

ESTUDOS  
ANTIRROMÂNTICOS  
SOBRE **CONTROLE**  
DA **ADMINISTRAÇÃO**  
**PÚBLICA**



EDUARDO  
JORDÃO

---

ESTUDOS  
ANTIRROMÂNTICOS  
SOBRE **CONTROLE**  
DA **ADMINISTRAÇÃO**  
**PÚBLICA**

2ª EDIÇÃO  
REVISTA E AMPLIADA

2023



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Canuto Saraiva, 131 – Mooca – CEP: 03113-010 – São Paulo – São Paulo  
Tel: (11) 3582.5757  
• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/central-de-relacionamento>

**Copyright:** Edições JusPODIVM

**Diagramação:** Equipe JusPODIVM

**Capa:** Maitê Coelho ([maitescoelho@yahoo.com.br](mailto:maitescoelho@yahoo.com.br))

J82e Jordão, Eduardo  
Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública / Eduardo Jordão –  
2.ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

816 p.

Inclui Bibliografia  
ISBN: 978-85-442-4502-6

1. Direito Administrativo. 2. Administração Pública. I. Jordão, Eduardo. II. Título.

CDD 341.3

Bibliotecária responsável:  
Ana Carolina Ribeiro Mois – CRB7 – RJ 007348/0

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

*com Tarcila*

*para Pedro e Bruna*



## PREFÁCIO

---

O progresso do conhecimento depende da renovação do pensamento cristalizado, que se torna obsoleto com o passar do tempo. É necessário que novos (e jovens) pensadores proponham soluções heterodoxas, questionem os dogmas e desafiem a certeza dos antigos. Assim se passa em todas as áreas, inclusive no âmbito jurídico.

Essa renovação da doutrina – especialmente sob o aspecto da participação de novas gerações de juristas – é relevante para o Direito Administrativo brasileiro. O Estado brasileiro padeceu de uma crise de identidade ao longo de séculos. As sucessivas manifestações autoritárias comprometeram a construção de um Estado democrático e se refletiram nas concepções doutrinárias. Mesmo depois da Constituição de 1988, permaneceram em vigor tanto as normas administrativas produzidas durante os regimes autoritários como uma cosmovisão que reservava ao Estado e a determinados grupos uma posição de dominação sobre os cidadãos. Com a vigência da Constituição de 1988, uma das tarefas fundamentais do pensamento administrativista brasileiro dirigiu-se a constitucionalização do Direito Administrativo.

No entanto e por razões diversas, a doutrina administrativista permaneceu comprometida com as concepções abstratas, vinculadas a princípios destituídos de conteúdo determinado. Nos últimos anos, tem sido enfrentado o desafio quanto à dimensão pragmática da atividade administrativa do Estado e da doutrina administrativista.

Nesse contexto, é imprescindível a atuação de uma nova geração de administrativistas. Eduardo Jordão ocupa uma posição de destaque nesse novo cenário. Titular de uma formação acadêmica sólida, plasmada nas melhores universidades dos EUA e da Europa, tem colaborado sobretudo para a renovação do estudo do instituto do controle. A sua produção tem sido fundamental para promover a revisão de enfoques ultrapassados, que se desenvolveram em vista de uma realidade fática e jurídica que não mais existe.

Essa coletânea compreende um conjunto de artigos e ensaios produzidos ao longo dos últimos anos por Eduardo Jordão. Todos esses trabalhos doutrinários (elaborados individualmente ou em coautoria) apresentam em

comum a irreverência em face do conhecimento estabelecido e o destemor em promover a crítica das práticas e das orientações difundidas. O raciocínio arguto e o conhecimento jurídico sólido estão sempre presentes.

Muitas vezes, a ousadia de Jordão provoca uma dose de desconforto, diante da demonstração cabal dos equívocos que entranham as posições consolidadas e as lições repetidas de modo acrítico. Ou seja, Jordão chacoalha o pensamento tradicional e desafia os pensadores mais antigos a revisarem as suas certezas. Isso nos permite descobrir novas alternativas para levar avante a construção do pensamento jurídico.

É uma honra prefaciá essa coletânea dos artigos de Jordão. Mas não é apenas isso. É também uma oportunidade para manifestar o agradecimento pela dedicação, generosidade e comprometimento de todos esses juristas mais jovens.

O trabalho de Jordão demonstra que os impasses produzidos pela cristalização do pensamento antigo podem ser superados pela atuação das novas gerações de juristas. Isso evidencia que há um futuro para o Direito Administrativo brasileiro e que esse futuro pode ser muito melhor do que o presente.

**Marçal Justen Filho**



# APRESENTAÇÃO

---

## **POR MAIS REALISMO NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM MANIFESTO ANTIRROMÂNTICO<sup>1</sup>**

Na teoria romântica ainda dominante no nosso direito administrativo, as coisas funcionam de modo simples e fácil. Para evitar ilegalidades, desvios éticos e mesmo “decisões ruins” dos administradores públicos, é suficiente chamar (ou criar) um controlador: instituição pública que revisará as decisões administrativas e *corrigirá* todos os seus problemas.

Esta concepção idealizada – e pouco realista – do controle está por trás de várias de suas mais graves distorções. Orienta o otimismo da doutrina, que saúda inebriada toda intervenção do controlador, toda redução da discricionariedade do administrador. Alimenta o discurso legitimador do próprio controlador, estimulando-o a avançar cada vez mais, muitas vezes à margem do que prescreve o direito.

No mundo real, as coisas são bem diferentes: controle nem é sempre bom, nem é de graça. Implica riscos e custos. Abre espaço para arbitrariedades e ineficiências.

Como outras áreas do nosso direito público, o controle da administração pública está a demandar uma profunda revisão – e uma boa dose de realismo.

### **1 - CONTROLE NÃO É DE GRAÇA**

Na dimensão mais evidente, o controle, *em si*, depende do dispêndio de valores públicos relevantes, para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e o seu tempo. Mas os custos do controle da administração vão muito além disso. Incluem ainda os ônus *gerados* ou *induzidos* pelo controle.

---

<sup>1</sup> Esta apresentação é uma versão modificada de texto publicado no portal Direito do Estado em 3 de junho de 2016. Versão original disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/eduardo-ferreira-jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>.

Em primeiro lugar, há os valores incorridos *pela administração pública* para adequar as suas ações às determinações do controlador. Pense-se nos exemplos de liminares que ordenem o fornecimento de medicamentos específicos ou que determinem melhorias em estabelecimentos públicos. Nesta hipótese, o principal problema é que frequentemente estas imposições se farão sem que o controlador tenha uma visão integral do orçamento público. Esta circunstância é fundamental para a eleição de prioridades a serem atendidas, num mundo (real) em que há escassez de recursos para satisfazer todas as necessidades públicas. No mais, ainda que o controlador tivesse esta visão do todo, seria bastante questionável que devesse caber *a ele, controlador*, esta eleição de prioridades para uma alocação ótima dos recursos públicos.

Em segundo lugar, há os custos *sociais* decorrentes da postura cautelosa adotada pelo administrador, para precaver-se de eventuais contestações. Não é incomum o argumento de que exigências excessivas dos controladores frequentemente desestimulam a ação pública. Nos Estados Unidos, a doutrina denuncia a *ossificação administrativa* resultante das severas condições impostas pelos controladores (em fenômeno ali denominado *analysis paralysis*). No Brasil, já é frequente a afirmação de um administrador “assombrado pelo controlador” ou da consagração de um “direito administrativo do inimigo”, a prejudicar que o administrador público ouse adotar soluções menos ortodoxas, mas claramente conducentes à realização do interesse público.

Em terceiro lugar e enfim, há os ônus públicos decorrentes das opções determinadas pelo controlador, muitas vezes em substituição àquelas do administrador. Em especial no caso do controle realizado sobre decisões técnicas, como a das autoridades reguladoras, os riscos econômicos de uma intervenção desinformada são significativos. Alguns países registram casos de crises energéticas geradas por intervenções indevidas de tribunais na área de atuação dos reguladores.

A atenção ao elemento dos custos exige que se adicione pragmatismo à análise do controle da administração pública. Se esta atividade é em si custosa (para o controlador) e gera custos adicionais (para o controlado e para a sociedade), então não é possível justificar a sua implementação indiscriminada e sem reservas.

Disto resultam duas consequências dolorosas para a nossa romântica tradição jurídica.

A primeira é a de que, de uma perspectiva econômica, o direito não pode e não deve colocar como meta a eliminação de toda hipótese de abuso de poder. Este objetivo não é apenas *faticamente* irrealizável. Ela é inconveniente mesmo a partir de uma perspectiva teórica, voltada para a maximização do

bem-estar social. A partir de um certo patamar, a busca adicional de eliminação do abuso de poder é injustificável num cálculo de custos e benefícios. Dito claramente, o *nível ótimo* de abuso de poder numa sociedade será sempre maior do que zero e o desenho de diversas instituições parte implicitamente deste pressuposto (Cf. Vermeule, “Optimal abuse of power”).

A segunda é a de que se torna necessário discutir *em quais circunstâncias, de fato*, o controle da administração pública será socialmente positivo.

## 2 - CONTROLE NÃO É SEMPRE BOM

Na visão tradicional, o controle seria sempre socialmente positivo, na medida em que (i) possibilitaria a correção de erros que o administrador público tenha cometido e (ii) serviria a garantir que ele atue dentro dos limites do direito. Assim, “quanto mais controle, melhor”. Afinal, mesmo quando as “soluções corretas” não estivessem diretamente previstas na lei, (iii) princípios de maior ou menor abstração serviriam a apontar para o administrador (e para o controlador) *a solução específica* que o direito determinaria – e de que ele, licitamente, não poderia escapar.

A prática é toda uma outra coisa.

Para começar, o óbvio: assim como os controladores podem corrigir erros, eles também podem desfazer acertos. O controlador não é infalível. Enxergar apenas as possíveis consequências positivas da sua intervenção é adotar concepção idealizada e irrealista da sua atuação. É natural que esta visão seja popular no direito, já que transfere poder para os seus profissionais. Mas isto não significa que a solução que ela propõe seja socialmente desejável.

No mais, se a intensificação do controle reduz a possibilidade de abusos de poder perpetrados pelo administrador público, ela aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador. E, assim como não há razão para crer que apenas o administrador público erra, tampouco há razão para crer que ele possui o monopólio do abuso de poder.

Finalmente, num cenário em que as determinações jurídicas são cada vez mais inexatas e abertas à interpretação, é irreal supor que há *respostas corretas* para cada questão que é levada ao controlador. Há espaço de liberdade em grande parte das decisões tomadas pelo administrador público. E, se é assim, há um risco de que o controle veicule não a *correção* de decisões tomadas pela entidade controlada, mas *mera substituição* de suas escolhas pelas do controlador.

O estado atual de coisas pede uma série de iniciativas renovadoras, dentre as quais podem se destacar duas.

1) Em primeiro lugar, uma discussão realista sobre controle da administração pública precisa admitir que (i) alguém deve poder “errar por último” e que (ii) é preciso decidir sobre quem deve decidir. Se não há critérios *claros* para saber qual é a resposta certa, por que a resposta do controlador deveria ser automaticamente superior à do administrador?

Ao invés desta superioridade *a priori*, do controlador, é recomendável que se promova uma comparação de capacitações das instituições envolvidas (a autoridade administrativa controlada e a entidade de controle), para *modular a intensidade do controle* a ser aplicável nos casos concretos. A intensidade será tanto maior quanto mais bem posicionado estiver o controlador para solucionar a questão específica que lhe foi trazida. Em alguns casos, será natural que o controlador se limite a verificar a *razoabilidade* da decisão sob sua análise.

A análise institucional comparativa já é a regra em diversas jurisdições e vem ganhando a atenção também da nossa doutrina. Estes esforços iniciais, no entanto, não podem esconder a necessidade de *avançar no debate* a propósito dos limites deste enfoque, bem como nas dificuldades de sua operacionalidade concreta (sobre o tema, v. o nosso *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016, capítulo 1.2). Além disso, trata-se de enfoque que ainda não tem acolhida entre os controladores – eles que, ao final, terão que tomar este passo de autorrestrição.

2) Em segundo lugar, é preciso que a doutrina do controle abandone o enfoque teórico-dogmático que hoje ainda é prevacente.

Um primeiro passo evolutivo, no caso específico do controle operado pelos tribunais, poderia ser a acentuação de estudos de análise jurisprudencial. Tratar-se-ia aqui de privilegiar a vida concreta e efetiva do direito administrativo, em detrimento do foco em construções teóricas e dissociadas de casos concretos.

Uma segunda possibilidade seria privilegiar enfoques multidisciplinares, envolvendo nos estudos jurídicos também contribuições de áreas conexas, como a economia, a ciência política e a sociologia. Aproximações multidisciplinares já começam a se destacar no domínio das licitações ou das contratações públicas, mas há espaço para que elas vicejem também na temática do relacionamento institucional entre controladores e controlados.

Terceiro, e enfim, é inescapável investir maior atenção nas pesquisas empíricas, que revelarão aspectos concretos do controle da administração pública no direito brasileiro. Outras jurisdições têm produzido estudos muito interessantes, por exemplo, sobre a instrumentalização dos comandos legislativos por juízes de diferentes ideologias. Mas a importação de suas

conclusões para o contexto brasileiro é temerária. Precisaríamos produzir e aplicar pesquisas dentro de nosso contexto, para extrair informações que nos informariam sobre a *nostra* realidade, circunstância essencial para pensarmos no passo seguinte de adaptar o nosso direito.

### 3 – PARA ONDE IR?

A versão original do texto acima – agora rebatizado de “manifesto antirromântico” – foi publicada no portal Direito do Estado em 2016 e indicava uma agenda de pesquisa que eu pretendia desenvolver nos anos seguintes. No pano de fundo, a irresignação contra uma visão idealizada dos controles públicos, e a intenção de participar de sua renovação. Cinco anos depois, vários passos foram dados neste sentido, por mim e por outros autores.<sup>2</sup>

Esta coletânea reúne todos os textos que publiquei, direta ou indiretamente, sobre o tema do controle. São cerca de 50 trabalhos, incluindo artigos longos publicados em revistas científicas e artigos mais curtos, publicados em jornais e sites especializados. Trata-se do resultado de mais de uma década de pesquisas e estudos, que submeto à apreciação do leitor.<sup>3</sup>

Queria agradecer aos que me ajudaram neste caminho. Não sendo possível citar todos, faço menção a três círculos de minha atuação profissional que têm sido particularmente relevantes para testar ideias: a FGV Direito Rio (em especial aos meus queridos amigos Diego, Thomaz, Ligia, Fernando, Leandro, Ivar, Pedro, Natasha e Daniel), o grupo da coluna Publicistas, no site Jota (Carlos Ari, Egon, Floriano, Gustavo, Jacintho, José Vicente, Marçal e Vera) e o meu escritório de advocacia (na pessoa de meus sócios e amigos Mauricio e Marcelo). Tem sido um privilégio conviver e aprender com vocês.

---

<sup>2</sup> Alguns dos vários trabalhos recentes de outros autores que me chamaram a atenção e que merecem menção: Rodrigo Valgas, *Direito Administrativo do Medo*, São Paulo, RT, 2020; e Pedro de Hollanda Dionisio, *O direito ao erro do administrador público no Brasil*, Rio de Janeiro, GZ, 2019; Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*, São Paulo, Almedina, 2020; André Rosilho, *Tribunal de Contas da União*, São Paulo, Quartier Latin, 2019; Pedro Dutra e Thiago Reis, *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*, São Paulo, Singular, 2020.

<sup>3</sup> Críticas e comentários são muito bem vindos e podem ser enviados para [eduardo.jordao@fgv.br](mailto:eduardo.jordao@fgv.br)



# SUMÁRIO

---

## Parte I

### ESTUDOS APROFUNDADOS SOBRE O CONTROLE PÚBLICO

#### Capítulo 1

UMA TEORIA ANTIRROMÂNTICA DO CONTROLE.....	21
1 Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil.....	23
2 Acabou o romance: o art. 22 da LINDB e o reforço do pragmatismo no direito público brasileiro .....	41
3 The three dimensions of administrative law.....	69
4 A relação entre inovação e controle da administração pública.....	89
5 Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples.....	105
6 Estratégias regulatórias de combate à corrupção .....	127

#### Capítulo 2

PARA ALÉM DAS ROMANTIZAÇÕES: A PRÁTICA DO CONTROLE.....	177
2.1. CONTROLE JUDICIAL .....	179
1 A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA.....	181
2 O controle das agências reguladoras federais no STF como instância recursal: um estudo empírico .....	213
3 O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais.....	245
4 Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review.....	299

5	Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado.....	371
6	Controle Judicial da Administração Pública: o resumo de uma tese de doutorado.....	411
7	La dynamique de la déférence: Création et évolution des modèles auto-restrictives de contrôle juridictionnel dans le droit comparé.....	433
8	Judicial review in a context of legal indeterminacy.....	461
9	Globalization and convergence in judicial review: what can we learn from the case of Brazil?.....	473
10	Il controllo giurisdizionale dell'Autorità francese della concorrenza.....	483
2.2. CONTROLE LEGISLATIVO.....		495
1	A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras.....	497
2	Sustação de normas de agências reguladoras pelo congresso nacional: pesquisa empírica sobre a prática do art. 49, V, da CRFB.....	539
2.3. CONTROLE PELO TCU.....		569
1	El Tribunal de Cuentas de la Unión brasileiro: Una institución muy peculiar.....	571
2	O TCU, os particulares contratados pela administração e a jaboticaba: a excepcionalidade da orientação atual do Tribunal no direito comparado.....	587
3	A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?.....	625

## Parte II

### O DIA A DIA DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

#### Capítulo 1

POR MAIS REALISMO NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....		653
1	A maldição do reajuste em concessões.....	655
2	O que significa deferência?.....	657



3	Arbitragem em tempos de canetas apagadas .....	659
4	O avanço do Congresso sobre as tarifas de energia elétrica.....	661
5	A leitura e as “leituras” do art. 5º, XXXV, da CF .....	665
6	Cobrança por bagagem: o que diz o Direito? .....	667
7	O art. 22 da LINDB e as “dificuldades jurídicas” do gestor público.....	669
8	O controlador médio .....	673
9	A Retórica dos Controladores.....	675
10	Levando a deferência a sério .....	677
11	Quais estrangeiros fazem a cabeça dos nossos administrativistas?.....	679
12	Estrangeiros no direito administrativo: os dados dos anos 80.....	683
13	Revolução secreta também no controle público? .....	689
14	As mentiras que os administrativistas contam.....	691
15	O STJ na encruzilhada: há ou não segurança jurídica nas concessões brasileiras? .....	693
16	Agências reguladoras independentes, só com procuradorias indepen- dentes.....	697
17	Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos.....	701
18	Marco Aurélio contra as agências reguladoras .....	703
19	Un principe inédit de droit public posé par la loi brésilienne sur les normes de 2018: le devoir de concrétude .....	707

## Capítulo 2

	O CONTROLADOR E A POLÍTICA.....	711
1	Qual a utilidade jurídica das narrativas bolsonaristas? .....	713
2	O encontro de contas de Bolsonaro com o Direito .....	715
3	O Presidente da República tem direito à ignorância?.....	717
4	Sem Democracia, não há Direito Público.....	719
5	A Teoria da Captura e o debate sobre a cloroquina .....	721
6	Como o Congresso interpreta seu poder de sustar normas das agên- cias?.....	723
7	Um presidente da República está limitado pela ciência.....	727
8	Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966.....	731

9	Uma vacina contra o voluntarismo do controlador .....	735
10	“Desvio de finalidade” e ativismo judicial .....	745
11	Congresso x Agências: limites, só para os outros .....	749
12	O problema Cunha: entre a solução definitiva e o remendo .....	751

### Capítulo 3

	CONTROLADOR OU GESTOR? .....	753
1	Direito administrativo e controle de Contas .....	755
2	O TCU tem jurisdição sobre particulares contratados pela Administração? .....	759
3	De onde vem o “poder” do TCU para barrar desestatizações? .....	761
4	Carta do Observatório do TCU ao ministro Anastasia .....	763
5	TCU agigantado: uma escolha do nosso Direito? .....	767
6	Imprescritibilidade no TCE-SP .....	769
7	O TCU atua como gestor público; tratemo-lo como tal! .....	775
8	Quanto e qual poder de cautela para o TCU? .....	779
9	Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória .....	781
10	Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? .....	785
11	TCU: justiça administrativa? .....	789
12	O viés pró-controle e suas distorções interpretativas .....	791
13	O TCU e o risco da ‘autoidealização’ .....	793
14	O STF controlando o controlador .....	795
15	A expansão do TCU para dentro de entidades controladas .....	797
16	Qual ministro queremos para o TCU? .....	799
17	O que perguntar ao indicado a ministro do TCU em sua sabatina? .....	801
18	Mais deferência para agências com melhor reputação? .....	807
19	Administração dialógica ou amedrontada? .....	811
20	O que é erro grosseiro para o TCU? .....	813
21	O TCU se abrindo às críticas .....	815

Parte I

---

**ESTUDOS APROFUNDADOS  
SOBRE O CONTROLE PÚBLICO**



*Capítulo 1*

**UMA TEORIA ANTIRROMÂNTICA DO CONTROLE**

---



# PASSADO, PRESENTE E FUTURO: ENSAIO SOBRE A HISTÓRIA DO CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL<sup>1</sup>

---

## 1. INTRODUÇÃO

Farei neste breve ensaio um esforço de sintetização da história do controle judicial da administração pública no Brasil, apontando, ao final, aquelas que me parecem as tendências para as próximas décadas para esta área do direito administrativo.

Por razões didáticas, optei por divisar três momentos históricos distintos, que rotulo como passado, presente e futuro do controle judicial da administração pública no Brasil. Há, naturalmente, alguma arbitrariedade e subjetividade nos marcos temporais que escolhi, assim como nos traços que identifiquei como relevantes para caracterizar cada um destes períodos, e diferenciá-los dos demais. Isto, no entanto, é esperado num estudo ensaístico deste tipo, cujos méritos eventuais não estarão no relato fidedigno e objetivo da realidade de cada um destes períodos, mas na utilidade extraída das revelações produzidas por estas escolhas subjetivas. Caberá ao leitor julgar.

O primeiro período reportado abaixo, “passado”, abrange os desenvolvimentos ocorridos entre o início do século passado e a promulgação da Constituição de 1988. Trata-se de uma fase de progressiva dilatação da amplitude do controle judicial, que atinge gradativamente cada um dos elementos do ato administrativo, numa emulação de avanços realizados alguns anos antes no direito francês. Na doutrina, é perceptível o otimismo relativamente generalizado com esta ampliação do controle, que se entende reforçar a proteção dos cidadãos contra os abusos (frequentes) das autoridades administrativas.

---

<sup>1</sup> Este ensaio foi publicado originalmente em Arnoldo Wald; Marçal Justen Filho; César Augusto Guimarães Pereira. (Org.). O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1, p. 350-362.

A promulgação de uma constituição ambiciosa, prolixa e fortemente principiológica termina por produzir o fenômeno da *constitucionalização do direito administrativo*, que vai marcar sensivelmente o segundo período do meu relato histórico, que rotulo de “presente”. Aqui, não me pareceu adequado focar na continuação do avanço do controle judicial. É certo que a utilização crescente de princípios constitucionais pelos tribunais lhes dá as ferramentas de que necessitavam para intervir ainda mais nas decisões das autoridades administrativas. Mas o fato é que estes mesmos princípios também são utilizados pelas próprias autoridades administrativas para justificar os seus atos e escapar do controle. Eis porque o que parece ser de fato marcante neste segundo período não é o avanço ou o recuo do controle judicial, mas as incertezas flagrantes deste contexto – e as consequências institucionais que elas geram.

O terceiro período reportado abaixo – o *futuro* do controle judicial da administração pública no Brasil – deverá ter como traço marcante uma reação aos idealismos exacerbados que se verificam no presente. As primeiras manifestações doutrinárias neste sentido já podem ser identificadas, mas elas deverão ganhar ainda maior relevância e volume. A tendência é que se dê uma virada pragmática em todo o direito administrativo, com consequências importantes também para o âmbito do controle judicial. Na doutrina, isso implicaria foco maior em estudos empíricos e em análises multidisciplinares. Na prática jurisprudencial, a consequência esperada é um maior ceticismo quanto à capacidade dos tribunais (e dos juristas) de solucionarem boa parte dos problemas sociais.

## **2. O PASSADO (PERÍODO ATÉ 1988): O PROGRESSIVO AVANÇO DO CONTROLE JUDICIAL**

Um primeiro período histórico de que cuida este ensaio é aqui rotulado genericamente de “passado”. Ele compreende desde as primeiras décadas do século XX, até a promulgação da Constituição da República de 1988. Em síntese da exposição que se fará a seguir, este período é marcado por um controle judicial cada vez mais amplo e cada vez mais intenso. Há, nas palavras do título deste item, um *progressivo avanço* do controle realizado pelos tribunais sobre a administração pública.

### **2.1. A importância da compreensão microscópica do ato administrativo**

A discussão do controle judicial da administração pública no direito brasileiro segue tradicionalmente uma lógica microscópica, de análise dos elementos do ato administrativo. Assim, para examinar o que pode ou não



ser controlado, o mais comum é que o estudioso ou operador do Direito parta de cada um dos elementos do ato, para cogitar do controle incidente sobre cada um deles. Faz-se, por assim dizer, uma “anatomia” do ato, examinando microscopicamente cada um dos seus elementos. Isso serve a uma análise “patológica” posterior: examinar os defeitos que levariam ao controle.

Esta não é uma opção universal. O tratamento microscópico do controle judicial, com base nos elementos do ato administrativo, é algo desconhecido nos direitos administrativos de países de Common Law.<sup>2</sup> O fato, no entanto, é que nos países de tradição de direito administrativo (como Brasil e França), esta compreensão microscópica do ato administrativo favoreceu o avanço progressivo que aqui se reportará. Foi justamente a ideia de elementos do ato administrativo que possibilitou que o avanço dos tribunais sobre a administração pública se desse de forma gradual e paulatina. Esta circunstância naturalmente reduz a força da resistência que foi oferecida institucionalmente pela administração pública. Cada passo específico em direção a maior controle podia parecer individualmente não tão significativo. Mas a análise histórica demonstra a sua relevância.

Neste primeiro período, é particularmente significativa a influência do direito francês, cujos avanços em direção ao maior controle da administração pública eram mimetizados no direito brasileiros com algumas décadas de atraso.

### 2.1.1. Os avanços do direito francês

Os primeiros avanços registrados no direito francês sobre o controle de atos administrativos discricionários se dão ainda no final do século XIX. Desde sempre, o Conselho de Estado daquele país já admitia o controle dos elementos da *competência* e da *forma*, mesmo quando se tratasse de atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária. Em 1875, no entanto, esta instância suprema da jurisdição administrativa francesa cria a ideia de desvio de poder (“*détournement de pouvoir*”), que lhe permitiu estender seu

<sup>2</sup> O direito administrativo americano, inglês e canadense, por exemplo, nem conhecem a ideia de ato administrativo e de seus elementos. A forma de controle que se dá sobre as decisões administrativas é, por isso mesmo, independente de considerações deste tipo. Envolve, ao invés disso, algumas considerações institucionais mais pronunciadas, relativas à substância da decisão. Estas considerações institucionais não estão totalmente ausentes do raciocínio jurídico dos países de tradição de direito administrativo (como o Brasil, a França e a Itália), mas ele está cristalizado na própria criação dos conceitos formalistas de vinculação e discricionariedade.

controle para além da violação direta de lei, incorporando também a violação do elemento da *finalidade* do ato administrativo.<sup>3</sup>

A partir de 1914, o Conselho de Estado francês passou a admitir também o controle do *motivo*. No caso Gomel, permitiu que o juiz administrativo examinasse a chamada qualificação jurídica dos fatos. Se a lei estabelecia que um vínculo paisagístico deveria ser atribuído a uma praça que tivesse “perspectiva monumental”, esta avaliação sobre se uma determinada praça constituía ou não uma perspectiva monumental não caberia exclusivamente à administração pública – também o juiz poderia fazê-la e anular um ato administrativo se não concordasse com a avaliação feita pela administração.<sup>4</sup> Em 1916, no caso Camino, o Conselho de Estado admite então o controle de uma segunda perspectiva do motivo dos atos administrativos, que é a exatidão material dos fatos anunciados como fundamentais para a adoção de um ato. Se a administração toma um ato com base em um estado de coisas X, o juiz poderia controlar a efetiva existência deste estado de coisas.<sup>5</sup>

Em 1961, o Conselho de Estado foi adiante e criou a ideia de erro manifesto de apreciação, para permitir um controle mínimo, limitado, sobre as escolhas discricionárias da administração.<sup>6</sup> Este passo é muito importante por relacionar-se com o controle até mesmo do *objeto* do ato administrativo – último elemento que ainda permanecia livre da intervenção do juiz. A mensagem do supremo tribunal administrativo francês neste momento é a de que, embora houvesse alguma liberdade de escolha e decisão para a administração pública, no caso em que esta apreciação seja realizada em erro manifesto, caberá a intervenção judicial.

Além disso, na década de 70, o Conselho de Estado francês passa a aceitar ainda – e também para aumentar o controle – a ideia de controle de proporcionalidade e a análise de custos e benefícios de uma decisão administrativa.<sup>7</sup> Trata-se de um avanço adicional sobre o *objeto* do ato administrativo. Ainda que uma decisão específica seja discricionária, ela terá que passar não só pelo controle de não ser manifestamente errada, mas também de não ser desproporcional, nem de seus custos superarem as suas vantagens. Para fechar o cerco à administração pública e ampliar o controle, o Conselho de Estado fez uso ainda e finalmente dos chamados “princípios gerais do Direito”, per-

<sup>3</sup> Conseil d’Etat, 26 novembre 1875, Pariset.

<sup>4</sup> Conseil d’Etat, 4 avril 1914, Gomel.

<sup>5</sup> Conseil d’Etat, 14 janvier 1916, Camino.

<sup>6</sup> Conseil d’Etat, 15 février 1961, Lagrange.

<sup>7</sup> Conseil d’Etat, 28 mai 1971, Ville Nouvelle-Est.

mitindo o controle sobre atos da administração pública mesmo à ausência de lei específica.

A este ponto já é possível notar quão revolucionária foi a atuação do Conselho de Estado ao longo do tempo: criou conceitos que permitiram o avanço do controle sobre todos os elementos do ato administrativo, mas também criou normas implícitas com base nas quais aplicaria o controle. Por qualquer ângulo de análise, o Conselho de Estado deu passos muito firmes para fechar o cerco contra a administração e ampliar a sua zona de influência. Conhecer esta história francesa é relevante porque ela influenciou drasticamente o nosso modelo de controle judicial: os passos tomados autonomamente pelo Conselho de Estado francês nos chegaram alguns anos ou décadas depois.

### 2.1.2. *O reflexo no direito brasileiro*

Tome-se por exemplo a ideia de “desvio de poder”, criada pela jurisprudência francesa em 1875. Ela foi adotada no Brasil pela primeira vez em 1941, num julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.<sup>8</sup> O relator do acórdão foi Miguel Seabra de Fagundes, jurista que admitiu a sua inspiração francesa no seu livro mais conhecido.<sup>9</sup> O livro em si, importante marco de doutrina do controle judicial no Brasil, é uma evidência da influência francesa que aqui se reporta. Citações de autores e de casos de tribunais administrativos daquele país são onipresentes.

O Supremo Tribunal Federal seguia a mesma linha. Em dois julgamentos em 1944, importou para o país as ideias de “qualificação jurídica dos fatos” e de “exatidão material dos fatos”, que haviam sido criadas pelo Conselho de Estado para permitir o controle de aspectos relativos ao motivo do ato administrativo. Num caso em que admitiu examinar os fatos que teriam levado à demissão de um servidor público, o STF deixou claro que esta análise já era feita pelo Conselho de Estado havia 30 anos.<sup>10</sup>

Pelo menos duas outras construções francesas foram incorporadas no direito administrativo de modo relativamente menos consistente: (i) a doutrina do “erro manifesto de apreciação”, que permite um controle superficial sobre o núcleo de decisões discricionárias; (ii) e controle baseado nos “princípios

<sup>8</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Acórdão de 28/07/1948, RF, 121: 209-19.

<sup>9</sup> Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, pp. 89-90.

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal, Francisco de Assis Brasil vs. União Federal, Embargos na Apelação Cível n. 7.307, Relator Min. Castro Nunes, j. 20/12/1944.

gerais do direito”, que passaram a ser ainda mais relevantes a partir da Constituição de 1988, tal como será exposto mais adiante.

A deferência brasileira às construções jurídicas francesas até chegou a criar anedotas curiosas. A compreensão que Gaston Jèze tinha da jurisprudência francesa foi importada por tribunais brasileiros, dando lugar à chamada “teoria dos motivos determinantes”, segundo a qual as razões que a administração pública enuncia para as suas decisões termina por vincular suas ações futuras.<sup>11</sup> A parte curiosa é que esta doutrina segue válida no Brasil, mas não expressa mais adequadamente o estado atual do direito francês. Na França, os tribunais administrativos admitem que a administração pública substitua, perante o juiz, a razão que deu para uma decisão no momento de sua prolação (*théorie de substitution des motifs*).<sup>12</sup>

## 2.2. Reflexões sobre o “passado” do controle judicial da administração no Brasil

Do relato acima se extraem algumas das principais características do passado do controle judicial da administração pública no Brasil. Em primeiro lugar, há uma progressão clara e unidirecional para um sempre maior controle da administração pública. Não é que estes movimentos se tenham dado sem resistência<sup>13</sup> – mas a resistência sempre vinha a ser derrotada. Não há qualquer refluxo neste período, com movimentos de retração judicial ou com a construção de teorias que a suportem. Ao contrário, há inclusão de novos elementos sob controle, criação de conceitos e doutrinas que servem de fundamento para a intervenção judicial e mesmo uma cultura geral que favorece a limitação da liberdade administrativa, como forma de evitar abusos.

Em segundo lugar, percebe-se a importância clara da ideia de elementos do ato administrativo para se permitir o avanço do controle. Esta circunstância permitiu que o avanço significativo do controle judicial se desse de forma gradual e paulatina. Naturalmente, isso termina por gerar menos resistência contra os avanços do que se verificaria se os passos fossem menos numerosos.

Em terceiro lugar, há também uma forte influência do direito francês, cujos avanços terminaram mimetizados por aqui algumas décadas depois. Os próprios julgamentos do Supremo Tribunal Federal que realizaram cada

<sup>11</sup> José Vicente Santos de Mendonça, “Conceitos inventados de direito administrativo”, Revista Brasileira de Direito Público, ano 14, n. 53, abr/jun 2016. Belo Horizonte, Forum, 2016.

<sup>12</sup> CE Sect. 6 février 2004, Hallal, requête numéro 240560, Rec. p. 48, concl. de Silva

<sup>13</sup> Ver, por exemplo, os debates no Supremo Tribunal Federal no caso Francisco de Assis Brasil v. União Federal, Embargos na apelação cível n. 7.307, de 1944.

um dos avanços deixam claro a importância do exemplo francês. A jurisprudência do Conselho de Estado é claramente dominante em relação às demais influências que o direito brasileiro poderia sofrer. É de lá que saem as novidades mais significativas.

Um quarto e último aspecto relevante ainda não foi retratado acima, mas merece alguma atenção. Talvez também por influência do direito francês, o tipo de doutrina prevalecente durante este período era teórica, dogmática e legalista. Estudos empíricos eram praticamente inexistentes. Esta circunstância impedia que se pudesse verificar na prática, por exemplo, a própria aderência concreta dos tribunais às teorias que se criavam.

No mais, neste contexto teórico, o avanço do controle judicial é considerado quase que indiscutivelmente positivo, na medida em que se revela um instrumento de proteção de direitos. Esta circunstância se torna particularmente relevante a partir da instauração do regime militar, em que os abusos administrativos se multiplicam e inibem qualquer discurso pela retração da intervenção judicial. Há, em síntese, um verdadeiro *otimismo* em relação ao avanço do controle exercidos pelos tribunais sobre a ação da administração pública.

### 3. O PRESENTE (1988 ATÉ OS DIAS ATUAIS): A CONVIVÊNCIA DE DOIS MUNDOS

O que aqui designo como presente é um período que se inicia com a promulgação da Constituição de 1988 e vai até os dias atuais. Para os objetivos do ensaio, este período é marcado pela chamada “constitucionalização do direito administrativo”. A simples ideia de que os diversos dispositivos constitucionais devem, também eles, reger a ação administrativa não é, em si, exatamente revolucionária.<sup>14</sup> Num contexto de uma constituição ambiciosa, prolixa e principiológica como a de 1988, no entanto, ela terminou por gerar um impacto significativo no controle judicial da administração pública. Em especial porque a ideia de constitucionalização do direito administrativo permite o avanço final sobre a última fronteira do controle judicial, relativa ao próprio *objeto* do ato administrativo. Ela produz uma redução do espaço

<sup>14</sup> Ainda que grandes administrativistas apontem que isso teria contribuído fortemente para a alteração da própria ideia do fundamento da atuação administrativa, do princípio da legalidade para o “princípio da juridicidade”. Sobre o tema, v. Alexandre Santos de Aragão, “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”, RDA 236, abr/jun 2004, pp. 51-64; e Gustavo Binenbojm, Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2. ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 125-194.

de liberdade da administração (redução do mérito), na medida em que afasta algumas soluções abstratamente permitidas pelo enunciado normativo, mas colidentes com determinados princípios constitucionais.

A despeito disso, contudo, não é adequado traduzir de forma unidirecional – como adicional *avanço* ou como simples *retração* do controle judicial da administração pública – as consequências para o controle judicial deste movimento constitucionalização do direito administrativo. A rigor, este movimento tanto (i) gera mais justificativa (e assim, mais liberdade) para a atuação administrativa, como também (ii) lhe impõe mais limites. Assim, a consequência realmente definitiva e relevante é a de que se produz um significativo comprometimento da previsibilidade e da segurança jurídica. É esta a marca do segundo período; é dela que, ao que me parece, sairá o germe para a reação futura.

### 3.1. A proliferação das justificativas para a atuação administrativa

A proliferação das justificativas para a atuação administrativa que é gerada pela constitucionalização do direito administrativo pode ser ilustrada com a abertura de possibilidade de atuação administrativa *praeter legem* e *contra legem*.

A atuação *praeter legem* é aquela que se dá à *margem da lei*, ao lado daquilo que ela prevê e sem supedâneo explícito nela. Não se trata de uma atuação que contraria a lei, mas tampouco se trata de uma atuação que se baseia nos seus termos. O fundamento da atuação, no caso, é retirado diretamente de outras fontes normativas, e em especial de normas constitucionais. Um exemplo: a lei n. 8.036/90 foi alterada em 2001 para permitir que a Caixa Econômica Federal (entidade da administração pública indireta) autorizasse a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS em novas hipóteses fáticas antes não previstas. Em particular, autorizou-se esta movimentação “quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV”. A alteração legislativa foi bastante específica e fazia referência a apenas uma doença. A jurisprudência que domina a maior parte dos tribunais brasileiros, no entanto, é a de que o rol de doenças não é taxativo e que a atuação *praeter legem* da CEF em casos de outras doenças como hepatite crônica e lúpus é juridicamente válida, em função da incidência do direito constitucional à saúde. Note-se que aqui se trata de entender que a administração pode (e deve) atuar na ausência de previsão legislativa específica, mas por imposição direta de um dispositivo constitucional.

A atuação *contra legem*, esta sim, é aquela que se dá em direta contradição com os termos de uma lei específica. Em diversas situações têm os tribunais relativizado os comandos explícitos de algum dispositivo legislativo, por entendê-los contrários a dispositivos constitucionais. Aqui também seria a administração pública obtendo o fundamento normativo de sua atuação diretamente da Constituição. Em alguns casos, esta circunstância é relativamente pouco problemática. Tome-se o exemplo de lei que autorizar a desapropriação por utilidade pública mediante pagamento *a posteriori* de indenização em títulos da dívida pública. Trata-se aqui de dispositivo normativo que violaria *direta e explicitamente* o art. 5º, XXIV, da Constituição – e que poderia, assim, ser desconsiderado. É mais problemático quando a suposta contraditoriedade entre o dispositivo legislativo e a Constituição depender de uma interpretação específica de um princípio constitucional. Ainda assim, atuações *contra legem* deste tipo tem merecido a acolhida dos órgãos de controle. Num caso, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais considerou que uma compra no valor de R\$ 8.415,00 poderia ser feita com dispensa de licitação, apesar de a lei de licitações estabelecer o limite de dispensa para compras em R\$ 8.000 (art. 24, I).<sup>15</sup> A Corte estadual de contas entendeu que incidiam nos casos os princípios constitucionais da insignificância e da razoabilidade, afastando os termos explícitos da lei de licitações.

Em ambos os casos, a incidência de normas constitucionais oferece justificativas para a manutenção de atos administrativos que de outro modo poderiam ser anulados. Ela constitui fundamento para que a administração pública escape da intervenção judicial. Assim, a constitucionalização do direito administrativo funciona, nestes exemplos, como mecanismo de redução do controle judicial. Mas este não é sempre o caso.

### 3.2. A proliferação dos limites para a atuação administrativa

Ao tempo em que alarga significativamente o leque de justificativas para a atuação da administração pública (assim lhe permitindo escapar da intervenção dos controladores), o novo princípio da juridicidade também produz o efeito contrário. É que ele também amplia na mesma medida o espectro de fundamentos para o controle da administração. E assim abre espaço para que as diferentes decisões tomadas pelas autoridades administrativas sejam objeto de contestação judicial.

<sup>15</sup> TCE/MG, Processo Administrativo nº: 715981, Relator: Auditor Gilberto Diniz.

Os exemplos abundam. Via de regra, o juiz fará referência a um princípio constitucional qualquer e dele extrairá uma consequência concreta e específica, contrária à ação do administrador público. Uma decisão liminar recente (e paradigmática) pode ser citada para ilustrar esta realidade. A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) havia publicado Resolução que liberava a cobrança, pelas companhias aéreas, de bagagens despachadas. De acordo com a fundamentação da agência, esta medida regulatória seria justa e eficiente, na medida em que, num contexto de proibição de cobrança, os custos do serviço são divididos igualmente entre todos os passageiros – e oneram aqueles passageiros que não o utilizam. Além disso, a ANAC afirmou que a medida permitiria o ingresso no mercado brasileiro de companhias de baixo custo cujo modelo de negócios envolve a cobrança de altos valores por este serviço opcional. Finalmente, ressaltou que a cobrança por bagagens despachadas só seria proibida em quatro países: México, Venezuela, China e Rússia. A despeito destes argumentos, a Resolução foi afastada liminarmente por um juiz federal de São Paulo. Na sua decisão, o juiz se limita a afirmar que a Resolução seria juridicamente inválida porque “o Estado tem o dever de promover a defesa dos direitos e dos interesses dos consumidores”. Extrai-se de um princípio abstrato uma conclusão concreta: porque o direito brasileiro exige a proteção ao consumidor, então ele não permite que se cobre por bagagens despachadas.<sup>16</sup>

Raciocínios semelhantes são frequentes no contexto da constitucionalização do direito administrativo. Princípios de baixa densidade normativa, como o da dignidade da pessoa humana, tem sido usado para a anulação das mais diversas decisões administrativas. A constitucionalização do direito administrativo consiste, nestes casos, num mecanismo de ampliação da intervenção judicial – e, a rigor, de transferência de poder das autoridades administrativas para o poder judiciário.

### **3.3. Reflexões sobre o “presente” do controle judicial da administração no Brasil**

De acordo com o relato acima, o período aqui rotulado como “presente”, ao contrário do período anterior, não é marcado por uma direção clara, de avanço ou retração do controle judicial da administração pública. Ao contrário, a sua marca é a altíssima incerteza jurídica. Agentes administrativos e tribunais

---

<sup>16</sup> Sobre o tema, v. o meu “Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?”, Jota/Supra, 24 de março de 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017> - Último acesso em 19 de junho de 2017.



atuam num ambiente bastante fluido, em que o resultado concreto de uma ação judicial é imprevisível. No limite, é mesmo possível que o responsável pela contestação judicial da ação administrativa se valha de um princípio abstrato para fundamentar a sua objeção, mas que o próprio administrador faça uso do mesmo princípio (interpretado diferentemente) ou de outro para defender a licitude da sua ação específica. Algumas consequências são naturalmente esperadas (e já facilmente verificadas) por força deste estado de coisas.

Em primeiro lugar, se não é possível dizer que o *controle*, em si, é ampliado neste período (já que o resultado das ações judiciais é dificilmente previsível), é no entanto possível afirmar que se amplia a *litigância administrativa* com os diversos atores institucionais buscando obter do poder judiciário os mais distintos provimentos que creem ter direito por força do princípio X ou Y. Num cenário de incertezas sobre os fronteiras do controle judicial, os interessados são *convidados* a testarem os limites de suas armas. Quem tenha um interesse contrariado pela administração é estimulado a “tentar a sorte” judicialmente. Um exemplo bastante ilustrativo desta realidade é a chamada “judicialização da saúde”: cidadãos correndo ao poder judiciário, munidos de regras bastante abstratas, para exigir que ele determine à administração pública o fornecimento de determinado medicamento ou o custeio de determinado tratamento.<sup>17</sup>

Uma segunda consequência deste estado de coisas incerto é a ampliação da importância do jurista. Num contexto de incerteza, o jurista é entendido como uma espécie de oráculo, que estaria apto a desvendar e revelar *a específica* solução jurídica para um caso concreto. Só ele, com a sua formação e cultura jurídica, poderia decifrar as consequências específicas determinadas por um princípio constitucional. Não é de se espantar, assim, que a “constitucionalização do direito administrativo” tenha recebido calorosa acolhida da doutrina administrativista – ela a empodera.

O discurso subjacente, e justificador, é o de que a manipulação de princípios constitucionais amplia a flexibilidade do direito e assim permite a produção de soluções mais justas para os casos concretos. Mas ele ignora os custos desta busca pela solução ótima, além do risco de arbítrio decorrente desta flexibilidade. É neste sentido que se pode afirmar que predomina também neste segundo período uma visão pouco pragmática e bastante idealizada do

<sup>17</sup> Sobre o tema, v. o meu “Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos”, Jota/Supra, 30 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/supra/menos-e-mais-o-supremo-o-judiciario-e-os-medicamentos-30092016> - Último acesso em 19 de junho de 2017.

controle judicial da administração pública. A razão aqui é diferente da idealização do primeiro período. Ali existia uma compreensão de que quanto mais controle, melhor – e todos os movimentos relevantes da jurisprudência eram no sentido de ampliação da intervenção judicial. Aqui, a ideia parece ser a de que a flexibilidade normativa é que é positiva. A ampliação da litigância é uma mera decorrência disso.

