebimento do produto, ficando as distribuidoras sem meios de defesa face que o mesmo pode simplesmente acusar a distribuidora como não ofertante de tal documento?	INADEQUADO INVIABILIDADE / INEFICIÊNCIA OPERACIONAL PARA CUMPRIMENTO	para comprovar que tal procedimento foi efetuado os recibos são necessários. Procedimentos operacionais deverão ser equacionados pelos agentes econômicos no período transitório.
Sindicom	6º	Suprimir este artigo. Art. 6º O distribuidor de combustíveis deverá manter sob sua guarda os recibos de entrega ou declarações de recusa das	Suprimir em linha com a ideia da amostra ser de responsabilidade do revendedor ou do TRR. No caso da amostragem aleatória na base ou terminal propomos limitar o tamanho do arquivo e guarda de comprovantes. Art. 6º O distribuidor de combustíveis deverá manter sob sua guarda as amostras referentes aos últimos 10 dias de cada combustível comercializado com o revendedor varejista ou com o TRR.	OUTROS	Não acatado. A sugestão apresentada não fornece elementos que garantam o controle de rastreabilidade por parte da ANP. A responsabilidade da distribuidora

		amostras-testemunha referentes aos últimos 3 (três) carregamentos de cada combustível comercializado com o revendedor varejista ou com o TRR.			quanto à coleta de amostra-testemunha não pode ser afastada, tendo em vista ser o agente que comercializa o combustível.
--	--	---	--	--	--

REVENDEDORES E TRRs

AGENTE	ARTIGO	PROPOSTA	JUSTIFICATIVA	NATUREZA DO COMENTÁRIO	RESPOSTA ANP
Fecombustíveis	6º	Art. 6º O distribuidor de combustíveis deverá manter sob sua guarda os recibos de entrega das	Retirar do texto, o trecho “ou declarações de recusa”, para não haver essa hipótese. A declaração de recusa poderia ser utilizada, por exemplo, como um “artifício” de uma distribuidora para facilitar, na base, o carregamento daqueles caminhões FOB que optarem pela recusa do recolhimento da amostra-testemunha.	IMPOSSIBILITAR A RECUSA POR REVENDEDORES E TRRs	Acatado. A amostra-testemunha é um instrumento que possibilita a rastreabilidade da qualidade do combustível comercializado.

		amostras-testemunha referentes aos últimos 3 (três) carregamentos de cada combustível comercializado com o revendedor varejista ou com o TRR.			
SindTRR	Art. 6º	O distribuidor de combustíveis deverá manter sob sua guarda os recibos de entrega das amostras-testemunha referentes aos últimos 3 (três) carregamentos de cada combustível comercializado com o	Suprimir a expressão "... ou declarações de recusa...", para tornar obrigatória a entrega da amostra-testemunha em cada carregamento nas Bases de Distribuição (FOB), para evitar a ocorrência de discriminação nas filas dos carregamentos dos carros-tanque, atualmente já problemáticas nas retiradas FOB, pois teriam preferência no atendimento aqueles revendedores que eventualmente manifestem recusa no recebimento.	IMPOSSIBILITAR A RECUSA POR REVENDEDORES E TRRs	Acatado. A amostra-testemunha é um instrumento que possibilita a rastreabilidade da qualidade do combustível comercializado.

		revendedor varejista ou com o TRR.			
Fecombustíveis	§ 2º do Art. 8º	Alterar a redação do § 2º para: §2º Fica facultada, ao TRR, a apresentação das amostras-testemunha requisitadas pela ANP nos termos do §1º deste artigo.	Retirar do texto, o trecho “ <i>ao revendedor varejista e</i> ”. A Fecombustíveis, representando todos os seus 34 Sindicatos filiados solicitou oficialmente à ANP o retorno da obrigatoriedade da amostra testemunha, através do Ofício 052/2012, de 30/10/2012. A obrigatoriedade é imprescindível para que, como no exemplo do Estado de São Paulo, onde há a lei da cassação da inscrição estadual, não haja brecha na legislação para que a amostra testemunha não seja utilizada em defesa do revendedor, em virtude principalmente, das não conformidades não-detectáveis. O SindTRR, filiado à Fecombustíveis e legítimo representante da categoria dos TRR´s, se pronunciará na audiência, concordando com que a apresentação das Amostras Testemunhas à fiscalização ANP, seja facultativa para os TRR´s.	IMPOSSIBILITAR A RECUSA POR REVENDEDORES	Não acatada. O revendedor e o TRR possuem a possibilidade de apresentar a amostra-testemunha como forma de não se responsabilizar exclusivamente pelo combustível eventualmente fora das especificações. Além disso, a minuta estabelece canal de comunicação para casos em que a entrega da amostra seja recusada ou dificultada.
Fecombustíveis	§ 3º do Art. 8º	Alterar a redação do § 3º para:	Retirar do texto, o trecho “ <i>ao revendedor varejista ou</i> ”, em função da alteração	IMPOSSIBILITAR A RECUSA POR REVENDEDORES	Não acatado. O revendedor e o TRR possuem a

		<p>§3º A não apresentação das amostras-testemunha dos últimos 3 (três) carregamentos adquiridos implicará, ao TRR, a responsabilidade exclusiva pela qualidade do combustível, verificada a partir da amostra-prova.</p>	<p>proposta no item anterior.</p>		<p>possibilidade de apresentar a amostra-testemunha como forma de não se responsabilizar exclusivamente por combustível eventualmente fora das especificações.</p>
SindTRR	§3º do Art. 8º	<p>A não apresentação das amostras-testemunha dos últimos 3 (três) carregamentos adquiridos implicará, ao revendedor varejista ou ao</p>	<p>A manutenção da palavra exclusiva no texto deste parágrafo dá a conotação de que, mesmo apresentando a amostra-testemunha, sendo o resultado da análise da amostra-prova pela não conformidade, ainda assim o revendedor será penalizado, solidariamente à distribuidora fornecedora.</p>	<p>ESCLARECIMENTO DE REDAÇÃO</p>	<p>Não acatado. O parágrafo dispõe apenas dos casos de não apresentação da amostra-testemunha. No caso de apresentação, o resultado da análise</p>

		TRR, a responsabilida de pela qualidade do combustível, verificada a partir da amostra-prova.			laboratorial apontará o responsável por eventual não-conformidade encontrada. Ademais, garantir que o verdadeiro responsável por uma eventual não-conformidade do combustível seja identificado mostra-se importante e a amostra-testemunha afigura-se a forma mais eficiente de se alcançar essa rastreabilidade.
--	--	---	--	--	--