No mais, e enfim, este período aqui denominado presente marca o início da queda da supremacia do direito francês como maior fonte de influência para o direito administrativo brasileiro. No relato que se fez acima, parecem mais relevantes os influxos do direito italiano e do direito alemão. No primeiro caso, são importadas as ideias de constitucionalização do direito (que lá como aqui se iniciou no campo do direito civil) e de uso do princípio da razoabilidade (*ragionevolezza*). No segundo caso, pela ideia de princípio da proporcionalidade, ainda que aqui ele tenha sido aplicado de forma muito menos rigorosa pelos tribunais.

#### 4. O FUTURO (A PARTIR DOS DIAS ATUAIS): O PRAGMATISMO E O PROVÁVEL RECUO JUDICIAL

Os traços marcantes do futuro do controle judicial no Brasil já começaram a ser esboçados no período atual, em especial a partir dos anos 2000. Eles revelam uma reação às exacerbações dos períodos passados e uma possível reorientação do direito administrativo em direção a um viés mais pragmático. Na doutrina, um dos primeiros marcos desta reação surgiu com a publicação do livro “Teoria dos Princípios”, de Humberto Ávila.<sup>18</sup> O professor gaúcho revelava uma preocupação com a manipulação pouco rigorosa dos princípios e sugeria uma série de critérios para organizar a sua interpretação e aplicação. O ceticismo e pragmatismo ali presentes ecoaram em diversas produções posteriores – notadamente no “Direito Administrativo para Céticos”, de Carlos Ari Sundfeld.<sup>19</sup> Mais recentemente, alguns trabalhos enfrentam diretamente esta mudança de paradigma, propugnando por um direito administrativo voltado “à resolução de problemas”.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 17ª ed, São Paulo, Malheiros, 2016. A primeira edição é de 2003.

<sup>19</sup> Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para céticos*, 2ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2014. A primeira edição é de 2012.

<sup>20</sup> Leonardo Coelho Ribeiro, *O direito administrativo como ‘caixa de ferramentas’: uma nova abordagem da ação pública*, São Paulo, Malheiros, 2016.

Que consequências podem ser esperadas de uma orientação mais pragmática do direito administrativo para o controle judicial da administração pública? Fundamentalmente, esta orientação deverá gerar uma visão menos idealizada dos juízes e demais controladores. Ainda vige no direito brasileiro uma compreensão de que todas as suas intervenções se fazem “para melhor”: o controlador atuaria para *revisar* as decisões da administração pública e *corrigir* os seus problemas. Esta visão menos idealizada tenderá a revelar e destacar os *custos* e os *eventuais problemas* da intervenção do controlador.

#### 4.1. A atenção aos custos do controle da administração pública

Na dimensão mais evidente, o controle, *em si*, depende do dispêndio de valores públicos relevantes, para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e o seu tempo. Mas os custos do controle da administração vão além disso. Incluem ainda os ônus *gerados* ou *induzidos* pelo controle.

Em primeiro lugar, há os valores incorridos *pela administração pública* para adequar as suas ações às determinações do controlador. Pense-se nos exemplos de liminares que ordenem o fornecimento de medicamentos específicos ou que determinem melhorias em estabelecimentos públicos. Nesta hipótese, o principal problema é que frequentemente estas imposições se farão sem que o controlador tenha uma visão integral do orçamento público. Esta circunstância é fundamental para a eleição de prioridades a serem atendidas, num mundo (real) em que há escassez de recursos para satisfazer todas as necessidades públicas. No mais, ainda que o controlador tivesse esta visão do todo, não é claro que deva caber *a ele, controlador*, esta eleição de prioridades para uma alocação ótima dos recursos públicos.

Em segundo lugar, há os custos *sociais* decorrentes da postura cautelosa adotada pelo administrador, para precaver-se de eventuais contestações. Não é incomum o argumento de que exigências excessivas dos controladores frequentemente desestimulam a ação pública. Nos Estados Unidos, a doutrina denuncia a *ossificação administrativa* resultante das severas condições impostas pelos controladores (em fenômeno ali denominado *analysis paralysis*).<sup>21</sup> No

<sup>21</sup> A expressão foi primeiramente utilizada em Thomas O. McGarity, Some Thoughts on “De-ossifying” the Rulemaking Process, 1992 Duke L.J. 1385. Um dos mais vigorosos defensores desta ideia é Richard Pierce Jr. Ver os seus: “Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking”, 47 Admin. L. Rev. 59 (1995); “Two Problems in Administrative Law: Political Polarity on the

Brasil, já é frequente a afirmação de um administrador “assombrado pelo controlador” ou da consagração de um “direito administrativo do inimigo”, a prejudicar que o administrador público ouse adotar soluções menos ortodoxas, mas claramente conducentes à realização do interesse público.<sup>22</sup>

Em terceiro lugar e enfim, há os ônus públicos decorrentes das opções determinadas pelo controlador, muitas vezes em substituição àquelas do administrador. Em especial no caso do controle realizado sobre decisões técnicas, como a das autoridades reguladoras, os riscos econômicos de uma intervenção desinformada são significativos. Alguns países registram casos de crises energéticas geradas por intervenções indevidas de tribunais na área de atuação dos reguladores.

Da atenção ao elemento dos custos na atividade de controle judicial da administração resultam duas consequências fundamentais. A primeira é a de que, de uma perspectiva econômica, o direito não pode e não deve colocar como meta a eliminação de toda hipótese de abuso de poder. Este objetivo não é apenas *faticamente* irrealizável. Ela é inconveniente mesmo a partir de uma perspectiva teórica, voltada para a maximização do bem-estar social. A partir de um certo patamar, a busca adicional de eliminação do abuso de poder é injustificável num cálculo de custos e benefícios. Dito claramente, o *nível ótimo* de abuso de poder numa sociedade será sempre maior do que zero e o desenho de diversas instituições parte implicitamente deste pressuposto.<sup>23</sup>

---

District of Columbia Circuit and Judicial Deterrence of Agency Rulemaking”, 1988 Duke L.J. 300 (1988); “The unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s”, 43 Admin. L. Rev. 7 (1991). Além dos estudos de Pierce, vejamos, por exemplo, Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: toward effective risk regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1993; Jerry L. Mashaw e David Harfst, *The Struggle for Autosafety*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, pp. 224-255; Thomas O. McGarity, *The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld*, 75 Tex. L. Rev. 525 (1997); James Skelly Wright, “Courts and the Rulemaking Process: The Limits of Judicial Review”, 59 Cornell L. Rev. 375 (1973-1974).

<sup>22</sup> Sobre a questão, cf. artigo de Carlos Ari Sunfeld, “Chega de Axé no Direito Administrativo”, no qual coloca que “O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar.” Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=100](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=100). Cf. também o de Fernando Vernalha Guimarães, “O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle”, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>23</sup> Adrian Vermeule, “Optimal abuse of power”, 109 NW. U. L. REV. 673, 693 (2015).

A segunda é a de que se torna necessário discutir *em quais circunstâncias, de fato*, o controle da administração pública será socialmente positivo.

#### 4.2. Os eventuais problemas do controle judicial da administração pública

Isto porque, em muitas circunstâncias, poderá ser socialmente positivo *afastar (ou limitar)* o controle judicial da administração pública. Em primeiro lugar, porque, assim como os controladores podem corrigir erros, eles também podem desfazer acertos. O controlador não é infalível. Enxergar apenas as possíveis consequências positivas da sua intervenção é adotar concepção idealizada e irrealista da sua atuação. É natural que esta visão seja popular no direito, já que transfere poder para os seus profissionais. Mas isto não significa que a solução que ela propõe seja socialmente desejável.

Em segundo lugar, porque se a intensificação do controle reduz a possibilidade de abusos de poder perpetrados pelo administrador público, por outro lado ela aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador. E, assim como não há razão para crer que apenas o administrador público erra, tampouco há razão para crer que ele possui o monopólio do abuso de poder.

Finalmente, num cenário em que as determinações jurídicas são cada vez mais inexatas e abertas à interpretação, é irreal supor que há *respostas corretas* para cada questão que é levada ao controlador. Há espaço de liberdade em grande parte das decisões tomadas pelo administrador público. E, se é assim, há um risco de que o controle veicule não a *correção* de decisões tomadas pela entidade controlada, mas *mera substituição* de suas escolhas pelas do controlador.

#### 4.3. As consequências da virada pragmática para o controle judicial da administração pública

Uma eventual virada pragmática do direito administrativo, se de fato ela vier a se realizar, terá sido influenciada principalmente pela doutrina administrativista dos países de *common law*, anteriormente tão negligenciada.<sup>24</sup> Ela poderia gerar duas consequências muito relevantes, uma na prática

<sup>24</sup> Sobre o tema, v. o meu “Globalization and Convergence in Judicial Review: what can we learn from the case of Brazil?”, preparado para uma coletânea em homenagem ao Professor Emérito da École de Droit de la Sorbonne, Gérard Marcou, a ser publicada na França em 2017.

jurisprudencial e outra na teoria (ou doutrina) do controle judicial da administração pública no Brasil.

Na prática do controle judicial, a principal consequência esperada seria a adoção frequente, pelos tribunais, de alguma espécie de análise institucional comparativa para orientar a sua intervenção. Afinal, uma discussão realista sobre controle da administração pública precisa admitir que (i) alguém deve poder “errar por último” e que (ii) é preciso decidir sobre quem deve decidir. Se não há critérios *claros* para saber qual é a resposta certa, por que a resposta do controlador deveria ser automaticamente superior à do administrador? Ao invés desta superioridade *a priori*, do controlador, seria recomendável promover uma comparação de capacidades das instituições envolvidas (a autoridade administrativa controlada e a entidade de controle), para *modular a intensidade do controle* a ser aplicável nos casos concretos. A intensidade será tanto maior quanto mais bem posicionado estiver o controlador para solucionar a questão específica que lhe foi trazida. Em alguns casos, será natural que o controlador se limite a verificar a *razoabilidade* da decisão sob sua análise.

A análise institucional comparativa já é a regra em diversas jurisdições e vem ganhando a atenção também da nossa doutrina. Estes esforços iniciais, no entanto, não podem esconder a necessidade de *avançar no debate* a propósito dos limites deste enfoque, bem como nas dificuldades de sua operacionalidade concreta.<sup>25</sup> Além disso, trata-se de enfoque que ainda não tem acolhida entre os controladores – eles que, ao final, terão que tomar este passo de autorrestrição.

Quanto à teoria do controle judicial, a transformação pragmática do direito administrativo deverá impor um abandono do enfoque teórico-dogmático que hoje ainda é prevalecente. Um primeiro passo evolutivo, no caso específico do controle operado pelos tribunais, poderia ser a acentuação de estudos de análise jurisprudencial. Tratar-se-ia aqui de privilegiar a vida concreta e efetiva do direito administrativo, em detrimento do foco em construções teóricas e dissociadas de casos concretos.

Uma segunda possibilidade seria privilegiar enfoques multidisciplinares, envolvendo nos estudos jurídicos também contribuições de áreas conexas, como a economia, a ciência política e a sociologia. Aproximações multidisciplinares já começam a se destacar no domínio das licitações ou das contra-

---

<sup>25</sup> Sobre o tema, v. o meu *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016, capítulo 1.2.

tações públicas, mas há espaço para que elas vicejem também na temática do relacionamento institucional entre controladores e controlados.

Terceiro, e enfim, seria possível investir maior atenção nas pesquisas empíricas, que revelarão aspectos concretos do controle da administração pública no direito brasileiro. Outras jurisdições têm produzido estudos muito interessantes, por exemplo, sobre a instrumentalização dos comandos legislativos por juízes de diferentes ideologias.<sup>26</sup> Mas a importação de suas conclusões para o contexto brasileiro é temerária. Precisaríamos produzir e aplicar pesquisas dentro de nosso contexto, para extrair informações que nos informariam sobre a *nossa* realidade, circunstância essencial para pensarmos no passo seguinte de adaptar o nosso direito.

---

<sup>26</sup> V., por exemplo, William Eskridge, Jr.; Lauren E. Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan”, 96 Georgetown Law Journal 1083 (2008).





## ACABOU O ROMANCE: O ART. 22 DA LINDB E O REFORÇO DO PRAGMATISMO NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Apesar de comumente associado à promoção da segurança jurídica, o objetivo do projeto de lei que inseriu dez artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é mais amplo: contribuir para aprimorar a gestão pública nacional.<sup>2</sup> Este objetivo não é exatamente novo. Quando comparado com outros projetos de lei que tiveram finalidades semelhantes, no entanto, o seu aspecto curioso (e distintivo) está em que ele não enfoca aspectos orçamentários, físicos ou de pessoal – entraves conhecidos da nossa gestão pública. O seu cerne consiste em enfrentar um obstáculo diferente e menos discutido: *o gargalo jurídico*.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na edição especial da *Revista de Direito Administrativo* sobre as alterações promovidas pela Lei 13.655/18 na LINDB, em 2018. O autor agradece aos acadêmicos da FGV Direito Rio Luiza Brumati e Rodrigo Roll pela inestimável ajuda com a pesquisa necessária para a elaboração deste artigo. Agradece ainda a Tarcila Reis, Marçal Justen Neto, Carlos Ari Sundfeld e Matthew Stephenson por discussões de algumas de suas ideias.

<sup>2</sup> A segurança jurídica é um valor importante para o projeto, como se vê principalmente nos artigos 23, 24, 25 (vetado) e 30. Mas ao lado dos dispositivos que se destinam à promoção de segurança jurídica, há outros que lhe são indiferentes e, mesmo, alguns que a comprometem, em nome de outros valores relevantes para a gestão pública.

<sup>3</sup> Cf., neste mesmo sentido, Francisco Gaetani, “O mundo jurídico virou a principal fonte de insegurança jurídica”, *Jornal Valor*, 21/04/2018: “O medo comanda hoje a administração pública. Até 2014, discutia-se a judicialização das políticas públicas. Um exemplo era a importação de remédios caros por decisão judicial. Evoluiu-se rapidamente para a criminalização da administração, como o inacabado e controverso debate em torno da política fiscal demonstrou. Finalmente, chegamos à paralisia. Afinal... “é o meu CPF que está em jogo”. Ninguém quer ficar sujeito a interpretações de órgãos de controle que, em muitos casos, não dominam plenamente as complexidades do assunto e partem do princípio de que o funcionário é suspeito: in dubio pro societate. Inúmeros funcionários hoje respondem a processos decorrentes de acórdãos do TCU. Dirigentes de estatais já negociam “seguros” para ocupar suas funções. Pulamos de um extremo de descontrole e leniência para outro de regramentos e controles sem necessária vinculação com a natureza da atividade da organização - seja ela um banco público, um hospital

Os autores do projeto parecem entender que a forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado – principalmente, mas não exclusivamente, pelos controladores – tem gerado ineficiências gerenciais importantes. Em grande medida, o projeto é uma tentativa de contribuir para reduzir *estes entraves jurídico-culturais*.

Mas qual é esta percepção dos autores do projeto sobre como funciona o direito no Brasil e como eles pretendem contribuir para aprimorá-lo? Parece-me que uma boa forma de sintetizar é dizer que o projeto é *antirromântico* ou *anti-idealista*, e que o seu grande objetivo é introduzir uma boa dose de *pragmatismo*<sup>4</sup> e *contextualização* na interpretação e operação das normas de direito público.<sup>5</sup>

---

universitário ou uma empresa de energia. O setor privado encontra-se acuado, assustado e intimidado por burocracias opacas com poder de influenciar decisivamente seus negócios” (...) Ironicamente, o mundo jurídico tornou-se a principal fonte de insegurança jurídica e responsável por custos de transação imprevisíveis e incalculáveis. (...) O PL nº 7.448/2017 é um avanço na contenção de excessos e preservação da capacidade de gestão. Esta iniciativa é vital para o país sair do encurralamento paralisante.

<sup>4</sup> Esta “virada pragmatista” do direito administrativo já foi diagnosticada por diversos autores. Num artigo sobre a mudança de paradigmas deste ramo do Direito, José Vicente Santos Mendonça afirma o seguinte: “O estilo tradicional de Direito Administrativo apresenta quatro características. Ele é (i) europeizante, (ii) conceitualista, (iii) sistematizador, e (iv) crente na centralidade do Direito como explicação da vida econômica e social. (...) O novo estilo do Direito Administrativo possui, assim como o antigo, quatro características básicas. Ele é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmatista e empiricista, (iii) assistematizador e assistemático, e (iv) descrente na centralidade do Direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social.” (in “A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo”, *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2014, n. 265, jan. / abr. 2014). O próprio autor deste texto já identificou tendências semelhantes no âmbito específico do controle judicial da administração pública (in Eduardo Jordão, “Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil”. In: Arnoldo Wald; Marçal Justen Filho; César Augusto Guimarães Pereira. (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. 1ed.São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1, p. 350-362). O movimento, no entanto, não é exclusivo do direito administrativo. É visível, por exemplo, o viés pragmatista do Novo Código de Processo Civil. Veja-se, por exemplo, o seu art. 489, §1º, que reforça os deveres de motivação judicial, impedindo, por exemplo, decisão judicial que (i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; ou (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

<sup>5</sup> Com um objetivo desta natureza, é compreensível que as inovações legislativas realizadas pelo projeto tenham mirado a lei de introdução às normas do direito brasileiro, norma com caráter de sobredireito, que disciplina a aplicação e interpretação de outras leis.

Duas são as principais teorias românticas (ou idealistas) que o projeto pretende combater: (i) a suposta completude e determinação do direito; (ii) a presunção de existência de um cenário fático ideal para a concretização dos ambiciosos objetivos do direito público nacional. Enquanto uma destas teorias idealiza o direito, a outra idealiza os fatos. As duas produzem consequências gerenciais negativas relevantes, mas ainda são largamente dominantes no direito brasileiro.

### 1.1. O combate à idealização do direito

Um dos pressupostos fundamentais do projeto é a indeterminação do direito. Do ponto de vista científico ou doutrinário, esta indeterminação é um dado, uma constatação objetiva. Mas ela é também uma inevitabilidade, dadas as características do processo legislativo e da complexidade do mundo moderno. Não é possível produzir, por meio do processo legislativo, um direito substancialmente diferente, em que se garanta a precisão dos comandos normativos e se eliminem todas as fontes de subjetividade interpretativa.

Acontece que, enquanto esta indeterminação é assimilada e encarada naturalmente em diversas jurisdições, ela ainda não está totalmente incorporada na cultura jurídica nacional. Dogmas irrealistas como o da completude do ordenamento jurídico ainda têm bastante força no Brasil e conduzem muitos operadores a supor ser sempre possível *identificar*, entre princípios e regras explícitos ou extraíveis da Constituição, das leis e das normas infralegais, *a solução específica* determinada pelo direito para qualquer problema social ou questão prática.

Esta supervalorização do direito (como técnica para ou inventário de solução dos diversos problemas sociais) favorece os bacharéis em direito, na medida em que os empodera. Afinal, eles se posicionam como oráculos, capazes de desvelar a determinação escondida e específica do ordenamento jurídico, da qual ninguém poderia se afastar licitamente. Mas ela é socialmente problemática, por afastar soluções igualmente possíveis de acordo com outra leitura razoável do direito, bem como por minimizar o *input* que outras expertises, não jurídicas, podem dar para a melhor aplicação das regras jurídicas.<sup>6</sup>

Para os gestores públicos e as instituições administrativas, esta cultura jurídica *idealizada e irrealista* consiste num grande problema. Encarregadas

<sup>6</sup> V., por exemplo, Eduardo Jordão, “Cobrança por bagagem: o que diz o direito?”, Jota, 24/03/2017, disponível em <https://www.jota.info/stf/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>.

de interpretar o direito para aplica-lo ao caso concreto<sup>7</sup>, veem-se posteriormente submetidos ao controle realizado por outras instituições. Como, a despeito da teoria em contrário, o direito é frequentemente indeterminado, não é raro que os órgãos de controle possuam interpretações diferentes da do administrador a propósito de qual seria a solução específica a ser adotada em determinado caso. E, com base nesta teoria idealizada e irrealista, mesmo que a interpretação da administração tenha sido razoável, acham que há espaço para anulações, suspensões, punições e repressões.

O projeto preocupou-se em enfrentar o dogma da completude e da determinação do direito em vários dos seus dispositivos. Assim, por exemplo, as determinações para que sejam consideradas as consequências de decisões (art. 20) e invalidações (art. 21) fazem sentido num contexto em que se considera que os textos normativos frequentemente dão ensejo a mais de uma interpretação razoável (algo que é explicitado no parágrafo único do art. 20, na menção a “alternativas”) – e que, portanto, a escolha entre elas pode ser pautada pelos efeitos concretos que tendem a produzir. É este mesmo espaço de indeterminação jurídica que torna viável e natural a *mudança de interpretação ou orientação* ao longo do tempo, que o projeto se preocupa em regular no art. 23. Também é ela que justifica a admissão generalizada ao recurso à consulta pública, prevista no art. 29. Em diversos países, a assimilação da indeterminação jurídica e a compreensão de que a administração pública muitas vezes *criará o direito* fez-se acompanhar da proliferação de instâncias de participação popular, como forma da ampliação da *legitimidade* e da

---

<sup>7</sup> Juliana Bonacorsi de Palma, “A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas”, disponível em: <http://www.sbdp.org.br/>: “Administrar não é aplicar a lei de ofício. Administrar é interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos. Especialmente no caso brasileiro, em que as leis dirigidas à Administração são pouco detalhistas e preechidas de indeterminação jurídica, a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação. A professora da escola primária interpreta o programa curricular básico para construir uma aula mais próxima à realidade regional de seus alunos. O médico toma decisões trágicas considerando o cenário de escassez que solapa a saúde pública. O colegiado da ANVISA interpreta o texto da lei para determinar se narguilé é um produto fumígeno para fins de regulação. O IBAMA analisa se expede licença ambiental para um determinado projeto de empreendimento a partir da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados como “efetiva ou potencialmente poluidoras” e “degradação ambiental”. O perito da Previdência Social interpreta as normas para conceder, ou não, benefícios previdenciários. O gestor público interpreta a Lei 8.666/93 para ponderar se uma determinada situação é hipótese de dispensa de licitação. Ao editar uma lei, o Congresso cria competências à Administração Pública que, para executá-las, precisa interpretar o texto da lei e todas as demais normas correlatas. É natural que o comando de interpretação seja dirigido primeiramente ao gestor público, e não ao controlador”.

*qualidade* destas inovações jurídicas.<sup>8</sup> Era a ideia de indeterminação jurídica e o risco de diferentes interpretações do direito por diferentes instituições públicas (e controladoras) que explicava ainda o art. 25, vetado, que previa uma ação para que a administração pública obtivesse do poder judiciário uma espécie de “certificado” de licitude de um determinado projeto, para evitar contestações posteriores.

## 1.2. O combate à idealização dos fatos

A segunda idealização que o projeto pretende combater não é exatamente anunciada, mas pressuposta na maneira com que o direito administrativo tem sido aplicado: idealizam-se as condições materiais, factuais e objetivas para que a administração pública realize os ambiciosos projetos do direito público nacional. E isso é evidente tanto no momento de consagração e enunciação destes objetivos (basta ver o rol de direitos e de finalidades sociais previstos constitucionalmente), como no momento de *cobrança* dos agentes públicos responsáveis por implementá-los.

Um bom exemplo é o da judicialização da saúde, em que brados do “direito à saúde” tem para muitos operadores do direito mais relevância do que as condições materiais para implementá-lo.<sup>9</sup> Chega-se mesmo a defender que estas condições materiais são juridicamente irrelevantes e que o operador do direito não deve se preocupar com elas. Os resultados são liminares para concessão de tratamentos caros, que impactam o orçamento governamental de maneira significativa – e prejudicam o próprio oferecimento de outros tratamentos médicos para outros cidadãos.

As consequências deste modo de pensar para a gestão pública são nefastas. Elas geram grande pressão sobre o gestor público, que acaba sendo responsabilizado por ineficiências ou limitações que fogem do seu controle. Parte significativa da doutrina administrativa vem denunciando este cenário de aperto do gestor público. Fala-se, por exemplo, em “administrador assom-

<sup>8</sup> Sobre o tema, v. Eduardo Jordão e Susan Rose-Ackerman, “Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review”, *Administrative Law Review*, v. 66, p. 1-72, 2014.

<sup>9</sup> Daniel Wei Liang Wang revela em estudo empírico a irrelevância do argumento da escassez de recursos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos sociais (in “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, *Revista Direito GV*, São Paulo, 412, p. 539-568, jul/dez 2008).

brado pelo controlador”<sup>10</sup>, “gestores perplexos”<sup>11</sup> e “direito administrativo do inimigo”.<sup>12</sup> E apontam-se decorrências preocupantes deste cenário: (i) a resistência da mão-de-obra mais qualificada de atuar no setor público; (ii) a atração para estes postos principalmente de indivíduos propensos a riscos; (iii) a resistência dos gestores a inovações e a atuações que fujam do protocolo, entre outras.<sup>13</sup>

O projeto quer colocar no centro das preocupações do direito administrativo estas limitações materiais e os contextos fáticos que informam a implementação das normas de direito. A ideia é que esta é a forma mais realista (e portanto, mais eficaz) de tirar as promessas jurídicas do discurso, para levá-las à realidade.

De que maneira o projeto faz isto? Exigindo a *contextualização* na interpretação do direito, na anulação de atos administrativos, na aplicação de sanções e na responsabilização dos gestores públicos. Respeitada, esta contextualização daria a devida importância às condições materiais que permitiriam uma aplicação mais realista do direito público brasileiro.

### 1.3. O art. 22 e o “pedido de empatia” com o gestor público

No caso do art. 22, objeto específico deste texto, é particularmente relevante esta segunda trilha, referente à contextualização. Daí ser comum que se afirme que ele consagra o “primado da realidade”. Nele, a exigência de contextualização produz uma espécie de “pedido de empatia” com o gestor público e com suas dificuldades. Esta é outra lógica bastante presente no projeto: se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o admi-

<sup>10</sup> Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para céticos*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

<sup>11</sup> Tarcila Reis e Vera Monteiro, “Os tipos de gestores públicos”, *Jota*, 13/09/2018, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>.

<sup>12</sup> Fernando Vernalha Guimarães, *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, Site Direito do Estado, seção Colunistas, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>13</sup> Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro, “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, p. 180-209, 2017. No mesmo sentido, Gustavo Justino de Oliveira, “Hiperativismo do controle versus inércia administrativa: Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo”, *Jota*, 18/04/2018, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>.

nistrador enfrenta.<sup>14</sup> Esta circunstância vai na linha das afirmações de parte da doutrina, mencionadas acima, no sentido da necessidade de maior atenção às agruras e aos dilemas do gestor público.

A contextualização está presente no *caput* do art. 22 e nos seus três parágrafos. Neste texto, estes dispositivos serão tratados em dois blocos, em função do tema nelas versado: inicialmente, comentam-se o *caput* e o seu parágrafo primeiro; em seguida, os dois parágrafos finais.

## 2. O PRIMEIRO BLOCO: A CONTEXTUALIZAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO E NO CONTROLE

*Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

*§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.*

O *caput* e o parágrafo primeiro do art. 22 devem ser lidos conjuntamente. Ambos os dispositivos exigem a *contextualização* no manejo das normas de direito público, mas enquanto o primeiro foca na interpretação, mais genericamente, o segundo foca no controle. Nos dois casos, impõe-se a atenção às circunstâncias dos casos concretos, evitando-se que os enunciados normativos sejam lidos ou aplicados de forma indiferente a fatos ou condições relevantes. Nos comentários a seguir, os dois dispositivos serão considerados complementares. Quando se fizerem menções aos “obstáculos e dificuldades reais” (expressão do *caput*), o leitor deve entender compreendida também a referência às “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (expressão do § 1º).

<sup>14</sup> Vanice Regina Lírio do Valle afirma o seguinte: “Estende-se à racionalidade a ser desenvolvida pelo controlador na interpretação da norma sobre gestão pública, o imperativo de considerar os mesmos elementos de constrição que se tem no cenário de decisão da Administração Pública. Isso não é reduzir o controle, mas sim aproxima-lo da realidade que determinou a ação pública desenhada pela interpretação das normas de regência. A aproximação controladora passa a dar a partir de uma interpretação que não veja no bloqueio à ação pública o resultado via preferencial. Com essa opção legislativa, o controle passa a ter seu olhar direcionado particularmente ao juízo de ponderação que esse mesmo administrador empreende no quadro de dificuldades em que se vê (in “O PL 7448/17 e o resgate da essência da juridicidade”, disponível em <https://estacio.academia.edu/VaniceRegina>).

## 2.1. A quem se destinam os dispositivos e o que se exige deles?

Boa parte dos dispositivos que a lei nº 13.655/18 inseriu na LINDB faz menção expressa à sua aplicabilidade às esferas “administrativa, controladora e judicial”. Mas este não é o caso do art. 22 e do seu parágrafo único, que não têm alvos explícitos. A quem eles se destinam, portanto?

À primeira vista, o parágrafo primeiro parece ser destinado às instâncias controladora e judicial, na medida em que fazem referência a “decisão sobre regularidade de conduta ou validade” de uma série de ações administrativas – manifestação típica dos controladores. Mas também os gestores lhe devem atenção, tanto porque exercem a autotutela de atos administrativos anteriormente adotados, como porque necessariamente realizam uma análise prospectiva relativa à regularidade dos atos que irão adotar.

Também o *caput* do art. 22 é universalmente aplicável às instâncias administrativa, controladora e judicial. Este dispositivo requer a consideração dos “obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” para qualquer intérprete das normas sobre gestão pública. Isso significa que a determinação se aplica também para os gestores públicos, a quem fica vedada uma interpretação descontextualizada das leis que regem a sua atuação.

Esta aplicabilidade do *caput* do art. 22 à esfera administrativa é relevante por duas razões.

Em primeiro lugar, porque afasta uma das críticas mais recorrentes feitas pelas instituições contrárias ao projeto. Estas instituições sustentaram que a determinação legal para consideração de circunstâncias fáticas na interpretação e na aplicação do direito seria irrazoável por “transferir do gestor para o controlador” obrigações precípuas daquele, e não deste.<sup>15</sup> A crítica não é procedente. O gestor *seguirá* atuando como atuava antes, até porque os comandos do art. 22 e da maioria dos demais (como o art. 20, por exemplo) também lhe são dirigidos. O projeto não elimina dele nenhuma carga, nem *transfere* nenhum ônus do gestor para o controlador. Assim, não há porque imaginar que o controlador “fará o trabalho que deveria ser feito pelo gestor”. O que o projeto requer é que o controlador se imagine na situação do gestor, para compreender as circunstâncias que limitaram as suas escolhas e possi-

---

<sup>15</sup> Trata-se de argumento usado pela Procuradoria-Geral da República, em parecer técnico que pedia veto integral ao projeto. Segundo o parecer, o projeto transferiria indevidamente para o julgador ônus e responsabilidades inerentes à atividade do gestor público. Chegou-se mesmo a falar em “risco de se converter os órgãos de controle e órgãos judiciais em órgãos de consultoria jurídica da própria Administração” (cf. “Nota técnica conjunta nº1/2018”).



bilidades. Nada mais natural. Um bom julgamento se faz com conhecimento de causa. Na experiência internacional, alguns países chegam a criar jurisdições administrativas, justamente para que os juízes responsáveis por julgar a administração pública tenham familiaridade com a sua atuação e possam, assim, avaliá-la corretamente.<sup>16</sup>

Em segundo lugar, porque levanta a questão sobre como deve o gestor público reagir a esta obrigação que a lei lhe impõe. O que significa dizer que ele deverá considerar os seus “obstáculos e dificuldades reais”, bem como “as exigências das políticas públicas a seu cargo”? A melhor interpretação parece ser a de que se trata de mais uma exortação à responsabilidade – na linha “pragmática” ou “realista” que perpassa todo o projeto. As políticas públicas a seu cargo devem, assim, ser implementadas considerando os obstáculos e dificuldades reais a que está submetido: dificuldades orçamentárias, de pessoal etc. Não se admitem ações impensadas, populistas, que tenham efeitos maléficos de longo prazo na implementação das políticas públicas.

Há algo a se adicionar sob uma perspectiva mais procedimental. Como o novo dispositivo legal impõe *consideração a obstáculos e dificuldades reais*, parece evidente que a menção a estes dois elementos deverá estar presente na motivação dos atos administrativos.<sup>17</sup> O gestor público deverá apresentar à sociedade e aos controladores o contexto em que tomou a sua decisão, inclusive no que concerne a apresentação das alternativas que estavam à sua disposição e as razões das opções realizadas, na forma, também, do parágrafo único do art. 20. Seria benéfico para a maturidade do nosso direito público, inclusive, que o gestor deixasse claro as dúvidas que teve, para fins de contextualizar a sociedade e os controladores nos dilemas reais que circundam a sua atuação e as suas escolhas. Esta circunstância seria um primeiro passo para erigir uma ponte entre os gestores e aqueles responsáveis pela avaliação do seu trabalho (de novo, a sociedade e os controladores institucionalizados). A avaliação poderia então se fazer de modo mais realista e com mais informação sobre o real contexto das ações e decisões sob escrutínio.

<sup>16</sup> Para João Emmanuel Cordeiro Lima, “pretende-se colocar os órgãos de controle ou o Judiciário verdadeiramente nos sapatos daquele que tomou a decisão em determinado momento, muitas vezes para atender demanda urgente e sem que a entidade à qual esteja vinculado tenha estrutura adequada” (in “As mudanças da LINDB e seus efeitos positivos no licenciamento ambiental”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/joao-emmanuel-efeitos-lindb-licenciamento-ambiental>).

<sup>17</sup> Assim também, Fernando Facury Scaff, “Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>, Acesso em 15/09/2018.

Feitos estes comentários sobre a aplicabilidade do *caput* do art. 22 aos próprios gestores públicos e sua forma de operação a estes agentes, é preciso direcionar algumas palavras também sobre a sua aplicabilidade para os seus destinatários mais óbvios, os controladores.

Não surpreenderia ninguém a afirmação de que um dos maiores objetivos do art. 22 é gerar uma empatia, por parte do controlador, com a situação e as vicissitudes do gestor. Está claramente subjacente ao dispositivo o raciocínio de que há um número considerável de gestores bem intencionados.<sup>18</sup> Estes gestores podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores. Mas, sendo estas suas medidas razoáveis, eles merecem alguma proteção do direito. O tipo específico de proteção que o *caput* do art. 22 determina é a “consideração” das circunstâncias em que a decisão foi tomada. O que isso significa na prática?

A mais evidente e direta consequência da previsão legislativa é a necessidade de o controlador se envolver num diálogo com o gestor, na linha do que foi dito acima. Precisa atentar para as dificuldades por ele vivenciadas. Caso estas dificuldades não tenham sido explicitadas na motivação do ato – ou caso se trate do controle de uma suposta omissão –, caberia ao controlador requerê-las do gestor, para fins de aplicar adequadamente o controle.

Dito isto, os específicos obstáculos e dificuldades a serem levados em consideração não ficam necessariamente adstritos àqueles que tenham sido mencionados pelo gestor na motivação do seu ato sob controle e/ou que tenham sido posteriormente trazidos à apreciação do controlador. Primeiro, porque pode o controlador adicionar circunstâncias por ele conhecidas que possam ter impactado a ação controlada, mas que não tenham sido elencadas pelo gestor em questão. Segundo, porque também lhe é possível desconsi-

---

<sup>18</sup> Cf. Juliana Bonacorsi de Palma, “A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas”, disponível online em: <http://www.sbdp.org.br/>: “O PL da Segurança Jurídica foi construído tendo em vista o gestor público honesto. Trata-se de um ponto de partida diametralmente oposto das leis de controle – em grande medida, o rigor dos textos se justifica pelo fato de terem sido escritos com o agente ímprobo em mente. A lei precisa recompensar os comportamentos de honestidade como medida de incentivo para que se mantenha o padrão ético na gestão pública. Este PL é um primeiro passo nesse sentido ao fazer a necessária dissociação entre gestores públicos honestos e desonestos; para estes, toda a sistemática de controle se verifica integralmente para que seja pessoalmente responsabilizado. Basicamente, a tutela do gestor público honesto está sedimentada em duas frentes: (i) depositar confiança na pessoa do gestor – por essa razão ele não será pessoalmente responsabilizado, mas sua ação poderá ser corrigida (recompensa) e (ii) conferir segurança para que ele efetivamente decida do melhor modo possível na sua avaliação técnica, podendo inovar na gestão pública e mesmo contrariar os entendimentos controladores, desde que fundamentadamente”.

derar alguma dificuldade levantada pelo gestor, que ele eventualmente não julgue relevante. É assim que se deve interpretar o adjetivo “reais” inserido pelo legislador para qualificar os obstáculos e as dificuldades que possam ser levantadas pelo gestor. Em última análise, caberá ao julgador avaliar se as dificuldades e os obstáculos declarados pelo gestor foram de fato “reais” e se de alguma forma impactaram as suas escolhas. Além disso, é também possível ao controlador considerar que, a despeito de serem “reais”, as dificuldades apontadas não teriam tido um efeito tão limitador quanto o gestor alegou. A lei, afinal, não criou um salvo conduto para o gestor, a quem bastaria mencionar dificuldades para ver-se livre do controle sobre seus atos. Ela apenas exigiu a “consideração” destas dificuldades.

Esta última observação é particularmente sensível, porque ela revela limites da determinação legislativa. A última palavra sobre a validade do ato sob controle segue sendo do controlador, e dependerá dele a efetiva consideração das circunstâncias limitadoras da ação do gestor. Afora isso, só caberá aos interessados, quando possível, recorrer de decisões de controladores que não tenham dado a atenção adequada a estas circunstâncias. A má operacionalização, portanto, pode esvaziar de utilidade o dispositivo legal. Este é o limite de balizas textuais e interpretativas.

Por outro lado, esta mesma observação relativa às limitações práticas do dispositivo legislativo ajudam a enfrentar uma das críticas que foram feitas ao caput do art. 22, no sentido de que tornaria o controle impossível.<sup>19</sup> Os esclarecimentos acima não deixam dúvidas de que segue havendo espaço para controle tanto na hipótese em que os obstáculos e dificuldades contextuais mencionados pelo gestor não sejam considerados “reais”, como na hipótese em que tais obstáculos, embora “reais”, não tenham sido determinantes para impactar a ação administrativa.

Bem aplicado, portanto, o caput do art. 22 produzirá o efeito a que se destina, de promover uma interpretação e aplicação mais realista e contex-

<sup>19</sup> Este foi outro dos argumentos usados pela Procuradoria-Geral da República, em parecer técnico que pedia veto integral ao projeto. Segundo o parecer: “O artigo 22 veicula norma que poderá, na prática, inviabilizar a responsabilização do administrador. Mais uma vez aqui, o legislador recorreu a expressões abertas, lacunosas, propensas a subjetivismos e, portanto, passíveis de levar os processos de responsabilização por caminhos insondáveis, já que seria imprevisível o alcance dos termos ‘obstáculos’ e ‘dificuldades reais’ do gestor. Cada órgão de controle ou órgão julgador teria naturalmente percepção muito particular sobre uns e outros, resultando em instabilidade e insegurança jurídica, que o projeto de lei precisamente diz querer combater” (cf. “Nota técnica conjunta nº1/2018”).

tualizada, ao tempo em que segue possibilitando o controle e a anulação de ações administrativas *realmente* contrárias ao direito.

## 2.2. Contextualização das condutas de quem?

Depois de haver enfrentado a questão relativa aos *destinatários do comando do caput* e do parágrafo primeiro do art. 22, cabe ainda examinar quais seriam os indivíduos cujas condutas deverão ser contextualizadas, de acordo com estes dispositivos. No *caput*, a afirmação é explícita: devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais *do gestor público*. No parágrafo primeiro, no entanto, fala-se mais genericamente de “circunstâncias” que impactarão a ação “do agente”. Quem é este *agente* a que a lei se refere?

Não parece adequado supor que se trate de “agente público”, porque (i) quando a lei assim quis dizer ela o fez por completo, como no caso do art. 28, e também porque (ii) no próprio *caput*, a expressão utilizada foi outra (“gestor público”). A melhor interpretação é a de que “agente” foi a expressão genérica de que o projeto se valeu para tratar indistintamente de “gestores públicos” e “administrados”, mencionados separadamente no *caput*. A expressão agente é inclusive retomada nos parágrafos 2º e 3º do próprio art. 22, com este mesmo sentido genérico (gestor público e administrados) que aqui se afirma, como se verá mais adiante.

Assim, o art. 22, § 1º, exige que, nas decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverão ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações dos gestores públicos e dos administrados. Num exemplo, será preciso examinar contextualmente uma conduta de um contratado da administração pública (“administrado”) para decidir a propósito da sua validade jurídica.

## 2.3. Quais “obstáculos e dificuldades” são relevantes para fins do art. 22?

Uma dúvida adicional diz respeito a quais obstáculos e dificuldades podem ser reportados pelos gestores públicos ou considerado pelos controladores. A este respeito, a lei só dá uma especificação: devem constituir obstáculos e dificuldades “reais”, circunstância que deu ensejo às considerações feitas acima, relativas à sua sindicabilidade. Obviamente, no entanto, nem toda dificuldade ou obstáculo *real* que tenha existido durante a ação ou omissão administrativa em questão será relevante.

A respeito da natureza das dificuldades que poderão ser referidas, a maior parte dos comentaristas têm citado dificuldades e obstáculos mate-

riais, temporais, orçamentários e de pessoal. Estas são, afinal, as mais óbvias circunstâncias que podem impedir a implementação de uma dada política pública. Além disso, são as dificuldades mais frequentemente reportadas pela imprensa em relação à administração pública em todo o país: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho, entre outras.

Esta contextualização exigida pelo projeto visaria, ainda, a dar conta da heterogeneidade da administração pública brasileira. As normas nacionais parecem pressupor que os diferentes níveis da administração pública, em diferentes localizações geográficas, teriam as mesmas condições para implantação do direito. Mas a verdade é que as condições orçamentárias, materiais e de pessoal variam grandemente dentro do país. A atenção a estas disparidades é relevante para interpretar adequadamente a legislação administrativa no tocante a pequenos municípios do interior do país. E não faz sentido aplicar e interpretar a legislação relevante aos seus gestores da mesma forma que a um gestor de uma grande e rica capital brasileira.<sup>20</sup>

Mas há uma dificuldade de outra natureza que também pode ser relevante e que casa bem com todo o projeto. Trata-se da *dificuldade jurídica*. Refiro-me à dificuldade de interpretar a legislação relevante para entender o que ela determina, veda ou possibilita. Esta dificuldade não é negligenciável. Ela decorre da complexidade em si da legislação, às vezes intrincada, cheia de detalhes, às vezes continente de termos com alto grau de indeterminação. Mas resulta também da tradição jurídico-cultural brasileira, em especial no que concerne ao manejo de princípios. Eles são utilizados corriqueiramente de forma tão maleável e tão livre<sup>21</sup>, que, a rigor, qualquer determinação textual

<sup>20</sup> É neste sentido também um trecho de um parecer em apoio ao projeto firmado por um grupo de juristas, de que fez parte o autor deste texto: "(...) a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas. As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere" (in Floriano de Azevedo Marques Neto *et alli*, "Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017", disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>).

<sup>21</sup> Para Carlos Ari Sundfeld, vivemos hoje em um "ambiente de geieia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão" (in *Direito Administrativo Para Céticos*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 205).

expressa da lei pode ser afastada pela suposta incidência de princípios abstratos como o da moralidade ou da dignidade da pessoa humana.<sup>22</sup> Os exemplos, na própria jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, em que deveria ocorrer uma aplicação do direito mais sofisticada, são extremamente abundantes e largamente reportados pela doutrina.<sup>23</sup> E se é assim, há uma grande dificuldade de identificar o “direito relevante”<sup>24</sup>, que regerà um caso concreto.

É possível, portanto, que a dificuldade enfrentada pelo gestor público não consista em déficits materiais, orçamentários ou de pessoal, mas que corresponda a uma séria e fundada dúvida jurídica sobre a norma de regência.<sup>25</sup> O que acontecerá neste caso?

Do lado da administração pública, duas são as medidas possíveis. A primeira possibilidade, aberta às autoridades superiores, é a edição de regulamentos ou súmulas administrativas que determinem uma interpretação específica, aumentando a segurança jurídica dos gestores, na linha do que prevê o art. 30.<sup>26</sup> A segunda possibilidade, aberta ao administrador da ponta na ausência destas medidas citadas acima, é a explicitação da dúvida jurídica encontrada. O gestor poderia motivar a sua atuação indicando claramente quais dificuldades interpretativas identificou, quais escolhas interpretativas adotou e por qual razão, dadas as circunstâncias do caso concreto.

Do lado do controlador, esta dificuldade jurídica terá que ser “considerada”, na expressão do caput do art. 22. Se o controlador a entender “real”, ela impactará o controle. Ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria neste contexto de indeterminação, o controlador deverá então cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, todas as quais lícitas. Dito de outro modo, o art.

<sup>22</sup> Fernando Leal, “Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana”, Arquivos de Direitos Humanos, v. 7, 2007, p. 49 e ss.

<sup>23</sup> Cf. Marcelo Neves, “Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz Iolau. In: José Augusto Costa et alli (orgs.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, t. II, 2013, pp. 1149-1172.

<sup>24</sup> Há aqui uma referência à ideia de “mercado relevante”, tão importante para o direito concorrencial.

<sup>25</sup> Não se ignore, ademais, que em alguns casos a dificuldade jurídica poderá ser *potencializada* pela dificuldade material. Imagine-se, por exemplo, um pequeno município que não conte com uma procuradoria do município ou conte com auxílio jurídico bastante precário.

<sup>26</sup> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica *real*, o controlador se limite a avaliar a *razoabilidade* da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá *prestar deferência* a esta escolha interpretativa *razoável* da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão.<sup>27</sup>

Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo *específico*, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública. Não que este fundamento normativo específico fosse imprescindível ou que houvesse qualquer vedação anterior, no ordenamento jurídico brasileiro, à adoção das teorias da deferência, tão comuns em tantos países estrangeiros. Mas é provável que esta previsão específica encoraje ainda mais os controladores a atuarem neste sentido, em respeito a interpretações e decisões razoáveis da administração em contexto de indeterminação jurídica, ou, na expressão da lei, em contexto de “dificuldade” jurídica.

O leitor mais atento terá percebido nas sugestões contidas nas linhas anteriores a influência da formulação da *doutrina Chevron*, do direito americano. Trata-se do mais citado<sup>28</sup> e um dos mais importantes precedentes do direito público dos Estados Unidos, estabelecido em 1984. No seu trecho mais conhecido e definitivo, lê-se o seguinte: “*First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the*

<sup>27</sup> Note-se que o que se propõe aqui é algo adicional ao que prevê o art. 28 da LINDB. Este último artigo determina que a responsabilidade pessoal do gestor só se verifica em casos de dolo ou erro grosseiro. Assim, esta responsabilidade estaria afastada no caso de interpretações razoáveis estabelecidas em contexto de “indeterminação jurídica” ou “dificuldade jurídica”. O que aqui se está propondo é que, nestes casos, para além do afastamento da responsabilidade pessoal do gestor, seja também admitida a *validade jurídica* desta interpretação, com a sua consequente manutenção. O gestor não seria responsabilizado (art. 28) e a sua interpretação seria mantida (art. 22).

<sup>28</sup> Chevron é o caso mais influente e mais citado da história do direito público americano. Até dezembro de 2005, havia sido mencionado cerca de 8 mil vezes nas Cortes federais. A marca é muito superior àquela atingida por outros casos importantes, tais como *Brown v. Board of Education* (1829 vezes), *Roe v. Wade* (1801 vezes) e *Marbury v. Madison* (1559 vezes). É mesmo superior à marca destas três decisões, tomadas em conjunto (de acordo com Stephen Breyer *et alli*, *Administrative law and regulatory policy: problems, text and cases*. 6. ed. Aspen, 2006, p. 247).

*statute... Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute*".<sup>29</sup>

O *caput* do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de Chevron: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verifica se a “dificuldade jurídica” é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública.<sup>30</sup>

#### **2.4. Quais as consequências da admissão, pelo controlador, da existência de “obstáculos e dificuldades” reais?**

Estas últimas observações abrem espaço para o enfrentamento de um outro problema. Qual deve ser a atitude adotada pelo controlador ao identificar a existência de dificuldades reais?

A redação dos artigos não deixa claro, na medida em que apenas exige a “consideração”. Algumas palavras a este respeito já foram feitas ditas. Disse-se, por exemplo, que há espaço para que o controlador verifique se os obstáculos e dificuldades alegados foram de fato existentes (“reais”). Também se disse que há espaço para que o controlador cogite diferentes “graus” de obstaculização. Em resumo: uma dificuldade pode ser de fato existente, sem que seja suficiente para impedir determinado curso de ação que a norma determina.

Mas a questão aqui é posterior: mesmo que haja dificuldades e que elas tenham um efeito limitador da atuação do gestor público, qual é a consequência jurídica específica que resulta disso?

<sup>29</sup> Chevron U.S.A. v. NRDC, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

<sup>30</sup> Vale a pena assinalar que os *fundamentos* da doutrina Chevron casam com os do projeto que alterou a LINDB. O fundamento é de viés realista e corresponde à admissão de que, nas hipóteses em que o direito é indeterminado, a sua interpretação corresponderá a uma *criação* ou, ao menos, a uma *escolha* entre diferentes sentidos possíveis. Sobre o tema, v. Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016, capítulo 2.2.



Algumas vezes contrárias ao projeto o criticavam por supostamente determinar “vista grossa” a ilegalidades em função das circunstâncias do caso concreto.<sup>31</sup> Esta é uma interpretação simplista da exigência de contextualização. O que o artigo 22 determina é algo bem mais sensato. Nas hipóteses relativas às “dificuldades jurídicas”, tratar-se-á apenas de permitir interpretações igualmente razoáveis e igualmente lícitas, em função de dificuldades jurídicas ou interpretativas, tal como já se sugeriu acima.

Nas hipóteses relativas a dificuldades fáticas, o que o projeto faz na realidade é interferir na hipótese fática sobre a qual deverá o controlador perquirir o direito correspondente. O projeto determina ao controlador: na hora de identificar o direito relevante ao caso concreto (a norma que regerá o caso concreto), leve em consideração todas as suas circunstâncias fáticas relevantes e não se limite a uma enunciação simples. Dito de outro modo, as circunstâncias fáticas limitadoras da atuação do agente passarão a compor a hipótese fática complexa cuja regulação será identificada pelo controlador no direito.<sup>32</sup> Neste sentido, de um ponto de vista teórico, o que o projeto faz é exigir atenção à *textura aberta* dos enunciados normativos, que podem recomendar que os fatos em questão (tomados globalmente) sejam juridicamente classificados como *lícitos* – e não como ilícitos. Não se trataria, neste sentido, de violar a lei, mas de interpretá-la inteligentemente ou adequadamente.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Neste sentido, Júlio Marcelo de Oliveira fala em “ilegalidade tolerada” (in “*Por uma administração pública eficiente com respeito à lei*”, disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/por-uma-administracao-publica-eficiente-com-respeito-a-lei/>, acesso em 30/4/2018).

<sup>32</sup> Nas palavras de Karl Larenz: “As proposições jurídicas devem ser «aplicadas» a eventos fáticos, a uma situação de facto que se verificou. Como acabamos de ver, isto só é possível na medida em que a situação de facto verificada é enunciada. O que no facto-tipo de um juízo aparece como «situação de facto» é a situação de facto como enunciado. O que aconteceu tem de ser mencionado com este fim, e aquilo que é mencionado tem de ser posto numa certa ordem. A situação de facto como enunciado efectua sempre uma selecção de entre a multiplicidade inabarcável, do constante fluir, do acontecer fático; esta selecção acha-a desde logo o julgador, tomando em consideração a possível relevância jurídica de cada um dos factos. A situação de facto enquanto enunciado não esta assim «dada» de antemão ao julgador, mas tem que ser primeiramente conformada por ele, tomando em consideração, por um lado, os factos que lhe chegaram ao conhecimento e, por outro lado, a sua possível significação jurídica. A atividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede à sua apreciação jurídica.” (in *Metodologia da Ciência do Direito*, 3a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gukbenkian, 1997, p. 392).

<sup>33</sup> Um exemplo de Alexandre Santos de Aragão pode ser ilustrativo: “No Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um

## 2.5. Como interpretar a expressão “sem prejuízo dos direitos dos administrados”?

Uma última questão relativa ao *caput* do art. 22 relaciona-se com a interpretação que deve ser dada à expressão “sem prejuízo dos direitos dos administrados”, constante da parte final da redação do dispositivo.

A primeira forma de interpretar a expressão seria de maneira a supor que a lei hierarquizou os diferentes elementos previstos no *caput*, tendo considerado que “os direitos dos administrados” são juridicamente mais significativos do que a os demais elementos (obstáculos e dificuldades do gestor, e exigências das políticas públicas a seu cargo). Neste sentido, a expressão “sem prejuízo dos direitos dos administrados” seria equivalente a “desde que não afetem os direitos dos administrados”.

A segunda forma de interpretar a expressão considera que o legislador quis listar diferentes elementos que deveriam ser levados em consideração pelo intérprete das normas sobre gestão pública, para aplica-las adequadamente: (i) os obstáculos e as dificuldades reais do gestor; (ii) as exigências das políticas públicas a seu cargo; e (iii) os direitos dos administrados. O legislador não teria, então, estabelecido qualquer hierarquia entre estes elementos e deixaria para o intérprete a tarefa de compô-los. Nesta segunda leitura, a expressão

---

difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não a sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, a sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle. Um exemplo hipotético poderia ilustrar bem o problema: diante da construção equivocada de uma ponte vital para as atividades econômicas da região por uma empresa com a qual a Administração já rescindiu o contrato, ela consegue que outra empresa, que estava construindo a estrada na qual a ponte desembocaria, faça os reparos na ponte em troca apenas da cessão a ela dos eventuais direitos ressarcitórios que a Administração teria contra a primeira empresa. Pela letra fria da Lei de Licitações, teria que ser aberta uma nova licitação, com grande tempo tomado, e, ao fim, a Administração teria que despender em espécie os recursos necessários, ficando apenas com um crédito a ser cobrado judicialmente da empresa responsável pelo erro na construção. Com a solução encontrada a Administração poupou tempo e dinheiro. Qual seria a atitude mais adequada juridicamente, inclusive do ponto de vista do administrador: atender à letra fria da Lei de Licitações e gastar mais dinheiro e tempo, adiando inclusive o atendimento aos objetivos sociais a que a ponte visa, e ficar livre de qualquer possível sanção; ou atendê-los de pronto e sem nenhum dispêndio de recursos do orçamento, mas se sujeitar a ser punido?” (in “Artigo 21”, in Flávio Henrique Unes Pereira (coord.), Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática, Brasília, Senado Federal, 2015, pp. 20-21).

“sem prejuízo dos direitos dos administrados” seria equivalente a “além dos direitos dos administrados”.

As duas interpretações são possíveis de um ponto de vista gramatical ou literal. A segunda, no entanto, tem a vantagem de ser mais razoável e mais consentânea com o propósito da lei.

Em primeiro lugar, porque ela abre espaço para uma contextualização mais completa, na medida em que elementos diferentes e eventualmente contraditórios podem ser ponderados, sem solução apriorística. Em segundo lugar, porque a primeira interpretação suporia que as condições materiais e fáticas só seriam relevantes no caso em que não houvesse direitos em jogo; caso contrário, estas circunstâncias fáticas seriam irrelevantes para o direito e o gestor seria obrigado a implementá-los necessariamente. Esta interpretação colocaria em situação de ilegalidade, imediatamente, milhares de gestores que não têm como concretizar todo o rol de direitos previstos, pelo direito brasileiro, para a integralidade da população.

Em terceiro lugar e principalmente, porque no mais das vezes uma decisão administrativa consistirá em privilegiar direitos de alguns administrados em detrimento de outros. Pense-se na judicialização da saúde: num contexto real de finitude orçamentária, conceder determinado tratamento médico excessivamente custoso a um cidadão implicará necessariamente o desfalque orçamentário que *prejudicará* o atendimento a outros direitos de outros cidadãos. Dito de outro modo, haverá quase sempre direitos em conflito – e esta pode, inclusive, ser a “dificuldade real” enfrentada pelo gestor público no caso concreto. Neste contexto, supor que a lei tenha determinado aprioristicamente que “direitos não podem ser afetados”, independentemente das circunstâncias do caso concreto, simplesmente não é realista, nem é razoável.

Tem-se, portanto, que, na letra do *caput* do art. 22 da LINDB, a interpretação de normas de gestão pública exigirá a consideração dos obstáculos e dificuldades do gestor, das exigências das políticas públicas a seu cargo, e *também* dos direitos dos administrados.

### 3. O SEGUNDO BLOCO: A CONTEXTUALIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES

*§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.*

*§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.*

No projeto original produzido pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto e apresentado ao Congresso pelo Senador Antonio Anastasia, o art. 22 (que era o art. 21), tinha apenas o caput e o primeiro parágrafo (então parágrafo único). Os parágrafos segundo e terceiro foram inseridos por emenda da Relatora Senadora Simone Tebet, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.<sup>34</sup> Não tendo sido previstos no projeto original, é natural que estes dispositivos gerem dificuldade interpretativa um pouco maior e exijam mais cuidado para a sua compreensão.

### 3.1. O propósito declarado da emenda: critérios para a dosimetria das sanções

Uma das principais bússolas interpretativas de um dispositivo consiste em investigar as razões que levaram à sua positivação. A este respeito, o exame do chamado “histórico legislativo” não produz conclusões definitivas<sup>35</sup>, mas pode ser esclarecedor.

No relatório em que propôs a emenda, a Senadora Simone Tebet assim a justificou: “Consideramos que a norma é não só conveniente, mas também oportuna, pois, a partir dela, o exercício da função dos órgãos controladores deverá levar em conta a realidade do gestor fiscalizado. Um ponto positivo dessa alteração é a exigência de explicitação de critérios – mínimos que sejam – para a dosimetria de sanções administrativas, tema ainda pouco debatido, mas causador de muitos problemas práticos. Cremos, porém, ser possível aperfeiçoar o dispositivo, para nele incluir dois parágrafos com o objetivo de tratar mais detalhadamente sobre a dosimetria em matéria de direito público. Para tanto, utilizamos, com pequenas adaptações, o texto do caput do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, reconhecido como um dispositivo que trata do tema de forma apropriada, inclusive para proibir o *bis in idem*”.

O foco da senadora, portanto, estava na “exigência de explicitação de critérios (...) para a dosimetria de sanções administrativas”. A preocupação casa com a de parte da doutrina, que denunciava a pouca atenção à dosimetria no direito administrativo sancionador.<sup>36</sup> Assim, por exemplo, Juliana Bonacorsi

<sup>34</sup> Senado Federal, Parecer (SF) n. 22, de 29 de março de 2017, Relatora Senadora Simone Tebet.

<sup>35</sup> Sobre a polêmica relativa ao uso do histórico legislativo para desvendar o sentido de uma lei, v. Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016, capítulo 2.2.

<sup>36</sup> Esta circunstância é particularmente problemática em função da expansão dos poderes sancionatórios da administração pública. Cf. Alice Voronoff, *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

de Palma aponta que a Lei da Ação Civil Pública não traz qualquer critério de dosimetria, enquanto a Lei de Improbidade Administrativa se limita a listar como parâmetros decisórios “a extensão do dano” e o “proveito patrimonial do agente”.<sup>37</sup> Irene Nohara, citando Celso Antonio Bandeira de Mello, reporta que a individualização da pena é normalmente levada em consideração nos casos de sujeição especial<sup>38</sup>, mas não é habitual nas sanções mais genéricas, como aquelas resultantes da aplicação do poder de polícia.<sup>39</sup>

Esta exigência explícita de dosimetria contida na lei reveste-se de um aspecto substancial e um aspecto procedimental.

### 3.2. O aspecto substancial: a contextualização também nas sanções

Do ponto de vista substancial, o que os dispositivos exigem é a aplicação da lógica da contextualização *também* às sanções administrativas. A preocupação subjacente é a mesma que perpassa todo o projeto (e que marca em especial o art. 22): a atenção às circunstâncias fáticas que informam (e que devem informar) qualquer atuação administrativa. No caso específico das sanções, a preocupação é particularmente relevante porque se trata de grave interferência na esfera pessoal dos cidadãos que se dá de forma retrospectiva e temporalmente distante das circunstâncias práticas que determinam a sua adequação e proporcionalidade.

Como no caso dos dois primeiros dispositivos do art. 22, os dois últimos também devem ser lido conjuntamente. Somadas as suas determinações, eles exigem que, na aplicação de sanções, sejam considerados: (i) danos para a administração, (ii) agravantes, (iii) atenuantes, (iv) antecedentes do agente e (v) outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo que lhe tenham sido aplicadas.

<sup>37</sup> Juliana Bonacorsi de Palma, “A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas”, disponível em: <http://www.sbdp.org.br>.

<sup>38</sup> Dois exemplos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: MS 7.983-DF, 3a S., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 23.2.2005, DJ 30.3.2005: “A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, no universo amplo das irregularidades apuradas, em seu todo, consideradas as peculiaridades da espécie”. MS 8.693/DF, 3a S., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23.4.2008, Dje 8.5.2008: “No exame da razoabilidade e da proporcionalidade da demissão da impetrante, verifica-se que a autoridade coautora se distanciou de tais postulados, pois, consideradas as particularidades da hipótese em apreço, aplicou penalidade desproporcional à conduta apurada, em desobediência ao comando do art. 128 do Regime Jurídico dos Servidores Federais”.

<sup>39</sup> Irene Patricia Nohara, LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público, Curitiba: Juruá, 2018, pp. 31-32.

### 3.3. O aspecto procedimental: a motivação reforçada

Sob uma perspectiva procedimental, a inserção dos dispositivos vai na linha de outros dispositivos do projeto que exigem uma “motivação reforçada” ou “qualificada” da atuação pública (das esferas administrativa, controladora e judicial), ao especificarem aspectos que devem ser objeto de menção específica. Enquanto o artigo 21 exige indicação “expressa” das consequências jurídicas e administrativas esperadas para uma dada decisão, o art. 22 requer consideração das circunstâncias mencionadas no tópico acima, no momento da fixação da sanção administrativa. Assim, para que se dê efetividade a este dispositivo e se respeite o seu propósito, não será suficiente que estas circunstâncias sejam consideradas “implicitamente”; devem vir expressas na motivação do ato sancionador.

### 3.4. Quais os destinatários das sanções mencionadas nos dispositivos?

Os dispositivos em foco estabelecem algumas regras para a aplicação de sanções, mas não são claros sobre seu âmbito de aplicação: referem-se a sanções aplicáveis apenas a gestores e funcionários públicos ou a quaisquer cidadãos? José Carlos Berardo sugere que, “pela boa técnica legislativa”, como os parágrafos estão inseridos em artigo cujo caput se refere a normas de gestão pública, talvez o mais adequado fosse interpretar as disposições como atinentes exclusivamente às sanções aplicáveis ao gestor público.<sup>40</sup>

Esta não é a melhor interpretação. Em primeiro lugar, porque o art. 22 não se refere exatamente a “normas de gestão pública”, mas, mais precisamente, à “*interpretação e aplicação* de normas de gestão pública”. Assim, a inclusão neste artigo de dois parágrafos que regem a *aplicação de sanções* reflete a compreensão de que normas sobre sanção são normas de gestão pública.<sup>41</sup> A LINDB dá, neste artigo e em outros, várias demonstrações de estar associada à corrente do direito administrativo sancionador que entende as sanções administrativas como *técnicas de gestão ou de regulação*. As sanções não são

<sup>40</sup> José Carlos Berardo, “Brasil oficializou o bis in idem - e todo mundo está quieto”, Revista Consultor Jurídico, 20/06/2018, disponível em [https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto#_ftn1), acesso em 15/09/2018.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, Alice Voronoff, para quem a sanção é “medida de gestão, que deve estar integrada às atividades materiais a cargo do administrador a título de ferramenta a mais — ao lado de outras, como estratégias de fomento, persuasivas e preventivas — em busca da efetividade e eficiência (...) Isso exige que se avalie se a sanção administrativa é uma resposta correta no exercício no contexto específico em que foi inserida e se foi calibrada (em tese e em concreto) de modo apropriado” (in *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 318).

vistas numa lógica retributiva, mas gerencial. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos autores da lei, e de Rafael Vêras de Freitas: “[a sanção administrativa] tem por objetivo, antes, dissuadir e conformar a conduta do administrado e conformá-la a determinada pauta regulatória— uma das facetas de uma regulação responsiva, por assim dizer. Punir é apenas uma das formas de disciplinar”.<sup>42</sup> É também esta ótica que explica o foco dado pelo projeto à consensualidade, com a celebração de compromissos para fins de sanar eventuais irregularidades, prevista no art. 26. Ao invés da punição retrospectiva e retributiva, a maior atenção à finalidade de correção e regulação de comportamentos eventualmente desviantes.

Além disso, a compreensão de que se trata de dispositivo unicamente aplicável às sanções para gestores públicos tornaria desnecessário o parágrafo segundo, cuja redação é quase idêntica ao art. 128 da lei n. 8.112/90 – esta sim aplicável apenas aos gestores e servidores públicos. As únicas diferenças – bastante reveladoras – residem na utilização das expressões “penalidades” e “antecedentes funcionais” no caso do estatuto dos servidores públicos, e “sanções” e “antecedentes do agente” no caso da LINDB. Parece claro que a função do parágrafo segundo é ampliar para a generalidade das sanções administrativas a disciplina antes prevista explicitamente apenas para as sanções disciplinares.<sup>43</sup>

### 3.5. A polêmica do *bis in idem*

Uma das polêmicas recentes mais relevantes do direito administrativo sancionador concerne a possibilidade do *bis in idem*: a cumulação de sanções ao mesmo sujeito, pelo mesmo fato.<sup>44</sup> Como se viu acima, esta preocupação esteve presente na justificativa da Senadora Simone Tebet. Segundo ela, a introdução dos dois dispositivos que sugeriu (inspirados no caput do art.

<sup>42</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, “O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador”, *Revista Consultor jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniaio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>, acesso em 11/09/2018.

<sup>43</sup> É também a opinião de Irene Patrícia Nohara, LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público, Curitiba: Juruá, 2018, pp. 31-32.

<sup>44</sup> A polêmica se acirrou no contexto da assinatura de diferentes acordos de leniência com grandes empreiteiras para a obtenção de informações relevantes para o combate à corrupção. É que a admissão de que as diferentes instituições públicas com capacidade punitiva poderiam impor diferentes penalidades reduziria drasticamente a atratividade destes acordos para as empresas.

128 da lei n. 8.112/90) tratariam tema “de forma apropriada, inclusive para proibir o *bis in idem*”.

Acontece que a redação proposta – e positivada – não *proíbe* o *bis in idem*, mas apenas prevê que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Ou seja, na disciplina estabelecida pela lei, a sanção anterior *impacta o quantum da sanção posterior*, mas aquela não impede esta.

A solução legislativa foi fortemente criticada por José Carlos Berardo, para quem, a despeito das intenções da senadora que sugeriu a inserção dos dispositivos, eles teriam legitimado (ao invés de proibido) o *bis in idem* no direito brasileiro. Esta é uma maneira de ver as coisas. Mas há outra, mais otimista.

Sob uma perspectiva estritamente pragmática (que perpassa toda a lei), a luta contra o *bis in idem* não foi comprometida pela inserção deste artigo. É que os argumentos contrários ao *bis in idem* são de ordem constitucional. A ideia seria a de que sanções de mesma natureza, para o mesmo sujeito, pelo mesmo fato, violariam a Constituição.<sup>45</sup> Esta batalha, portanto, pode continuar sendo travada. Caso vencida, implicaria a inconstitucionalidade do art. 22, § 3º. Enquanto esta batalha não esteja ganha, no entanto, o § 3º oferece um paliativo para as duplicações de sanções que já existem e que são realidade: a partir de agora, caso haja duplicidade de sanções de mesma natureza, a segunda sanção deverá ser aplicada tendo-se em conta a primeira. Uma hipótese seria a de um cartel em licitação que venha a ser punido pela CGU com base na legislação anticorrupção, e que venha a ser posteriormente punido pelo CADE com base na legislação de proteção à concorrência. O CADE teria, por força da nova lei, que *considerar a sanção anterior* no momento de estabelecer o *quantum* da sanção que aplicaria.

Esta visão mais otimista vai na mesma linha daquela sugerida por um dos autores da lei, em artigo em coautoria: “A duplicidade de sanções não deve ser tolerada, muito menos legitimada. O que não evita que ela exista. Algo inevitável, diante da independência das instâncias competentes para punir, prevista no ordenamento jurídico pátrio (por exemplo, no artigo 125 da Lei 8.112/1990) que enseja que um mesmo agente possa ser responsabilizado funcional, administrativa, cível e criminalmente. Ciente disso, a nova LINDB

<sup>45</sup> Nas palavras do José Carlos Berardo, por incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito (in “Brasil oficializou o *bis in idem* - e todo mundo está quieto”, Revista Consultor Jurídico, 20/06/2018, disponível em [https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto#_ftn1), acesso em 15/09/2018).



vai de encontro aos efeitos provocados pelo *bis in idem*. Um exemplo ilustra o exposto. Cogite-se da hipótese em que um agente público seja sancionado, em âmbito disciplinar, por ter atuado, com desídia, num processo administrativo licitatório que veio a ter a sua nulidade decretada. Nesse exemplo, caso este mesmo agente ocupe o polo passivo de uma ação de improbidade administrativa, ajuizada com base no mesmo fato (causa pedir), de acordo com o novel diploma, o magistrado terá de levar em consideração, por ocasião de eventual sentença condenatória, a punição administrativa pretérita. Reiteramos que o *bis in idem* já foi consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. É uma realidade. O que o parágrafo comentado pretende é atenuar, com base no racional pragmático de toda a Lei 13.655/2018, os seus deletérios efeitos para os administrados<sup>46</sup>.

De um ponto de vista de política legislativa, é possível que os autores da lei tenham antevisto uma esperada dificuldade para aprovar um enunciado que determinasse o fim do *bis in idem*. Trata-se de dispositivo hipotético que produziria uma enorme consequência institucional, limitando significativamente a competência das mais diversas entidades dotadas de poder sancionador. Seria sem dúvida uma das mais polêmicas previsões de um projeto de lei que já encontrou resistência significativa. Assim, é possível que tenha sido feita uma opção consciente por uma solução paliativa, ao invés de solução alguma.<sup>47</sup>

Nesta leitura, portanto, o artigo 22 oferece um atenuante para a situação atual, ao tempo em que não compromete a luta pelo reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

<sup>46</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, “O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador”, Revista Consultor Jurídico, 25/07/2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>.

<sup>47</sup> Outra interpretação possível é a de que, a despeito da intenção expressa pela Senadora Simone Tebet, os autores da lei tenham de fato preferido manter o viés de contextualização que marca todo o projeto. Assim, ao invés de determinar a eliminação integral da possibilidade de cumulação de sanções, optaram por deixar nas mãos do aplicador final da lei o poder de avaliar a adequação das medidas sancionatórias, em função das circunstâncias do caso concreto. Caberá a este aplicador (por exemplo, o segundo eventual sancionador) avaliar se, dada a primeira sanção já aplicada, ainda haveria espaço para outra. Em alguns casos, por exemplo, em que a primeira sanção se tratou de sanção pecuniária de pequena monta, não é totalmente óbvio que uma segunda sanção de mesma natureza seria *necessariamente inconstitucional*, apenas porque se tratou de sanção posterior. Talvez o projeto tenha entendido que esta avaliação deverá caber ao aplicador último do direito, e que vedar a segunda sanção de antemão seria negar a contextualização que é relevante para todo o projeto.

**BIBLIOGRAFIA**

- ARAGÃO, Alexandre Santos. “Artigo 21”, in Flávio Henrique Unes Pereira (coord.), *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*, Brasília, Senado Federal, 2015.
- BERARDO, José Carlos. “Brasil oficializou o bis in idem - e todo mundo está quieto”, *Revista Consultor Jurídico*, 20/06/2018, disponível em [https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto#_ftn1).
- BREYER, Stephen *et alli*, *Administrative law and regulatory policy: problems, text and cases*. 6. ed. Aspen, 2006.
- GAETANI, Francisco. “O mundo jurídico virou a principal fonte de insegurança jurídica”, *Jornal Valor*, 21/04/2018.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, Site Direito do Estado, seção Colunistas, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016.
- JORDÃO, Eduardo. “Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil”. In: Arnaldo Wald; Marçal Justen Filho; César Augusto Guimarães Pereira. (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- JORDÃO, Eduardo. “Cobrança por bagagem: o que diz o direito?”, *Jota*, 24/03/2017, disponível em <https://www.jota.info/stf/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>.
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Mauricio Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, p. 180-209, 2017.
- JORDÃO, Eduardo; ROSE-ACKERMAN, Susan. “Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review”, *Administrative Law Review*, v. 66, p. 1-72, 2014.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gukbenkian, 1997.
- LEAL, Fernando. “Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana”, *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 7, 2007, p. 49 e ss.

- LIMA, João Emmanuel Cordeiro. “As mudanças da LINDB e seus efeitos positivos no licenciamento ambiental”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/joao-emmanuel-efeitos-lindb-licenciamento-ambiental>.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; *et alli*, “Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017”, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. “O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador”, *Revista Consultor jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>, acesso em 11/09/2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos. “A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo”, *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2014, n. 265, jan. / abr. 2014.
- NEVES, Marcelo. “Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz Iolau. In: José Augusto Costa et alli (orgs.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, t. II, 2013.
- NOHARA, Irene Patricia. LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público, Curitiba: Juruá, 2018, pp. 31-32.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. “Hiperativismo do controle versus inércia administrativa: Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo”, Jota, 18/04/2018, disponível em <https://www.jota.info/opinio-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>.
- OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. “*Por uma administração pública eficiente com respeito à lei*”, disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/por-uma-administracao-publica-eficiente-com-respeito-a-lei/>, acesso em 30/4/2018.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. “A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas”, disponível em: <http://www.sbdp.org.br>.
- REIS, Tarcila; MONTEIRO, Vera. “Os tipos de gestores públicos”, Jota, 13/09/2018, disponível em <https://www.jota.info/opinio-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>.
- SCAFF, Fernando Facury. “Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB”, disponível em <https://www.conjur.com.br>.

br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb, Acesso em 15/09/2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. “O PL 7448/17 e o resgate da essência da juridicidade”, disponível em <https://estacio.academia.edu/VaniceRegina>.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, *Revista Direito GV*, São Paulo, 412, p. 539-568, jul/dez 2008.

## THE THREE DIMENSIONS OF ADMINISTRATIVE LAW<sup>1</sup>

---

### 1. INTRODUCTION

My claim is that administrative law has three dimensions: legal, managerial and political. I intend to present them and to discuss their relations with each other. I also plan to show how the tridimensional framework can be helpful and contribute to the development of this branch of law.

The word “dimension” has a few different meanings. I use it here as a synonym of *element*, *aspect* or *component* of a complex whole. One of the goals of this paper is precisely to assert that a full understanding of administrative law issues and debates requires attention to all these aspects. In any case, the problem that I will address here has been treated under different labels elsewhere. In one recent example, Cass Sunstein and Adrian Vermeule talk about the “multiple aims” of Administrative Law.<sup>2</sup> They denounce the fact that some decisions of the US Supreme Court suppose, on the contrary, that this branch of law serves a single goal. Despite the different terminologies used, it is possible to equate the theoretical concerns of these two Harvard Law professors with at least part of mine, as I will show later. I myself have referred to the problem I am addressing now as the “three different goals” of administrative law.<sup>3</sup> On the other hand, other studies - one of which I have co-authored with Susan Rose-Ackerman - already referred to these same

---

<sup>1</sup> Este artigo foi originalmente publicado na *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, nº 75, em 2019.

<sup>2</sup> Cass Sunstein & Adrian Vermeule, *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*, *The Supreme Court review* 2015(1): 41-88. The aims they cite are: preventing the abuse of power, promoting the rationality of policymaking, democratic participation and political accountability, and the promotion of overall welfare.

<sup>3</sup> Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016 (Portuguese version of my PhD dissertation); or Eduardo Jordão, *Le juge et l'administration: entre le contrôle et la deference*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (French version of my PhD dissertation).

three-dimensionality, but claimed they were elements of the *accountability*<sup>4</sup> or elements of the *legitimacy*<sup>5</sup> of the State, rather than elements of administrative law itself.<sup>6</sup> Finally, there are intersections between the concerns of this paper and those of some works published in my home country Brazil that try to identify *the* peculiar legal regime of administrative law.<sup>7</sup>

The tridimensional conception of administrative law provides relevant analytical uses. First, it allows one to understand the dilemmas involved in each administrative choice. Second, it gives meaning to the differences found in the solutions that different jurisdictions give to similar legal problems. Third, it permits to identify and rationalize historical fluctuations that happen inside the same jurisdiction. Fourth, the tridimensional framework has the merit of overcoming a monistic conception of administrative law, which for long fails to capture the complexity of contemporary public administration. And it can open room for a more realistic justification of options inside administrative law. I will develop these points further.

## 2. WHICH DIMENSIONS?

Administrative law has a legal, a managerial and a political dimension. In this first section I will try to explain each of them. First of all, it might seem odd to claim that *only one aspect* of administrative law is legal in nature. To be sure, every part of administrative law is legal *in the specific sense* that they are elements of a branch of the legal system. I could call this first sense a *first level* legal nature. All the dimensions I cite below share this *first level* legal

---

<sup>4</sup> Jerry L. Mashaw, *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*, 1 *Revista Direito GV* 153 (2005).

<sup>5</sup> Eduardo Jordão & Susan Rose-Ackerman, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*, 66 *Admin. L. Rev.* 1 (2014).

<sup>6</sup> In the same vein, Bruce Ackerman refers to three ways in which institutions can legitimate their action, and his classification, though more readily concerned with constitutional law, is similar to mine: democratic legitimacy, functional specialization and fundamental rights (in *The New Separation of Powers*, 113 *Harvard Law Review* 633, 639-640 (2000)). In his own words: "I return repeatedly to three legitimating ideals in answering the question, "Separating power on behalf of what?" The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny".

<sup>7</sup> See, for example, Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 13. ed., São Paulo, RT, 2018, chapter 1; and Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 33. ed, São Paulo, Malheiros, 2018, chapter 1.

nature. However, the norms of administrative law regulate different kinds of issues – and some of them are *more intrinsically legal* than others. I could then say that they are *legal in a second level* – a level in which the other norms will have other natures. Try to compare, for example, a rule that establishes the right to petition government for redress of grievances with a rule that creates and organize the action of a regulatory agency. The first one can at least relatively be more appropriately called legal than the second, given that it is more directly connected to legal issues.

At the end of the day, what I mean when I say that Administrative law has three dimensions is that *there are reasons of three different natures that justify the regulation of administrative action*. In short, there are legal, managerial and political reasons to regulate the public administration.

## 2.1 The legal dimension

Public administration is in constant relationship with citizens and private companies. It establishes with them contractual relationships, it expropriates some of their assets, it manages and allocates resources on their behalf, it is responsible for regulating their freedom and their exercise of private activities, it applies fines and other kind of sanctions to them and it even competes with them in some markets. This close and continuous contact generates tensions. In short, administrative action interferes in the private domain, affects citizen's interests and can violate rights. The first dimension of administrative law encompasses efforts to regulate this relationship and to protect the rights of the citizens.

This dimension is salient in rules that limit government action and provide room for action and liberty of individuals, such as those that define the jurisdiction and the powers of administrative agencies. But this aspect of administrative law is also easily captured in efforts to *prevent* violations of individual rights. There is a whole set of rules that (i) create institutions to review administrative action (such as administrative courts, ombudsmen, court of accounts) or (ii) establish procedural tools to prevent or stop potentially harmful administrative actions (different types of actions, such as civil action or class action, and internal procedural mechanisms, such as injunctions and protective measures).

Likewise, the legal dimension of administrative law is clear in rules of a financial nature, such as those providing for the management of public resources. Take for example the rules on public procurement in general, or specifically those that set debt limits for public entities establishing long term contracts. Regarding the first, it is fairly common to predict objective criteria

to guide the acquisitions of goods and services, to ensure for example that no provider of goods or services will be favored for their close relationship with officials. With regard to the provisions that set limits on public indebtedness, there is a clear element of public resources protection. These standards are common in long-term contracts in which public administration have financial obligations, such as in the so-called public-private partnerships.

In all the above examples, the legal dimension was revealed through rules that establish a *negative obligation* to public administration: it must *avoid* doing something (i.e. violating rights). But it is also possible to identify efforts to protect the rights of citizens in rules that determine a *positive action* from administrative entities. The most obvious example comes from the obligation to repair damages caused by public entities. In this case, as a result of a violation of rights, comes an obligation to compensate. But there are other, less obvious examples. Think about the promotion of legal certainty and the protection given to the legitimate expectations of persons in their relationship with public bodies. The government has a duty to provide a consistent and predictable state of affairs in which private activities can be developed appropriately.

The legal dimension is identifiable in efforts to promote the lawfulness of administrative action. But it goes beyond that. In some cases, administrative law will protect the rights of citizens even in the absence of any unlawful action from the government. The best-known example of this hypothesis is called the “theory of unequal public charges”, which preaches the need for repair when a public measure, although lawful, caused particularly significant damage to specific citizens.

## 2.2 The managerial dimension

The public administrator does not act on his own behalf. He is a servant of the citizens, to whom he provides benefits of different natures, such as the regulation of risky activities, the direct provision of certain economic activities, the competitiveness of the markets or the stability of financial markets. The second dimension of administrative law is directly linked to this circumstance. It comprises the efforts to ensure that these benefits of different natures are provided *efficiently* by the public administration.

It is possible to spot this dimension in efforts to equip the public administration. These measures are intended to structure the administrative apparatus so that it can properly perform its duties. This concern is particularly easy to identify in the course of major changes in the model of the State. Thus, for example, administrative law created the institute of “public enterprises”



so that the State could perform its business activity more efficiently. This legal innovation (and the expansion of its use) preceded the accentuation of state intervention in the economy - for example, in the post war periods. Similarly, administrative law created the institute of “regulatory agencies” so that the State could perform more efficiently its regulatory activity. Hence the progressive explosion of these structures at the same time that the States withdrew from direct intervention in the economy to act as arbitrators of private actors in competition.

In addition to these examples of macro legal innovations, there is a whole range of micro measures, sometimes internal to administrative authorities, in order to make them better able to perform their duties. Take, for example, the rule according to which the mandates of the members of a regulatory agency must not be coincident. This is a strategy to insulate the agencies from the political arena, ensuring that their action is of a technical nature – an institutional design that is more suitable to their duties.

But the managerial dimension can also be identified in measures aimed to broaden the range of possible administrative actions, giving agencies greater flexibility to meet certain public needs. A recent example: in many countries with civil law tradition (such as France and Brazil), governments were not allowed to enter into agreements such as public private partnerships, until the law explicitly established such a possibility.

### 2.3 The political dimension

The public administration makes numerous *autonomous* choices within the liberty explicitly granted by law or resulting from its indeterminacy. These choices have a political nature, at least in a weak sense.<sup>8</sup> They convey some kind of weighting of conflicting interests. It is indeed often necessary to prioritize some of them, to the detriment of others. Take for example the decision to expropriate certain residential houses for the construction of a university town, or the decision to build a high-speed route inside a public park, or the choice of a national technological standard for digital television.

In these and many other cases, the government will have to make difficult choices, benefiting some citizens and disadvantaging others. In those cases in which it operates in a political or quasi-political function, it is important

---

<sup>8</sup> In *Pauley v. Bethenergy Mines, Inc.*, 501 U.S. 680, 696 (1991), the US Supreme Court famously affirmed that “the resolution of ambiguity in a statutory text is often more a question of policy than of law”.

to discuss the legitimacy of the options taken by the public administrator. Administrative law does not stand at the edge of this concern: it also has a *political dimension*. The intent to ensure the legitimacy of these administrative choices is clear in measures of two kinds.

First, in efforts to make administrative action adherent to the wishes of the people. Take for example the proliferation of rules requiring (or regulating) the participation of citizens in rules made by administrative authorities. The openness to public participation serves to ensure that their wishes are heard and that the resulting administrative decision is reasonably informed by these inflows.

Second, in initiatives aimed at ensuring *transparency* of administrative action. Think about the rules on publicity or reason giving in administrative decisions, as well as rules concerning access to documents held by public bodies. They are ways to guarantee the legitimacy of administrative action through the dissemination of its most important aspects.

### 3. RELATIONS AND INTERFERENCES ACROSS THE DIMENSIONS

The three dimensions presented above are not separate realities. They converse with each other, and this may produce either a mutual reinforcement or the weakening of one dimension to the benefit of the other. In short, the attention to one dimension can *bolster* or *undermine* another.

#### 3.1. Mutual reinforcement

First of all, one measure or rule of administrative law can be interpreted as an expression of different dimensions. Thus, for example, the rules that predict the participation of citizens in the proceedings prior to the implementation of any regulation serve both to increase the democratic legitimacy of the administration (*political dimension*), and to contribute to its quality (*managerial dimension*). The data gathered by the public administration with the participation mechanisms can serve to inform the officials of technical aspects that are essential for an *effective* regulation. But this mechanism also gives them the relevant information about the *preferences* of the citizens, which is essential to the production of a *legitimate* regulation, from a political perspective.

A second possibility is similar to the first, but not entirely equivalent. This is the case where measures aimed at reinforcing a particular dimension end up bolstering (laterally, additionally) also another one. Thus, for instance, it seems that the purpose of the rules on State liability is the protection of the

rights of the citizens (*legal dimension*), with the redress for damages caused to them. But the duty to compensate also generates positive consequences for the administrative efficiency (*managerial dimension*). This is so because we can assume that the administrative authorities will seek to improve their activities to prevent further violations of rights that would result in obligations to repair.

### 3.2. Clashing dimensions

More problematic are the cases in which the efforts towards one specific dimension end up undermining others. In these cases, a balance between these conflicting objectives will be necessary, with the option of privileging one over the other. This weighting and this option may be explicit or implicit, intentional or unintentional - but it cannot be escaped. Any decision taken will necessarily correspond to a specific balance between these clashing dimensions.

Take the example of the judicial review of administrative action. Efforts to control the public administration are particularly related to the protection of the rights of the citizens, and thus to the reinforcement of what we have called the *legal dimension* of administrative law. Indeed, it is reasonable to expect that the more intense and more frequent the review, the more protected citizens will be against eventual violations of their rights. These efforts toward this dimension, however, may affect the others. In the case of the judicial review of public administration, the most widespread argument in this regard is that an intense judicial intervention in the decisions of public administration could undermine the efficiency of administrative action. A reinforcement of the *legal dimension* could then jeopardize or weaken the *managerial dimension*.

First, the judicial intervention can disrupt and compromise the performance of administrative agencies in different ways. It can limit the range of their options, damaging their flexibility. It can affect the proper time of their action, by imposing unnecessary constraints, making their action too costly and causing their paralysis.<sup>9</sup> It can affect the coherence of their regulation, by voiding only partially or regionally the measures they have taken.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> See Thomas O. McGarity, "Some Thoughts on 'Deossifying' the Rulemaking Process", 1992 Duke L.J. 138; Richard J. Pierce Jr., "Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking", 47 Admin. L. Rev. 59 (1995) and Marcello Clarich, "Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario", Foro amministrativo: TAR, 2002, pp. 3858-3871.

<sup>10</sup> On the problem of the "balkanization of administrative law", see Clark Byse "Judicial Review of Administrative Interpretation of Statutes: an analysis of Chevron's Step Two", 2 Admin. L.J. 255 (1988) and Douglas W. Kmiec "Judicial Deference to Executive Agencies and the Decline of the Nondelegation Doctrine", 2 Admin. L.J. 269, 282 (1988). On the problems of the partial

Second, judicial intervention may end up conveying less efficient public decisions.<sup>11</sup> This risk would result from the substitution of the agency's decisions by those of the courts. In these cases, considering that the agency is usually better placed to take that particular technical decision, for example, there is a potential loss of efficiency in the fact that the decision will be allocated to an institution less able to make it. Basically, here it would be the courts themselves - and not the public administration - offering certain utilities for the citizens. The risk is that they would potentially do it less efficiently, given their comparatively low institutional skills.

These considerations imply that advances in judicial review, despite potentially generating greater rights protection, tend to diminish administrative efficiency. When deciding how much review to allow in a given jurisdiction, this trade-off is unavoidable, even if it is made implicitly. For any option made, there will necessarily be an underlying weighting between these conflicting dimensions of administrative law.

Consider as an example the Chevron Doctrine, established by the American Supreme Court in 1984. According to this doctrine, the issues for which the law does not provide clear answer should be construed by administrative authorities – and give rise to judicial intervention only when such constructions are *impermissible* or *unreasonable*.<sup>12</sup> The Supreme Court justifies its orientation as a means to allocate decision-making power to the agencies by virtue of their greater political legitimacy and greater technical expertise, when compared to the courts.<sup>13</sup> It is undisputable, however, that this is done at the expense of a greater protection of rights that could arise from an alternative solution.

---

voiding of a regulatory policy, see Eben Moglen e Richard J. Pierce Jr, *Sustein's New Canons: Choosing the fictions of statutory interpretation*, 57 U. Chi. L. Rev. 1203, 1239-1243 (1990) and Peter Strauss, *One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 Columbia Law Review 1093 (1987).

<sup>11</sup> See Stephen Breyer, "Judicial Review of Questions of Law and Policy", 38 Admin. L. Rev. 363 (1986).

<sup>12</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), at. 842-843: "First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute".

<sup>13</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984).

To define how and when the courts should defer to the decisions of the public administration, each jurisdiction will devote a specific weighting to these contrasting dimensions. French administrative courts opt for a solution that is the exact opposite of the Chevron Doctrine. In France, ambiguous legislations are to be ultimately construed by the courts.<sup>14</sup> There is no deference to statutory constructions put forward by administrative agencies. Courts will look for *errors of law* (“erreurs de droit”), subjecting the agency construction to an unlimited standard of review.<sup>15</sup>

One way to understand the differences between French and American Law is precisely to read them as a result of the privilege of different dimensions, as I will show in the next item.<sup>16</sup> For now, I should add that this circumstance implies that it is nonsense to talk about “best solutions” in the abstract. We could, of course, talk of a best solution if we keep constant a particular dimension. Then we could say that one solution is preferable because it will reinforce this given dimension. We can also assign superiority to an alternative on the grounds that it establishes a specific weighting of the dimensions that is convenient in the face of historical, political or social aspects of a given jurisdiction. Imagine, for example, a jurisdiction marked by a history of abuses of power committed by the public administration (for example, in a context of authoritarian governments). This circumstance can justify a privilege of the first dimension over the others, for example. But it is puerile to advocate for the superiority of one solution *in the abstract*.

<sup>14</sup> See, for example, the case CE, 31 mai 2000, Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon, in which the Conseil d’Etat gives no deference to the interpretation that both the Antitrust Authority and the Minister of Economic Affairs had given to a specific term of the antitrust legislation. In the words of the then commissaire du gouvernement Francis Lamy: “En exigeant dans la présente affaire qu’une entreprise commune ait tous les attributs d’une société autonome pour être qualifiée de concentration le ministre s’est en réalité rallié à la doctrine du Conseil de la Concurrence, ce qui naturellement ne vous dispense pas de vous prononcer sur le bien fondé de l’interprétation retenue en l’espèce par le ministre puisqu’elle est critiquée par les requérantes”.

<sup>15</sup> For a longer account of the French orientation, see Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016 (Portuguese version of my PhD dissertation); or Eduardo Jordão, *Le juge et l’administration: entre le contrôle et la deference*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (French version of my PhD dissertation).

<sup>16</sup> Duncan Kennedy, “Political ideology and comparative law”, in Mauro Bussani & Ugo Mattei, (ed.), *Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012: “one way to understand any particular difference between two contemporary legal systems is as the product of different balances between conflicting considerations, be they principles or policies, rights, powers, or whatever”.

I have been using the example of judicial review to illustrate clashes among dimensions. But other examples can be found in different areas.<sup>17</sup> In public procurement, for instance, the more you constrain the liberty of the administrator to purchase goods and services; the more you will be protecting the interest of those that want to offer these goods or services. However, you will probably be doing that at the expense of the managerial dimension. Likewise, with the creation of independent agencies, a government might achieve superior results from a managerial point of view – but there will be a potential loss of political legitimacy.

The tridimensional conception of administrative law does not provide answers for the various dilemmas of administrative law, but it offers a theoretical framework by which to understand and position the varying answers to them.

#### 4. VARIATIONS ACROSS JURISDICTIONS

The attention a jurisdiction pays to a given dimension varies. It would be impossible (i) to prove the prevalence in a specific jurisdiction of a particular dimension over the others or (ii) to demonstrate the greater importance of one specific dimension in a jurisdiction as compared to the importance given to it in another. I can however present some widely shared intuitions about these two points.

On the first one - comparison of the internal relevance of different dimensions in the same jurisdiction -, it is quite clear to someone with legal training in countries with a civil law tradition (such as France, Italy and Brazil) the greater inclination that these jurisdictions devote to the legal dimension. In these countries, the protection of the rights of the citizens is often presented as *the* (sole) purpose of administrative law. Indicative of this prevalence of the legal dimension (or perhaps a consequence thereof) is the relative little deference that judges give to the decisions of the public administration. Judicial deference is a clear example of the legal dimension giving way to the managerial and the political dimensions. Indeed, deference doctrines are usually justified on the grounds that the decision-making should be allocated to the institutions that are better designed to take it from a technical or a political point of view (see item above).

---

<sup>17</sup> For Jerry L. Mashaw, “[t]he stresses involved in balancing accountability regimes show up anywhere and everywhere in administrative law doctrine”, in *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*, 1 *Revista Direito GV* 153, 157 (2005).

In a previous study, I have speculated over the impact of the nature of the legal education to this circumstance. The more dogmatic way to teach law that is common in civil law countries seems to contribute to this prevalence of the legal dimension. The multidisciplinary way to teach law in Anglo-Saxon countries would make the courts in these countries more ready to recognize their own limitations (or the limitations of the legal expertise to address social problems) and more ready to defer to the options of the public administration.<sup>18</sup>

On the second point - comparison of the relevance of the same purpose in different jurisdictions -, few comparative law scholars would contest the intuition that the political dimension is more pronounced in countries of Anglo-Saxon tradition (like the United States, UK and Canada) than in civil law countries. Some key terms and indicators of this particular concern, such as *accountability*, do not even find proper translation outside the English-speaking legal world.<sup>19</sup> There are of course a cross-fertilization process that leads to the export of different traditions and mechanisms - and that hampers this kind of conclusion.<sup>20</sup> However, the identification of these flows (where they originated and to which direction they go) can assist in revealing these different trends. The experience of the European Union is a rich illustration of this reality. Concerns related to access to documents and transparency of European administrative authorities were largely product of an import from British law - and from the European Union Law they have been exported to other Member States.

At this point, a personal anecdote may be illustrative. In an entrance examination for a master's program in Brazil, I came across a direct question: "What is the purpose of administrative law?" The answer I gave was pretty obvious to me at that point, considering my Brazilian legal education: administrative law serves to protect the rights of the citizens against the overarching government. Just over a year later, when I was starting a second master's

<sup>18</sup> Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016 (Portuguese version of my PhD dissertation); or Eduardo Jordão, *Le juge et l'administration: entre le contrôle et la deference*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (French version of my PhD dissertation).

<sup>19</sup> See Denis Choffel & Jérémy Aldrin, *Réflexions autour de la notion « d'accountability » à travers l'application d'une grille d'analyse sur deux études de terrain en management public*, *Gestion et management public* 2015/3 (v.4/n°1).

<sup>20</sup> See Giacinto della Cananea, "I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione", in Giulio Napolitano (a cura di), *Diritto Amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007 and Sabino Cassese, "Le problème de la convergence des droits administratifs: ver un modèle administratif européen?", in *L'État de Droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996.

degree at the London School of Economics, I heard the same question at the inaugural lecture on Administrative Law by Professors Richard Rawlings and Carol Harlow. I was then surprised to realize that the foreign students who attended that course totally neglected my “obvious answer”. They seemed to focus on aspects such as the promotion of accountability or the necessity to organize the public service. My initial estrangement was confirmed over the following years, when I contrasted the table of contents of administrative law textbooks in civil law jurisdictions (French, Italian, Spanish, Portuguese, Brazilian) with those of common law countries like the United States, England and Canada).<sup>21</sup> Themes that were ubiquitous in the latter (such as access to documents and transparency) were virtually ignored (or relegated to minor importance) in the former, where they only recently began to gain relevance.

## 5. HISTORICAL FLUCTUATIONS ACROSS DIMENSIONS

The tridimensional framework is also helpful to spot major changes in the administrative law of a given jurisdiction. The emphasis put in one of the three dimensions fluctuates over time. The history of French Administrative law can illustrate this statement. Over the course of the twentieth century in France, there was a clear move in focus from the managerial dimension to the legal dimension. A more recent trend towards the political dimension can be located in the last two decades – possibly as a consequence of the cross-fertilization movement mentioned above. Let’s see this in detail.<sup>22</sup>

Legal historians dissent on where to locate the origins of French administrative law, but there are two main landmarks: (i) the *ancien régime* and (ii) the *arrêt Blanco*, in 1873. For the purpose of this section, the divergence is irrelevant because in both periods French administrative law was mostly about ensuring the proper functioning of the administrative apparatus. There was a clear focus on the managerial dimension.

Thus, some authors heed the thesis of Alexis de Tocqueville, for whom the origin of French administrative law is to be found in the *ancien régime*, between the seventeenth and eighteenth centuries.<sup>23</sup> By then, the administra-

---

<sup>21</sup> See, for example, Emerson Gabardo, Understanding Brazilian administrative law, the related literature, and education: a comparison with the system in the United States. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, v. 9, p. 371-397, 2015.

<sup>22</sup> For a more comprehensive account, see Marco D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna*, Il Mulino, 1992.

<sup>23</sup> Alexis de Tocqueville, *L’Ancien régime et la révolution*, Paris, Folio, 1985.



tive law architected by the Cardinal of Richelieu was primarily concerned with the structure and the functioning of the royal administration. This was the justification for many of its most characteristic features, such as (i) the hierarchical organization, (ii) the limited decentralization of power; (iii) the creation of the King's Council; (iv) the impossibility to hold the monarch liable for his decisions, since “the king [could] do no wrong”; (v) the incompetence of judicial courts to judge the lawfulness of administrative decisions.<sup>24</sup> The protection of the (very limited) rights of the citizens was clearly a secondary concern.

This tradition did not change soon after the French revolution. The state was then officially under the law, but this still produced very limited rights to citizens. The public administration kept large discretionary powers, the so-called exorbitant prerogatives were maintained and the powers of expropriation were consolidated and expanded. The Constitution of the year VIII provides for the existence of *Préfets* (decentralized administrators), but keeps concentrating power in the central government. In addition, it provides that public officials can only be convicted if the *Conseil d'État* authorizes. The focus on the managerial dimension is also present in the landmark *Arrêt Blanco*, judged by the *Tribunal des Conflits*. Its underlying thesis is precisely that state liability cannot follow the same rules of the civil liability of private persons, so that the government could function properly (“*règles spéciales qui varient suivant les besoins du service*”).<sup>25</sup>

This explains why the creation of the *Conseil d'État* in 1799 was not initially seen as a pro-citizen movement. On the contrary, the *Conseil d'État* was born with the taint of being pro-administration and to favor authoritarianism<sup>26</sup>, a stain that it still tries to get rid of. An exempt observer of its performance on the course of the twentieth century however would have to

<sup>24</sup> See the *Édit de Saint-Germain-en-Laye*, of 1641.

<sup>25</sup> *Tribunal des Conflits*, 8 février 1873, *M. Blanco contre Manufacture des tabacs de Bordeaux*: “Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier.

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; *qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service* et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés”.

<sup>26</sup> This impression was behind Albert Venn Dicey famous criticisms to French administrative law in his “*Studies of the Law of the Constitution*”. On this subject, see Harry Arthurs, “Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979) 17 *Osgood Hall L.J.* 1, and Felix Frankfurter, “Foreword: Current Developments in Administrative Law” (1938) 47 *Yale L. J.* 515.

recognize that it is precisely the *Conseil d'État* which made the (autonomous) move toward the protection of the rights of citizens and gave a new face to French administrative law. During the first decades of the century, it promotes major advances in the domain of review of administrative action, strongly increasing the protection of the rights of citizens. Take, for example, the creation of the concept of *abuse of powers* (*détournement de pouvoir*), the steps to favor the review of errors of fact<sup>27</sup>, the idea of manifest error of appraisal<sup>28</sup>, the cost-benefit analysis in cases of expropriation<sup>29</sup>, and the recognition of implicit principles of law from the 60s.<sup>30</sup> All these steps have been made in the absence of specific legal provisions – a circumstance that proves the efforts of the *Conseil d'État* to expand the protection of individual rights against administrative action.

Such efforts were quite successful. Achille Mestre, an important French administrative law scholar from the beginning of the last century, reports the differences between the administrative law textbooks of 1870 and those of 1920.<sup>31</sup> The former dealt mainly with authorities, councils and courts and discussed rules that restricted individual liberties. No mention was found to concepts such as “state liability” or “abuse of power” in their table of contents. A completely different perspective informs the latter. The textbooks of Hauriou, Duguit and Jèze, for example, were rather focused on the protection of the rights of the citizens. Another revealing fact from the same period was the change in the *fundamental criterium* of administrative law<sup>32</sup> from

<sup>27</sup> CE, 4 avril 1914, Gomel; CE, 14 janvier 1916, Camino.

<sup>28</sup> CE, 15 février 1961, Lagrange.

<sup>29</sup> CE, A, 28 mai 1971, ‘Ville Nouvelle Est’.

<sup>30</sup> Georges Vedel, *Droit administratif*, 9. ed., 1984, p. 444: « les larges pouvoirs de création du droit que possède le juge administratif lui permettent de poser des règles de droit nouvelles qui intègrent à la légalité nombre d'éléments se rapportant à l'opportunité de l'acte... Au point de vue du droit fait, il n'y a jamais contrôle de l'opportunité et du pouvoir discrétionnaire; au point de vue du droit qui se fait, le juge s'assure le contrôle de certains éléments d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire en forgeant des règles de droit qui étendent le domaine de la compétence liée et de la légalité ».).

<sup>31</sup> Apud Marco D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna, Il Mulino*, 1992, pp. 36-37.

<sup>32</sup> By “the fundamental criterium of administrative law” (*le critère du droit administratif*), French administrative law scholars refer to the notion that would justify the application of the exorbitant legal regime of this branch of law. Historically, the two most important theses were those of Maurice Hauriou (*puissance publique*) and Léon Duguit (*service public*). According to the first, what justifies the application of the administrative law regime is the holding, by the government, of the monopoly of force. In the second, what justifies such application is the provision of public services to citizens.

the ideas of “*puissance publique*” and “*actes de gestion*” (both related to the managerial dimension) to the idea of “*service public*” (which is closer to the legal dimension).

After this evolution reported here, a more recent movement can be spotted – one that aims at reinforcing the political legitimacy of administrative action. It is in this domain that we have seen the most spectacular evolution from the 70s and the 80s of the last century. This trend is linked mainly to a procedural strengthening of administrative action, under the influence of the Anglo-Saxon tradition. Two good examples are the law of reason giving in 1979 and the law on the democratization of public inquiries. In the first case, we can see an enlargement of the transparency of public administration, thereafter required to explain the reasons behind some of its decisions. In the second case, we have an effort of opening up for popular participation in administrative decisions. In recent years, this trend has proliferated within the decisions taken by regulatory agencies. In all, we might be experiencing now a move of focus towards the political dimension of administrative law in France.

## 6. THE INSUFFICIENCY OF ONE-DIMENSIONAL JUSTIFICATIONS

One major practical consequence of the tridimensional framework is to cast doubt over one-dimensional justifications of choices in administrative law. I refer to choices made by the legislator, the public administrator or courts in spaces of previous legal indeterminacy. Consider, for example, (i) the choice of the legislator to establish a legal regime for public procurement in one specific domain, (ii) the choice of the public administrator to expropriate residential houses to build a university town, or (iii) the choice of courts to defer to statutory constructions put forth by administrative agencies. All these choices will have to be justified. My claim here is that any justifications that focus exclusively in one of the three dimensions of administrative law are insufficient. A well-justified choice in administrative law needs to recognize potential trade-offs among the dimensions and explain the specific balance that it enshrines.

One-dimensional justifications are fairly common in administrative law. French administrative courts do not recognize that their non-deferential approach to administrative decisions or interpretations of law can lead to suboptimal outcomes from a managerial or political point of view. In *Chevron*, the US Supreme Court did not recognize that its orientation could lead to violations of rights being left unscathed. The author of one-dimensional

justifications will often limit himself to show the benefits his choice promotes to the dimension he is privileging.

In a recently published article, Cass Sunstein and Adrian Vermeule express a similar concern. They denounce that the US Supreme Court has taken some decisions during the last term that assume a single goal of administrative law.<sup>33</sup> Those decisions were exclusively based on the need to prevent abuse of power – a circumstance that, according to the framework I propose here, would place their focus on the legal dimension of administrative law. For example, in one case about the application of judicial deference to agencies interpretations of their own regulations, Justice Scalia wrote that “[w]hen the legislative and executive powers are united in the same person (...) there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner”.

Such an approach is, however, “one sided (...) and offers an irremediably partial (and sometimes downright odd) account of both administrative and constitutional law (...) [T]he U.S. constitutional order in general, and administrative law in particular, attend to other goals and risks as well, and do not take abuse-prevention on the part of the executive as the overriding goal or master principle. Executive abuses are not to be strictly minimized, either as a matter of original understanding or optimal institutional design. Instead, public law in effect trades off the risks of executive abuse against other goals and commitments, including the rationality of policymaking, democratic participation and political accountability, and the promotion of overall welfare - often by means of executive action from public officials, who sometimes display constitutionally legitimate ‘energy’”.<sup>34</sup>

In short, if the prevention of abuse of power is not the only goal of administrative law, we might need to accept some institutional designs that could potentially lead to such abuses, to the extent that they are able to promote these other conflicting goals.<sup>35</sup> In this sense, it will not be enough to justify one decision by claiming that it will undermine *a given* goal or *a given* dimension.

The specific one-dimensionality focused by Sunstein and Vermeule is one that is intuitively expected from Courts. Their favoring of the legal

---

<sup>33</sup> Cass Sunstein & Adrian Vermeule, *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*, *The Supreme Court review* 2015(1): 41-88.

<sup>34</sup> Cass Sunstein & Adrian Vermeule, *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*, *The Supreme Court review* 2015(1): 41-88.

<sup>35</sup> In another article, Adrian Vermeule talks about the ‘Optimal Abuse of Power’ (2015) 109 *Northwestern University Law Review* 673.

dimension can be explained both by the nature of their expertise and as a mechanism of preserving power in their hands. This however does not imply the social convenience of such orientation. In Canada and in the US, many have denounced the downsides of the “supremacy of law”<sup>36</sup> and the moves towards judicial deference were read as a means to privilege the “option for efficiency” previously made with the creation of the administrative state itself.<sup>37</sup>

Finally, one-dimensional justifications often come disguised. The author of the choice (the legislator, the public administrator, the courts) will cherry pick an abstract principle of law or specific provisions, while neglecting those that would point to an alternative solution. In his discourse, the choice is not his – it has been previously established and he is only applying it. Failure to recognize legal indeterminacy is just another manifestation of one-dimensional justifications. In this sense, an important contribution of the tridimensional framework would be to force the recognition of the alternatives and of the trade-offs involved in different decisions. Taken seriously, the tridimensional conception of administrative law would serve to make the justification of administrative decisions more realistic.

## 7. REFERENCES

- ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers, 113 *Harvard Law Review* 633 (2000).
- ARTHURS, Harry. ‘Rethinking administrative law: a slightly Dicey business’ (1979) 17 *Osgood Hall L.J.* 1.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 21. ed, São Paulo, Malheiros, 2006.
- BREYER, Stephen. “Judicial Review of Questions of Law and Policy”, 38 *Admin. L. Rev.* 363 (1986).

<sup>36</sup> See Richard C. B. Risk, “In Memoriam: John Willis” (1997) 47 *U.T.L.J.* 301, 303. See also Cass Sunstein: “Law and Administration after Chevron”, 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2072 (1990): “Indeed, the creation of the administrative state was largely a self-conscious repudiation of legalism. The New Deal reformers believed that modern problems required institutions having flexibility, expertise, managerial capacity, political accountability, and powers of initiative far beyond those of the courts. On this view, the appropriate response of the legal system to the rise of administration is one of retreat”.

<sup>37</sup> See, for example, Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Coleen Flood and Lorne Sossin (coord.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 204, and David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the Process/ Substance Distinction: Baker v. Canada”.

- BYSE, Clark. "Judicial Review of Administrative Interpretation of Statutes: an analysis of Chevron's Step Two", 2 *Admin. L.J.* 255 (1988).
- CASSESE, Sabino. "Le problème de la convergence des droits administratifs: ver un modèle administratif européen?", in *L'État de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996.
- CHOFFEL, Denis; ALDRIN, Jérémy. Réflexions autour de la notion « d'accountability » à travers l'application d'une grille d'analyse sur deux études de terrain en management public, *Gestion et management public* 2015/3 (v.4/n°1).
- CLARICH, Marcello. "Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario", *Foro amministrativo: TAR*, 2002, pp. 3858-3871.
- D'ALBERTI, Marco. *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna*, Il Mulino, 1992.
- DELLA CANANEA, Giacinto. "I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione", in Giulio Napolitano (a cura di), *Diritto Amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007.
- DYZENHAUS, David; FOX-DECENT, Evan. "Rethinking the Process/Substance Distinction: Baker v. Canada.
- FRANKFURTER, Felix. "Foreword: Current Developments in Administrative Law" (1938) 47 *Yale L. J.* 515.
- GABARDO, Emerson. Understanding brazilian administrative law, the related literature, and education: a comparison with the system in the United States. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, v. 9, p. 371-397, 2015.
- JORDÃO, Eduardo; ROSE-ACKERMAN, Susan, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*, 66 *Administrative Law Review* 1 (2014).
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016.
- JORDÃO, Eduardo. *Le juge et l'administration: entre le contrôle et la deference*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 10. ed., São Paulo, RT, 2014.
- KENNEDY, Duncan. "Political ideology and comparative law", in Mauro Bussani & Ugo Mattei, (ed.), *Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012.

- KMIEC, Douglas W. “Judicial Deference to Execute Agencies and the Decline of the Nondelegation Doctrine”, 2 Admin. L.J. 269, 282 (1988).
- MACKLIN, Audrey. “Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Coleen Flood and Lorne Sossin (coord.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*, 1 Revista Direito GV 153, 157 (2005).
- McGARITY, Thomas O. “Some Thoughts on ‘Deossifying’ the Rulemaking Process”, 1992 Duke L.J. 138.
- MOGLEN, Eben; PIERCE JR., Richard, *Sustein’s New Canons: Choosing the fictions of statutory interpretation*, 57 U. Chi. L. Rev. 1203, 1239-1243 (1990).
- PIERCE JR., Richard J., “Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking”, 47 Admin. L. Rev. 59 (1995).
- RISK, Richard C. B. “In Memoriam: John Willis” (1997) 47 U.T.L.J. 301, 303.
- STRAUSS, Peter. *One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court’s Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 Columbia Law Review 1093 (1987).
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*, *The Supreme Court review* 2015(1): 41-88.
- SUNSTEIN, Cass. “Law and Administration after Chevron”, 90 Colum. L. Rev. 2071, 2072 (1990).
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *L’Ancien régime et la révolution*, Paris, Folio, 1985.
- VEDEL, Georges. *Droit administratif*, 9. ed., 1984, p. 444.
- VERMEULE, Adrian, *Optimal Abuse of Power* (2015) 109 Northwestern University Law Review 673.





## A RELAÇÃO ENTRE INOVAÇÃO E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA<sup>1</sup>

---

### I. INTRODUÇÃO

Este artigo corresponde à versão escrita e ampliada da minha intervenção no painel sobre controle da administração pública no “Fórum sobre Inovação no Direito Público: diagnóstico e propostas”, realizado no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) nos dias 7-9 de novembro de 2017.

A interface entre o direito público e a inovação sempre foi relevante. Cada período histórico teve os seus eventos inovadores que chamaram a atenção dos publicistas e impactaram a forma como o direito rege a vida em sociedade, e a relação entre os cidadãos e o poder público. Se algo há de extraordinário agora é a velocidade de cada etapa de inovação. Tão rápidos e disruptivos têm sido estes eventos inovadores que ampliam significante o problema do *gap* entre os fatos e a resposta do direito. A circunstância impele os juristas a refletir não mais apenas sobre o impacto de uma *específica inovação* sobre o direito, mas o impacto de *inovações*, em abstrato, sobre o direito. Multiplicam-se, por exemplo, os interessantes estudos sobre experimentalismo legislativo que sugerem formas de adaptar o Direito a este contexto de rápidas transformações.<sup>2</sup> E destacam-se iniciativas como a deste seminário na UERJ, que discute o impacto da inovação sobre diferentes áreas do direito público.

---

<sup>1</sup> Este artigo foi originalmente publicado na *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 18, v. 133, em 2018.

<sup>2</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, RANCHORDÁS, Sofia, *Constitutional Sunsets and experimental legislation: a comparative perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014. No Brasil, veja-se o estudo de BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. “Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set. 2016.

A mim, especificamente, foi solicitado que discorresse sobre a relação entre inovação e controle da administração pública. A minha primeira reação foi observar que esta mencionada relação é *bidirecional*. Na perspectiva mais evidente ou mais imediata, debater “Inovação e Controle da Administração” implicaria examinar os impactos que novos elementos, tecnologias, processos ou ideias teriam sobre a atividade de fiscalização da atuação das autoridades administrativas. Em poucas palavras, implicaria examinar o impacto da inovação sobre o controle.

Mas numa outra perspectiva, talvez menos evidente, discutir “Inovação e Controle da Administração” pode significar outra coisa: se, como e em que medida o controle da administração pública impacta o tanto de inovação que se verificará em uma dada sociedade, ou a forma que esta inovação irá ali assumir. Aqui se trataria, portanto, de debater o impacto do controle sobre a inovação.

As duas perspectivas são interessantes e devem ser examinadas. A exposição a seguir leva em conta esta bidirecionalidade e está estruturada em duas grandes partes correspondentes, para permitir que sejam enfrentados os pontos essenciais relativos a cada uma delas.

## II. IMPACTO DA INOVAÇÃO SOBRE O CONTROLE

Nesta primeira parte do artigo, faz-se referência aos impactos produzidos pela inovação no controle da administração pública. Esta inovação geradora do impacto, no entanto, pode consistir em duas coisas diferentes. Normalmente quando se fala em inovações, tem-se em mente o uso ou criação de novas tecnologias (item II.1). Mas também é possível que a inovação consista simplesmente em novas ideias, ou superação de antigos dogmas (item II.2).

### II.1. O impacto gerado pelo uso de novas tecnologias

Também no caso do impacto gerado pelo uso ou criação de novas tecnologias, é preciso dividir duas hipóteses distintas: (i) o controle que é exercido pelos próprios órgãos de controle e (ii) o controle exercido pela população, de forma direta.

#### a) O uso de novas tecnologias pelos órgãos de controle

O uso de novas tecnologias pelos órgãos de controle tende a facilitar significativamente a fiscalização que eles exercem, além de permitir a realização de atividades de controle antes inexequíveis.

O caso do Tribunal de Contas da União é bastante ilustrativo, já que é este certamente o nosso controlador que tem levado as inovações tecnológicas mais a sério. O TCU já utilizou mineração de dados (análise de big data) no Programa Nacional de Reforma Agrária para identificar mais de meio milhão de casos em desacordo com restrições legais<sup>3</sup>. Também já faz uso da tecnologia de mineração de textos para extrair, de forma automática, informações sobre licitações e contratos de textos do Diário Oficial da União. O mesmo órgão começa a se preparar para realizar processamento digital de imagens obtidas por sensoriamento remoto, a partir de satélites geoestacionários ou de *drones*, para mapear em detalhes áreas geográficas relacionadas ao objeto de uma auditoria. Isso permitiria melhorar a fiscalização remota de obras rodoviárias e ferroviárias. Seria possível verificar, por exemplo, divergências entre intervenções realizadas e respectivos projetos básicos e executivos, ou mesmo desembolsos financeiros sem a correspondente execução física da obra.<sup>4</sup>

Nestes três casos acima, a tecnologia ajuda o TCU a *detectar* irregularidades. Mas o uso da tecnologia também permite aos órgãos de controle se antecipar a problemas, prevendo a sua ocorrência. A análise de big data pode indicar padrões de dados que revelem ou sugiram casos suspeitos. O próprio TCU já iniciou estudos para desenvolver um modelo preditivo para análise de risco em transferências voluntárias, tendo o modelo testado obtido índice de acurácia de 80% na indicação de casos suspeitos.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> O Tribunal de Contas da União, com o suporte da Secretaria de Gestão de Informações para o Controle Externo – Seginf e da Controladoria Geral da União – CGU, promoveu cruzamento de dados para subsidiar auditorias efetuadas pelas Secretarias de Controle Externo do TCU nos estados do Amapá, Goiás, Mato Grosso do Sul, Pará, Rondônia, Roraima, São Paulo e Tocantins a fim de verificar irregularidades como: “a) existência de beneficiários que não atendem aos requisitos do Programa de Reforma Agrária(...); b) inconsistências na base de dados do Sipra em relação aos dados informados pelos beneficiários, (...); e c) ausência e/ou deficiência na identificação de situações irregulares em projetos de assentamento(...)”. O resultado deste cruzamento de dados possibilitou a verificação de 646.504 indícios de irregularidades na seleção e na manutenção da relação de beneficiários da reforma agrária, inobservância de requisitos obrigatórios dos beneficiários do PNRA, inconsistências na base de dados do Sipra em relação aos dados informados pelos beneficiários, entre outras irregularidades, que calculadas chegaram a estimar um prejuízo de R\$ 2,83 bilhões de reais. (TCU, Acórdão nº 775/2016-Plenário)

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. O controle da administração pública na era digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Org.). *O Controle da Administração Pública na Era Digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 19-48.

<sup>5</sup> Em Fiscalização de Orientação Centralizada – FOC coordenada pela Secretaria de Gestão de Informação (Seginf) e Secretaria de Controle Externo em Mato Grosso, o Tribunal de Contas da União estudou a possibilidade de elaboração de um modelo preditivo de análise de risco

Um outro exemplo de possibilidade: a prefeitura do Rio de Janeiro possuía uma parceria com o aplicativo *Waze* que lhe permitia identificar, de forma bastante precisa, onde se encontravam geograficamente os maiores gargalos de trânsito da cidade e em quais horários<sup>6</sup>. Esse tipo de informação orientou investimentos em infraestrutura para desafogar estes pontos. Os órgãos de controle poderiam usar as mesmas informações para identificar a adequação das intervenções públicas e verificar a sua economicidade, comparando, por exemplo, o custo da intervenção e as economias geradas com a liberação do trânsito.

### *b) O uso de novas tecnologias pela sociedade civil*

Até aqui todos os exemplos foram de incrementos na atividade de controle em função do uso de novas tecnologia pelos próprios órgãos de controle. O fato é que as inovações tecnológicas podem ampliar significativamente, ainda, o controle que é exercido sobre a administração pública pela própria sociedade – e não apenas pelos órgãos de controle.

Em primeiro lugar, porque a tecnologia tende a facilitar a disponibilização *ao* público e o acesso *do* público a dados relevantes, por exemplo, sobre os gastos da administração pública, suas atividades e sua performance.<sup>7</sup> E

---

para transferências voluntárias. De acordo com o relatório consolidado, foram examinadas 51 transferências voluntárias em 9 unidades federativas do país, levando em consideração a metodologia de seleção e de evidenciação da situação dos objetos de controle examinados e os resultados obtidos em campo. Como resultado, o modelo testado previu fracasso de 80% das transferências com achados analisadas, considerando-se que uma transferência pode conter mais de um achado. (TCU, Acórdão nº 539/2016-Plenário)

<sup>6</sup> De acordo com o site da Prefeitura do Rio de Janeiro, a parceria entre a administração pública e o aplicativo começou em 2013. Por meio desta, o Centro de Operações Rio – COR recebia informações sobre acidentes, condições de trânsito e outras complicações reportadas pelos usuários do *Waze*, em troca de dados fornecidos pelo COR relativos a mudanças no trânsito em decorrência de eventos, obras públicas e planejamentos de mobilidade, possibilitando que o aplicativo calculasse o tempo da rota já levando em consideração todas essas modificações nas vias da cidade. (Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?id=6993721>)

<sup>7</sup> No Brasil, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) busca garantir uma gestão transparente, assegurando ao cidadão o direito de *obter* (Art. 7º, Lei nº 12.527/2011) e ter *divulgadas* (Art. 8º, Lei nº 12.527/2011), em locais de fácil acesso, informações atinentes às entidades e aos órgãos do poder público. Tendo isso em vista, a Controladoria-Geral da União – CGU então criou o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão - e-SIC, plataforma digital que centralizada todos os pedidos e recursos dirigidos ao Poder Executivo Federal, suas entidades vinculadas e empresas estatais. Em estudo de 2015 divulgado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, que fez parte do projeto “Democracia Digital”, nota-se que o e-SIC está presente em 100% dos *websites* federais. Além disso, no âmbito estadual e municipal, também interessa saber que a CGU disponibiliza a fonte do e-SIC, por meio do programa

isso poderá funcionar como gatilho para atuações mais ou menos formais de fiscalização, controle e pressão política. Neste primeiro exemplo, a tecnologia funciona, portanto, como um incrementador da transparência administrativa, oportunizando todo o controle daí decorrente. Assim, o site Painel de Preços<sup>8</sup>, desenvolvido pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, agrega em uma só plataforma dados sobre as compras públicas homologadas no Sistema de Compras do Governo Federal – ComprasNet. O objetivo do site é auxiliar gestores públicos nas tomadas de decisão durante os procedimentos de compras, auferindo transparência e estimulando o controle social. O site apresenta dados de compras e valores de acordo com as regiões e os estados brasileiros. Com ele também é possível pesquisar se um fornecedor pratica o mesmo preço em diferentes órgãos, quais são os preços mais altos, médios e baixos de cada produto. Pode-se inclusive pesquisar dados de compradores e ainda possibilita a geração de um relatório resumido ou detalhado com todos os parâmetros do processo licitatório que se busca saber. O site foi alimentado por uma extensa base de dados de compras públicas homologadas no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG e COMPRASNET, reunindo informações dos anos de 2015, 2016 e 2017. Com a criação da nova solução, os setores públicos e privados – inclusive órgãos de controle – têm acesso amplo e gratuito à ferramenta.

Em segundo lugar, a tecnologia pode facilitar a própria participação popular nas decisões da administração pública. Torna-se cada vez mais fácil ouvir os interessados antes da elaboração de uma política pública específica, por exemplo, ou para promover uma votação entre duas alternativas. Aqui já não se trata de incremento da transparência, mas incremento da participação, que pode ser considerado uma forma de controle prévio da atuação administrativa. A Prefeitura de Niterói, por exemplo, conta com o site “Participa Niterói”, no qual a população pode votar virtualmente no Plano Plurianual do município.<sup>9</sup> Já as diversas agências reguladoras possuem mecanismos de parti-

---

Brasil Transparente, a todos Entes da Federação interessados pelo sistema, ampliando suas capacidades de interação entre controlador e controlado.

<sup>8</sup> Ver o link: <http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>.

<sup>9</sup> O PPA é a ferramenta mais importante de planejamento do governo, apresentando diretrizes, objetivos, metas e recursos disponíveis à administração pública em cada mandato. Em toda mudança de executivo, há uma votação das prioridades que serão seguidas pelo PPA, que agora ganha uma experiência virtual. Além do voto presencial por meio de plenárias e audiências públicas, a população pode votar pelo próprio site ou pelo aplicativo de celular Colab.re, parceiro da Prefeitura de Niterói. (Disponível em: <http://participaniteroi.com.br/>). O Estado da Bahia, por sua vez, também fez uso de uma ferramenta participativa para votação de diretrizes e prioridades do Plano Plurianual Participativo – PPA-P do estado, no ano de

cipação popular que permitem aos cidadãos opinar sobre projetos de normas e de decisões. Assim, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, em parceria com o desenvolvedor de questionários online “SurveyMonkey.com”, abriu, no segundo semestre de 2017, a Consulta Pública nº 016/2017, com o intuito de discutir a pertinência da previsão regulatória do pré-pagamento de energia elétrica, analisar os obstáculos da sua implantação e avaliar propostas de aprimoramentos na Resolução Normativa nº 610/2014 sobre Pré-pagamento para o fornecimento de energia.<sup>10</sup> A participação nestes mecanismos pode se dar presencialmente ou através da internet, mas esta segunda opção é a tendência para o futuro.

Em terceiro lugar, já há vários aplicativos para telefones móveis que permitem aos cidadãos atuarem, eles mesmos, como fiscais da administração, levando aos órgãos de controle de forma rápida e fácil problemas de que tenham tido conhecimento. É exemplo o aplicativo “Eu Fiscalizo”<sup>11</sup>, criado pelo TCU em 2016 e que permite a qualquer indivíduo encaminhar ao tribunal elementos textuais, documentos ou imagens relacionadas a possíveis irregularidades. O aplicativo móvel “SAC MPF”, desenvolvido pelo Ministério Público Federal em 2016, permite que o cidadão realize denúncias em tempo real, solicite informações processuais e tire dúvidas diretamente com o órgão<sup>12</sup>. No Espírito Santo, a Secretaria de Estado de Controle e Transparência desenvolveu em 2015 um aplicativo móvel gratuito chamado “Fiscal

---

2011. Através da plataforma [www.pparticipativo.ba.gov.br](http://www.pparticipativo.ba.gov.br), o cidadão foi capaz de indicar prioridades e diretrizes a serem seguidas pelo governo, através de um processo simplificado de votação via internet. Este modelo participativo foi aplicado na Bahia para o PPA-P 2012-2015, que, de acordo com a Secretaria de Planejamento do Estado da Bahia (SEPLAN), contou com 7.683 participações ao todo. (ATAÍDE, Luciano Quintão. Democracia digital e planejamento estratégico de governo: um estudo sobre o Plano Plurianual Participativo do Estado da Bahia 2012-2015 e 2016-2019. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração, Salvador, 2016.)

<sup>10</sup> A partir de um questionário virtual, era possível ao cidadão e às distribuidoras opinar e sugerir mudanças relacionadas a opção de pré-pagamento, inclusive respondendo questões sobre qual meio eletrônico o consumidor se sente mais confortável para controlar seu consumo de energia (aplicativo de celular, agência virtual, relógio do medidor), quais são as vantagens e desvantagens em se fazer o pagamento pré-pago eletrônico, entre outros assuntos que serão levados em consideração pela ANEEL para aprimorar e modificar a Resolução Normativa nº 610/2014. (Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/consultas-publicas>).

<sup>11</sup> Ver o link: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aplicativo-movel-aproxima-cidadao-do-tribunal-de-contas-da-uniao-1.htm>.

<sup>12</sup> De acordo com o secretário-geral do MPF, Lauro Cardoso Pinto, em notícia divulgada pelo próprio Ministério Público Federal, o aplicativo possui “*uma média de 4,7 dias de resposta ao cidadão e já temos 96,3% das manifestações finalizadas nesse período e o percentual residual decorre, muitas vezes, de informações mais detalhadas, que demandam pesquisa*”. (Disponível

Cidadão” para que a população encaminhasse denúncias diretamente aos órgãos de controle do Estado. Através do aplicativo, o cidadão é capaz de enviar denúncias e reclamações por foto, mensagem de texto e vídeo, que são encaminhadas para a Ouvidoria do Governo do Estado. Na cidade de São Paulo, a prefeitura lançou o aplicativo “SP156”, mediante o qual o cidadão pode solicitar serviços de zeladoria (pode de árvores, limpeza de bueiros, falta de varrição etc), reclamar da prestação de serviços públicos, fiscalizar obras públicas e levar ao conhecimento das autoridades quaisquer irregularidades de que tiveram conhecimento. Já a Prefeitura de Niterói realizou parceria com um grupo de empreendedores para a criação, em 2014, do aplicativo Colab.re. Ele consiste numa plataforma digital onde os usuários podem fiscalizar e colaborar para a solução de problemas na cidade. O cidadão, por meio do aplicativo, pode enviar reclamações e sugestões sobre a cidade que são direcionadas para uma equipe de monitoramento da Prefeitura, responsável por gerar estatísticas e georreferenciamento das publicações.<sup>13</sup> Atualmente, o mesmo aplicativo já é utilizado em mais de 30 outras cidades do Brasil, assim como pela AES Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A., responsável pela distribuição de energia no Estado de São Paulo, e da Secretaria de Aviação Civil.

Todos estes exemplos demonstram como o recurso a novas tecnologias pode ampliar e facilitar o controle da administração pública, seja quando exercido pelos próprios órgãos de controle, seja quando exercido diretamente pela população.

## II.2. O impacto gerado por novas ideias

Sucedem que falar em impacto da inovação sobre o controle também pode significar algo totalmente dissociado de utilização de novas tecnologias. O controle da administração pública pode ser *inovado*, *reformado*, pela incidência de novas ideias e novas teorias.

Num primeiro exemplo, contribuições da economia comportamental, para falar de um tema da moda, podem influenciar fortemente as estruturas e as estratégias de *enforcement*. É que a escolha destas estratégias costuma ser informada por presunções que os agentes aplicadores da lei possuem

---

em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/aplicativo-movel-aproxima-sociedade-do-ministerio-publico-federal>).

<sup>13</sup> Ver o link: <https://www.colab.re/gov>.

daqueles a quem a lei se destina.<sup>14</sup> Na medida em que a economia comportamental contesta as presunções tradicionais sobre o comportamento e as pré-disposições humanas, ela termina oferecendo um manancial teórico muito relevante para a reforma destas orientações e estratégias. Quer dizer: se é verdade que o primeiro impacto da economia comportamental sobre o direito tem sido na utilização de novas estratégias regulatórias, principalmente com o chamado *nudge*, o fato é que a teoria poderá contribuir também para o aprimoramento do controle.

Em resumo, ideias novas importam e podem consistir na inovação que impactará o modo como o controle se dará. Num artigo que publiquei recentemente numa coletânea em homenagem ao Hely Lopes Meirelles, procurei esboçar um histórico do controle judicial no Brasil nas últimas décadas.<sup>15</sup> Não vou repetir todas as considerações que fiz naquela oportunidade, limitando-me a observar que divisei três fases diferentes, sob os rótulos de passado, presente e futuro, e tentei identificar alguns traços marcantes de cada uma destas fases. Depois de um passado de otimismo excessivo no controle e de progressiva ampliação do controle, e de um presente de constitucionalização do direito administrativo e todos os riscos daí decorrentes para a segurança jurídica, a minha intuição é a de que a fase futura será marcada por uma orientação extremamente pragmática e realista.

É o pragmatismo, portanto, na minha leitura, a ideia inovadora que deverá impactar o controle da administração pública nos próximos anos. Concretamente, o que isso implica? Na doutrina, acho que isso implicará (i) uma maior atenção aos custos diretos e indiretos do controle; (ii) o maior recurso à multidisciplinariedade; (iii) e o abandono de enfoque teórico-dogmático, com a ampliação do número de pesquisas empíricas, que revelem a realidade da atividade dos controladores. Dentro dos próprios controladores, o pragmatismo deverá gerar (i) uma visão menos otimista e menos idealizada das suas próprias capacidades para atuar como resolvidor geral de todos os problemas da república; e (ii) e uma visão mais realista sob as dificuldades e as restrições que afetam as decisões tomadas pelos administradores públicos. Se eu estiver correto na previsão que esbocei, teremos aí outros exemplos de

<sup>14</sup> Cf. BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press Inc. 2ª ed., 2012, pp. 50 e ss.

<sup>15</sup> JORDÃO, Eduardo. *Passado, Presente e Futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In: WALD, Aroldo. FILHO, Marçal Justen. PEREIRA, César Augusto Guimarães (orgs.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário do Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 350-362.



inovação no controle advindos não do uso de novas tecnologias, mas da mera aceitação e prevalência de novas ideias que já começam a aparecer em vários estudos doutrinários sobre o tema.

### III. IMPACTO DO CONTROLE SOBRE A INOVAÇÃO

Feitas estas considerações sobre o impacto das diferentes formas de inovação sobre o controle da administração operado por diferentes atores institucionais, pode-se passar à segunda parte do artigo, relativa ao impacto que o controle pode exercer sobre a inovação na administração pública. A seguir se cuidará da hipótese em que o controle gera um impacto *positivo* sobre a inovação, fomentando-a ou favorecendo-a, e da hipótese em que gera sobre ela um impacto negativo, comprometendo-a. Antes de tratar de cada um destes casos, no entanto, cumpre cogitar de uma situação específica, que se coloca entre as duas hipóteses.

Imagine-se a situação em que *uma determinada inovação tecnológica* (e não a inovação, como processo ou resultado abstrato) tem a sua implementação exigida pelo controlador. Figure-se o caso em que o controlador impõe, por exemplo, um determinado padrão de televisão digital ou a utilização de um específico aplicativo pela administração pública. Ao fazê-lo, o controlador estaria comprometendo ou fomentando a inovação? Não há resposta simples, pelo que esta hipótese não se enquadra facilmente nas hipóteses que se cogitarão a seguir. De um lado, seria possível defender que a atuação do controlador favoreceu a inovação, na medida em que resultaria na implementação de uma nova tecnologia. Mas a literatura sobre regulação aponta justamente como uma das consequências negativas destas imposições jurídicas específicas (consubstanciada na estratégia regulatória de *comando e controle*) o desincentivo que geram a inovações outras e futuras.<sup>16</sup>

Nas linhas seguintes, cuida-se de casos mais claros.

<sup>16</sup> “A further worry, moreover, is that commands, and the standards they mandate, may prove unresponsive to changes in technologies, risks and other regulatory challenges so that, even if appropriate today, they may not deliver the right solutions tomorrow. (...) In the light of such difficulties, some commentators have advocated a move away from command-based strategies towards alternative, ‘constitutive’, ‘less restrictive’, or ‘incentive-based’ styles of control”. (BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press Inc. 2º ed., 2012, pág 106-110).

### III.1. A hipótese de fomento da inovação

A primeira hipótese de que se deve cogitar é aquela em que o controle impacta *positivamente* a inovação na administração pública. Esta influência positiva do controlador sobre a inovação administrativa pode ser *direta* ou *indireta*.

Ela será indireta quando a inovação consistir em mera consequência da realização das atividades normais de controle. Assim, seria possível imaginar um impulso natural à inovação e à qualificação administrativa, como atitudes do administrador, pelo simples fato de que está submetido diuturnamente à fiscalização de diferentes órgãos de controle. Trata-se de hipótese bastante aventada por parte da doutrina administrativista, que encara o controle judicial de forma mais otimista.<sup>17</sup>

Mas também é possível que a inovação seja *diretamente* (i) fomentada ou (ii) exigida pelo controlador. No primeiro caso, a inovação administrativa advém de uma exigência do controlador por *melhor performance* ou no *enforcement* de um “direito a boa administração”.<sup>18</sup> No segundo caso, há literatura que sugere que a inovação, em si, pode ser considerada como um dever do Estado e, neste sentido, exigida dele, mesmo judicialmente. Alguns autores chegam a falar de “*dever republicano de utilização de tecnologia da informação*” ou de um “*direito fundamental à inovação*”.<sup>19</sup> E apontam, por

---

<sup>17</sup> Veja, por exemplo, a opinião do jurista espanhol Tomas Ramón Fernandez: “juzgar la administración contribuye a administrar mejor, porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a esta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas y inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana, de ayer y de hoy” (in *De la arbitralidad de la Administración*, 3.ed., Madri: Civitas Ediciones, 1999, p. 132).

<sup>18</sup> O direito a uma boa administração tem origem no art. 41, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que garante a todas as pessoas o “*direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável*”, de tal sorte que permaneça reservado o “*direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros*”. Sobre o tema, no Brasil, v. FREITAS, Juárez, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, Malheiros, 2009, e CUNHA, Bruno Santos. “O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração”, in Thiago Marrara (org.), *Princípios de direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 386.

<sup>19</sup> Rafael Jardim Cavalcante intitula como “*dever republicano de utilização de tecnologia da informação*” a obrigação do Estado em possibilitar ao público o acesso a dados do governo,

exemplo, que a Emenda Constitucional n. 85/2015 incluiu a inovação no rol das competências comuns da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios.<sup>20</sup> De acordo com este raciocínio, na medida em que a Administração não estivesse entregando corretamente este direito, na medida em que não estivesse inovando suficientemente, os órgãos de controle poderiam intervir para determinar algumas ações específicas.

A grande dificuldade aqui está em como sair deste discurso retórico, que naturalmente pode soar muito apelativo, para alguma consequência prática e real. Evidentemente, não é possível exigir o aperfeiçoamento máximo da administração pública do ponto de vista da inovação. Então os desafios principais estariam em (i) identificar níveis adequados (ou suficientes) de inovação que pudessem funcionar como gatilhos da intervenção e (ii) todas as dificuldades de implementação das determinações dos controladores, como considerações orçamentárias, de priorizações etc. Na prática, mesmo em um país como o Brasil, em que o nível de judicialização e de controle em geral é tão intenso, esta solução não parece factível.

### III.2. A hipótese de comprometimento da inovação

Esta última frase, aliás, abre espaço para a consideração das hipóteses em que o controle pode impactar *negativamente* a inovação. Vinha dizendo que o Brasil possui um nível particularmente alto de judicialização e de intervenção dos controladores. Isso decorre talvez de um certo otimismo da doutrina e da sociedade em relação aos controladores.<sup>21</sup> A ideia geral é que a intervenção do

---

promovendo “o verdadeiro espírito republicano” em que aos cidadãos é conferido o controle social real. Cf. CAVALCANTE, Rafael Jardim. Transformações da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Org.). *O Controle da Administração Pública na Era Digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 75-99.

<sup>20</sup> De acordo com Gledson Pompeu Correa da Costa, a Emenda nº 85/2015 “*acrescentou dispositivos que estabeleceram, de forma concreta, diretrizes para o desenvolvimento de ecossistemas de inovação tanto no setor público como na iniciativa privada (...). Tais alterações na Constituição Federal foram regulamentadas, em grande parte, por meio da Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, que alterou a Lei nº 10.973/2004 (conhecida como Lei da Inovação) e outras relacionadas, sendo considerada assim um novo marco legal referente ao tema*”. (COSTA, Gledson Pompeu Correa da. *Inovação: dever do Estado, direito do cidadão*. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Org.). *O Controle da Administração Pública na Era Digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 123-150).

<sup>21</sup> Cf. JORDÃO, Eduardo, “Por mais realism no controle da administração pública” Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>, acesso em 06/02/2018.

controlador sempre se fará para o melhor: para corrigir erros e revisar todos os problemas da decisão administrativa controlada.

Este nível particularmente alto de intervenção dos controladores, no entanto, tende a criar um cenário bastante desfavorável à inovação. É que a inovação depende do experimentalismo<sup>22</sup>, depende de tentativa e erro, e isso parece bastante improvável num cenário em que qualquer ação do administrador está sendo vigiada de perto por um número cada vez maior de controladores, cada um deles bastante interventivo.<sup>23</sup>

O risco de comprometimento à inovação é tanto maior na medida em que boa parte dos controladores parecem ainda atrelados a uma concepção estrita do chamado princípio da legalidade, segundo a qual todas as ações e soluções administrativas já devem estar pré-concebidas na legislação.<sup>24</sup>

A doutrina vem falando de “administradores assombrados ou assustados pelo controle” como forma de denunciar a circunstância de que os administradores brasileiros possuem pouco espaço para ousar, para sair do tradicional.<sup>25</sup> Sob o risco de sanção pessoal, a tendência é que optem sempre

<sup>22</sup> Sobre o tema, v. OCDE, “Embracing Innovation in Government Global Trends,” Curadoria Enap, disponível em <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/323>, acesso em 06/02/ 2018.

<sup>23</sup> Na palestra de encerramento do “Fórum sobre Inovação no Direito Público: diagnóstico e propostas”, o professor Carlos Ari Sunfeld apresentou um esboço de projeto de lei que visaria a criar, na administração pública, uma espécie de “espaços controlados de inovação”, estruturas que permitiriam ao administrador adotar procedimentos e atividades inovadoras, de forma supervisionada, mas protegida de interferências excessivas dos controladores.

<sup>24</sup> Sobre o tema, v., por exemplo, SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para Céticos*, 2.ed., São Paulo, Malheiros, 2014, em especial o capítulo 9, “Administrar é criar?”.

<sup>25</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, “O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle”, Seção colunistas do site Direito do Estado. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>, acesso em 06/02/2018: “O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da

pelas soluções mais óbvias, mais seguras, aquelas em que não há nenhum risco de contestação. Ninguém em sã consciência desenharia instituições assim, em que os dirigentes não possuem qualquer espaço para ousar, inovar, e, no entanto, é esta precisamente a imagem atual da nossa administração pública.

#### IV. CONCLUSÃO

Este texto pretendeu traçar um panorama amplo da relação entre inovação e controle da administração pública. Por opção metodológica, adotou-se um enfoque de listagem destes diferentes pontos de contato, sem preocupações de aprofundamento de cada um deles. Se a algo o texto contribuir, portanto, será nesta perspectiva horizontal, de apresentação de um rol de hipóteses pertinentes ao tema.

Assim, numa primeira parte, mencionaram-se as circunstâncias em que a inovação pode impactar este controle. Há, de logo, o fato de que inovações tecnológicas podem favorecer o controle, tornando-o mais fácil. O texto deu vários exemplos de tecnologias utilizadas pelos controladores para ampliar o seu poder de detecção e fiscalização da atividade administrativa. Mas a tecnologia pode facilitar também o controle que é realizado pela própria sociedade civil – e não apenas aquele que é realizado pelos controladores. E isso por pelo menos três razões diferentes: (i) porque aumenta a transparência da administração pública, facilitando a disponibilização e o acesso de dados relevantes; (ii) porque facilita a participação e o *input* popular nas decisões da administração pública, antes ou depois da sua adoção; (iii) porque aporta aplicativos que possibilitam aos cidadãos atuarem como fiscais diretos da administração, levando a ela e aos órgãos de controle irregularidades de que tenham tido conhecimento.

Ainda no que concerne ao impacto da inovação sobre o controle, observou-se que inovação nem sempre significa uso ou criação de novas tecnologias – pode referir-se tão somente à propagação e adoção de novas ideias. Por isso se tratou também de algumas ideias dominantes em três diferentes fases do controle da administração pública. Sugeri que a ideia dominante da próxima fase deverá ser o pragmatismo gerador de uma visão mais realista e menos otimista dos avanços do controle sobre a atividade administrativa.

Na segunda parte do artigo, tratou-se do impacto inverso, aquele que o controle da administração pode gerar sobre o tanto ou a forma de inovação

---

retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública”.

que se dará na atividade administrativa. Aqui as hipóteses são duas: impacto positivo ou negativo.

O controle poderia gerar impacto positivo no controle ou de forma direta ou indireta. Indireta quando a inovação for uma consequência natural do fato de que o administrador está submetido diuturnamente à fiscalização dos diversos órgãos de controle. É a ideia de que, porque controlado, o administrador será impelido a melhorar a sua performance – para esvaír-se de eventuais sanções ou reprimendas –, e assim deverá inovar. Já o impacto positivo direto se teria nos casos em que a inovação administrativa decorre de *exigência específica* do controlador por melhor performance ou por alguma inovação propriamente dita. Nesta perspectiva se enquadrariam os estudos que classificam a inovação como um “direito fundamental” do cidadão ou um “dever republicano” do Estado.

Já o impacto negativo do controle sobre a inovação se tem na medida em que o controle dificulta o experimentalismo que é essencial à inovação. Num cenário de exacerbação do controle e de multiplicidade dos controladores, é fácil compreender a inexistência de incentivos para a inventividade, a adoção de soluções heterodoxas e as tentativas criativas por parte do administrador. Como mecanismo de autopreservação, ele tenderá a adotar as mesmas decisões e práticas que já receberam a aprovação dos órgãos de controle e não verá razões para inovar.

## BIBLIOGRAFIA

- ATAÍDE, Luciano Quintão. Democracia digital e planejamento estratégico de governo: um estudo sobre o Plano Plurianual Participativo do Estado da Bahia 2012-2015 e 2016-2019. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração, Salvador, 2016.)
- BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press Inc. 2º ed., 2012, pp. 50 e ss.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. “Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set. 2016.
- CAVALCANTE, Rafael Jardim. Transformações da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Org.). *O Controle da Administração Pública na Era Digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 75-99.
- COSTA, Gledson Pompeu Correa da. Inovação: dever do Estado, direito do cidadão. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Org.). *O Controle da Ad-*

- ministração Pública na Era Digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 123-150.
- CUNHA, Bruno Santos. “O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração”, in Thiago Marrara (org.), *Princípios de direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2012.
- FERNANDEZ, Tomas Ramón. *De la arbitralidad de la Administración*, 3.ed., Madri: Civitas Ediciones, 1999.
- FREITAS, Juarez, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, Malheiros, 2009.
- Fundação Getúlio Vargas – FGV (2015). Pesquisa Democracia Digital - Vol. 1: Panorama da transparência governamental no Brasil, vol.1. Centro de Estudos em Administração Pública e Governo (CEAPG). Disponível em: <http://democraciadigital.fgv.br/publicacoes/panorama-da-transparencia-governamental-no-brasil>.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha, “O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle”, Seção colunistas do site Direito do Estado.
- JORDÃO, Eduardo. Passado, Presente e Futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: WALD, Aroldo. FILHO, Marçal Justen. PEREIRA, César Augusto Guimarães (orgs.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário do Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 350-362.
- JORDÃO, Eduardo, “Por mais realismo no controle da administração pública” Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>, acesso em 06/02/2018.
- OCDE, “Embracing Innovation in Government Global Trends,” Curadoria Enap, acesso em 6 de fevereiro de 2018, <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/323>.
- OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. O controle da administração pública na era digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Org.). *O Controle da Administração Pública na Era Digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 19-48.
- RANCHORDÁS, Sofia, *Constitutional Sunsets and experimental legislation: a comparative perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para Céticos*, 2.ed., São Paulo, Malheiros, 2014.





## COMO DESESTRUTURAR UMA AGÊNCIA REGULADORA EM PASSOS SIMPLES<sup>1</sup>

Em coautoria com:  
Maurício Portugal Ribeiro<sup>2</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O direito administrativo brasileiro foi inundado, na década de 90 e no início dos anos 2000, de artigos e livros que defendiam a conveniência de instalar agências reguladoras e que explicavam como fazê-lo.<sup>3</sup> Estas produções

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado originalmente na *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, p. 180-209, 2017, e teve origem numa série de três pequenos textos publicados pelos autores no site Jota (<https://jota.info/>). Os autores agradecem a Antônio Augusto Bastos pelo excelente trabalho de pesquisa para a elaboração desta versão impressa.

<sup>2</sup> Sócio do Portugal Ribeiro Advogados, Professor da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da FGV, São Paulo, Ex-Professor da disciplina Direito de Infraestrutura do Curso de Graduação em Direito da FGV, Rio de Janeiro (2009-2012), Ex-Chefe do Departamento de Consultoria em Infraestrutura para o Brasil, no IFC - International Finance Corporation, instituição do Grupo Banco Mundial (2008-2011), Ex-Chefe (“Director”) para os Setores de Infraestrutura e Setor Público, no Citibank Brasil (2007-2008), Ex-Conselheiro de Administração da CHESF (2005-2007), CEG (2005-2007) e ACESITA (2006-2007), Mestre em Direito (LL.M.), pela Harvard Law School (2004). Foi um dos redatores do projeto de lei de PPP, que virou a Lei n. 11.079/04. Foi um dos redatores da parte da Lei 11.096/06, que reformou a Lei n. 8.987/95 (a Lei Geral de Concessões). Como advogado de entes da iniciativa privada, participou das discussões que gerou as Medidas Provisórias 575/12 e 752/16.

<sup>3</sup> Cf., p. ex., CONFORTO, Glória. *Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos*. Revista de Administração pública vol. 32 n° I. Rio de Janeiro, 1998, págs. 27 a 40; AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Agências Reguladoras*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 213, p. 141-148, jul/set de 1998; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências reguladoras*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr/jun de 1999; SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*, in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Editora Malheiros, 1ª Edição, 2000, pp. 17-38; ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *As s Funções e a Posição das Agências Reguladoras Independentes no Estado Contemporâneo*, tese de mestrado em direito na UERJ, sob orientação de Paulo Braga Galvão e Odete Medauar. Rio de Janeiro: 2001; JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

acadêmicas valiam-se da experiência estrangeira e apontavam as características que estas figuras deveriam ter para assegurar o sucesso do Estado Regulador brasileiro: os mandatos fixos, as indicações técnicas, o isolamento da política, entre outros. Estes textos serviram de guia para os políticos e técnicos envolvidos na Reforma do Estado e foram fontes de informação fundamentais para o desenvolvimento deste projeto.

Poucos anos depois do estabelecimento destas estruturas, no entanto, outros atores institucionais, contrariados, buscaram esvaziá-las e começaram a empreender diferentes técnicas para atingir este objetivo. Acontece que, nesta segunda fase, estas ações públicas se deram de forma desorganizada, descoordenada e pouco informada. Ninguém se preocupou em criar o guia que explicasse os passos a serem seguidos ou agrupasse as melhores práticas para realizar estes objetivos destrutivos. É precisamente este espaço que este artigo pretende preencher. Ao invés de ações experimentais e tentativas, os atores institucionais interessados em prejudicar as agências reguladoras passam a contar com um repositório de estratégias já testadas e bem-sucedidas. Basta repeti-las para obter resultados semelhantes ou ainda mais significativos.

A experiência mostra que um tal repositório tem público garantido. Este texto mesmo está voltado diretamente para este público, inclusive na sua estrutura. Cada uma das três partes seguintes é destinada a uma audiência específica. A primeira delas traz dicas para os Chefes do Poder Executivo de diferentes níveis federativos: prefeitos, governadores e presidente da república. A segunda parte está voltada aos múltiplos órgãos de controle: juízes, tribunais de contas, controladoria e congresso. A terceira e última parte cuida de estratégias de autoflagelo. Explica aos próprios membros das agências reguladoras o que eles podem fazer para dar a sua parcela de contribuição para o ocaso destas entidades. A estrutura é didática e permite ao interessado que salte diretamente para as dicas que lhes concerne. Vamos a elas.

## **2. AS DICAS PARA OS CHEFES DOS PODERES EXECUTIVOS**

As primeiras dicas são endereçadas aos chefes dos poderes executivos. Pudera: para vocês<sup>4</sup>, as agências reguladoras são um grande aborrecimento. Boa parte do poder que tinham foi transferido para elas. Disseram que seria para tornar mais técnica e menos política a regulação de setores de infraestrutura, e assim atrair para eles importantes investimentos privados.

---

<sup>4</sup> Como o texto é informal, o pronome de tratamento utilizado também será informal.

Mas o resultado é que você já não pode mais alterar livremente as tarifas das telecomunicações ou de energia elétrica, por exemplo, para controlar artificialmente a inflação ou fazer um agrado nos seus eleitores. Além disso, acaba dividindo com as agências pelo menos parte das decisões relativas ao setor regulado. Mas é possível reagir de pelo menos três formas: (i) enfraqueça o corpo diretor das agências; (ii) prejudique a sua operação; e (iii) exponha as suas decisões a todo tipo de controle.

## 2.1. Enfraqueça o corpo diretor das agências reguladoras

A primeira e mais óbvia dica para enfraquecer as agências reguladoras consiste em atacar o seu corpo dirigente. Sim, nós sabemos, vão lhe dizer que não dá, porque de acordo com a lei os dirigentes das agências reguladoras possuem mandatos e não poderiam ser demitidos.<sup>5</sup> Com um pouco de criatividade, no entanto, dá pra fazer, sim. Uma técnica interessante consiste em utilizar-se da imprensa para pressionar dirigentes indesejados. A estratégia já foi utilizada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, logo que iniciou o seu primeiro governo. Desapontado com a intenção do então presidente da Anatel Luiz Guilherme Schymura de respeitar os contratos com as concessionárias do serviço de telecomunicações e aplicar o reajuste de tarifas ali previsto, o ex-presidente passou a se manifestar na imprensa, juntamente com o seu então Ministro das Comunicações, Miro Texeira, contra o dirigente, que havia sido nomeado por Fernando Henrique Cardoso.<sup>6</sup> A técnica foi bem sucedida: alguns meses depois, Schymura renunciou ao seu mandato.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> A Lei Federal 9.986 de 2000, sobre a gestão de recursos humanos nas agências reguladoras, protege os mandatados dos diretores e conselheiros das agências federais em seu art. 9º, o qual dispõe: “Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”, vedando em teoria sua exoneração imotivada. Outras leis criadoras das agências federais também possuem disposições específicas sobre a estabilidade de mandato, como a Lei 9.782 de 1999, sobre Anvisa, em seu art. 12, que protege a estabilidade após 4 meses no cargo; a Lei 9.991 de 2000, sobre a Ans, em seu art. 8º; e a Lei 11.182 de 2005, sobre a Anac, em seu art. 14, *caput*. As agências reguladoras estaduais também costumam trazer em sua lei de criação disposições neste sentido, como o art. 11 da Lei Complementar Estadual de São Paulo 914 de 2002, que criou a Artesp, e o art. 13 da Lei Estadual do Rio de Janeiro 4.555 de 2005, que criou a Agetransp.

<sup>6</sup> Em reportagem da Folha de São Paulo de 06.01.2004, coloca-se que “Lula começou a negociar com Schymura para que ele deixe a presidência da agência de forma pacífica, segundo apurou a Folha. Desde 2003, Miro [Teixeira] vem trabalhando junto a Lula pela saída de Schymura da Anatel.” (...) e “Desde o início do governo, Schymura entrou em rota de colisão com Miro. Em junho, o ministro e Schymura travaram disputa nos bastidores sobre reajuste de empresas de telefonia. (...) A partir desse episódio, Miro trabalha pela derrubada de Schymura. O governo

A vacância do cargo de um dos dirigentes (como resultado desta pressão ou pelo simples fim do mandato) é uma boa oportunidade para loteá-lo com dirigentes com perfil político e sem nenhuma experiência na área. Um estudo recente da FGV/SP mostra que, em apenas 58% dos casos, os indicados possuem trajetória profissional relacionada à área de atuação da agência.<sup>8</sup> Em 90% dos casos, eles têm perfil estatal. Só 6% dos nomeados vêm da iniciativa privada. Somente 10% dos dirigentes nunca tinham exercido qualquer cargo em comissão antes da nomeação. Isto significa que a nomeação de dirigentes com perfil político e/ou sem experiência na área não apenas é uma estratégia já testada, como é mesmo a *regra* no governo federal ao longo dos 20 anos desde a criação das grandes agências nos setores de infraestrutura. Se você é Chefe do Poder Executivo estadual ou municipal, dizer que está seguindo uma prática já realizada no Governo Federal é um argumento sem par.

Antes de realizar estas nomeações definitivas, há estratégias adicionais que podem ser implantadas. Para começar, não tenha pressa: assegure-se de deixar as agências por alguns meses sem diretores. Isso gerará uma paralisia decisória, já que, por algum período (na média atual, a vacância é de 6 meses<sup>9</sup>), as agências não terão o quórum mínimo que a lei exige para a tomada de algumas medidas. No mais, deixe as vacâncias dos cargos de diretoria acumularem para fazer as nomeações definitivas em bloco – 2 ou 3 dirigentes

---

*quer evitar que ele peça demissão e entregue o cargo, o que poderia gerar consequências negativas para o governo, na avaliação de Lula.”* Em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0601200413.htm>. Vide também reportagem do jornal Estado de São Paulo, de 25.03.2003, tratando de críticas do ex-Ministro das Comunicações à Anatel e seu diretor-presidente, em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-culpa-anatel-por-monopolio-na-telefoniam,20030325p43262>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>7</sup> Luiz Guilherme Schymura saiu da Anatel em 06.01.2004, depois de ter sido efetivamente demitido do cargo de presidente, este sim demissível ad nutum; o seu mandato como diretor iria até novembro de 2005. O seu lugar na presidência da agência foi ocupado por Pedro Jaime Ziller, então Diretor da Anatel desde dezembro de 2003, e que foi o primeiro indicado por Lula em sua presidência.

<sup>8</sup> O estudo empírico apurou que “*A expertise técnica dos dirigentes é em muitos casos questionável. Foi realizada uma análise curricular de todos os dirigentes das agências selecionadas. Constatou-se que apenas 58% têm trajetória profissional conexa com a função de dirigente da Agência Reguladora. Há relação com a trajetória profissional ao cargo de direção quando o dirigente tenha dedicado parcela substancial de sua experiência profissional ao tema relacionado com a função da agência ao qual foi nomeado.*”, em sumário executivo da pesquisa “*Processo de nomeação de dirigentes das agências reguladoras: uma análise descritiva*”, de SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (coord.), PALMA, Juliana Bonacorsi de (pesquisadora-chefe) e DUTRA, Pedro (consultor), 2016, p. 04. Disponível em: [https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP\\_arquivos/sumario\\_executivo\\_grp\\_-\\_pep\\_01.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf), Último acesso em 16.05.2017.

<sup>9</sup> Vide estudo da FGV/SP acima citado.

de uma só vez. Isto esvaziará o mecanismo dos mandatos escalonados, estabelecido como forma de moderar o impacto de um governo específico no perfil destas supostas entidades de Estado. Por fim, nomeie, por Decreto, diretores interinos, demissíveis a qualquer tempo. Você terá sempre um excelente argumento para isso: o Congresso, composto na sua visão, por um conjunto de irresponsáveis – ou como disse recentemente um Ministro da Educação<sup>10</sup> –, de achacadores e chantagistas, não quer sabatinar e aprovar os seus indicados para as vagas de diretor das agências.<sup>11</sup> Sem os diretores, como dito acima, a agência fica paralisada. Como você precisa de decisões da agência para dar cabo da sua agenda política, então, nada mais natural que nomear pessoas que possa demitir, a qualquer tempo, se não fizerem o que lhe convém.

É verdade que as estratégias acima contrariam as leis de cada uma das agências. Mas não se preocupe: estas leis não preveem nenhuma espécie de sanção ou de limites para estes comportamentos. E, como visto, você nem terá sido o primeiro a adotá-los.

## 2.2. Prejudique a operação da agência

A segunda dica consiste em prejudicar a operação cotidiana das agências. Isso pode ser feito por pelo menos duas vias: (i) as restrições orçamentárias e (ii) as limitações à sua capacidade de contratação de quadros.

Em relação à primeira via, sabe-se que, em teoria, a possibilidade de interferir no orçamento das agências estaria afastada, pois o próprio conceito de entidade independente suporia sua autonomia financeira.<sup>12</sup> As agências seriam

<sup>10</sup> Declaração que o ex-Ministro da Educação Cid Gomes proferiu, em 27 de fevereiro de 2015, em visita à Universidade Federal do Pará, afirmando que a Câmara dos Deputados possui de 300 a 400 parlamentares achacadores e chantagistas. Chamado à Câmara dos Deputados para explicar sua fala em 18 de março de 2015, ele repetiu sua declaração em Plenário, resultando em disputa com o então presidente da casa Eduardo Cunha e outros deputados, que culminou na sua saída do Ministério da Educação. Vide notícia de 18.03.2015: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/cid-gomes-nao-e-mais-ministro-diz-cunha>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>11</sup> Vide as seguintes reportagens: a primeira é do Estado de São Paulo de 17.04.2014, relatando que a ANTT e ANTAQ estavam com a diretoria incompleta, ocupadas por diretores interinos e com risco de ficar sem comando. (<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,agencias-reguladoras-de-transporte-correm-risco-de-ficar-sem-sscomando,178005e>) Já a segunda, do O Globo de 26.01.2016, retrata a persistência da utilização de diretores internos e da ocorrência de desfalques, expondo que cinco das dez agências aparentavam ao menos um desses problemas categorias (<http://oglobo.globo.com/brasil/metade-das-agencias-reguladoras-federais-esta-desfalcada-15148787>). Último acesso em 16.05.2017.

<sup>12</sup> Vide, por exemplo, o art. 8º, §2º da Lei 9.472 de 1997, sobre a Anatel o qual estabelece como integrante da independência das agências a autonomia financeira “§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de su-

autossustentáveis, mediante cobrança de taxas de fiscalização, multas, outorgas dos seus regulados, e teriam orçamentos independentes dos ministérios aos quais estão vinculadas.<sup>13</sup> Acontece que, no âmbito da União, desde o governo Fernando Henrique Cardoso, o “Princípio da Unidade Orçamentária” tem sido interpretado como exigência de que todos os recursos arrecadados pela agência voltem para a conta única da União.<sup>14</sup> Assim, ficam dependentes de realocação orçamentária para retornar à agência. Está aí a oportunidade para barrar esta transferência. Basta prever, nas rubricas destinadas às agências na proposta de orçamento anual, – que em tese lhes devolveria, por meio da alocação orçamentária anual os valores que arrecadou no último ano – montantes menores que os arrecadados.

---

*bordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.*”. As outras Leis criadoras de agências possuem artigos com o mesmo teor. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho aponta como característica essencial do “regime jurídico que assegura autonomia em face da Administração Direta”, o “regime de autonomia econômico-financeira, por meio de receitas próprias destinadas a adotar meios para o desempenho de suas funções”, em JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 538-539.

<sup>13</sup> Desde o início da reflexão na doutrina sobre agências reguladoras, já se coloca com importância a autonomia orçamentária e sua sustentabilidade pela cobrança de taxas próprias, conforme explicado por Marcos Juruena Villela Souto em artigo de 1999: “A fim de garantir a autonomia das agências reguladoras, definidas no Brasil como autarquias especiais, se estabeleceu mecanismo de atribuição de receitas sem que os recursos tenham que transitar pelo Erário; foi instituída uma “taxa de regulação” ou “taxa de fiscalização dos serviços concedidos ou permitidos”, devida pelo concessionário ou permissonário de serviços diretamente à agência; calcula-se o valor da taxa com base em percentual sobre o proveito obtido com a concessão ou permissão. A agência, com isso, não depende de recursos orçamentários, mas, em compensação, se submete à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências reguladoras*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr/jun de 1999. Tal objetivo fica claro nas disposições normativas, p. ex. Lei 9.661 de 2000, sobre a ANS, a qual estabelece as fontes de receita desta agência em seu art. 17, incluindo a previsão da Taxa de Saúde Suplementar (espécie do gênero taxa de regulação), a qual deverá ser recolhida em conta vinculada à ANS (art. 23). Igualmente, a lei 10.233 de 2001, sobre a ANTT e a ANTAQ, em seu art. 77 a cobrança de taxas de fiscalização. Já o art. 78 da lei confere-lhes prerrogativa de submeter suas próprias propostas orçamentárias anuais a, respectivamente, o Ministério dos Transportes e a Secretaria de Portos da Presidência.

<sup>14</sup> A Lei Federal 4.320 de 1964, que estabelece as normas gerais de Direito Financeiro, estabelece este princípio no seu art. 2º, o qual dispõe que “Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.” Conforme definição do Senado Federal, o Princípio da Unidade Orçamentária é aquele “segundo o qual os orçamentos de todos os órgãos que constituem o setor público devem fundamentar-se segundo uma única política orçamentária, estruturam-se uniformemente e ajustarem-se a um método único”. Em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/principio-da-unidade-do-orcamento>. Último acesso em 16.05.2017.

Em relação a esse tema, é bem provável que o Congresso siga a sua sugestão e aprove para as agências somente o valor que você sugeriu em sua proposta de Lei Orçamentária Anual. Não há o que se preocupar quanto a lobbies no Congresso que possam mexer nesse assunto. Ninguém quer uma agência forte. Os regulados preferem uma agência fraca, para poderem descumprir mais tranquilamente os contratos. Os controladores da Administração também preferem uma agência fraca, para substituírem mais facilmente as suas decisões e ocuparem os seus espaços. Então, é quase garantido que a sua proposta de alocação orçamentária à agência será atendida pelo Congresso. Depois disso, você ainda poderá contingenciar esses recursos. Segundo levantamento da entidade Contas Abertas, entre 2010 e 2015, anos do Governo de Dilma Rousseff, o orçamento total previsto para as agências era de R\$ 57 bilhões. No entanto, apenas R\$ 19,3 bilhões foram efetivamente liberados e gastos.<sup>15</sup> Em 2016, a Aneel havia estimado orçamento de R\$ 200 milhões. O Governo aprovou a metade: R\$ 100 milhões. Na sequência, dois Decretos reduziram ainda mais o valor: primeiro para R\$ 90 milhões e depois para R\$ 44 milhões – ou seja, menos de um quarto do valor inicialmente proposto pela agência e cerca de um décimo do que a própria agência arrecadara no ano anterior.<sup>16</sup> No caso da Aneel, o orçamento terminou por ser reestabelecido para R\$ 120 milhões;<sup>17</sup> mas com o contingenciamento, as agências precisaram cortar gastos e até mesmo descontinuar serviços e atividades essenciais, como a fiscalização dos serviços. Foi o que aconteceu recentemente com Anac, Anatel e Aneel.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Cf. artigo no site da Contas Abertas, datado de 29.08.2016, em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/13576>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>16</sup> O primeiro corte de gastos foi anunciado em 19.02.2016, no valor de R\$ 23,4 bilhões, e o segundo corte de gastos foi em 22.03.2016, no valor de R\$ 21,2 bilhões, para buscar cumprir a meta de superávit primário, Cf. <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/15/diretor-geral-da-aneel-defende-autonomia-financeira-para-agencias-reguladorasl>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>17</sup> Cf. notícia de 14.06.2016, em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/aneel-retoma-servicos-cortados-apos-orcamento-subir-r-120-milhoes.html>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>18</sup> Sobre os cortes no orçamento da na Aneel, Cf. <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/aneel-suspende-atendimento-ao-consumidor-apos-corte-no-orcamento.html>. Na Anatel, Cf. reportagem de 11.10.2016, <http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,corte-de-orcamento-e-desafio-na-anatel-diz-novo-presidente,10000081409>, na qual é colocado que “A redução do orçamento chama mais a atenção se considerados os valores arrecadados pela agência. Só em 2015, a Anatel levantou R\$ 5,4 bilhões com o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) – que inclui o valor arrecadado no leilão da frequência de 700 MHz – e R\$ 2,2 bilhões por meio do Fundo de Universalização das Telecomunicações (Fust). “A maior parte foi repassada ao Tesouro”, diz Quadros.” E na Anac, o corte de recursos foi um dos responsáveis, em 2006, pela grande crise no setor seguindo a queda do Voo Gol 1907, que foi denominada de “apagão aéreo” – e os problemas continuam até hoje, Cf. coluna de 01.01.2016: <http://painel>.

Já no que concerne à segunda via para prejudicar a operação das agências, o ideal é limitar no seu Ministério ou Secretaria de Planejamento todas as contratações de pessoal, negando às agências a independência administrativa, impedindo-as de selecionar e contratar seus próprios quadros. Se você estiver de fato seguindo o nosso conselho em relação ao contingenciamento de recursos, isso não será difícil de fazer. Com escassez de recursos para manter as suas atividades, a agência terá todo incentivo para aceitar que o Ministério ou Secretaria de Planejamento conduza o concurso público, o treinamento dos seus agentes e que se comprometa, por essa via, a destinar, nas alocações orçamentárias anuais para a agência, os recursos para cobrir as despesas com a contratação desses novos quadros. Na verdade, ela se achará privilegiada por receber esse tratamento do Governo, já que, com recursos limitados, ela não poderia arcar com essas atividades.

### 2.3. Exponha as decisões das agências a todo tipo de controle

As medidas de esvaziamento *interno* das agências acima recomendadas são relevantes e eficazes, mas não são suficientes. É preciso garantir também um ataque externo, para assegurar a sua desestabilização completa. Neste sentido, táticas adequadas podem consistir (i) na abertura de espaços de controle supostamente indisponíveis e (ii) no favorecimento ou na ampliação da intervenção de controladores já atuantes.

Como exemplo do primeiro caso, há precedente na criação do chamado “recurso administrativo hierárquico impróprio”, para permitir a revisão das decisões das agências pelos ministérios aos quais elas estão vinculadas. Em tese, estas decisões das agências deveriam estar imunes a qualquer revisão no âmbito do Poder Executivo.<sup>19</sup> Mas, em 2005, o Ministério dos Transportes acolheu um recurso hierárquico e modificou decisão da ANTAQ sobre a legalidade da cobrança, por operadores portuários, de uma taxa chamada

---

blogfolha.uol.com.br/2016/01/01/com-orcamento-menor-anac-tera-que-optimar-entre-corte-na-fiscalizacao-ou-na-operacao-olimpica/. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>19</sup> Cf. “[o]s atos da agência reguladora independente não se sujeitam à revisão por autoridade integrante da Administração direta, mas apenas perante o Poder Judiciário”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 12<sup>o</sup>. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 539; e “como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da Administração Indireta, em que os dirigentes, por exercerem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 30<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 604-605. A decisão em último grau das agências também é estabelecida legalmente, Cf., p. ex., o art. 19, XXV da Lei 9.472/97 (Anatel).



THC2, sobre a movimentação e entrega de contêineres destinados a outros recintos alfandegados.<sup>20</sup> Diante da polêmica que se instalou, a AGU emitiu parecer (depois aprovado pelo ex-presidente Lula), tendo o cuidado de deixar claro que a possibilidade deste recurso era “excepcional”.<sup>21</sup> Mas esta palavra não deve impressionar. No trecho em que definia as circunstâncias que autorizariam esta revisão excepcional, a AGU teve o cuidado ainda maior de fazer uso daquelas palavras abstratas e genéricas que deixam as portas bem abertas para a intervenção dos Ministérios, quando julgarem conveniente.<sup>22</sup> No aperto, não se esqueça: a porta segue aberta. Nos Estados e Municípios, o exemplo da União é sempre seguido mimeticamente. Se algo foi feito no âmbito da União, geralmente não é preciso grande justificativa para um agente público estadual ou municipal repetir o mesmo ato no seu respectivo ente governamental.

Como exemplo do segundo caso, instrua as mais variadas agências a submeter *voluntariamente* os seus *projetos de decisões* aos controladores. Isso mesmo: explique às agências que, durante o seu governo, antes de decidir qualquer coisa, elas devem pedir a benção dos órgãos de controle. Justifique isso com palavras bonitas. Diga que é preciso haver uma “aproximação” entre reguladores e controladores. Diga que eles precisam trabalhar em equipe. Que precisam “conversar”. Quem, afinal, é contra um bom bate papo? O recém-empossado governo Temer já deu um grande passo nesta direção. Determinou que todos os editais de licitação das concessões do programa de parceria de investimentos sejam submetidos previamente para aprovação do Tribunal de

<sup>20</sup> Processo administrativo ANTAQ nº 50300.000022/02. Neste processo, a ANTAQ decidiu, pela maioria de seus Diretores, que a cobrança de taxa pelos operadores portuários sobre a movimentação e entrega e contêineres a outros recintos alfandegários no Porto de Salvador – a taxa TCH2 (*terminal handling charge*) apresenta indícios de uma exploração abusiva de posição dominante dos operadores portuários, dado que esses serviços já estariam abrangidos pela taxa THC 1. Assim, decidiu que a cobrança é indevida e remeteu o caso à análise do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Após o esgotamento de recursos na ANTAQ, a empresa prejudicada apresentou recurso hierárquico impróprio ao Ministério dos Transportes, obtendo do Ministro a reversão da decisão da agência.

<sup>21</sup> Parecer AGU AC-051, anexado ao Parecer Nº AGU/MS04/2006: Definição acerca dos instrumentos da supervisão ministerial e da possibilidade de provimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>22</sup> O parecer permitiu a apresentação de recurso hierárquico impróprio de decisões das Agências Reguladoras que i) “ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei” ou ii) “violem as políticas públicas definidas pelo setor regulado pela Administração Direta” (Ementa do Parecer AC-051). Ambas as hipóteses lidam de conceitos jurídicos indeterminados. Ainda, estabeleceu que controvérsias sobre esses temas devem ser dirimidas pela própria AGU.

Contas da União – tal como, aliás, já vinha sendo a prática.<sup>23</sup> Pouco importa que não haja, no direito brasileiro, qualquer norma de qualquer hierarquia que dê este poder prévio ao TCU.<sup>24</sup> Pouco importa, aliás, que a inexistência de previsão normativa destes poderes prévios corresponda a uma opção clara do Constituinte brasileiro, desde 1967, de eliminar a atuação preventiva até então existente desta Corte de Contas.<sup>25</sup> O que é realmente relevante é que estas conversas prévias abram caminho para que o TCU tome o espaço das agências e atue como efetivo regulador, interferindo diretamente na própria modelagem dos projetos de infraestrutura.

### 3. AS DICAS PARA OS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Nesta segunda parte, as dicas se destinam aos mais diversos órgãos de controle e apresenta as estratégias que podem ser (e já vêm sendo) implementadas por eles para produzir o enfraquecimento das agências. Aqui também são três as estratégias principais: (i) limitar o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências; (ii) amedrontar os seus funcionários; e (iii) interferir nas suas escolhas e decisões concretas. As duas primeiras servem para

<sup>23</sup> O “Projeto Crescer” do Governo Federal sob a presidência de Michel Temer, que integra o âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, foi anunciado em 13.09.2016 juntamente com suas 10 diretrizes. Sua diretriz nº 5 coloca que “*Os editais só serão lançados depois de passar pelo debate público e obter o aval do TCU*”, conforme pode ser conferido em: <http://www.projetcrescer.gov.br/10-diretrizes>. Em verdade, essa determinação apenas confirma o que já vinha sido praticado pela União, visto que nos Governos Lula e Dilma o único projeto de concessão sem aprovação prévia de seus estudos de viabilidade pelo TCU foi o edital de concessão do campo de petróleo de Libra, conforme já observado em RIBEIRO, Maurício Portugal, *Comentários às Diretrizes Recentemente Publicadas do Novo Programa de Investimentos em Infraestrutura do Governo Federal*, disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/comentarios-as-diretrizes-recentemente-publicadas-do-novo-programa-de-investimentos-em-infraestrutura-do-governo-federal/>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>24</sup> Cf. JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 12, nº 47, pp.209-230, out/dez 2014. Neste artigo, uma das conclusões foi de que o TCU “*não pode exigir a apresentação de minuta de edital ainda não publicado*”, e que este “*não detém poderes para intervir de forma autorizativa numa medida de edital não publicada. As competências constitucionais explícitas que se atribuíram ao TCU não implicam necessariamente competências implícitas geradoras de um “poder geral de cautela.”*”

<sup>25</sup> Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeira no sistema político-administrativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000; e também SILVA, Arthur Adolfo Cotias. *O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998)*. In: Monografias vencedoras do Prêmio Serzdelo Corrêa. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1999, p. 19-141.

atrapalhar o funcionamento e a eficiência das agências reguladoras. A terceira, para minar a sua legitimidade.

### 3.1. Limite o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências

Comece por adotar interpretações restritivas do direito, que limitem o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências. Assim você prejudica o seu funcionamento e o cumprimento de suas missões institucionais.

Siga o exemplo de vários de seus colegas controladores que resistem ao recurso à arbitragem para solucionar controvérsias entre a administração pública e particulares.<sup>26</sup> Valha-se do argumento de que os interesses públicos são indisponíveis – e ignore que o interesse público nos setores de infraestrutura pode consistir precisamente na solução mais rápida, técnica e imparcial dos conflitos, garantida pela arbitragem, cujo uso já foi autorizado pela Lei de Concessões e pela Lei de PPP.<sup>27</sup> Note, afinal, que a disseminação do uso da arbitragem implicaria a redução do seu próprio poder como controlador. Ao viabilizar o acesso a instância alternativa ao Poder Judiciário, apta a dar soluções rápidas e técnicas aos conflitos, abrir-se-ia para os concessionários via para questionar decisões das agências que seguem determinações emitidas pelos controladores. Na prática, portanto, a arbitragem teria o efeito indireto de dar limites ao poder dos controladores da Administração Pública, que tinham suas decisões protegidas pelo temor de submeter as questões ao Poder Judiciário, em vista da demora para obtenção de decisões definitivas, e das dificuldades de um juiz não especialista em infraestrutura entender as questões técnicas e econômico-financeiras relativas a contratos de concessão ou PPP.

Em seguida, dificulte o recurso das agências à expertise de terceiros. Uma vez que diversas de suas atividades são altamente técnicas e especializadas, faria sentido que as agências tivessem maior flexibilidade que outras

<sup>26</sup> O principal expoente dessa resistência é o Tribunal de Contas da União, que abriu precedente neste sentido no acórdão 2.573/72 ao entender ser inaplicável “a arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001”. Por causa desta decisão, e por meio de represálias, as agências reguladoras têm oferecido grande resistência à realização de arbitragem para solucionar controvérsias em seus respectivos campos. Decisão disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>27</sup> A Lei 8.987/1995, sobre concessões, autoriza a realização de arbitragem no seu artigo 23-A (incluído pela Lei 11.196/2005) e a Lei 11.079/2004, sobre PPPs, autoriza a previsão de arbitragem em seu art. 11, III.

entidades na contratação de consultores externos. Ao invés disso, a CGU e o TCU consideraram ilícitos os procedimentos expeditos criados, entre outros fins, para a contratação de consultores pela ANATEL, por meio do procedimento chamado de “Consulta”, que tinha previsão específica na Lei Geral de Telecomunicações.<sup>28</sup> Além disso, tem sido comum que as Leis de Diretrizes Orçamentárias federais e de alguns estados nos últimos anos prevejam que atividades teoricamente realizáveis por agentes públicos não podem ser objeto de contrato de consultoria.<sup>29</sup> Considere essa regra aplicável às agências e puna os funcionários de agência que tentarem contratar consultorias para assessorá-las.

Último exemplo: o TCU considerou ilícito o convênio de cooperação entre a EBP – Estruturadora Brasileira de Projetos e o BNDES.<sup>30</sup> Esse convênio, entre outros efeitos, dava à EBP um tratamento diferenciado nos processos de PMI perante órgãos do Governo Federal. A decisão é uma lição em si: analisa o convênio com base em parâmetros tradicionais do Direito Administrativo, ignorando o funcionamento paraestatal da EBP e o papel único que teve nos últimos anos na viabilização de concessões e PPPs nos mais diversos setores

---

<sup>28</sup> O TCU decidiu em seu acórdão nº 31/51/2011 – Plenário que a Anatel encontra-se subordinada à Lei 8.666/93 para a contratação de objetivos não considerados como comuns (visto que os comuns poderão ser licitados por meio de pregão, regido pela Lei 10.520/2000), e também que “Anatel somente poderá utilizar-se do regramento sobre licitações contido na Lei Geral de Telecomunicações quando implementar concessão, permissão ou autorização de serviços de telecomunicações e de uso de rádio frequência”. Assim, vedou a utilização da consulta para a contratação de bens ou serviços destinados à própria agência.

<sup>29</sup> Por exemplo a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) da União de 2017 (Lei 13.408 de 26 de dezembro de 2016), a mais recente no momento de elaboração deste artigo, estabelece essa vedação em seu artigo 18, §2º, ao colocar: “Art. 18. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com: (...) §2º A contratação de serviços de consultoria, inclusive aquela realizada no âmbito de acordos de cooperação técnica com organismos e entidades internacionais, somente será autorizada para execução de atividades que, comprovadamente, não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da administração pública federal, no âmbito do respectivo órgão ou entidade, publicando-se, no Diário Oficial da União, além do extrato do contrato, a justificativa e a autorização da contratação, na qual constarão, necessariamente, a identificação do responsável pela execução do contrato, a descrição completa do objeto do contrato, o quantitativo médio de consultores, o custo total e a especificação dos serviços e o prazo de conclusão.” Disposições similares encontram-se em todas as LDOs da União desde 1998, em todos os anos até o presente, inclusive, no caso das LDOs mais recentes, no mesmo art. 18, §2º.

<sup>30</sup> TCU, acórdão 1602/2015 – Plenário. A decisão foi de conferir ao BNDES um prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para anular o convênio de cooperação técnica com a EBP, e de que durante este prazo a continuidade do convênio estaria restrita à conclusão dos projetos em andamento.

de infraestrutura, inclusive na realização das principais concessões federais de aeroportos e de rodovias.

### 3.2. Usem os poderes de punição para amedrontar os funcionários das agências

A segunda estratégia que os controladores podem utilizar para atrapalhar o funcionamento das agências é manejar extravagantemente o seu poder de sanção. Há casos exemplares de punição pessoal do TCU a técnicos e diretores das agências reguladoras em que não há sequer suspeita de obtenção de quaisquer benefícios pessoais – apenas decisões contrárias às que os controladores consideram correta.<sup>31</sup>

Esta forma de agir gera três circunstâncias relevantes para o enfraquecimento das agências reguladoras. Em primeiro lugar, dificulta o recrutamento de bons quadros para compor o seu pessoal. Afinal, estes profissionais se sentirão desestimulados a ingressar neste cenário e arriscar a sua reputação, a sua liberdade, ou o seu bolso. Em segundo lugar, os funcionários que ultrapassem este desestímulo e venham a compor os quadros das agências estarão apavorados e desconfortáveis para tomar qualquer solução mais criativa ou audaciosa. O relevante passa a ser salvar a própria pele, não pensar em soluções que possam conduzir à realização do interesse público.<sup>32</sup> Nem é preciso dizer da ineficiência a se esperar de uma entidade dirigida e tocada por funcionários intimidados. Em terceiro lugar e enfim, este uso desmedido do

<sup>31</sup> O relatório de acompanhamento do TCU TC 014.689/2014-6, sobre o processo de aprovação da obra denominada Nova Subida da Serra na Concessão da BR-40/MG/RJ, não apenas concluiu ser ilegal a aprovação pela ANTT do 12º Termo Aditivo, que adicionou esta obra à Concessão, mas também recomendou a responsabilização de diversos agentes públicos envolvidos na aprovação desta obra, especialmente os diretores da ANTT que aprovaram o termo aditivo. A acusação não foi de favorecimento pessoal, mas sim de anuir com celebração de termo aditivo supostamente ilegal, em virtude da qual se almejava responsabilização pessoal dos então agentes, incluindo a aplicação de multas. No acórdão 738/2017, o TCU acolheu as razões de justificativa apresentadas pelos então agentes públicos envolvidos, não os condenando, mas manteve a decisão de anular o termo aditivo da Nova Subida da Serra. A decisão final do plenário isentou de responsabilidade todos os agentes públicos envolvidos.

<sup>32</sup> Sobre a questão, Cf. artigo de Carlos Ari Sunfeld, *Chega de Axé no Direito Administrativo*, no qual coloca que “O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar.” Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=100](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=100). Cf. também o de Fernando Vernalha Guimarães, *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>. Último acesso em 16.05.2017.

poder de sanção termina funcionando como gatilho para que o controlador possa impor as suas próprias escolhas sobre as do regulador. A ameaça de aplicar sanções, mesmo quando feita de forma sutil, pode fazer o controlador participar ativamente das decisões regulatórias. Assim, o Ministério Público têm “deixado saber” aos vários reguladores, como uma espécie de “sugestão”, as suas escolhas e preferências regulatórias antes mesmo de que decisões específicas tenham sido tomadas. Outras vezes, é o próprio regulador quem, amedrontado, “consulta” o controlador sobre decisão que pretende tomar. No caso do edital de concessão do Aeroporto do Galeão, o TCU sugeriu alterações nas minutas de editais não publicadas. O TCU justificou esta atuação, que não possui base normativa específica, com o argumento de que seria melhor para a própria administração pública que atuasse previamente, já que tinha poderes de sanção e de sustação posteriores à publicação. Em bom português, “é melhor seguir o nosso conselho logo agora”. Isso, aliás, não é novidade. Em vários casos, o TCU tem se manifestado sobre minutas de editais e contratos de concessão previamente à sua publicação. Isso porque os reguladores, temerosos das decisões do TCU, enviam-lhe esses documentos previamente à sua publicação.<sup>33</sup>

### 3.3. Interfira nas escolhas e decisões regulatórias

Uma das técnicas que você, controlador, pode utilizar para interferir nas escolhas das agências reguladoras já foi adiantada acima: usar o poder de sanção em uma mão e as suas “meras sugestões” na outra. Mas há pelo menos duas outras que são bastante bem sucedidas.

A primeira consiste em ignorar a complexidade do direito e a absoluta ausência de “respostas corretas” (ou “únicas respostas lícitas”) para várias das questões que devem ser resolvidas pelas agências reguladoras – e impor a sua solução de preferência, sob o argumento de que ela é exigida pelo direito. Em vários países, o reconhecimento da realidade complexa levou tribunais a criarem doutrinas de deferência às soluções escolhidas pelas entidades reguladoras: na ausência de uma resposta pré-concebida pelo direito a problemas específicos, caberia a elas optar por uma dentre as várias decisões abstratamente lícitas.<sup>34</sup> Entre nós, juízes e tribunais têm resistido a dar este voto de

<sup>33</sup> Sobre o tema, cf. JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 12, nº 47, pp.209-230, out/dez 2014.

<sup>34</sup> Uma análise completa sobre o tema encontra-se em JORDÃO, Eduardo. *Controle de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2016.

confiança ao regulador. Ao invés disso, costumam impor as suas próprias soluções, muitas vezes a partir do que supõem que um princípio abstrato necessariamente exigiria diante de um caso concreto qualquer.<sup>35</sup> Eis um caminho a se seguir. O princípio da dignidade humana sozinho, por exemplo, lhe abrirá um mundo de possibilidades.

A segunda técnica para interferir nas decisões das agências reguladoras consiste em realizar um esgarçamento (ou uma “interpretação criativa”) de suas próprias competências de controle. Tome-se o caso do Congresso. A Constituição lhe permite sustar atos normativos do Poder Executivo “que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”.<sup>36</sup> Mas o dispositivo tem sido usado para afastar regras técnicas impopulares ou regras com as quais o Congresso simplesmente não concorda. Assim se deu em 2014, quando o Congresso editou Decreto Legislativo para sustar a eficácia de resolução da Anvisa que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite usados contra a obesidade.<sup>37</sup> Mais recentemente, o Senado já aprovou o Decreto Legislativo que afastará a resolução da Anac que liberava a cobrança, pelas companhias aéreas, de bagagens despachadas em voos domésticos.<sup>38</sup> Há exemplos também do TCU, que costuma se valer dos processos de tomada de contas especial para alterar aspectos regulatórios de contratos de concessão em curso. Em relação aos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCOFE, a Corte de Contas exigiu da ANTT a adoção da metodologia do reequilíbrio econômico financeiro por fluxo de caixa marginal para a inclusão de novos investimentos

<sup>35</sup> A Resolução Anac nº 400/2016, que passou a permitir a cobrança pelo despacho de bagagem, foi suspensa liminarmente em 13.03.2017, pelo juiz José Henrique Prescendo, da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo. Sobre o caso, que é representativo do tipo de intervenção judicial que sobre a ação das agências reguladoras, cf. coluna de Eduardo Jordão, *Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?*, disponível em <https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>, e a própria decisão do juiz em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-jf-sp-anac-bagagem.pdf>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>36</sup> Art. 49, V, da Constituição Federal.

<sup>37</sup> Assim se deu em 2014, quando o Congresso editou Decreto Legislativo nº 273 de 2014, publicado em 05.09.2014, para sustar a eficácia de resolução da Anvisa que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite usados contra a obesidade.

<sup>38</sup> O Senado aprovou, no final de 2016, o projeto de decreto legislativo PDS 89/2016, que susta a resolução da Anac autorizativa da cobrança pelo despacho de bagagens em voos domésticos. Atualmente, este decreto está em fase de análise pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, na qual o tramita sob o nº PDC 578/2016, tendo recebido parecer favorável do relator nesta comissão. Sobre o tema, cf. a coluna de Eduardo Jordão e Arthur Lardosa “*Congresso x Agências: limites, só para os outros*”, publicada no JOTA, disponível em: <https://jota.info/colunas/supra/congresso-x-agencias-limites-para-os-outros-19122016>. Último acesso em 08.05.2017.

nesses contratos.<sup>39</sup> Este exemplo, aliás, é ótimo para mostrar a eficácia das intervenções do controlador. É que aqui se trata de uma medida que não poderia ter sido tomada nem mesmo pela agência isoladamente – a Lei de Licitações exige o assentimento dos concessionários para alteração de regras econômico-financeiras de contratos em curso.

Mas você, controlador, não precisa se preocupar com estes detalhes. No direito brasileiro, os controladores são muito pouco controlados - e todas as estratégias acima deverão ser (e já vêm sendo) muito eficazes.

#### **4. AS DICAS PARA OS MEMBROS DAS PRÓPRIAS AGÊNCIAS**

Um texto com dicas para desestruturar as agências reguladoras não poderia deixar de trazer estratégias de autoflagelo. Normalmente, os integrantes destas entidades supõem que o seu ocaso é culpa de terceiros, políticos e/ou controladores néscios ou sedentos de poder. Nunca admitem que também prestam contribuição relevante para esta situação.

As agências reguladoras foram criadas para garantir atuação estatal imparcial e técnica no acompanhamento, fiscalização e regulação de contratos de longo prazo nos setores de infraestrutura, que envolvem investimentos relevantes do setor privado a serem amortizados em prazos longos, como 20 ou 30 anos. Assim, a estabilidade da regulação, a imparcialidade das decisões, a sua rapidez, solidez técnica e conformidade com as regras e com a lógica jurídica, econômica e financeira são essenciais para manter a credibilidade do sistema regulatório.

No entanto, é frequente que as agências reguladoras (i) atuem de forma errática, com comprometimento da segurança jurídica; (ii) negligenciem importantes regras procedimentais; ou (iii) divulguem inapropriadamente as informações relevantes sobre o setor regulado e sobre as suas próprias decisões.

##### **4.1. Descumpram contratos e frustrem a segurança jurídica**

Uma das razões para a criação das agências reguladoras consistia em dar mais estabilidade aos setores regulados. A ideia era a de que a concessão de poderes regulatórios a entidades técnicas, isoladas de influências políticas, favoreceria a previsibilidade, criando ambiente propício para o aporte de in-

---

<sup>39</sup> Decisão adotada pelo TCU no Plenário, Acórdão nº 2.154/2007, (Ata nº 42/2007), rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 10.10.2007, com diversos desdobramentos, inclusive o TCU, Plenário, Acórdão nº 1.055/2011 (Ata nº 14/2011), rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 24.07.2011.



vestimentos. Como desbaratar este projeto? Assegurando que a estabilidade e a segurança jurídica sejam comprometidas nos setores regulados pela atuação da própria agência.

A forma mais óbvia para fazê-lo é frustrar o cumprimento dos contratos, em especial em relação à garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e realização dos reajustes tarifários. Há aí o cenário propício para ações populistas e para violar os direitos e a expectativa dos concessionários. No caso de disposições relativas ao reequilíbrio econômico-financeiro, uma estratégia particularmente efetiva consiste na anulação de disposições contratuais firmadas anos antes, sob o argumento de mudança de orientação quanto à metodologia aplicável para o seu cálculo. Tome-se o caso emblemático da ação judicial intentada pela Artesp e pelo Governo do Estado de São Paulo para anular aditivos celebrados em dezembro de 2006.<sup>40</sup> A este respeito, argumente que é natural que práticas regulatórias evoluam e que novas formas de cálculo de reequilíbrio sejam desenvolvidas. E ignore que é exatamente por isso que se crê indispensável blindar o passado, preservando a validade e eficácia dos acordos assinados com base nas práticas vigentes à época da sua realização.<sup>41</sup>

Já no caso do reajuste tarifário, é cada vez mais raro o exemplo de Luiz Guilherme Schymura, então presidente do Conselho da Anatel que, em 2003, lutou para impedir que o Governo ignorasse as regras de reajuste de tarifa dos contratos de concessão dos serviços de telefonia. Ao invés disso, tem sido frequente que os diretores de agências reguladoras convalidem reduções de tarifa ou ignorem o direito de reajustá-las quando o Chefe do Poder Executivo assim entender devido, ignorando que a manutenção do valor da tarifa e direito ao seu reajuste só podem ser alterados por acordo entre as partes.

<sup>40</sup> Sobre o tema, vide reportagem da Folha de São Paulo de 18.05.2014, a qual relata a propositura de ação judicial em face de pelo menos oito concessionárias: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/166483-governo-de-sp-abre-guerra-das-rodovias.shtml>. Em alguns deles, a decisão de primeira instância foi favorável ao Estado, ocorrendo a anulação do aditivo, como na ação proposta contra a Concessionária rodoviária CCR AutoBAN (<http://www.valor.com.br/empresas/4213400/justica-antecipa-fim-de-concessao-da-anhanguera-e-bandeirantes>). Em outras, a justiça manteve o aditivo, como na proposta em face da Concessionária rodoviária TEBE (<http://www.conjur.com.br/2016-jul-19/estado-nao-rever-contrato-porque-ele-tornou-desvantajoso>). Último acesso em 16.05.2017.

<sup>41</sup> Esta crítica à Artesp motivou uma resposta do diretor-geral da agência, Giovanni Pengue Filho, também publicada no site Jota. O texto pode ser lido no seguinte link: <https://jota.info/artigos/quando-valor-de-agencia-reguladora-se-mede-por-eficiencia-12052017>. Último acesso em 20.06.2017.

Diversas agências reguladoras, particularmente as estaduais, o fizeram após as manifestações sociais de 2013.<sup>42</sup>

O grande mérito da estratégia de descumprimento contratos está em que os seus efeitos vão além do caso concreto. Cria-se a percepção geral de que quaisquer alterações nas condições políticas ou nas orientações das agências sobre questões regulatórias serão suficientes para fazê-las rever decisões passadas e reabrir os processos nos quais elas foram tomadas. Ou seja: consagra-se exatamente o cenário de insegurança que se quis evitar com a criação das agências reguladoras.

#### 4.2. Não liguem muito para procedimentos

Uma segunda estratégia efetiva para minar a credibilidade das agências reguladoras consiste em negligenciar as regras procedimentais que regem (ou deveriam reger) a sua atuação. Ora, o procedimento é um mecanismo jurídico para garantir que as decisões de uma entidade pública sejam tomadas de forma legítima – e não de forma arbitrária. Afinal, decidir seguindo um procedimento é o inverso de decidir livremente. Justamente por isso, desconsiderar as regras procedimentais é forma eficaz de comprometer esta arquitetura institucional e pôr em cheque a sua própria legitimidade.

A estratégia pode ser utilizada tanto na produção normativa como nas chamadas “decisões individuais” (solução de uma controvérsia, imposição de uma sanção etc.). Tome-se a primeira hipótese, de produção normativa. Aqui, a forma mais recorrente de procedimentalização em todo o mundo é o uso da chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR). Bem utilizada, a AIR tende a gerar uma regulação de maior qualidade (porque serve a levantar dados relevantes) e mais democrática (porque permite o debate de diferentes opções).<sup>43</sup> Na prática, no entanto, ela ainda está muito longe de ser a regra

<sup>42</sup> A diminuição das tarifas de ônibus ocorreu em diversas cidades do país, como mostra reportagem jornalística do O Dia de 13.06.2013 (<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2013-06-13/protestos-baixam-tafira-de-onibus-em-seis-capitais.html>). No entanto, em muitos casos a decisão foi revertida depois. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>43</sup> Cf. a Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) pela adoção da Análise de Impacto Regulatório, de 22 de março de 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>, No mesmo sentido, vide BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho e SALGADO, Lucia Helena. *Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória*, Texto para Discussão nº 1463 do Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: janeiro de 2010. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5010](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5010). Último acesso em 01.01.2017.

no Brasil.<sup>44</sup> Na ausência de uma obrigação legislativa genérica, tem cabido às próprias agências reguladoras decidir *quando* e *como* valer-se deste mecanismo. Neste cenário, não é surpresa que, salvo poucas exceções no nível federal (como é o caso da Anvisa<sup>45</sup>), o uso da AIR ainda seja raro. Também no caso das chamadas decisões individuais, é comum a reclamação dos regulados sobre desrespeito de regras procedimentais e dos seus direitos de serem ouvidos, sendo esta a maior causa de contestações judiciais de decisões das agências.

Mas as agências podem ser ainda mais eficientes nesta estratégia de negligência a ritos procedimentais. Elas podem valer-se de disposições contratuais para ampliar os seus próprios poderes e as suas próprias margens de discricionariedade. Ao invés de procedimento, ampla liberdade. Num primeiro exemplo já testado, basta incluir em minutas de contrato fatores indeterminados que lhes dão amplos poderes de mudar a qualquer tempo os seus aspectos econômico-financeiros. Valham-se indiscriminadamente do famoso Fator X. Ignorem a lição de que, tecnicamente, a utilização deste mecanismo só faz sentido para contratos em setores cujos avanços tecnológicos criem periodicamente ganhos operacionais inesperados, como o setor de telecomunicações ou de distribuição de energia elétrica.<sup>46</sup> Usem-no, portanto, mesmo em setores de infraestrutura pesada. Num segundo exemplo também não inédito, subordinem o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato a fatores que as próprias agências estabelecerão *a posteriori*.<sup>47</sup> Assim se cria incerteza sobre a indenização integral dos concessionários pela ocorrência de eventos

<sup>44</sup> Vide MENDONÇA, José Vicente Santos de, *Impacto Regulatório: um obscuro projeto de desejo*, de 14.09.2010, em <http://www.conjur.com.br/2010-set-14/analise-impacto-regulatorio-ainda-obscuro-objeto-desejo> e, em uma colocação mais recente, SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, *Por um uso abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil*, de 31.03.2016, em <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/natasha-salinas/por-um-uso-abrangente-da-analise-de-impacto-regulatorio-no-brasil>. Último acesso em 01.01.2017.

<sup>45</sup> A ANVISA vem trabalhando na incorporação da Análise de Impacto Regulatório em suas práticas desde 2007, sendo pioneira e referência para a prática. Tanto é assim, que em 2008 a agência foi selecionada pelo como agência-piloto para o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (Pro-Reg) do Governo Federal, o qual buscou disseminar a prática da AIR no país. Cf.: <http://portal.anvisa.gov.br/analise-de-impacto-regulatorio> e <https://goo.gl/RbU2NY>. Último acesso em 01.01.2017.

<sup>46</sup> “[n]esse caso (fator X) cuida-se de instrumento regulatório destinado a exigir que o concessionário gere e compartilhe com usuários ganhos de eficiência setoriais, não atribuíveis especificamente a diferenciais no seu desempenho. Não se trata de atividade de reequilíbrio do contrato”. RIBEIRO, Maurício Portugal. PPP Mais e o Regime dos Contratos de Concessão e PPP. Rio de Janeiro, 2015, p. 38. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/portugalribeiro/ppp-mais-e-o-regime-dos-contratos-de-concesso-e-ppp>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>47</sup> Vide o ponto nº 08 em RIBEIRO, Maurício Portugal. *Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos*. Disponível em: <https://pt.slideshare.net>.

cujo risco foi atribuído pelo contrato ou pela lei ao Poder Concedente. É o caso da utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para qualquer evento de desequilíbrio (e não apenas para a inclusão de novos investimentos no contrato), com taxa de desconto estipulada posteriormente pela agência reguladora, como tem acontecido nos contratos da ANTT e da ANAC.

### 4.3. Negligenciem a importância da difusão informacional

Uma última estratégia para comprometer a imagem e a reputação das agências consiste em negligenciar a importância da propagação de informações para a regulação. Há pelo menos duas formas distintas em que ela pode ser relevante.

Numa primeira forma, a difusão informacional é relevante como técnica ou estratégia regulatória. Neste sentido, a agência atua como um centro propagador das informações pertinentes ao setor regulado, tornando-as facilmente acessíveis a todos. Isto tende a ampliar a competitividade entre os *players* do mercado, além de possibilitar escolhas e comportamentos mais conscientes dos consumidores. A despeito disso, medidas tão básicas como a divulgação comparativa de diferentes planos de serviço oferecidos por diferentes operadoras de telefonia seguem sem ser implementadas pela ANATEL, para citar apenas um exemplo. A desculpa para esta inação tem sido a da constante mudança dos planos das operadoras – circunstância que não impediu o Banco Central, por exemplo, de disponibilizar comparativo semelhante relativo às tarifas bancárias.<sup>48</sup>

Numa segunda forma, a divulgação de informações é instrumento de legitimação das escolhas da própria agência. A importância desta específica forma de comunicação resulta particularmente evidente porque o trabalho de uma agência reguladora consiste em arbitrar interesses conflitantes (de diferentes tipos de usuários do serviço, da indústria regulada, do Poder Público etc.).<sup>49</sup> No contexto de tomada de decisões tão complexas e tão propensas a

---

net/portugalribeiro/o-que-precisa-mudar-no-pil-final-publicado-em. Último acesso em 01.01.2017.

<sup>48</sup> As informações, incluindo relação das tarifas bancárias em ordem decrescente de valores entre as instituições financeiras, estão disponíveis no site do Banco Central em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/n/TARIFA>. Último acesso em 16.05.2017.

<sup>49</sup> “(...) os novos órgãos reguladores devem reunir uma grande capacidade de arbitramento dos interesses envolvidos com a atividade regulatória.” e “pode-se dizer que as agências se prestam, basicamente, a: i) mediar interesses específicos existentes no setor regulado (...)”, em MARQUES NETO, Flávio Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, pp.

gerar controvérsias, a boa comunicação é a chave para que uma medida seja compreendida e bem avaliada. Comunicar mal neste contexto é o caminho óbvio para que suas ações ou não possam ser avaliadas pela população, ou sejam necessariamente compreendidas como resultado de captura. Isso talvez explique porque inúmeras decisões racionais do ponto de vista econômico venham a ser largamente percebidas pela população como voltadas a favorecer a indústria regulada. Assim, por exemplo, a recente decisão da ANAC de liberar a cobrança de bagagens despachadas. Teria sido possível investir mais na divulgação de estudos e na explicação da regra tanto sob um ponto de vista da sua eficiência (no sistema anterior, passageiros que não despacham bagagens subsidiam aqueles que as levam), como do ponto de vista de sua naturalidade (trata-se de regra que vale em quase todo o mundo, com exceção apenas de México, Venezuela, China e Rússia), como, finalmente, do ponto de vista de suas prováveis consequências (redução de preços por maior amplitude concorrencial, a exemplo do que já vem acontecendo desde que se começou a adotar a liberdade tarifária). Ao invés disso, ela foi objeto de tímidas manifestações oficiais<sup>50</sup> atropeladas por indignações do senso comum.

## 5. CONCLUSÃO

Caso ainda não tenha ficado totalmente evidente, vale a pena esclarecer: o texto acima é irônico. Na realidade, o objetivo dos autores não é “oferecer dicas para a destruição das agências reguladoras”. Ao invés disso, o que lhes move é a vontade de denunciar uma série de práticas que já vêm sendo adotadas por diferentes atores institucionais e que, aos seus olhos, possuem efeito deletério evidente sobre o projeto de Estado Regulador Brasileiro. Na oportunidade de celebração dos 20 anos deste projeto institucional, parece essencial fazer esta reflexão sobre o que deu errado até aqui, para que os problemas possam ser corrigidos nas próximas décadas.

---

91-92. Cf. também MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. São Paulo: Ed. Fórum, 2005.

<sup>50</sup> Cf. artigo do Diretor da ANAC José Ricardo Pataro Botelho de Queiroz na Folha de São Paulo, *Sem bagagem e com mais inclusão*, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/12/1842673-sem-bagagem-e-com-mais-inclusao.shtml>. Último acesso em: 16.05.2017.



## ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO<sup>1</sup>

Em coautoria com:  
Luiz Carlos Penner<sup>2</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Dois episódios recentes modificaram a forma como a população brasileira enxerga a corrupção: o Mensalão e, principalmente, a Operação Lava Jato. Em 2018, o índice de percepção de corrupção apontou para uma pontuação de 35 para o Brasil, o menor valor em sete anos, o que colocou o país em 105º lugar, dentre os 180 países analisados, juntamente com a Argélia, Armênia, Costa do Marfim, Egito, El Salvador, Peru, Timor Leste e Zâmbia.<sup>3</sup> A corrupção se reflete não apenas na opinião da população, mas também em perdas econômicas para o país. Naturalmente, os efeitos econômicos da corrupção são de difícil mensuração,<sup>4</sup> de modo que as estimativas variam muito – mas sempre em torno de valores muito expressivos. Em uma delas, a corrupção em governos locais é responsável por perdas de aproximadamente 550 milhões de dólares por ano.<sup>5</sup> Em outra, a perda seria de 200 bilhões de reais por ano.<sup>6</sup>

Neste contexto, o combate à corrupção é um tema que por si só justifica o desenvolvimento de uma agenda acadêmica no Brasil. Para contribuir com esta agenda, buscamos mapear as principais estratégias anticorrupção

<sup>1</sup> Publicado originalmente em *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, nº 1, abr./2021.

<sup>2</sup> Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.

<sup>3</sup> Dados disponíveis em: <<https://www.transparency.org/cpi2018>>. Acesso em 21 jun. 2019.

<sup>4</sup> POWER, Timothy Joseph; TAYLOR, Matthew MacLeod, **Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability**, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011, p. 1.

<sup>5</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico, Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments, **The American Economic Review**, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

<sup>6</sup> **Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato**, disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corrupcao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>, acesso em: 21 jun. 2019.

adotadas ao redor do mundo, agrupando-as dentre quatro categorias de estratégias desenvolvidas no âmbito da teoria da regulação: comando e controle, informação (transparência), incentivos e instituições (*design*). A partir desta categorização, apresentaremos as principais vantagens e desvantagens de cada estratégia, juntamente com exemplos não exaustivos de sua aplicação no Brasil e no mundo. Trata-se, portanto, de um trabalho descritivo que tem dois objetivos: (i) classificar as estratégias anticorrupção dentro da taxonomia já proposta para as estratégias regulatórias e (ii) apontar vantagens – genéricas, apresentadas na literatura de estratégias regulatórias e que podem ser aplicadas a corrupção; e específicas, advindas da literatura específica sobre combate à corrupção – e aplicações de cada uma das estratégias no contexto brasileiro e internacional.

Usando uma frase de Julia Black, este é um artigo que tem que ser escrito antes de que possamos escrever o artigo que queremos. Isto é, para que seja possível fazer, futuramente, uma análise compreensiva e exaustiva sobre a qualidade das iniciativas anticorrupção propostas no Brasil – e eventualmente apontar os rumos que devem ser tomados –, é necessário primeiro entender quais são as ferramentas de combate à corrupção disponíveis, seus prós e contras. Na literatura brasileira, foi possível verificar apenas um artigo – escrito por Mariana Prado e Lindsey Carson em 2014<sup>7</sup> – em que houve tentativas de mapeamento das estratégias anticorrupção com foco no Brasil e utilizando a literatura internacional de combate à corrupção.

O desenvolvimento deste trabalho se dará da seguinte forma. Na seção 2, apresentaremos a estratégia de comando e controle como uma das modalidades mais usuais de combate à corrupção, tanto por meio da proibição direta de condutas quando pela proibição de circunstâncias favoráveis à corrupção. Na seção 3, apresentaremos os mecanismos de transparências ou de informação, que partem da premissa de que há um problema do tipo *principal-agente* no caso da corrupção, uma vez que atores corruptos (*agente*) buscarão seus próprios objetivos pessoais ao invés de perseguir o bem coletivo da população (*principal*). Para aumentar a probabilidade de que a atuação do agente se alinhe às expectativas do principal, busca-se aumentar a probabilidade de que agentes corruptos sejam identificados pela população ou simplesmente busca-se aumentar a quantidade de informações disponíveis para que a população possa fazer a fiscalização e eventualmente descubra atos corruptos. Na

<sup>7</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Carson, Lindsey D. and Prado, Mariana Mota, Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil. *IRIBA Working Paper* n. 08, 2014.



seção 4, analisaremos mecanismos de incentivos, destacando-se o aumento de salários de funcionários públicos e utilização de acordos de leniência e colaboração premiada. Já na seção 5, avaliaremos como o *design* de agências anticorrupção – tanto a criação de agências voltadas especificamente para esta finalidade quando a criação de sobreposições institucionais – pode ser efetivo no combate à corrupção. Na seção 6, realizaremos uma síntese dos principais pontos desenvolvidos ao longo do trabalho.

## 2. COMANDO E CONTROLE

A primeira e mais evidente forma de usar o direito para prevenir a corrupção consiste em estabelecer proibições. Em experimento realizado por Daniel Kaufmann em 1997, perguntou-se a 150 gerentes e funcionários públicos de países com altos índices de corrupção quais seriam, em suas opiniões, as estratégias anticorrupção mais efetivas.<sup>8</sup> A maioria acreditava que a rotação de funcionários e o aumento de penas apresentariam os melhores resultados.

Na literatura de regulação, o aumento de pena faz parte de estratégia regulatória mais ampla conhecida como comando e controle: criam-se regras que impõem ou prescrevem determinadas condutas e controla-se sua observância. Dentro desta mesma estratégia, no entanto, há pelo menos duas possibilidades que devem ser apartadas. Numa primeira hipótese, a proibição incidirá diretamente sobre a conduta que se quer proscrever, ou seja, a conduta afastada é precisamente aquela que configuraria o ato de corrupção. Numa segunda hipótese, o legislador se antecipa e proíbe não a corrupção em si, mas a *configuração de uma situação em que a corrupção é provável*; o que o legislador faz, neste caso, é atuar para evitar que se estabeleçam circunstâncias favoráveis ao cometimento de ilícitos.

### 2.1. Proibição direta de condutas

Naturalmente, são muitas as proibições ou determinações de condutas que podem ser atribuídas a uma intenção do legislador de prevenir a corrupção. No caso de proibições diretas, o legislador busca a utilização de estratégias de comando e controle para, uma vez que uma pessoa tente realizar atos corruptos, (i) não tenha os meios disponíveis à disposição – meios estes que são estritamente vinculados à realização de atos de corrupção, o que difere da categoria de proibições indiretas apresentada na seção 2.2 ou, (ii) ainda

<sup>8</sup> KAUFMANN, Daniel, Corruption: the facts, *Foreign policy*, p. 114–131, 1997.

que tenha os meios, seja devidamente punido caso intente se envolver em atos proibidos.

Um exemplo de tentativa de proibição direta de condutas corruptas é dado pela Lei 8.112/90 (“Estatuto dos Servidores Públicos”). Para tanto, estabelece uma série de proibições no que seria a causa da corrupção, dado que os casos de corrupção que envolvem dinheiro público usualmente requerem o concurso ou a negligência de algum funcionário público. Proíbe, por exemplo, a prática de nepotismo, a utilização de cargo público para proveito pessoal ou de terceiros (inclusive a proibição textualmente expressa de receber propina) e a utilização de recursos públicos em prol de atividades particulares. Estas previsões de deveres e proibições funcionais são relevantes na medida em que funcionam como gatilhos para a sua responsabilização administrativa, e também como aspectos relevantes de sua responsabilização civil e penal.<sup>9</sup> Ainda, estas responsabilizações poderão ser cumuladas e independem uma das outras.

A Lei 8.666/93, sobre licitações e contratos administrativos, caminha no mesmo sentido, partindo do pressuposto de que as contratações públicas são ocasiões muito propícias para a prática de corrupção e que, portanto, devem ser minuciosamente reguladas. Sob a perspectiva pública, pode o Estado manejar o seu poder de compra e o seu potencial econômico para favorecer determinados agentes econômicos. Contratações públicas, que deveriam servir à satisfação de necessidades públicas, podem assim esconder transferências indevidas de recursos em benefício de partes privadas. Sob a perspectiva privada, os procedimentos licitatórios podem ser frustrados através de colusão entre potenciais licitantes para permitir uma venda de bens ou serviços com sobrepreço. Regular as contratações públicas é, em grande medida, estabelecer as condições adequadas para dificultar ou impedir a realização destas situações. A maior parte das normas contidas na lei visam a garantir a competitividade do certame licitatório.<sup>10</sup>

Para alcançar este objetivo, a lei veda a participação na licitação do autor do projeto básico ou executivo, as práticas que limitam as exigências de qualificação técnica ou econômico financeira, ou que restrinjam a participação

<sup>9</sup> GOMES, Reginaldo Gonçalves, Responsabilidade Administrativa do Servidor Público na Administração Pública Federal, *Prisma Jurídico*, v. 13, n. 1, p. 193–212, 2014.

<sup>10</sup> A Lei nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – manteve essa tônica. Com efeito, o novo diploma, assim como o anterior, contém regras e procedimentos minuciosos voltados à garantia da probidade e da competitividade nas licitações e na execução de contratos públicos.

de consórcios entre os licitantes. E, finalmente, também é relevante o fato de a lei de licitações ter criminalizado várias das condutas que poderiam frustrar o seu ideal de competitividade, tais como “[d]ispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei”, “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”; “[p]atrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário”; e “devasar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”. Adicione-se que, de acordo com o art. 83, o cometimento dos crimes ali previstos sujeita os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.<sup>11-12-13</sup>

Vistos estes exemplos mais gerais de proibições diretas de condutas, é necessário avaliar suas vantagens e desvantagens. Uma das vantagens mais evidentes associadas a esta estratégia é a possibilidade de utilizar a lei para impor regras ou *standards* de maneira imediata, proibindo as atividades que não estejam de acordo com a determinação legal, como no caso da proibição da utilização do cargo para favorecimento pessoal. Em termos políticos, a criação de uma norma é uma mensagem clara de que o regulador está tomando uma posição forte para resolver o problema. Ou seja, a norma está sendo utilizada com um objetivo simbólico e prático.<sup>14</sup>

Um exemplo do poder simbólico da mensagem sobre o combate à corrupção por meio da utilização de estratégias de comando e controle é o Projeto de Lei 4.850/2016 (“Dez Medidas Contra a Corrupção”). A justificativa do

<sup>11</sup> A Lei nº 14.133/21 manteve essas regras gerais, respectivamente, no art. 14, inc. I (vedação da participação na licitação do autor do projeto); nos arts. 62 e ss. (regras de habilitação que incluem exigências de qualificação técnica ou econômico-financeira); e no art. 15 (regras e limitações para a constituição de consórcios).

<sup>12</sup> A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos manteve, com algumas alterações redacionais, os tipos penais listados neste parágrafo. No entanto, esses tipos deixaram de constar no corpo do diploma e foram incluídos, pela própria Lei nº 14.133/21, no Código Penal. São, respectivamente, os atuais arts. 337-E, 337-F, 337-G e 337-J do Código Penal.

<sup>13</sup> Embora a norma não tenha sido reproduzida na Lei 14.133/21, cumpre lembrar que os crimes licitatórios passaram a constar do Código Penal, onde já há norma prevendo a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo como efeito da condenação penal (art. 92, Código Penal).

<sup>14</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**, New York: Oxford University Press, 2012, p. 106–111.

projeto de lei se inicia com o apelo ao sentimento da população ao afirmar que a “sociedade brasileira assiste estarrecida” ao aumento de “denúncias sobre corrupção e enriquecimento ilícito de agentes públicos”, o que fez com que brotasse “um grito neste março de 2016” a partir “da movimentação das ruas”. Ou seja, trata-se de projeto de lei diretamente voltado a atender aos anseios populares frente ao agravamento da percepção de corrupção surgidos a partir da Operação Lava Jato.

Para tanto, dentre as dez medidas apresentadas, nove podem ser classificadas como comando e controle, ou como medidas que tentem solucionar problemas de *enforcement* associados ao estabelecimento de regras: (i) criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, (ii) aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores, (iii) aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal, (iv) celeridade nas ações de improbidade administrativa, (v) reforma no sistema de prescrição penal, (vi) ajustes nas nulidades penais, (vii) responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2, (viii) prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro desviado e (ix) recuperação do lucro derivado do crime.<sup>15</sup> Em resumo, estas medidas tratam do aumento de penas ou da modificação das regras penais e de processo penal para, em tese, diminuir os incentivos daqueles atores que pretendam participar de condutas corruptas. Apenas a medida de “prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação” pode ser caracterizada como não sendo relacionada a estratégias de comando e controle, privilegiando estratégias de informação e de incentivos.

Contudo, a utilização de estratégias de comando e controle também apresenta problemas, como a reduzida flexibilidade e os seus custos elevados tanto para criação das regras, como para controlá-las.<sup>16</sup> Esses custos podem se manifestar de diversas formas.

A mais evidente é a quantidade de informação necessária para a criação de regras. A opção pela criação de regras específicas para regular determinada atividade envolve a análise sobre os custos em que se deve incorrer, uma vez que a criação de regras implica o aumento de custos no momento de sua elaboração para, em tese, buscar-se diminuir estes custos no momento de sua

<sup>15</sup> Para uma descrição mais detalhada, conferir: **As 10 Medidas Contra a Corrupção: Propostas do Ministério Público Federal para o combate à corrupção e à impunidade**, disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf>>, acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>16</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**, New York: Oxford University Press, 2012, p. 106–111.

aplicação.<sup>17</sup> Ocorre que eventualmente os custos de busca e processamento de informações podem ser proibitivos, principalmente em um cenário de incerteza ou até mesmo de ignorância. Nestes casos, investir em regras pode não ser o melhor caminho. É justamente nestes casos em que a utilização de regras dá lugar à utilização de princípios. O Estatuto dos Servidores Públicos parece se encaminhar neste sentido – ao menos em complementação às regras já discutidas acima –, ao estabelecer obrigações de “zelar pela economia material e a conservação do patrimônio público” e “manter conduta compatível com a moralidade administrativa”. A Lei 8.666/93 caminha no mesmo sentido, na medida em que, junto às regras específicas de contratações, estabelece princípios genéricos, como a vantajosidade da contratação, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa.<sup>18</sup>

O uso da estratégia de comando e controle gera também um risco de legalismo, uma tendência de gerar normas inflexíveis, intervindo em liberdades administrativas dos regulados. Este fato é agravado pela criação excessiva de regras com o objetivo de reduzir a discricionariedade do administrador.<sup>19</sup> Por exemplo, em uma licitação, as hipóteses de dispensa de licitação são previstas taxativamente no art. 24 da Lei 8.666/93. Reduzir a discricionariedade neste caso significou criar uma lei com trinta e quatro incisos. O segundo possível agravante ao *legalismo* é a tendência do legislador de regular rapidamente com base em casos que tenham ocorrido, antes que a população em geral os esqueça.<sup>20-21</sup>

<sup>17</sup> Em taxonomia apresentada por Sustain e Margalit (1999), a criação de regras é uma estratégia de segunda ordem do tipo high-low, no sentido de que envolve justamente o aumento de custos *ex ante* (no momento de sua elaboração) na expectativa de reduzi-los no momento de sua aplicação (*ex post*). SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna, Second-order decisions, *Ethics*, v. 110, n. 1, p. 5–31, 1999, p. 5–6 e 21–26.

<sup>18</sup> Nessa linha, a Lei nº 14.133/21 elenca rol de princípios ainda mais amplo: “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).”

<sup>19</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**, New York: Oxford University Press, 2012, p. 108.

<sup>20</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**, New York: Oxford University Press, 2012, p. 108.

<sup>21</sup> Na Lei 14.133/21, as hipóteses de dispensa estão previstas no art. 73.

Outro custo regulatório é de *enforcement*, sendo muito dispendioso principalmente porque dá espaço para a conformidade criativa (*creative compliance*) e também há um grande risco de judicialização.<sup>22</sup> O próprio Estatuto dos Servidores Públicos, apesar de proibir o nepotismo, abriu espaço para a conformidade criativa, na medida que agentes públicos passaram a se utilizar do nepotismo cruzado – em que o agente público A indica um familiar do agente público B enquanto o B indica um familiar de A.<sup>23</sup>

Ainda sobre *enforcement*, a existência da legislação por si só não é suficiente para o combate à corrupção, é necessário que haja monitoramento. Em alguns locais, o nível de detecção e punição de atos corruptos não será alcançado porque não há monitoramento suficiente ou porque há uma corrupção sistêmica – inclusive permeando os atores responsáveis pela aplicação da lei. Nestes casos, mesmo que haja uma tentativa de, apesar do baixo monitoramento, garantir a punição severa dos indivíduos detectados em atos corruptos, pode ser que poucas cortes queiram sancioná-los draconianamente.<sup>24</sup>

Tentando lidar com o problema do *enforcement*, a Lei Complementar 101/00 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”), apesar de não ter o combate à corrupção entre suas principais finalidades, estabelece regras rígidas para a transferência (direta ou indireta) de recursos públicos para particulares. Também contribui para a ampliação da transparência no manejo das contas e dos orçamentos públicos.

A efetividade de estratégias anticorrupção baseadas no aumento do monitoramento ou no aumento das sanções depende, ainda, do nível de corruptibilidade daquela sociedade. Se o nível de corrupção for alto, a utilização de sanções mais rígidas provavelmente não será efetiva, já que os atores

---

<sup>22</sup> No Quênia, por exemplo, a criação de leis foi bastante utilizada como estratégia política, mas sem efeitos práticos, principalmente pela existência de leis pouco precisas que poderiam ser interpretadas de acordo com a vontade do governo. Neste caso, portanto, “*without ‘buy in’ from prominent stakeholders top-down attempts to cleanse public life are destined not just to fail but to fail badly*”. HOUGH, Dan, **Corruption, anti-corruption and governance**, UK: Palgrave Macmillan, 2013, p. 65–68.

<sup>23</sup> Esta prática foi objeto de súmula vinculante do STF, (Súmula Vinculante nº 13) estabelecendo que “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

<sup>24</sup> OGUS, Anthony, Corruption and regulatory structures, **Law & Policy**, v. 26, n. 3-4, p. 329–346, 2004, p. 336.

corruptos continuam a acreditar que a chance de serem descobertos e efetivamente punidos é baixa, podendo, inclusive, subornar o agente responsável pela investigação ou sanção. Igualmente, aumentar a possibilidade de que a pessoa possa ser descoberta pode ser ineficaz nos casos em que os indivíduos continuam podendo subornar os oficiais encarregados do monitoramento, para não os monitorar adequadamente.<sup>25</sup>

Outra forma de ineficácia do aumento de sanções ocorre se a população considera aquela sanção injusta.<sup>26</sup> Tanzi e Shome realizaram estudo em 1993 no qual mostram que, se houver um aumento da pena para sonegação de impostos, será mais provável que a sociedade não esteja disposta a aplicar sanções sobre as pessoas que forem descobertas, principalmente porque, nas palavras dos autores, “várias sociedades se sentiriam desconfortáveis em escolher e punir indivíduos particulares, quase que em um processo de loteria, ao mesmo tempo em que vários outros indivíduos podem ter cometido as mesmas transgressões”.

Além disso, muitas vezes a utilização de leis para reduzir níveis de corrupção gera outros problemas, como ocorreu em Bangladesh. O governo resolveu acabar com o problema de corrupção usando a força para obrigar as pessoas a não praticarem atos corruptos, o que fez com que logo perdesse qualquer apoio da população que inicialmente tinha. Simplesmente não houve suporte popular para sustentar estratégia de longo prazo por meio do endurecimento de regras.<sup>27</sup>

## 2.2. Proibição de circunstâncias favoráveis à corrupção

Outra forma de manejar a estratégia regulatória de comando e controle para combater a corrupção consiste não em proibir diretamente alguma conduta que se quer ver afastada, mas em evitar que se configurem as circunstâncias que facilitaríamos a sua realização. Trata-se de estratégia comum, que possui

<sup>25</sup> RYVKIN, Dmitry; SERRA, Danila, How corruptible are you? Bribery under uncertainty, **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 81, n. 2, p. 466–477, 2012, p. 472; OLKEN, Benjamin A, Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia, **Journal of Political Economy**, v. 115, n. 2, p. 200–249, 2007, p. 201.

<sup>26</sup> AKERLOF, George A; YELLEN, Janet L, The fair wage-effort hypothesis and unemployment, **The Quarterly Journal of Economics**, v. 105, n. 2, p. 255–283, 1990; VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice, Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much?, **Journal of development economics**, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001, p. 7.

<sup>27</sup> HOUGH, Dan, **Corruption, anti-corruption and governance**, UK: Palgrave Macmillan, 2013, p. 58.

vantagens e desvantagens em relação à proscricção direta de condutas. De um lado, ela possui resultado *incerto*, na medida em que os efeitos concretos de prevenção são apenas *esperados* em função do ambiente específico desfavorável que se cria. De outro lado, sua efetividade no combate à corrupção pode ser acentuada, na medida em que incide mesmo antes de que se criem as condições facilitadoras das infrações.

Vários são os exemplos encontrados nos mais diversos diplomas legislativos. Mas talvez o mais interessante deles esteja contido na Lei 12.812/12, sobre conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. O objetivo geral da lei é evitar que funcionários públicos de alto escalão se valham de informações privilegiadas e sensíveis a que tenham acesso durante o exercício do cargo ou do próprio poder de influência obtido nestas circunstâncias para obter vantagens econômicas ou financeiras para si ou para terceiros. Como se vê, trata-se de iniciativa voltada à prevenção de corrupção. À lei se submetem ocupantes de cargos de Ministro de Estado, Presidente, Vice-Presidente e diretores de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além de funcionários DAS de nível 6 ou 5. Mas em boa parte de suas disposições, a lei não proscree ou pune diretamente a *transferência de informações privilegiadas* ou a sua utilização. Ao invés disso, a lei proscree até mesmo que estes agentes venham a ocupar cargos em que estas informações lhes seriam solicitadas.

Mecanismo similar foi utilizado de forma bem-sucedida em Hong Kong. Um dos fatores essenciais para que a estratégia anticorrupção tenha sido efetiva foi a implementação de códigos de conduta que obrigavam os funcionários de determinados setores a declarar quaisquer interesses pecuniários ou econômicos que estivessem em conflito com suas obrigações legais.<sup>28</sup> Estas são informações que podem, eventualmente, ser utilizadas para evitar que estes funcionários sejam incumbidos de funções em que surjam potenciais conflitos de interesses e, conseqüentemente, cenários propícios para a corrupção.

Uma segunda forma bastante comum de promover esta estratégia regulatória preventiva consiste em prever o afastamento cautelar de agentes investigados por corrupção para evitar que repita a infração ou atrapalhe a sua apuração. Assim, o art. 147 do Estatuto dos Servidores prevê a possibilidade

<sup>28</sup> HUI, Wingchi. Combating Corruption: The Hong Kong Experience (October 31, 2013). *Tsinghua China Law Review*, Vol. 6, 2013, p. 250.



de afastamento preventivo de servidor investigado, pelo prazo de até 60 dias, prorrogável por igual período.

Em casos um pouco diferentes, esta estratégia preventiva decorre de *uma específica interpretação* de dispositivos legais, consagrado na jurisprudência dos órgãos de controle – e não já da lei *em si*. Assim, por exemplo, a lei de licitações estabelece a possibilidade de realização da chamada “visita técnica” de potenciais licitantes, para fins de reconhecimento das condições locais impactantes sobre o cumprimento das obrigações objeto da licitação (art. 30, III). Mas a lei não regulamenta esta visita, nem estabelece como ela se dará. O Tribunal de Contas da União tem entendido, no entanto, que a administração não pode restringi-la a horários fixos “no intuito de inibir que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes”.<sup>29</sup> O que o TCU faz aqui é atuar para evitar que se constitua um estado de coisas facilitador da colusão entre licitantes.

Por fim, uma hipótese explorada pela literatura norte-americana é da possibilidade de que eventualmente o financiamento de campanhas por atores privados seja capaz de gerar sentimentos de retribuição entre o agente público eleito e o doador. Nas palavras de Lessig, por exemplo, “todos nós reconhecemos tendência que vem do fundo de nossos ossos – ou, mais precisamente, em nosso DNA – de agir reciprocamente. Às vezes não o fazemos. O subconsciente é guiado por interações de reciprocidade tanto quando o consciente. Todos nós agimos de modo recíproco mesmo sem pensar. Nós nos curvamos àqueles que devemos obrigações, mesmo que acreditemos honestamente que não nos curvamos”. No Brasil, o financiamento de campanhas foi regulado inicialmente pela Lei 9.504/97, que estabelecia o limite de gastos de campanha para os cargos em disputa e aos partidos políticos a obrigação de comunicar à Justiça Eleitoral os valores máximos que fariam por cada candidatura. O desrespeito a estes limites podia ocasionar multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso. Com a edição da Lei 12.034/09 e, posteriormente, da Lei 13.165/15, as regras sobre doação se tornaram mais restritas, até que, no julgamento da ADI 4650, o STF proibiu o financiamento empresarial de campanhas eleitorais.

<sup>29</sup> TCU, Acórdão nº 3119/2010, publ. 22/06/2010: “1.6.2. alertar a (...), para que, nos futuros procedimentos licitatórios que envolvam recursos públicos federais, haja observância das seguintes orientações: (...) 1.6.2.2. estabeleça prazo adequado para a realização de visitas técnicas, não restringindo-a à dia e horário fixos, tanto no intuito de inibir que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes, quanto a fim de que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas”.

### 3. INFORMAÇÃO

As estratégias regulatórias baseadas em informação ou transparência buscam a divulgação de informações relevantes sobre instituições, de modo que seja possível avaliá-las<sup>30</sup> ou alterar o comportamento de seus atores. O conceito abrange tanto a divulgação ativa de informações pelas entidades públicas (transparência ativa) – incluindo dados sobre seu funcionamento e agentes – quanto a resposta a pedidos de acesso à informação realizados por indivíduos ou entidades (transparência passiva).

Como já se adiantou acima, a estratégia de comando e controle depende de informações para efetivamente punir os agentes transgressores.<sup>31</sup> Além disso, os mecanismos de transparência são também capazes de prevenir, indiretamente, a ocorrência de atos de corrupção. A expectativa é que, estando mais exposta a atuação administrativa, os riscos de corrupção se reduzam. Em termos da terminologia adotada pela teoria do *principal-agente*, estratégias baseadas em transparência estão à disposição para que o *principal* possa controlar o *agente*, evitando que o *agente* atue em seus próprios interesses ao invés de nos interesses do *principal*.<sup>32</sup>

A prevenção será alcançada por meio de dois mecanismos diferentes. Por um lado, há um aumento da probabilidade de que o governo irá fiscalizar determinados contratos realizados pela administração pública, como ocorre com o Programa de Sorteios Públicos realizado pela Controladoria Geral da União (CGU) – conforme exploraremos na seção 3.1. Por outro, investe-se na ampliação da transparência das entidades administrativas, principalmente por meio da Lei de Acesso à Informação – analisada na seção 3.2.<sup>33</sup> A diferença entre estes dois tipos de transparência é que, no primeiro, o governo ativamente investe na divulgação de informações ao passo que, no segundo, apenas criam-se obrigações e ambiente favorável para que terceiros possam se valer destas informações para fiscalizar as entidades.

<sup>30</sup> LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel, Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption, *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010, p. 301.

<sup>31</sup> OLKEN, Benjamin A. Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia. *Journal of political Economy*, v. 115, n. 2, p. 200–249, 2007, p. 201.

<sup>32</sup> LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010, p. 303.

<sup>33</sup> V. ABRAMO, Claudio Weber, Acesso a informação e eficiência do Estado, *Revista gov. sp*, n°2, 2004.

Diferentemente da estratégia de comando e controle, os dois mecanismos de transparência não necessariamente pressupõem a capacidade de punição do próprio Estado. Porém, dependem, por exemplo, da capacidade de eleitores – uma vez informados sobre atos ilícitos cometidos – disciplinarem políticos corruptos.<sup>34</sup> O foco é na divulgação de informações (tanto pela própria CGU quanto pela Lei de Acesso à Informação), não no estabelecimento de normas ou punições. É justamente por este motivo que a realização de auditorias não é aqui classificada como parte da estratégia de comando e controle, isto é, como mecanismo de descoberta de ilícitos para a aplicação de sanções. O mecanismo das auditorias, tal qual realizado pelo Programa de Sorteios Públicos, tem como objetivo não apenas oferecer subsídios ao poder sancionador estatal como também disciplinar funcionários públicos por meio da revelação de informações sobre seus atos, gerando consequências reputacionais, políticas e penais. Dito de outra forma, o papel das auditorias ultrapassa possíveis constatações de ilícitos para aplicação de sanções, inclui também mecanismo de prevenção realizado por outros agentes públicos e privados, por meio do aumento de *accountability* da administração pública.

### 3.1. Auditorias

A Controladoria Geral da União (GCU) nasceu em 2003 com o objetivo de detectar e punir ilicitudes sistematicamente. Logo depois de sua criação, a CGU lançou o *Programa de Sorteios Públicos*, com o objetivo de aumentar a fiscalização sobre os gastos municipais de verbas repassadas pela União. Inicialmente a CGU fez auditorias em 26 municípios escolhidos aleatoriamente e, logo em seguida, esse número aumentou para 60 municípios a cada loteria. Em fevereiro de 2015, tinha realizado 2241 auditorias em 1949 municípios, tendo auditado mais de 22 bilhões de dólares em repasses federais aos municípios.<sup>35</sup> Uma série de estudos avaliaram, sob diversas perspectivas, os programas de auditoria realizados pela CGU.

<sup>34</sup> WINTERS, Matthew S; WEITZ-SHAPIRO, Rebecca, Lacking information or condoning corruption: When do voters support corrupt politicians?, *Comparative Politics*, v. 45, n. 4, p. 418–436, 2013; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico, Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments, *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

<sup>35</sup> AVIS, Eric; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico, Do Government Audits Reduce Corruption?, *Journal of Political Economy*, vol. 126, nº 5, p. 1912-1964, 2018; POWER, Timothy Joseph; TAYLOR, Matthew MacLeod, *Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.

Em estudo realizado em 2016, Avis, Ferraz e Finan demonstraram que municípios que já passaram por auditorias no passado tiveram uma redução de 8% nos índices de corrupção.<sup>36</sup> Além disso, esses municípios já auditados no passado têm uma probabilidade 20% maior de sofrerem sanções legais. Portanto, haveria, segundo os autores, efeitos legais disciplinadores (*legal disciplining effects*) decorrentes das auditorias. Isto é, prefeitos procurarão não se envolver em ilicitudes para evitar as sanções legais e custos reputacionais.

É interessante notar que, neste modelo adotado, há um aprendizado pelos políticos. Ou seja, espera-se que a mídia local alerte prefeitos sobre a ocorrência de auditorias em municípios adjacentes, reduzindo sua probabilidade de cometer ilicitudes (*spillover effect*). Os resultados encontrados foram que um município adjacente auditado reduz a corrupção em 7,5% quando há uma rádio AM local e em 10,4% quando há uma televisão local.

No mesmo sentido, em estudo realizado em 2013, Zamboni e Litschig analisaram tanto processos de licitação quanto prestação de serviços do Bolsa Família e do Saúde da Família.<sup>37</sup> Descobriram que um aumento temporário de 20% do risco de ser auditado gerou uma redução de 17% de irregularidades nos processos de licitação totais. Já sobre a prestação de serviços, não encontraram variações, de modo que uma das explicações plausíveis é de que, ao contrário das licitações – nas quais há uma exigência de prestação de contas em todas as etapas –, a prestação de serviços é mais difícil de ser avaliada, o que permite maiores oportunidades para corrupção.

Além dos riscos legais associados à descoberta de atos corruptos, as auditorias também são mecanismos que geram custos eleitorais a políticos. A explicação para esse mecanismo deve ser feita em duas etapas: (i) avaliar como eleitores se comportam quando descobrem atos de corrupção de políticos (i.e., se punirão políticos corruptos nas urnas) e, em caso positivo, (ii) verificar se agentes públicos reagem antecipadamente à possibilidade de punição nas urnas caso sejam flagrados em atos de corrupção, diminuindo, assim, suas práticas corruptas.

Na primeira etapa, é necessário saber como eleitores respondem à revelação de ilicitudes. Ferraz e Finan identificaram, em 2008, que nos municípios em que as auditorias reportaram duas ou mais irregularidades, os prefeitos

<sup>36</sup> AVIS, Eric; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico, Do Government Audits Reduce Corruption?, *Journal of Political Economy*, vol. 126, nº 5, p. 1912-1964, 2018.

<sup>37</sup> ZAMBONI, Yves; LITSCHIG, Stephan, Audit risk and rent extraction: Evidence from a randomized evaluation in Brazil, *Universitat Pompeu Fabra*, 2013.

tiveram uma chance de reeleição reduzida em 17% se comparado aos prefeitos que não sofreram auditorias.<sup>38</sup> Por outro lado, aqueles que foram auditados e em relação aos quais não foram descobertas irregularidades tiveram um aumento de apoio nas urnas. Ambos os resultados são ampliados no caso de presença de rádio local. A conclusão deste estudo é de que os eleitores não só se preocupam com corrupção, mas punem ou recompensam políticos de acordo com seu desempenho ético.<sup>39</sup>

A segunda etapa corresponde à reação dos agentes públicos diante deste cenário. Comparando o desempenho de prefeitos no primeiro e segundo mandatos, Ferraz e Finan, em estudo de 2011, buscaram entender os incentivos gerados pela possibilidade de reeleição.<sup>40</sup> O resultado é que prefeitos em segundo mandato – e que, portanto, não têm oportunidade de reeleição – participam 27% mais em atos de corrupção do que aqueles reelegíveis (em primeiro mandato). Este resultado parece demonstrar que políticos tendem a diminuir suas práticas corruptas visando a evitar a punição nas urnas.

Olhando as duas etapas em conjunto, as pesquisas sugerem que tanto os eleitores estão preocupados com atos de corrupção (primeira etapa)<sup>41</sup> quanto políticos reagirão em decorrência da possibilidade de serem punidos ou recompensados nas urnas (segunda etapa).<sup>42</sup>

<sup>38</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico, Exposing corrupt politicians: the effects of Brazil's publicly released audits on electoral outcomes, *The Quarterly Journal of Economics*, v. 123, n. 2, p. 703–745, 2008.

<sup>39</sup> Este não é um resultado pacífico na literatura. Para a apresentação de argumentos de que, mesmo que tenha a revelação de informações sobre corrupção de políticos, a população continuaria a votar neles novamente, ver CARSON, Lindsey D; PRADO, Mariana Mota, Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 56–65, 2016, p. 61. Conferir também: DE FIGUEIREDO, Miguel FP; HIDALGO, F Daniel; KASAHARA, Yuri, When do voters punish corrupt politicians? Experimental evidence from Brazil, **Unpublished manuscript, UC Berkeley**, 2011; PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus André, Reelecting corrupt incumbents in exchange for public goods: Rouba mas faz in Brazil, *Latin American Research Review*, p. 88–115, 2015.

<sup>40</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

<sup>41</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

<sup>42</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

No cenário internacional, os resultados também parecem positivos quanto à utilização de programas de auditoria. Di Tela analisou o papel do aumento de salários e das auditorias como estratégias de combate à corrupção realizadas pelo governo de Buenos Aires.<sup>43</sup> Verificou que, nos primeiros meses após a implementação do programa, os preços pagos por produtos homogêneos para abastecer hospitais diminuíram quase 15% a partir do momento em que o governo começou a disseminar informações sobre preços. Nos meses seguintes, os valores subiram, mas, ainda assim, continuaram abaixo dos valores pagos antes da disseminação de informações.

Na Indonésia, os resultados parecem semelhantes. Em 2007, Olken testou, entre outras coisas, se a probabilidade de monitoramento pelo governo afeta a eficiência dos gastos para a realização de projetos de infraestrutura em vilas na Indonésia.<sup>44</sup> Descobriu que, com o aumento da probabilidade de auditoria sobre os gastos de 4% para 100%, houve uma redução de 8% dos gastos perdidos por ineficiência ou corrupção. Uma das justificativas encontradas para a redução não ter sido maior é que, mesmo com a probabilidade de 100% de ter seus gastos auditados, a probabilidade de ser punido é muito inferior a 100%. Não necessariamente serão descobertas todas as possíveis fraudes realizadas e muitas das vezes as descobertas levam a provas apenas circunstanciais para a denúncia.

Por outro lado, pode ser que todos os resultados encontrados sejam apenas de curto prazo, de modo que os níveis de corrupção voltariam aos mesmos patamares no longo prazo. Para testar isso, foram analisadas auditorias não aleatórias em Porto Rico.<sup>45</sup> Descobriu-se que há uma redução de 67% da corrupção em curto prazo – quando os relatórios foram divulgados antes das eleições, permitindo que os eleitores punissem ou recompensassem os políticos –, mas os resultados se dissiparam no decorrer do tempo. Com isso, quando as auditorias são não aleatórias, os resultados são apenas de curto prazo.

De todos os experimentos analisados, duas conclusões parciais parecem possíveis. A primeira é que, caso os indivíduos tenham a possibilidade de punir ou recompensar políticos pela descoberta ou não de atos de corrupção, mecanismos de transparência como as auditorias são meios efetivos

<sup>43</sup> DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto, The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires, *The Journal of Law and Economics*, v. 46, n. 1, p. 269–292, 2003.

<sup>44</sup> OLKEN, Benjamin A, Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia, *Journal of political Economy*, v. 115, n. 2, p. 200–249, 2007, p. 201.

<sup>45</sup> BOBONIS, Gustavo J; FUERTES, Luis Cámara R; SCHWABE, Rainer, Monitoring Corruptible Politicians, *The American Economic Review*, v. 106, n. 8, p. 2371–2405, 2016.

de controlar agentes corruptos. As auditorias, apesar de serem mecanismos de transparência *per se*, têm seus resultados muitas vezes amplificados por outros mecanismos de informação, como a presença de mídia local. Essas mídias servem para aumentar a *accountability* de políticos ou para informar políticos sobre a efetividade dos programas anticorrupção que ocorrem ao seu redor, gerando um *spillover effect*. A segunda conclusão é que o sucesso das auditorias depende de serem aleatórias e com probabilidades elevadas de identificar atos ilícitos, como ocorreu no Brasil durante o *Programa de Sorteios Públicos*, sob o risco de gerarem efeitos apenas de curto prazo como aqueles vivenciados em Porto Rico.

### 3.2. Acesso à Informação

Para além da realização de auditorias promovidas pelo governo, é possível aumentar o nível de transparência por meio da disponibilização de dados para a população. Espera-se que as pessoas tenham acesso tanto a informações sobre o próprio funcionamento das entidades como sobre a atuação dos agentes públicos envolvidos e, com isso, promovam uma maior fiscalização popular.

O exemplo mais significativo é o da Lei 12.527/11<sup>46</sup>, que vem a garantir o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.<sup>47</sup> A lei investe tanto na transparência passiva – dado que, em seu art. 3º, estabelece a obrigatoriedade de divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações e a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção – quanto na transparência ativa, que se dá por meio do pedido de acesso à informação, que pode ser apresentado por qualquer interessado, por qualquer meio legítimo, devendo apenas conter a identificação do requerente e a identificação da informação requerida. Para garantir a eficácia da transparência passiva, prevê sanções disciplinares aos responsáveis pela recusa injustificada de concessão de informações, bem como os recursos disponíveis à parte que tenha o seu pedido negado. Há ainda previsões para abertura de

<sup>46</sup> Antes do advento da lei de acesso à informação, este direito estava previsto em algumas legislações esparsas sobre responsabilidade fiscal, proteção do meio ambiente etc. Para um histórico da discussão, tramitação e aprovação desta lei, v. PAES, Eneida Bastos, A construção da Lei de Acesso à Informação Pública no Brasil: desafios na implementação de seus princípios, **Revista do Serviço Público**, v. 62, n. 4, p. 407–423, 2014.

<sup>47</sup> A lei afeta praticamente todas as instituições públicas e mesmo instituições privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

sindicâncias no caso de extravio de informações solicitadas, circunstância que é comum no caso de documentos que possam comprovar a existência de esquemas de corrupção.

Esta é uma lei que foca na diminuição do custo de obtenção de informações, dado que faz com que o ônus de coleta de informações seja atribuído com mais peso às entidades públicas. E, mais do que isso, a lei busca garantir que a precisão e a utilidade da informação sejam facilmente monitoradas e seu *enforcement* tenha custos aceitáveis.<sup>48</sup>

Para além da edição de uma lei geral de acesso à informação, há leis esparsas que buscam aumentar o nível de transparência de atividades governamentais ou atividades que podem impactar a sociedade. Uma dessas leis é a Lei 8.666/93, que permite em diversos dos seus dispositivos o acesso do público aos documentos da licitação, o que inclui a garantia de que a licitação é um procedimento público, estando acessíveis a todos os atos de seus procedimentos. E, mais do que isso, garante aos cidadãos o acesso a quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.<sup>49</sup>

Já a Lei de Responsabilidade Fiscal contribui para ampliar a transparência no manejo das contas e dos orçamentos públicos.<sup>50</sup> Determina, por exemplo, a transparência de planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias, das prestações de conta e do respectivo parecer prévio, entre outros documentos. Prevê-se, ainda, a participação popular e a realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, bem como das leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

De modo geral, o que estas leis buscam é aumentar os custos que agentes públicos teriam ao se envolverem em atos de corrupção, podendo inibir sua ocorrência, dado que há mais informações disponíveis ao público que possivelmente poderão ser analisadas e gerarão a descoberta de ilícitos. Por exemplo, caso haja fraude em uma licitação, os atores terão um custo relativamente alto para tentar escondê-la em meio aos documentos que serão de acesso público. Para avaliar essa ideia de aumento de custos, uma série de estudos investiga possíveis correlações entre a presença de transparência e

<sup>48</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**, New York: Oxford University Press, 2012.

<sup>49</sup> A Lei nº 14.133/21 manteve e intensificou essas regras de transparência e acesso à informação. Por exemplo, é possível mencionar os arts. 25, §3º e 174 (este último que prevê o Portal Nacional de Contratações Públicas).

<sup>50</sup> Marcelo Figueiredo, “A lei de responsabilidade fiscal – notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa”, **Revista Diálogo Jurídico**, Ano I, vol. I, n. 9, dezembro de 2001, Salvador. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br> Acesso em 08 de janeiro de 2017.



diminuição de corrupção. Resta saber se, de fato, há benefícios em investir nestes mecanismos de transparência, avaliando seus prós e contras.

Em estudo comparativo sobre a percepção de corrupção entre países em relação ao nível de divulgação de informações de parlamentares, percebeu-se que menos da metade dos países que têm a obrigatoriedade de disponibilização de dados o fazem para o público geral.<sup>51</sup> Normalmente essa informação é divulgada apenas para entidades específicas, como órgãos de monitoramento. Como é a disponibilização de dados para o público em geral que está associada com a percepção de diminuição de corrupção, a maior parte dos países tem índices altos de desconfiança da população. Resultado similar é encontrado por outro estudo, ao comparar a disponibilização pública com aquela voltada para determinados órgãos de controle.<sup>52</sup> Por outro lado, análise realizada em 2012 por Samia Costa encontrou que a presença de leis de acesso à informação não diminuem a percepção de corrupção, inclusive geram o efeito contrário – de aumento da percepção – nos primeiros quatro anos de implementação.<sup>53</sup> Os resultados destes três estudos são normalmente criticados pela literatura por analisarem apenas a percepção sobre a corrupção, o que não necessariamente reflete os índices reais de corrupção em um país.<sup>54</sup>

Outros estudos, utilizando metodologias mais confiáveis, encontram correlações entre o aumento de transparência e diminuição de corrupção. Em experimento sobre o acesso a cartões de alimentação que dão acesso a serviços de assistência social à população mais pobre de moradores da favela de Nova Délhi, demonstrou-se que a adoção de Leis de Acesso à Informação são quase tão efetivas quanto subornos para ajudar os mais pobres a terem acesso a serviços públicos básicos.<sup>55</sup> Ou seja, informação pode ser utilizada

<sup>51</sup> DJANKOV, Simeon *et al*, Disclosure by politicians, **American Economic Journal: Applied Economics**, v. 2, n. 2, p. 179–209, 2010.

<sup>52</sup> GOKCEKUS, Omer; MUKHERJEE, Ranjana, Officials' Asset Declaration Laws: Do They Prevent Corruption?, **Global Corruption Report**, 2006.

<sup>53</sup> COSTA, Samia, Do freedom of information laws decrease corruption?, **The Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 29, n. 6, p. 1317–1343, 2012.

<sup>54</sup> Sobre possíveis críticas a estes estudos, ver TAYLOR, Matthew M, Veto and voice in the courts: policy implications of institutional design in the Brazilian judiciary, **Comparative Politics**, p. 337–355, 2006; JOHNSØN, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik, Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors' actions and approaches to reducing corruption, **U4 Issue**, v. 2012, n. 7, 2012; e nota de rodapé nº 4 de REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob, **The power of information: Evidence from a newspaper campaign to reduce capture**, US: World Bank Publications, 2004.

<sup>55</sup> PEISAKHIN, Leonid; PINTO, Paul, Is transparency an effective anti-corruption strategy? Evidence from a field experiment in India, **Regulation & Governance**, v. 4, n. 3, p. 261–280, 2010.

como substituto à riqueza nos casos em que cidadãos pobres desejam obter serviços de um governo corrupto ou ineficiente.

Em outro experimento sobre a Índia, os pesquisadores deram informações aos eleitores sobre políticos e o resultado foi que o acesso à informação é utilizado pela população como um mecanismo para conseguir a eleição de candidatos mais responsivos.<sup>56</sup> Outro resultado foi a diminuição da compra de votos em dinheiro pois, como a população tinha informações para votar em candidatos que efetivamente melhorariam suas condições de vida – já que tinham acesso a dados como de sua performance passada –, o valor do voto aumentou e, conseqüentemente, a quantidade de compra diminuiu.

Já em Uganda, o governo passou a disponibilizar informações sobre a distribuição de verbas centrais destinadas a escolas, de modo que os diretores das escolas destinatárias dos programas de financiamento tinham maior capacidade de monitoramento. A partir da divulgação e acesso público dessas informações, a quantidade de fundos desviados diminuiu drasticamente, revelando que o acesso público à informação é uma estratégia poderosa para diminuir captura local.<sup>57</sup>

Apesar dos resultados positivos encontrados nestes estudos, a confiança em mecanismos de transparência normalmente é sujeita a uma série de críticas. O primeiro problema – custo de verificação – é recorrente no Brasil, onde parte dos pedidos de acesso à informação são negados sem que haja justificativas legítimas.<sup>58</sup> Em recente avaliação da responsividade de órgãos públicos brasileiros, os dados agregados obtidos mostraram uma taxa de resposta de 55% e 24% de taxa de precisão, ou seja, muitos pedidos de acesso à informação são sequer respondidos e, quando respondidos, não o são de maneira satisfatória.<sup>59</sup> Além de cidadãos muitas das vezes sequer conseguirem enviar pedidos de informação – “porque muitos órgãos públicos não ofere-

<sup>56</sup> BANERJEE, Abhijit *et al*, Do informed voters make better choices? Experimental evidence from urban India, **Unpublished manuscript**, 2011.

<sup>57</sup> REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob, **The power of information: Evidence from a newspaper campaign to reduce capture**, US: World Bank Publications, 2004.

<sup>58</sup> Esse problema é tratado na literatura regulatória como um custo de verificação das informações: “[...] where information regulation is employed there is always a danger that the information will be inaccurate and unjustifiable claims made. Policing of the quality of information will, accordingly, be necessary. This increases the costs of information-based regulatory regimes”. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**, New York: Oxford University Press, 2012, p. 120.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado, Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil, *in*: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO,

cem ferramentas adequadas para que os cidadãos enviem questionamentos”<sup>60</sup> –, os órgãos públicos não respondem ou enviam informações que não são adequadas para avaliar o correto funcionamento da administração pública. Normalmente este resultado é devido à ausência de sanção aos entes públicos que não cumprirem a Lei de Acesso à Informação, como “ainda mais se tratando de órgãos autônomos dentro do Poder Legislativo, que é o caso dos Tribunais de Contas”.<sup>61</sup>

O segundo problema é a necessidade de regular especificamente o que é uma informação de qualidade – que se assemelha muito aos problemas já discutidos sobre o estabelecimento de *standards* por meio de estratégias de comando e controle. Em alguns casos não haverá um *standard* regulando a informação, de modo que a transparência poderá ser realizada de uma forma que não ajude a população a monitorar as atividades administrativas. Assim como ocorre em direito do consumidor, Baldwin exemplifica que “‘pode causar câncer’ é uma frase que revela pouco sobre a magnitude de quaisquer riscos de câncer que podem ser causados pela utilização de um determinado produto” – raciocínio este que pode ser aplicado também para casos de corrupção.

O terceiro, está associado ao tratamento das informações.<sup>62</sup> Mesmo que todas as informações estejam disponíveis, provavelmente a maior parte não atingirá uma ampla audiência simplesmente porque é de interesse apenas de uma parte da população. Para além disso, o tratamento das informações é custoso e não necessariamente é possível concluir que houve algum ato de corrupção mesmo diante da análise de todos os dados, o que é agravado por vieses e heurísticas a que os seres humanos estão submetidos – por exemplo, diante de evidências favoráveis e contrárias a uma posição, seres humanos

---

Carlos Emmanuel Joppert (Orgs.), **Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 116–121.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado, Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil, *in*: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Orgs.), **Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 116.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado, Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil, *in*: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Orgs.), **Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, p. 121.

<sup>62</sup> LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. **International Political Science Review**, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010, p. 304.

tendem a dar mais valor àquelas informações que sustentam suas opiniões pré-concebidas, por meio de viés conhecido como viés de confirmação.<sup>63</sup>

O quarto obstáculo é a capacidade de a população acessar e processar as informações. Mesmo que os custos de coleta de informações sejam baixos, a capacidade de analisar o conteúdo é essencial para que sejam tomadas medidas. A habilidade de compreensão dessas informações só será realizada, portanto, dependendo do nível de educação da população de determinado local. Nas palavras de Lindstedt e Naurin, “quanto maior o nível de educação, pode-se assumir, maior será a capacidade das pessoas tanto para acessar quanto para processar informações da mídia e de dados públicos e, conseqüentemente, maiores as chances para a publicidade [ser bem-sucedida]”.

Quinto, a mídia é o melhor mecanismo de mediação, simplificando as informações e entregando-as ao público. No entanto, pode ser que a própria mídia seja corrupta ou não se sinta confortável para divulgar as informações necessárias para o monitoramento pela população.<sup>64</sup> Uma das formas de evitar vieses causados pela mídia é a dispersão desse papel com a população, como vem ocorrendo com a automatização de detecção de ilegalidades em notas fiscais apresentadas por políticos.<sup>65</sup>

A existência desses cinco obstáculos faz com que sejam necessárias algumas qualificações para que transparência seja eficiente no combate à corrupção. A simples transparência não é suficiente para a redução da corrupção, é necessária a habilidade de processar a informação e a criação de incentivos corretos para agir de acordo com a informação processada.<sup>66</sup> Ou, de outra forma, o acesso à informação não garante que sejam entendidas pelo público destinatário para que exerçam o monitoramento da administração pública; deve haver a capacidade de compreensão da informação e meios de punição (*accountability*) de atores que desviem do comportamento adequado.

Garantir a liberdade de imprensa é um primeiro passo para a efetividade da transparência. Há uma série de estudos que a associam existência de uma mídia livre a uma diminuição nos níveis de corrupção a uma diminuição da

<sup>63</sup> KAHNEMAN, Daniel, **Thinking, fast and slow**, New York: Macmillan, 2011, cap. 25.

<sup>64</sup> KAHNEMAN, Daniel, **Thinking, fast and slow**, New York: Macmillan, 2011, cap. 25.

<sup>65</sup> Cf. iniciativa conhecida como Rosie da Serenata, disponível em: [https://motherboard.vice.com/pt\\_br/article/robos-contra-a-corrupcao](https://motherboard.vice.com/pt_br/article/robos-contra-a-corrupcao) <https://twitter.com/RosieDaSerenata>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

<sup>66</sup> KOLSTAD, Ivar; WIIG, Arne, Is transparency the key to reducing corruption in resource-rich countries?, **World development**, v. 37, n. 3, p. 521–532, 2009.

corrupção. Há estudo que afirma que, se a Nigéria aumentasse seus níveis de liberdade de imprensa para os níveis da Noruega, a consequência seria a redução dos níveis de corrupção nigerianos aos níveis dos países do Leste Europeu.<sup>67</sup> Contudo esta é uma afirmação controversa, cujo contra-argumento é de que se devem incluir também níveis educacionais e eleições livres e justas.<sup>68</sup>

Outra forma, indireta, de aumentar o contato popular com as informações decorrentes da transparência é por meio de tecnologias da informação e comunicação (ITCs) – normalmente mídias sociais e do chamado *e-government*. Agências federais norte-americanas, por exemplo, têm utilizado mídias sociais, *blogs*, sites e outras mídias para disseminar informação e se comunicar com o público. Já as Filipinas e o Chile desenvolveram sistemas de licitação eletrônica (*e-procurement*), permitindo ao público realizar o monitoramento ativo das licitações e processos de contratação governamentais.<sup>69</sup> Há evidências de que esta estratégia efetivamente diminui níveis de corrupção.<sup>70</sup>

Apesar de o investimento em transparência parecer bastante promissor, alguns estudos a correlacionam a efeitos negativos, incluindo o próprio aumento da corrupção em determinados contextos. Um primeiro estudo, realizado por Mehmet Bac em 2001, argumenta que o aumento da transparência não necessariamente resulta em menores níveis de corrupção.<sup>71</sup> Maior transparência significa que condutas ilícitas serão mais facilmente identificadas, mas também aumentará a quantidade de informações sobre os funcionários com os quais corruptores devem se conectar para efetuar acordos ilícitos. Em algumas situações pontuais, os efeitos negativos de identificação de oficiais corruptos podem ser maiores do que o efeito de desencorajamento de agentes públicos. Entretanto, nos casos em que houver aumentos consideráveis de transparência, o efeito de detecção superará

<sup>67</sup> BRUNETTI, Aymo; WEDER, Beatrice, A free press is bad news for corruption, *Journal of Public Economics*, v. 87, n. 7, p. 1801–1824, 2003.

<sup>68</sup> Essa é a afirmação de Lindstedt e Naurin, ao falarem que se acrescentasse à equação níveis educacionais e eleições livres e justas, o resultado seria diferente (LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010).

<sup>69</sup> CARLO BERTOT, John; JAEGER, Paul T; GRIMES, Justin M, Promoting transparency and accountability through ICTs, social media, and collaborative e-government, *Transforming Government: People, Process and Policy*, v. 6, n. 1, p. 78–91, 2012.

<sup>70</sup> ANDERSEN, Thomas Barnebeck, E-Government as an anti-corruption strategy, *Information Economics and Policy*, v. 21, n. 3, p. 201–210, 2009.

<sup>71</sup> BAC, Mehmet, Corruption, connections and transparency: Does a better screen imply a better scene?, *Public Choice*, v. 107, n. 1–2, p. 87–96, 2001.

o efeito de facilitação de conexões (pela identificação de tomadores de decisão “chave”).

Já outro estudo, realizado por Andrea Prat em 2003, analisa a proposição de que, em certas circunstâncias, revelar informações sobre o agente faz com que seus interesses se tornem menos alinhados aos do principal.<sup>72</sup> Em seu modelo, a transparência sobre as ações tomadas por agentes públicos pode gerar efeitos negativos, ao passo que aquela sobre as consequências das ações pode ser benéfica. Isso ocorre porque o agente público pode ter informações privadas que podem fazer com que o público veja aquela ação como negativa. Com isso, não se utilizará dessas informações que poderiam ser boas para o interesse público com medo de sofrer possíveis retaliações do público que não sabe da existência dessas informações privadas.

Por fim, há estudo que argumenta que a cobertura da mídia pode, em contextos específicos, diminuir a qualidade de políticos, já que *bons políticos* não aceitariam se submeter ao escrutínio público dos candidatos promovido pela imprensa.<sup>73</sup> Esse efeito pode ser prejudicial quando não compensado pelos benefícios associados à maior transparência (*screening effect*).

#### 4. INCENTIVOS

As estratégias regulatórias baseadas em incentivos buscam conformar a atuação dos agentes – públicos e regulados – por meio de benefícios ou constrangimentos atrelados a cada padrão de conduta. No modelo de *principal-agente*, busca-se modificar a análise custo-benefício do *agente* para que suas condutas e interesses se alinhem aos do *principal* (sociedade).

A dificuldade em implementar este tipo de estratégia está na análise de cada comportamento específico adotado pelos agentes em todos os contextos. Isso faz com que alguns estudos não encontrem correlação entre o incentivo proposto e a diminuição da corrupção e outros, alternando alguns fatores específicos, encontrem fortes correlações. Por exemplo, ao estudar impactos da leniência, Spagnolo (2004) critica estudos anteriores por adotarem modelos que se distanciam da realidade.<sup>74</sup> Este é o caso de Apesteguia, Dufwenberg e Selten (2007) ao utilizarem um modelo no qual os atores não podem aprender

<sup>72</sup> PRAT, Andrea, The wrong kind of transparency, 2003.

<sup>73</sup> SUTTER, Daniel, Media scrutiny and the quality of public officials, *Public Choice*, v. 129, n. 1–2, p. 25–40, 2006.

<sup>74</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: Optimal leniency programs *CEPR Discussion paper n. 4840*, 2004, p. 8–9.

enquanto jogam repetidamente, ou seja, as situações são apresentadas como um *jogo de uma só rodada*.<sup>75</sup>

Alguns dos possíveis incentivos parecem ser bem estudados pela literatura estrangeira. Com pequenas modificações, poderiam ser implementados na administração pública brasileira. Analisaremos mais profundamente duas estratégias: aumento de salários e acordos de leniência/delação premiada.

#### 4.1. Aumento de salários

É intuitivo pensar no aumento do salário de funcionários públicos como um mecanismo de diminuição dos níveis de corrupção na administração pública, já que modificaria a análise custo-benefício de participar de atos de corrupção. Becker e Stigler foram os primeiros a mostrar que altos salários, associados com monitoramento, poderiam ser utilizados para combater atos ilícitos em um cenário em que o Estado não é capaz de fiscalizar de modo perfeito a atuação dos agentes públicos.<sup>76</sup> Nesse caso, o aumento salarial deve ser “em quantidade que seja inversamente proporcional à probabilidade de detecção e diretamente proporcional ao tamanho dos subornos e de outros benefícios obtidos por práticas ilícitas”. O mecanismo de incentivos por trás dessa proposta é de que a diferença nos salários impõe “um custo de demissão igual ao valor presente da diferença entre o fluxo de ganhos futuros no caso de cumprimento das leis e em outros empregos. Esse custo pode mais do que compensar o ganho com a infração”.

Contudo, alguns estudos posteriores tentaram encontrar relações entre aumento de salários e variação nos níveis de corrupção, sem encontrar correlações significativas.<sup>77</sup> Esses estudos são criticados por utilizarem dados agregados e dados obtidos por meio de questionários, por não considerarem que uma série de fatores podem levar ao resultado encontrado – por exemplo, Becker e Stigler adicionam requisitos mínimos de auditorias ou monitora-

<sup>75</sup> APESTEGUIA, Jose; DUFWENBERG, Martin; SELTEN, Reinhard, *Blowing the whistle*, **Economic Theory**, v. 31, n. 1, p. 143–166, 2007.

<sup>76</sup> BECKER, Gary S; STIGLER, George J, Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers, **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 1–18, 1974.

<sup>77</sup> RAUCH, James E; EVANS, Peter B, Bureaucratic structure and bureaucratic performance in less developed countries, **Journal of public economics**, v. 75, n. 1, p. 49–71, 2000; TREISMAN, Daniel, The causes of corruption: a cross-national study, **Journal of public economics**, v. 76, n. 3, p. 399–457, 2000.

mento para que haja diminuição de corrupção<sup>78</sup> – e por não considerarem a direção da relação de causalidade.<sup>79</sup>

Com isso, outros estudos tentaram medir a eficácia da estratégia de aumento de salários sem incorrer nos mesmos erros que os anteriores. A intuição a ser testada se baseia em, ao menos, três mecanismos de incentivos morais ou econômicos.<sup>80</sup>

O primeiro mecanismo é de que funcionários valorizam seus salários proporcionalmente ao seu rendimento. Quanto maior o ganho decorrente da remuneração lícita, maior será a perda em caso de demissão ou exoneração.<sup>81</sup> Sob o ponto de vista de psicologia comportamental, esse argumento pode ser interpretado também como um viés de aversão à perda.<sup>82</sup> Dito de outra forma, talvez os agentes não estejam dispostos a arriscar perder seus salários (i.e., serem demitidos) por uma expectativa de obter algumas vantagens econômicas no curto prazo.

Segundo, baixos salários podem fazer com que a qualidade dos gestores públicos diminua. Apenas aqueles menos qualificados ou desonestos aceitariam esta remuneração, tendo em vista não serem suficientemente qualificados para a iniciativa privada ou esperarem receber valores além da remuneração lícita.<sup>83</sup> Ul Haque e Sahay demonstram que o aumento de salários pode ser útil para atrair pessoas qualificadas para atuar no setor público, de modo a ajudar a transformar as instituições públicas rudimentares

---

<sup>78</sup> BECKER, Gary S; STIGLER, George J, Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers, **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 1–18, 1974.

<sup>79</sup> DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto, The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires, **The Journal of Law and Economics**, v. 46, n. 1, p. 269–292, 2003, p. 270–271; SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005, p. 32–33.

<sup>80</sup> ABBINK, Klaus, Fair salaries and the moral costs of corruption, **Bonn Econ Discussion Papers**, 2000.

<sup>81</sup> BESLEY, Timothy; MCLAREN, John, Taxes and bribery: the role of wage incentives, **The economic journal**, v. 103, n. 416, p. 119–141, 1993; VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice, Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much?, **Journal of development economics**, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001.

<sup>82</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty, **Journal of Risk and uncertainty**, v. 5, n. 4, p. 297–323, 1992.

<sup>83</sup> BESLEY, Timothy; MCLAREN, John, Taxes and bribery: the role of wage incentives, **The economic journal**, v. 103, n. 416, p. 119–141, 1993; KLITGAARD, Robert, Incentive myopia, **World Development**, v. 17, n. 4, p. 447–459, 1989; HAQUE, Nadeem Ul; SAHAY, Ratna, Do government wage cuts close budget deficits? Costs of corruption, **Staff Papers**, v. 43, n. 4, p. 754–778, 1996.



de países em desenvolvimento em instituições que se assemelhem àquelas de mercado. Para isso, os autores modelam o problema em torno da premissa de que a evasão fiscal de agentes particulares ocorrerá se os sistemas de monitoramento forem fracos e se as penalidades forem baixas – isto é, quando os arranjos institucionais forem fracos. Assim, os autores demonstram que aumentar os salários dos auditores fiscais diminui a evasão fiscal desde que este aumento de salário seja acompanhado por outras medidas de monitoramento e adequação das penalidades.<sup>84</sup>

A terceira trata sobre os custos morais da corrupção. Em situações nas quais os agentes públicos recebem salários baixos, é moralmente menos compreensível que aceitem subornos.<sup>85</sup> Esta hipótese foi testada por Abbink em um experimento no qual indivíduos representando empresas tinham a opção de subornar agentes públicos e de escolher o valor do suborno, em troca de algum favorecimento monetário.<sup>86</sup> Na rodada seguinte, o funcionário público poderia escolher se aceitava ou não o suborno (e o valor oferecido). Alternando apenas o salário relativo entre a empresa e o agente público, o autor não encontra nenhuma variação significativa que comprove que “altos salários de funcionários públicos levem a menos corrupção por considerações de justiça”.<sup>87</sup> Por outro lado, Barr, Lindelow e Serneels descobrem que a corrupção na forma de apropriação de recursos públicos é menos provável de ocorrer nos casos em que os gestores públicos tiverem maiores salários – mas, assim como descoberto por Van Rijckeghem e Weder,<sup>88</sup> o efeito é pequeno, uma vez que é necessário um aumento muito grande do salário para gerar alterações no nível de expropriação de recursos.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> HAQUE, Nadeem Ul; SAHAY, Ratna, Do government wage cuts close budget deficits? Costs of corruption, **Staff Papers**, v. 43, n. 4, p. 754–778, 1996.

<sup>85</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, The economics of corruption, **Journal of public economics**, v. 4, n. 2, p. 187–203, 1975.

<sup>86</sup> ABBINK, Klaus, Fair salaries and the moral costs of corruption, **Bonn Econ Discussion Papers**, 2000.

<sup>87</sup> Tradução livre. No original: “high salaries of public officials lead to less corruption through fairness considerations” (ABBINK, Klaus, Fair salaries and the moral costs of corruption, **Bonn Econ Discussion Papers**, 2000, p. 4).

<sup>88</sup> VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice, Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much?, **Journal of development economics**, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001.

<sup>89</sup> BARR, Abigail; LINDELOW, Magnus; SERNEELS, Pieter M. To serve the community or oneself: the public servant’s dilemma. **World Bank Policy Research working paper** n. WPS 1187, 2004.

Apesar de os resultados apresentados pela literatura não provarem integralmente existência dos três incentivos morais ou econômicos descritos acima para aceitar subornos, a tese central de que o aumento de salários pode reduzir corrupção – desde que presentes algumas especificações – foi suficientemente demonstrada. A partir desta constatação, é possível pensar em possíveis estratégias para diminuir o nível de corrupção na relação entre agentes públicos e particulares. Escolher a melhor estratégia significa estabelecer um equilíbrio em que se busque dispender o menor valor possível que gere a diminuição pretendida nos níveis de corrupção. O pressuposto é de que nem sempre a destinação maior de recursos para um setor gerará, necessariamente, uma melhora na prestação do serviço.

A literatura parece convergir em que, dados alguns requisitos institucionais, o aumento de salários é uma estratégia regulatória capaz de gerar incentivos para a diminuição da corrupção. Svensson<sup>90</sup> não recomenda sua utilização para países pobres em desenvolvimento porque provavelmente faltaria um terceiro responsável por garantir o seu cumprimento (*third-party enforcement*) assumido por Becker e Stigler<sup>91</sup> ou faltaria o monitoramento pressuposto por Besley e McLaren.<sup>92</sup>

Esta estratégia, mesmo que seja considerada adequada para o caso brasileiro, tem que levar em consideração o custo-benefício incorrido. Apesar das críticas sofridas, Van Rijckeghem e Weder demonstram que a estratégia de aumento de salários gera efeitos pequenos. Com um aumento de 200% nos salários, os autores preveem uma diminuição de apenas 30% dos valores expropriados.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005, p. 33.

<sup>91</sup> BECKER, Gary S; STIGLER, George J, Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers, *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 1–18, 1974.

<sup>92</sup> BESLEY, Timothy; MCLAREN, John, Taxes and bribery: the role of wage incentives, *The economic journal*, v. 103, n. 416, p. 119–141, 1993; DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto, The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires, *The Journal of Law and Economics*, v. 46, n. 1, p. 269–292, 2003.

<sup>93</sup> VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice, Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much?, *Journal of development economics*, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001.

## 4.2. *WhistleBlowing* e Acordos de leniência

Outra estratégia regulatória baseada em incentivos é o desenho de acordos de leniência de modo a maximizar o surgimento de *whistleblowers*.<sup>94</sup> Na perspectiva de *principal-agente*, o objetivo do regulador é criar um ambiente no qual os incentivos das partes – agente público e empresa, empresas cartelizadas etc. – sejam opostos.<sup>95</sup> Busca-se que se aproximem ao máximo de uma situação de jogo conhecida como Dilema dos Prisioneiros. Esta estratégia regulatória é adequada para as situações nas quais há organizações com múltiplos agentes realizando práticas ilícitas, tais como corrupção, *auditor-manager collusion* (colusão entre auditor e administrador) e crimes corporativos em geral.<sup>96</sup> É também uma estratégia regulatória considerada *second-best*, uma vez que, se as autoridades concorrenciais tivessem recursos suficientes para impedir a prática de condutas anticompetitivas, não haveria a necessidade de introduzir programas de leniência.<sup>97</sup>

A leniência é uma estratégia adotada no âmbito da autoridade concorrencial – no Brasil, pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) – como mecanismo de reduzir ou isentar de pena um agente participante de condutas anticompetitivas (e.g., formação de cartel) que resolva cooperar com a autoridade e denunciar os outros participantes. Assim, a leniência se diferencia de colaborações premiadas pelo fato de ser uma estratégia *ex ante*, geral e pública. O agente corrupto é incentivado a denunciar os integrantes do acordo antes mesmo de ter sido detectado, sendo encorajado a se auto incriminar. Aplica-se a quaisquer pessoas que estejam enquadradas dentre as possibilidades legais. E, por fim, trata-se uma política codificada, automática e com campanhas de publicidade.<sup>98</sup>

A literatura sobre acordos de leniência no combate à cartelização enfatiza a necessidade da generalidade e da publicidade para que o instituto seja

<sup>94</sup> Uma definição precisa para *whistle blowing* é um “act of disclosing information in the public interest” SCHIKORA, Jan Theodor, **Bringing good and bad whistle-blowers to the lab**, University of Munich: Munich discussion paper, 2011.

<sup>95</sup> BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo, Leniency policies and illegal transactions, **Journal of Public Economics**, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006, p. 1282.

<sup>96</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (Org.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 262.

<sup>97</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (Org.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 272.

<sup>98</sup> Sobre a importância de a leniência promover *ex ante deterrence*, ver SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (Org.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 264–265.

efetivo, já que promovem uma institucionalização e previsibilidade. Agentes só se submeterão ao programa de leniência caso tenham certeza de quais serão as consequências.<sup>99</sup>

A leniência também se diferencia do modelo tradicional de *symmetric whistleblowing*. Tanto a empresa quanto o agente público podem denunciar (*blow the whistle*) em qualquer estágio do jogo, ou seja, após a tentativa de demandar suborno ou após a decisão do burocrata de reciprocitar ou não. As consequências são iguais ou parecidas para ambos independentemente de quem tenha denunciado.

O *symmetric whistleblowing* pode gerar uma série de efeitos negativos para a sociedade. Acordos ilícitos (como cartéis, por exemplo) não podem ser levados às cortes para garantir seu cumprimento. Como a relação de suborno envolve um agente privado oferecendo dinheiro para o agente público em troca de determinadas vantagens, a relação pode ser dividida em duas fases. Na primeira, o agente público aceita ou não o suborno e, na segunda, decide se irá ou não realizar sua parte no acordo ilícito. Ocorre que a possibilidade de denunciar (*blow the whistle*) pode fazer com que o empresário possa forçar o administrador a realizar a segunda fase, sob a ameaça de que, caso não cumpra, o acordo será revelado.<sup>100</sup> Ou seja, existência de programas de leniência é capaz de, paradoxalmente, gerar a estabilização de acordos ilícitos, uma vez que a possibilidade de uma das partes denunciarem para obter redução nas sanções pode ser utilizada como uma ameaça crível para garantir o cumprimento de acordos que, de outro modo, não seriam cumpridos por se tratarem de acordos do tipo *one-shot*. Com isso, cria-se a oportunidade

---

<sup>99</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (Org.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 262. Uma das possibilidades é o oferecimento de *bônus*, sendo normalmente o modelo idealmente mais eficaz no combate à corrupção. Esse modelo é analisado por AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William, The impact of leniency programs on cartels, **University of Toulouse**, 2003; APESTEGUIA, Jose; DUFWENBERG, Martin; SELTEN, Reinhard, Blowing the whistle, **Economic Theory**, v. 31, n. 1, p. 143–166, 2007; SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal leniency programs. **FEEM Working Paper** n. 42, 2000.

<sup>100</sup> BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. **Journal of Public Economics**, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006, p. 1283. Apesar de esta ser uma possibilidade plausível levantada por uma série de autores, Jan Schikora critica esses resultados por desconsiderarem as duas externalidades negativas da corrupção: (i) direta, com a apropriação de recursos e (ii) indireta, com algumas entidades privadas deixando de entrar em determinados mercados nos quais há a possibilidade de serem solicitados subornos por agentes públicos (SCHIKORA, Jan Theodor, **Bringing good and bad whistle-blowers to the lab**, University of Munich: Munich discussion paper, 2011).

de as partes engajadas em acordos corruptos punirem padrões desviantes da prática corrupta, gerando a estabilização dos acordos ilícitos.<sup>101</sup>

Para enfrentar esta externalidade negativa de estabilização de acordos, há no mínimo três opções estudadas pela literatura internacional: (i) o programa de leniência não pode reduzir as sanções para as partes abaixo da sanção total esperada; (ii) oferecer recompensas para ao menos um dos agentes envolvidos acima do ganho esperado com a transação ilegal; (iii) a chamada leniência assimétrica.

A primeira alternativa – não poder reduzir as sanções para as partes abaixo da sanção total esperada – faz com que nem o agente privado nem o agente público possam fazer ameaças críveis de denunciar a transação ilegal caso a outra parte não cumpra o acordo. Nesta hipótese, realizar o acordo não iria reduzir suas penalidades para valores abaixo do que obteriam em caso de não haver o acordo, o que torna a celebração de acordos uma ameaça não crível. Contudo, esta tentativa de evitar a externalidade negativa acaba com a própria possibilidade de se firmar acordos de leniência, uma vez que o agente não teria incentivos para denunciar atos ilícitos cometidos por outros se ele não obtivesse redução de penalidade. A consequência dessa condição é a redução da atratividade da leniência para agentes envolvidos em relações ilícitas de longo prazo.<sup>102</sup>

A segunda faz com que não apenas haja uma diminuição na externalidade negativa apresentada como também aumente a atratividade do acordo de leniência.<sup>103</sup> Spagnolo argumenta que o modelo ideal é aquele segundo o qual o regulador oferece ao denunciante a soma de todas as penalidades aplicadas àqueles que foram condenados em decorrência de sua denúncia.<sup>104</sup> Com isso, o Estado não precisaria investir na busca de informações porque os participantes de atos ilícitos teriam incentivos desalinhados, de modo que invariavelmente alguém iria denunciar.

No entanto, esse modelo não é ética e socialmente aceito pela sociedade por envolver remuneração de agentes que cometem atos ilícitos. Apesar disso, há experiências bem-sucedidas de seu funcionamento. Para casos concor-

<sup>101</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (Org.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 275.

<sup>102</sup> BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. **Journal of Public Economics**, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006, p. 1292.

<sup>103</sup> BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. **Journal of Public Economics**, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006, p. 1292.

<sup>104</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: Optimal leniency programs **CEPR Discussion paper n. 4840**, 2004.

renciais, o programa de Leniência Plus (*Amnesty Plus*) nos Estados Unidos é considerado um exemplo de sucesso pelo Departamento de Justiça norte americano, juntamente com o *US False Claim Act*, que permite a indivíduos denunciarem empresas que tenham cometido fraudes contra o governo federal. No caso da Coreia, por exemplo, há um programa de remuneração para denunciadores, mas a remuneração dada é ainda muito baixa de modo a compensar as consequências reputacionais de delatar.<sup>105</sup>

Caso o oferecimento de remuneração não seja aceito socialmente, o segundo melhor modelo leva em consideração restrições sobre as penas ou recompensas. Em ambos os casos, a regulação ótima envolve juntar recompensas com investigação ativa.<sup>106</sup> Ou seja, sua eficácia depende das capacidades de investigação presentes em cada contexto, atuando como mecanismo complementar.

A terceira possível opção é a leniência assimétrica (*asymmetric leniency*), que diferencia as recompensas dadas a cada um dos atores de modo que não possa ser usado como um seguro garantidor de retribuição do agente público.<sup>107</sup> No modelo específico descrito por Schikora, as sanções devem ser altas por oferecer subornos e por realizar a contraprestação (*i.e.*, modificar os resultados de uma licitação) e relativamente baixas pelos atos de aceitar o suborno e aceitar o tratamento favorável.<sup>108</sup>

Com a introdução da assimetria de penas, o efeito de estabilização da corrupção é, ao menos parcialmente, mitigado porque oferece ao oficial a oportunidade de descumprir o acordo (segunda fase) e, ao mesmo tempo, se beneficiar do suborno e se proteger contra possíveis retaliações do cliente.<sup>109</sup> Dito de outra forma, com o modelo de leniência assimétrica, é possível que

<sup>105</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. *In*: BUCCIROSSI, Paolo (Org.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2006, p. 290–292.

<sup>106</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: Optimal leniency programs **CEPR Discussion paper n. 4840**, 2004, p. 20.

<sup>107</sup> SCHIKORA, **Bringing good and bad whistle-blowers to the lab**; LAMBSDORFF, Johann; NELL, Mathias, Fighting corruption with asymmetric penalties and leniency, **CEGE Discussion Papers**, 2007; BUCCIROSSI; BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. **Journal of Public Economics**, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006; LAMBSDORFF, Johann, The Organization of Anticorruption: Getting Incentives Right, *in*: **Corruption, global security, and world order**, Baltimore: Brookings Institution Press, 2009, p. 389–415.

<sup>108</sup> SCHIKORA, Jan Theodor, **Bringing good and bad whistle-blowers to the lab**, University of Munich: Munich discussion paper, 2011, p. 4.

<sup>109</sup> SCHIKORA, Jan Theodor, **Bringing good and bad whistle-blowers to the lab**, University of Munich: Munich discussion paper, 2011, p. 30.

o funcionário público não realize a contraprestação no acordo sem incorrer no risco de ser penalizado pelo cliente por meio da denúncia.

Apesar da proposta de solução para a externalidade negativa de estabilização de acordos ilícitos, outro problema enfrentado quando estamos lidando com incentivos é o fato de os resultados dependerem das especificidades de determinados setores e de determinados agentes. Por exemplo, Hamaguch, Kawagoe e Shibata argumentam que uma série de fatores influenciam a eficácia dos programas de leniência para cartéis, dentre eles a quantidade de participantes do conluio e o grau de recompensas aos denunciantes.<sup>110</sup>

## 5. INSTITUIÇÕES

Outra estratégia regulatória disponível é aquela voltada ao desenho de instituições, seja para a criação de novas entidades, modificações de competências, ou estabelecimento de relações entre agências já existentes. Ao contrário do que ocorre com as estratégias regulatórias baseadas em incentivos, o regulador deve estabelecer o funcionamento de instituições que sejam eficazes independentemente dos agentes que ocuparão seus cargos.

Imaginemos um regulador que esteja preocupado com subornos no poder judiciário. Pensando em termos de instituições, poderia confiar que o sistema de recursos para órgãos colegiados é capaz de diminuir possíveis subornos em primeira instância. Ou seja, mesmo que um juiz de primeiro grau seja corrompido, haverá a possibilidade de novo julgamento por um colegiado, cuja possibilidade de suborno é possivelmente menor. Nesse caso, não se está pensando em *quem* toma as decisões, mas sim em um *ambiente* no qual as decisões são tomadas, modificando aspectos para que haja diminuição de corrupção.

Naturalmente, as instituições sozinhas não são capazes de eliminar a corrupção. No entanto, aliada a outras estratégias, podem gerar efeitos bastante importantes no combate à corrupção.

<sup>110</sup> HAMAGUCHI, Yasuyo; KAWAGOE, Toshiji; SHIBATA, Aiko, Group size effects on cartel formation and the enforcement power of leniency programs, **International Journal of Industrial Organization**, v. 27, n. 2, p. 145–165, 2009.

### 5.1. Anti-corruption agencies (ACAs)

A estratégia baseada em instituições mais evidente para o combate à corrupção é a criação de uma agência voltada especificamente para este fim. Apesar de parecer uma resposta quase intuitiva, pequenas variações em seu desenho podem afetar drasticamente sua efetividade.

O Judiciário é normalmente um dos atores principais no julgamento de casos de corrupção, de modo que sua independência – *interna* e *externa* – parece ser condição necessária para evitar ingerências indevidas sobre o processo. No entanto, Ríos-Figueroa argumenta que um nível intermediário de independência judicial seria ótimo para o controle de corrupção, já que evitaria controladores não controlados (*unchecked checkers*) e minimizaria os incentivos para funcionários públicos usarem dinheiro público para ganhos particulares.<sup>111</sup> O nível de corrupção dentro do Judiciário é diretamente proporcional à independência interna, isto é, “mais independência interna está positivamente relacionada à corrupção, porque muitos tribunais inferiores descentralizados, mal monitorados e irrestritos podem aumentar os incentivos para os juízes inferiores aceitarem subornos”.

Assim como a independência do Judiciário pode não ter os efeitos intuitivamente esperados, o desenho de uma instituição de combate à corrupção também enfrenta uma série de questionamentos. Quais são os requisitos mínimos para que consigam funcionar? A qual dos poderes deve estar ligada? Quais são os atores que devem integrar este órgão e quais suas funções? Como deve ocorrer o processo de nomeação do agente designado para o monitoramento? Algumas experiências podem ajudar a pensar em um modelo adequado para a realidade brasileira.

O caso de Hong Kong é considerado de sucesso, tendo reduzido drasticamente os níveis de corrupção. O mais importante fator foi a criação de uma *statutory agency* chamada “Comissão Independente Contra a Corrupção” (*Independent Commission Against Corruption* – ICAC). Seu desenho envolveu quatro características essenciais.<sup>112</sup> Logo em sua criação, foi garantida independência à agência, sendo obrigada a reportar-se apenas ao chefe do executivo, evitando interferência indevidas. Em segundo lugar, estabeleceu uma estratégia de longo prazo composta por três pontos: (i) um sistema legal abrangente e efetivo, (ii) aplicação da lei, combinado com prevenção

<sup>111</sup> RÍOS-FÍGUEROA, Julio, Justice system institutions and corruption control: evidence from Latin America, *Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195–214, 2012, p. 200.

<sup>112</sup> HUI, Wingchi. Combating Corruption: The Hong Kong Experience (October 31, 2013). *Tsinghua China Law Review*, Vol. 6, 2013, p. 250–256.



e educação e (iii) criação de mecanismo de freios e contrapesos para evitar abusos de poder. Terceiro, alocação de fundos e pessoas qualificadas, tendo uma das maiores destinações de recursos para o combate à corrupção (\$15 per capita). Quarto, a criação de programas para proativamente comunicar à população uma cultura de probidade e de integridade, garantindo a cooperação e confiança da população no combate à corrupção.

A experiência de Hong Kong, por se basear em estratégias de longo prazo e de mudança estrutural, gerou um enorme custo tanto monetário quanto político para que fosse bem-sucedida.<sup>113</sup> Uma série de países tentaram implementar este modelo de agências, mas sem sucesso. Normalmente, os obstáculos em países em desenvolvimento são, segundo Johnsen, Taxel e Zaum:<sup>114</sup> falta de independência contra possíveis capturas políticas,<sup>115</sup> falta de vontade política, ausência de suporte financeiro<sup>116</sup> e mandatos fracos (*weak mandates*).<sup>117</sup>

A Comissão Independente da Agência Contra a Corrupção (*Independent Anti-Corruption Agency Commission*) em Bangladesh teoricamente era uma agência com amplos poderes, incluindo o direito de investigar qualquer agente público que sofresse alegações de praticar atos de corrupção. Na prática, por outro lado, teve seu trabalho seriamente comprometido, já que a legislação não permitia o acesso a registros bancários e financeiros nem seu acesso a transações internacionais, impedindo a investigação de empresas multinacionais. Isso além de seu orçamento e administração serem controlados pelo governo nacional, o que foi agravado ao longo do tempo com a necessidade

<sup>113</sup> DOIG, Alan; RILEY, Stephen, Corruption and anti-corruption strategies: Issues and case studies from developing countries, **Corruption and integrity improvement initiatives in developing countries**, v. 45, p. 62, 1998, p. 58.

<sup>114</sup> JOHNSEN, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors' actions and approaches to reducing corruption. **U4 Issue**, v. 2012, n. 7, 2012, p. 11.

<sup>115</sup> HUSSMANN, Karen; HECHLER, Hannes; PEÑAILILLO, Miguel, Institutional arrangements for corruption prevention: Considerations for the implementation of the United Nations Convention against Corruption Article 6, **U4 Issue**, v. 2009, n. 4, 2009.

<sup>116</sup> TANGRI, Roger; MWENDA, Andrew M, Politics, donors and the ineffectiveness of anti-corruption institutions in Uganda, **The Journal of Modern African Studies**, v. 44, n. 1, p. 101–124, 2006; DOIG, Alan; WATT, David; WILLIAMS, Robert, Why do developing country anti-corruption commissions fail to deal with corruption? Understanding the three dilemmas of organisational development, performance expectation, and donor and government cycles, **Public Administration and Development**, v. 27, n. 3, p. 251–259, 2007.

<sup>117</sup> HUSSMANN, Karen; HECHLER, Hannes; PEÑAILILLO, Miguel. Institutional arrangements for corruption prevention: Considerations for the implementation of the United Nations Convention against Corruption Article 6. **U4 Issue**, v. 2009, n. 4, 2009.

de autorização do Executivo para que a agência tomasse medidas contra funcionários públicos.<sup>118</sup> Os mesmos problemas foram encontrados pelas agências criadas no Quênia<sup>119</sup> e Coreia do Sul.<sup>120</sup> Já a agência polonesa criada em 2006, apesar de ter amplos poderes de investigação, prevenção e disseminação de informações, foi acusada de ser uma ferramenta política do governo para gerar descrédito sobre oponentes<sup>121</sup>. Dessa forma, o entusiasmo seguinte à criação das ACAs nesses países não gerou efetivas mudanças na realidade, já que os problemas no desenho institucional – decorrentes da falta de vontade política – retiraram a efetividade das agências.

Uma das possíveis formas de combater estes problemas é por meio do aprimoramento dos órgãos de fiscalização. Alt e Lassen testam a hipótese, defendida por Montesquieu, de que o Judiciário serve como mecanismo de fiscalização do Legislativo e Executivo quando os dois atuam unificadamente (i.e., quando são eleitos pelos mesmos meios ou têm interesses alinhados).<sup>122</sup> Os autores descobrem que, nesses casos de unicidade, a presença de uma Suprema Corte estadual composta por juízes eleitos – em contraste com juízes nomeados – está associada a menores níveis de corrupção. Os mesmos resultados são encontrados por Azfar e Nelson, ao conduzirem um experimento em laboratório.<sup>123</sup> Os procuradores gerais eleitos diretamente são mais vigilantes no controle de corrupção do que aqueles nomeados.

Ainda, aprimorando aspectos do quadro de funcionários públicos, Rauch e Evans argumentam que o elemento mais importante para a melhora das estruturas burocráticas é a utilização de recrutamento meritocrático.<sup>124</sup> A diminuição do nepotismo tende a reduzir a probabilidade com a qual o controle interno seria eliminado pela presença de colusão entre os agentes

---

<sup>118</sup> HOUGH, Dan, **Corruption, anti-corruption and governance**, UK: Palgrave Macmillan, 2013, cap. 3.

<sup>119</sup> HOUGH, Dan, **Corruption, anti-corruption and governance**, UK: Palgrave Macmillan, 2013, cap. 3.

<sup>120</sup> HOUGH, Dan, **Corruption, anti-corruption and governance**, UK: Palgrave Macmillan, 2013, cap. 4.

<sup>121</sup> HOUGH, Dan, **Corruption, anti-corruption and governance**, UK: Palgrave Macmillan, 2013, p. 89.

<sup>122</sup> ALT, James E; LASSEN, David D, Political and judicial checks on corruption: Evidence from American state governments, **Economics & Politics**, v. 20, n. 1, p. 33–61, 2008.

<sup>123</sup> AZFAR, Omar; NELSON, William Robert, Transparency, wages, and the separation of powers: An experimental analysis of corruption, **Public Choice**, v. 130, n. 3, p. 471–493, 2007.

<sup>124</sup> RAUCH; EVANS, Bureaucratic structure and bureaucratic performance in less developed countries.

públicos. Assim, tanto os mecanismos de eleição quanto os meritocráticos parecem ser capazes de melhorar a performance das instituições.

Na Alemanha, por outro lado, a solução não caminhou no sentido de criar uma agência anticorrupção especializada. Desenvolveram uma cultura segundo a qual a prevenção é responsabilidade de vários órgãos de supervisão ao passo que a repressão é realizada por agência responsável pela aplicação da lei.<sup>125</sup>

## 5.2. Sobreposição ou Multiplicidade Institucional

Além de criar instituições ou aparelhá-las para o combate à corrupção, como visto acima, é possível pensar no tipo de relacionamento que uma instituição terá com as outras. Criar uma multiplicidade institucional faz com que mais de uma instituição seja encarregada de determinadas funções.

Como visto no tópico acima, um dos grandes obstáculos da criação de agência anticorrupção é a falta de vontade política, que acabou gerando o fracasso em diversas tentativas ao redor do mundo. A multiplicidade institucional não sofre este problema porque adiciona uma nova instituição sem modificar o modo de operação das já existentes, sendo menos suscetível a pressões políticas.<sup>126</sup> Essa multiplicidade pode ser abordada de duas maneiras diferentes: redução das oportunidades de corrupção (mecanismo *ex ante*) e mecanismos *ex post*.<sup>127</sup>

A criação de competição entre agências é uma forma de evitar que indivíduos sejam obrigados a oferecer subornos a agentes públicos. Se uma empresa é qualificada para receber um benefício do governo apenas por meio de um determinado funcionário público ou agência, poderá ser obrigada a pagar suborno para conseguir o que já tem direito. Em um cenário de competição entre agências, o poder de barganha dos indivíduos é aumentado, de modo que

<sup>125</sup> HOUGH, Dan, **Corruption, anti-corruption and governance**, UK: Palgrave Macmillan, 2013, p. 100–105.

<sup>126</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design, **RIBA Working Paper n. 09**, 2014, p. 8–9.

<sup>127</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design, **RIBA Working Paper n. 09**, 2014, p. 8.

pode simplesmente buscar outra agência caso a primeira solicite pagamentos indevidos<sup>128</sup> e, conseqüentemente, diminuindo os níveis de corrupção.<sup>129</sup>

No entanto, não há na literatura um argumento empírico convincente que relacione o estabelecimento de mecanismos de competição *ex ante* com reduções nos níveis de corrupção.<sup>130</sup> Há uma série de conseqüências negativas que podem advir do estabelecimento de competição. Shleifer e Vishny demonstram, por exemplo, que mesmo havendo uma diminuição dos subornos, a quantidade de dinheiro desviado do governo pode aumentar.<sup>131</sup> Já Rose-Ackerman e Truex<sup>132</sup> mostram uma incompatibilidade entre a utilização de rotação de funcionários e o estabelecimento de competição a partir do estudo de Sequeira e Djankov.<sup>133</sup> Com a presença das duas estratégias anticorrupção concomitantemente, os oficiais dispõem de um curto período de tempo para obter retornos ilícitos, por mais que isso gere um desvio da demanda para outra agência – no caso do estudo, outro porto – no longo prazo.

Além disso, suponhamos que os agentes públicos de uma determinada agência não estejam prestando os serviços de maneira adequada. Os agentes privados irão buscar uma solução em outra agência, em vez de reclamar com os superiores daquele funcionário público.<sup>134</sup> Suponhamos o cenário apresentado por Svensson,<sup>135</sup> no qual pais de alunos da Uganda, diante do desvio de verbas de uma escola têm duas opções: exercer saída ou voz. Com a presença de competição, em vez de realizar reclamações formais ou informais, simplesmente irá mudar o filho de escola. Conseqüentemente, os oficiais corruptos locais poderão extrair um número ainda maior de dinheiro desviado da escola.<sup>136</sup>

<sup>128</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory, Corruption and policy reform, 2012, p. 20.

<sup>129</sup> ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, **Corruption and government: Causes, consequences, and reform**; ROSE-ACKERMAN, Susan, The law and economics of bribery and extortion, **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 217–238, 2010.

<sup>130</sup> SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005, p. 34.

<sup>131</sup> SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W, Corruption, **The quarterly journal of economics**, v. 108, n. 3, p. 599–617, 1993.

<sup>132</sup> ROSE-ACKERMAN; TRUEX, Corruption and policy reform, p. 20.

<sup>133</sup> SEQUEIRA, Sandra; DJANKOV, Simeon, An empirical study of corruption in ports, 2010.

<sup>134</sup> BARDHAN, Pranab, Corruption and development: a review of issues, **Journal of economic literature**, v. 35, n. 3, p. 1320–1346, 1997, p. 1337.

<sup>135</sup> SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005.

<sup>136</sup> SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005, p. 34.

Já a utilização de mecanismos *ex post* parece ser uma proposta promissora para a solução de alguns dos problemas enfrentados pelo Brasil nas etapas de monitoramento, investigação e punição de atos de corrupção. Lindsey Carson e Mariana Prado demonstram, em estudo realizado em 2016,<sup>137</sup> que o problema da corrupção brasileira está nas instituições brasileiras que permitem a existência de grandes níveis de corrupção. E, em outro artigo publicado no mesmo ano,<sup>138</sup> as autoras mostram que a existência de sobreposição entre as funções das agências é capaz de gerar três possíveis interações. Primeiro, se uma instituição falhar em cumprir seus objetivos, outra está igualmente equipada para cumpri-lo, em um mecanismo de compensação. A segunda vantagem é que há uma colaboração, havendo um aumento da quantidade de pessoas e de recursos envolvidos para realizar a mesma tarefa. Por fim, é possível vislumbrar um efeito de complementariedade, que pode ser benéfico dada a especialidade de diversas agências que se completam.<sup>139</sup>

Para ilustrar o funcionamento da sobreposição institucional, as autoras analisam, dentre outras, as duas instituições responsáveis pelo monitoramento das instituições brasileiras, a Controladoria Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU). O TCU tinha uma série de problemas que diminuía sua efetividade no combate à corrupção, mas a existência da multiplicidade institucional foi capaz de superar estes problemas em alguma medida. O esquema de desvio de dinheiro para a compra de ambulâncias não foi descoberto pelos procedimentos ossificados do Tribunal de Contas, sendo apenas descoberto pelas auditorias sobre licitações realizadas pela CGU, dando origem à Operação Sanguessuga.<sup>140</sup>

Este caso pode ser interpretado de duas formas diferentes, de acordo com as autoras. Caso se entenda que o procedimento adotado pela CGU é mais eficiente no combate à corrupção, ou seja, que há uma falha no procedimento de auditoria do TCU, há uma compensação entre as duas agências. Por outro lado, o resultado pode ser apenas em decorrência da complementariedade por utilizarem procedimentos de diferentes auditorias. Independentemente

<sup>137</sup> CARSON, Lindsey D; PRADO, Mariana Mota, Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case, **The Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 62, p. 56–65, 2016.

<sup>138</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design, **RIBA Working Paper n. 09**, 2014.

<sup>139</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design, **RIBA Working Paper n. 09**, 2014, p. 9.

<sup>140</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design, **RIBA Working Paper n. 09**, 2014, p. 11.

da interpretação, o fato é que “em uma tentativa de analisar a efetividade do programa federal no nível local, a CGU descobriu uma série de irregularidades no uso de fundos federais”.<sup>141</sup>

No entanto, o nível de sobreposição de instituições no estágio de punição é consideravelmente mais baixo se comparado ao monitoramento e investigação. O Judiciário brasileiro tem monopólio sobre o poder de punição por ser a última instância na qual todas as sanções de outras agências podem ser revistas. Essa ausência de multiplicidade pode reduzir as chances de punição, já que possíveis falhas do Judiciário não serão consertadas por outras agências.<sup>142</sup> Uma das propostas para resolver este problema é a criação de uma “justiça anticorrupção”, de modo a gerar uma sobreposição também no nível de punição.<sup>143</sup>

A sobreposição de instituições é estudada pela literatura sobre estratégias regulatórias há muitos anos, de modo que alguns custos e benefícios de tal estratégia já foram identificados. Uma série de potenciais benefícios podem ser alcançados com a sobreposição institucional. Para facilitar a análise dos benefícios, pode-se separar a atuação de agências em dois estágios: (i) busca e análise de informações e (ii) decisão e execução.

No que se refere à busca e análise de informações, quatro são os potenciais benefícios apresentados pela literatura. Primeiro, cada agência tenderá a buscar informação e desenvolver argumentos que justifiquem sua decisão – dado que poderá, eventualmente, ser confrontada por decisão oposta de outra agência analisando o mesmo tema –, o que tenderá a aumentar a qualidade e a quantidade das evidências apresentadas. Segundo, caso haja uma discordância de outra agência, ela buscará avaliar as informações produzidas pela outra instituição, o que, no longo prazo, cria um mecanismo de revisões recíprocas do processo decisório de ambas as agências. Terceiro, é possível que agências diferentes olhando para os mesmos problemas possam gerar novas

---

<sup>141</sup> Tradução livre. No original: “in an attempt to analyze the effectiveness of a federal program at the local level, the CGU has uncovered a series of irregularities in the use of federal funds”. PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design, **RIBA Working Paper n. 09**, 2014, p. 11.

<sup>142</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design, **RIBA Working Paper n. 09**, 2014, p. 17–18; CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota, Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil. **IRIBA Working Paper n. 08**, 2014.

<sup>143</sup> **Punição a corruptos tem apenas valor simbólico, diz pesquisadora - 16/12/2013 - Poder**, Folha de S.Paulo, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1386052-punicao-a-corruptos-tem- apenas-valor-simbolico-diz-pesquisadora.shtml>>, acesso em: 1 set. 2017.

informações, argumentos e soluções que de outro modo não seriam gerados, uma vez que cada instituição se difere por sua história, tradição, método de trabalho, personalidade dos integrantes, liderança etc. que dificilmente são duplicáveis. Por fim, com a multiplicidade de pontos de vista, cada agência será obrigada a levar em consideração os diversos objetivos e interesses de cada medida, o que melhorará a qualidade dos argumentos apresentados, dos questionamentos a eventuais contra-argumentos e da própria consideração de posições contrárias.<sup>144</sup>

Já em relação às fases de decisão e execução de uma agência, a multiplicidade institucional também pode gerar benefícios. Primeiro, caso uma das instituições não realize determinada tarefa, ainda assim é possível que outra realize. Isto é ainda mais provável em um contexto em que as próprias agências atuam em competição. Segundo, caso uma agência falhe em parte ou na totalidade na realização de suas atribuições, estas eventuais falhas podem ser corrigidas ou compensadas pela atuação da outra. Terceiro, como há mais de um ator voltado para a realização de uma mesma tarefa, passa-se a mensagem para a população de que o governo de fato se preocupa com aquela atividade. Por fim, com a multiplicidade, várias formas diferentes de abordar os problemas são adotadas, gerando uma miríade de respostas flexíveis para os problemas que venham a surgir.<sup>145</sup>

Contudo, a criação de múltiplas instituições pode gerar alguns custos desnecessários e efeitos negativos sobre a qualidade das decisões. Isto é, pode ser que diferentes agências com diferentes atribuições estejam realizando, de modo independente, a coleta de informações e a sua análise, de modo que haveria uma duplicação de custos e não seria possível alcançar economias de escala.<sup>146</sup> Além disso, dois outros problemas podem surgir. Primeiro, é possível que a competição entre as agências faça com que uma delas busque retomar a autonomia e evitar a autoridade compartilhada sobre determinado problema, passando a esconder ou distorcer informações que sejam contrárias à sua posição para evitar contra-argumentos da agência concorrente. Segundo,

<sup>144</sup> SIRICO JR, Louis J, Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process, *Vand. L. Rev.*, v. 33, p. 101, 1980, p. 126–127.

<sup>145</sup> SIRICO JR, Louis J, Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process, *Vand. L. Rev.*, v. 33, p. 101, 1980, p. 127–128.

<sup>146</sup> SIRICO JR, Louis J, Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process, *Vand. L. Rev.*, v. 33, p. 101, 1980, p. 125–126.

caso um dos atores tenha poder de veto, eventualmente tal poder pode ser utilizado para bloquear ações que atendam aos interesses sociais.<sup>147</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise de métodos de combate à corrupção realizada à luz das estratégias regulatórias nos permitiu classificar os métodos anticorrupção em quatro grupos: comando e controle, transparência, incentivos e instituições. A revisão de literatura e de leis sobre corrupção no mundo já foi realizada por diversos autores, mas percebemos que há uma lacuna de uma análise sistemática e abrangente sobre a literatura que possa trazer ideias que eventualmente sejam aplicadas – e que já vêm sendo aplicadas – no Brasil.

Todas as estratégias que analisamos apresentam prós e contras, de modo que a conclusão mais importante que se pode tirar de um estudo como o realizado é de que o investimento em uma só estratégia não solucionará problemas de anticorrupção. Por exemplo, estratégias baseadas em comando e controle são necessariamente dependentes de mecanismos de transparência – que ajudam em sua aplicação – que, por sua vez, podem ser muito custosos e até danosos a depender do tipo de informação divulgada. Ao que nos parece, hoje há uma tendência maior de investimento em comando e controle, como é possível ver no caso das Novas Medidas Contra a Corrupção, o que não é necessariamente uma estratégia adequada para a solução das causas da corrupção.

Também foi possível perceber ao longo do presente artigo que as estratégias apresentadas podem ser visualizadas como um crescente de sofisticação e de custos para lidar com os problemas. Normalmente, estratégias de comando e controle são relativamente mais simples de serem implementadas, ao passo que a criação de instituições ou até mesmo o estabelecimento de sua coordenação regulatória pode ser um mecanismo mais custoso – porém, muitas vezes mais efetivo.

## REFERÊNCIAS

ABBINK, Klaus. Fair salaries and the moral costs of corruption. **Bonn Econ Discussion Papers**, 2000.

---

<sup>147</sup> SIRICO JR, Louis J, Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process, **Vand. L. Rev.**, v. 33, p. 101, 1980, p. 128–131.



- ABBINK, Klaus; SERRA, Danila. Chapter 4 Anticorruption Policies: Lessons from the Lab. *In*: SERRA, Danila; WANTCHEKON, Leonard (Orgs.). **New advances in experimental research on corruption**. UK: Emerald Group Publishing Limited, 2012, p. 77–115.
- ABLO, Emmanuel; REINIKKA, Ritva. Do budgets really matter? Evidence from public spending on education and health in Uganda. 1998.
- ABRAMO, Claudio Weber. Acesso a informação e eficiência do Estado. **Revista gov. sp**, nº2, 2004.
- AKERLOF, George A; YELLEN, Janet L. The fair wage-effort hypothesis and unemployment. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 105, n. 2, p. 255–283, 1990.
- ALT, James E; LASSEN, David D. Political and judicial checks on corruption: Evidence from American state governments. **Economics & Politics**, v. 20, n. 1, p. 33–61, 2008.
- ANDERSEN, Thomas Barnebeck. E-Government as an anti-corruption strategy. **Information Economics and Policy**, v. 21, n. 3, p. 201–210, 2009.
- APESTEGUIA, Jose; DUFWENBERG, Martin; SELTEN, Reinhard. Blowing the whistle. **Economic Theory**, v. 31, n. 1, p. 143–166, 2007.
- ARMANTIER, Olivier; BOLY, Amadou. Can corruption be studied in the lab? Comparing a field and a lab experiment. 2008.
- AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William. The impact of leniency programs on cartels. **University of Toulouse**, 2003.
- AVIS, Eric; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Do Government Audits Reduce Corruption?, **Journal of Political Economy**, vol. 126, nº 5, p. 1912–1964, 2018.
- AZFAR, Omar; NELSON, William Robert. Transparency, wages, and the separation of powers: An experimental analysis of corruption. **Public Choice**, v. 130, n. 3, p. 471–493, 2007.
- BAC, Mehmet. Corruption, connections and transparency: Does a better screen imply a better scene? **Public Choice**, v. 107, n. 1–2, p. 87–96, 2001.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. New York: Oxford University Press, 2012.
- BANERJEE, Abhijit; KUMAR, Selvan; PANDE, Rohini; *et al.* Do informed voters make better choices? Experimental evidence from urban India. **Unpublished manuscript**, 2011.

- BARDHAN, Pranab. Corruption and development: a review of issues. **Journal of economic literature**, v. 35, n. 3, p. 1320–1346, 1997.
- BARR, Abigail; LINDELOW, Magnus; SERNEELS, Pieter M. To serve the community or oneself: the public servant's dilemma. **World Bank Policy Research working paper** n. WPS 3187, 2004.
- BECKER, Gary S; STIGLER, George J. Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 1–18, 1974.
- BESLEY, Timothy; MCLAREN, John. Taxes and bribery: the role of wage incentives. **The economic journal**, v. 103, n. 416, p. 119–141, 1993.
- BESLEY, Timothy; PRAT, Andrea. Handcuffs for the grabbing hand? Media capture and government accountability. **The American Economic Review**, v. 96, n. 3, p. 720–736, 2006.
- BLACK, Julia. Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world. **Current legal problems**, v. 54, n. 1, p. 103–146, 2001.
- BOBONIS, Gustavo J; FUERTES, Luis Cámara R; SCHWABE, Rainer. Monitoring Corruptible Politicians. **The American Economic Review**, v. 106, n. 8, p. 2371–2405, 2016.
- BROOKS, Graham; WALSH, David; LEWIS, Chris; *et al.* Defining Corruption. *In*: BROOKS, Graham; WALSH, David; LEWIS, Chris; *et al.* (Orgs.). **Preventing Corruption: Investigation, Enforcement and Governance**. London: Palgrave Macmillan UK, 2013, p. 11–26. Disponível em: <[https://doi.org/10.1057/9781137023865\\_2](https://doi.org/10.1057/9781137023865_2)>.
- BRUNETTI, Aymo; WEDER, Beatrice. A free press is bad news for corruption. **Journal of Public Economics**, v. 87, n. 7, p. 1801–1824, 2003.
- BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. **Journal of Public Economics**, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006.
- CALLAND, Richard. Access to Information: How Is It Useful and How Is It Used? NEUMAN, Laura. **Access to information: a key to democracy**. Atlanta: The Carter Center, 2002.
- CARLO BERTOT, John; JAEGER, Paul T; GRIMES, Justin M. Promoting transparency and accountability through ICTs, social media, and collaborative e-government. **Transforming Government: People, Process and Policy**, v. 6, n. 1, p. 78–91, 2012.
- CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil. **IRIBA Working Paper** n. 08, 2014.

- CARSON, Lindsey D; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 62, p. 56–65, 2016.
- CHOWDHURY, Shyamal K. The effect of democracy and press freedom on corruption: an empirical test. **Economics letters**, v. 85, n. 1, p. 93–101, 2004.
- COLE, Daniel H; GROSSMAN, Peter Z. When is command-and-control efficient? Institutions, technology, and the comparative efficiency of alternative regulatory regimes for environmental protection. *In: The Theory and Practice of Command and Control in Environmental Policy*. London: Routledge, 2018, p. 115–166.
- COSTA, Samia. Do freedom of information laws decrease corruption? **The Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 29, n. 6, p. 1317–1343, 2012.
- DE FIGUEIREDO, Miguel FP; HIDALGO, F Daniel; KASAHARA, Yuri. When do voters punish corrupt politicians? Experimental evidence from Brazil. **Unpublished manuscript, UC Berkeley**, 2011.
- DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires. **The Journal of Law and Economics**, v. 46, n. 1, p. 269–292, 2003.
- DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; *et al.* Disclosure by politicians. **American Economic Journal: Applied Economics**, v. 2, n. 2, p. 179–209, 2010.
- DOIG, Alan; RILEY, Stephen. Corruption and anti-corruption strategies: Issues and case studies from developing countries. **Corruption and integrity improvement initiatives in developing countries**, v. 45, p. 62, 1998.
- DOIG, Alan; WATT, David; WILLIAMS, Robert. Why do developing country anti-corruption commissions fail to deal with corruption? Understanding the three dilemmas of organisational development, performance expectation, and donor and government cycles. **Public Administration and Development**, v. 27, n. 3, p. 251–259, 2007.
- FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. **The American Economic Review**, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.
- FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Exposing corrupt politicians: the effects of Brazil's publicly released audits on electoral outcomes. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 123, n. 2, p. 703–745, 2008.

- FRIDOLFSSON, Sven-Olof; BIGONI, Maria; LE COQ, Chloe; *et al.* Fines, Leniency and Rewards in Antitrust: An Experiment. 2009.
- GENTZKOW, Matthew; GLAESER, Edward L; GOLDIN, Claudia. The rise of the fourth estate. How newspapers became informative and why it mattered. *In: GLAESER, Edward L; GOLDIN, Claudia (Orgs.). Corruption and Reform: Lessons from America's Economic History*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 187–230.
- GOKCEKUS, Omer; MUKHERJEE, Ranjana. Officials' Asset Declaration Laws: Do They Prevent Corruption? **Global Corruption Report**, 2006.
- GOMES, Reginaldo Gonçalves. Responsabilidade Administrativa do Servidor Público na Administração Pública Federal. **Prisma Jurídico**, v. 13, n. 1, p. 193–212, 2014.
- HAMAGUCHI, Yasuyo; KAWAGOE, Toshiji; SHIBATA, Aiko. Group size effects on cartel formation and the enforcement power of leniency programs. **International Journal of Industrial Organization**, v. 27, n. 2, p. 145–165, 2009.
- HAQUE, Nadeem Ul; SAHAY, Ratna. Do government wage cuts close budget deficits? Costs of corruption. **Staff Papers**, v. 43, n. 4, p. 754–778, 1996.
- HOUGH, Dan. **Corruption, anti-corruption and governance**. UK: Palgrave Macmillan, 2013.
- HUI, Wingchi. Combating Corruption: The Hong Kong Experience, **Tsinghua China Law Review**, Vol. 6, 2013.
- HUSSMANN, Karen; HECHLER, Hannes; PEÑAILILLO, Miguel. Institutional arrangements for corruption prevention: Considerations for the implementation of the United Nations Convention against Corruption Article 6. **U4 Issue**, v. 2009, n. 4, 2009.
- JOHNSØN, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors' actions and approaches to reducing corruption. **U4 Issue**, v. 2012, n. 7, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. New York: Macmillan, 2011.
- KAUFMANN, Daniel. Corruption: the facts. **Foreign policy**, p. 114–131, 1997.
- KLITGAARD, Robert. Incentive myopia. **World Development**, v. 17, n. 4, p. 447–459, 1989.
- KOLSTAD, Ivar; WIIG, Arne. Is transparency the key to reducing corruption in resource-rich countries? **World development**, v. 37, n. 3, p. 521–532, 2009.

- LAMBSDORFF, Johann. The Organization of Anticorruption: Getting Incentives Right. *In: Corruption, global security, and world order*. Baltimore: Brookings Institution Press, 2009, p. 389–415.
- LAMBSDORFF, Johann; NELL, Mathias. Fighting corruption with asymmetric penalties and leniency. *CEGE Discussion Papers*, 2007.
- LESSIG, Lawrence. **Republic, lost: how money corrupts congress--and a plan to stop it**. New York: Hachette UK, 2011.
- LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010.
- MELO, Marcus André. **Brazil: democracy and corruption**. Rio de Janeiro: Casa das Garças, 2014.
- MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen. Regulatory instruments and techniques. *In: An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 79–150. (Law in Context). Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/books/an-introduction-to-law-and-regulation/regulatory-instruments-and-techniques/AB3E72F0913ED482DC2F9229E74E1C03>>.
- MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. *International journal of industrial organization*, v. 21, n. 3, p. 347–379, 2003.
- OGUS, Anthony. Corruption and regulatory structures. *Law & Policy*, v. 26, n. 3-4, p. 329–346, 2004.
- OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado. Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil. *In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Orgs.). Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.
- OLKEN, Benjamin A. Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia. *Journal of political Economy*, v. 115, n. 2, p. 200–249, 2007.
- PAES, Eneida Bastos. A construção da Lei de Acesso à Informação Pública no Brasil: desafios na implementação de seus princípios. *Revista do Serviço Público*, v. 62, n. 4, p. 407–423, 2014.

- PEISAKHIN, Leonid; PINTO, Paul. Is transparency an effective anti-corruption strategy? Evidence from a field experiment in India. **Regulation & Governance**, v. 4, n. 3, p. 261–280, 2010.
- PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus André. Reelecting corrupt incumbents in exchange for public goods: Rouba mas faz in Brazil. **Latin American Research Review**, p. 88–115, 2015.
- POWER, Timothy Joseph; TAYLOR, Matthew MacLeod. **Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.
- PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design, **RIBA Working Paper n. 09**, 2014.
- PRAT, Andrea. The wrong kind of transparency. 2003.
- RAUCH, James E; EVANS, Peter B. Bureaucratic structure and bureaucratic performance in less developed countries. **Journal of public economics**, v. 75, n. 1, p. 49–71, 2000.
- REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob. **The power of information: Evidence from a newspaper campaign to reduce capture**. US: World Bank Publications, 2004.
- RIOS-FÍGUEROA, Julio. Justice system institutions and corruption control: evidence from Latin America. **Justice System Journal**, v. 33, n. 2, p. 195–214, 2012.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. The economics of corruption. **Journal of public economics**, v. 4, n. 2, p. 187–203, 1975.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. The law and economics of bribery and extortion. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 217–238, 2010.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and government: Causes, consequences, and reform**. New York: Cambridge University Press, 2016.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. Corruption and policy reform. 2012.
- RYVKIN, Dmitry; SERRA, Danila. How corruptible are you? Bribery under uncertainty. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 81, n. 2, p. 466–477, 2012.
- SCHIKORA, Jan Theodor. **Bringing good and bad whistle-blowers to the lab**. University of Munich: Munich discussion paper, 2011.

- SEQUEIRA, Sandra; DJANKOV, Simeon. An empirical study of corruption in ports. 2010.
- SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Corruption. **The quarterly journal of economics**, v. 108, n. 3, p. 599–617, 1993.
- SIRICO JR, Louis J. Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process. **Vand. L. Rev.**, v. 33, p. 101, 1980.
- SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: Optimal leniency programs **CEPR Discussion Paper n. 4840**, 2004.
- SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. *In*: BUC-CIROSSI, Paolo (Org.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2006.
- SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal leniency programs. **FEEM Working Paper n. 42**, 2000.
- SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. **Ethics**, v. 110, n. 1, p. 5–31, 1999.
- SUTTER, Daniel. Media scrutiny and the quality of public officials. **Public Choice**, v. 129, n. 1–2, p. 25–40, 2006.
- SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005.
- TANGRI, Roger; MWENDA, Andrew M. Politics, donors and the ineffectiveness of anti-corruption institutions in Uganda. **The Journal of Modern African Studies**, v. 44, n. 1, p. 101–124, 2006.
- TANZI, Vito; SHOME, Parthasarathi. A primer on tax evasion. **Staff Papers-International Monetary Fund**, p. 807–828, 1993.
- TAYLOR, Matthew M. Veto and voice in the courts: policy implications of institutional design in the Brazilian judiciary. **Comparative Politics**, p. 337–355, 2006.
- TEACHOUT, Zephyr. **Corruption in America**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. **Journal of public economics**, v. 76, n. 3, p. 399–457, 2000.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty. **Journal of Risk and uncertainty**, v. 5, n. 4, p. 297–323, 1992.
- VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice. Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corrup-

tion, and by how much? **Journal of development economics**, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001.

WINTERS, Matthew S; TESTA, Paul; FREDRICKSON, Mark M. Chapter 8 Using Field Experiments to Understand Information as an Antidote to Corruption. *In*: SERRA, Danila; WANTCHEKON, Leonard (Orgs.). **New Advances in Experimental Research on Corruption**. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2012, v. 15, p. 213–246. (Research in Experimental Economics).

WINTERS, Matthew S; WEITZ-SHAPIRO, Rebecca. Lacking information or condoning corruption: When do voters support corrupt politicians? **Comparative Politics**, v. 45, n. 4, p. 418–436, 2013.

YEUNG, Karen. Government by publicity management: Sunlight or spin. **Public Law**, v. 2, p. 360–383, 2005.

ZAMBONI, Yves; LITSCHIG, Stephan. Audit risk and rent extraction: Evidence from a randomized evaluation in Brazil. **Universitat Pompeu Fabra**, 2013.

**As 10 Medidas Contra a Corrupção: Propostas do Ministério Público Federal para o combate à corrupção e à impunidade**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

**Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

Projeto de Lei 4.850/2016.

**Punição a corruptos tem apenas valor simbólico, diz pesquisadora - 16/12/2013 - Poder**. Folha de S.Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1386052-punicao-a-corruptos-tem-ape-nas-valor-simbolico-diz-pesquisadora.shtml>>. Acesso em: 1 set. 2017.



*Capítulo 2*

**PARA ALÉM DAS ROMANTIZAÇÕES:  
A PRÁTICA DO CONTROLE**

---



## **2.1. CONTROLE JUDICIAL**



# A TEORIA DA DEFERÊNCIA E A PRÁTICA JUDICIAL: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE O CONTROLE DO TJRJ À AGENERSA<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*  
Renato Toledo Cabral Junior<sup>2</sup>

## I. INTRODUÇÃO

Este artigo consiste em reflexão dos autores sobre a teoria da deferência a partir das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) em relação à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA). Os dados empíricos foram inicialmente coletados em pesquisa realizada por alunos da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) na disciplina de atividade complementar obrigatória denominada “Oficina de Pesquisa”, realizada durante o segundo semestre do ano de 2017, com a supervisão e orientação dos coautores<sup>3</sup>. A partir dos dados coletados com base em classificações e parâmetros indicados pelos autores, os alunos catalogaram 134 decisões judiciais proferidas pelo Tribunal fluminense, cuja análise inicial foi apresentada perante o corpo docente e discente da faculdade, do que resultou a publicação do artigo em nome dos alunos. Este trabalho representa uma análise própria dos coautores sobre tais dados, a partir da revisão literária

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, p. 537-573, 2018.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assistente de pesquisa na FGV Direito Rio. Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ (UERJ Reg.). Advogado.

<sup>3</sup> A catalogação das pesquisas foi feita pelos alunos Alexandre Blois, Eduardo Adami, Fábio Rodrigues, Gabriel Arlé, Giulia Costa, Julia Rezende, Luiza Brumati, Maria Eduarda Gomes e Rodrigo Roll, sob a orientação do assistente de pesquisa Renato Toledo Cabral Junior e supervisão do professor Eduardo Jordão.

sobre a teoria da deferência e da adoção de critérios próprios, com o objetivo de evidenciar possíveis tendências do TJRJ em relação à AGENERSA.

Foram lidas e examinadas mais de uma centena de decisões, classificadas posteriormente em função de três parâmetros distintos: (i) a deferência pelo discurso, com a verificação da eventual existência, nas decisões analisadas, de um discurso de deferência em favor da agência reguladora; (ii) a deferência pelo resultado, com a verificação do resultado final do processo, mantendo ou revisando a decisão da agência; e (iii) a deferência pela amplitude de controle, com a verificação da extensão do controle operado pelo tribunal, se limitado aos aspectos formais da decisão administrativa controlada ou exercido também sobre os seus aspectos substantivos. Ao final, tais variáveis foram conjugadas para indicar possíveis tendências do TJRJ no controle judicial da AGENERSA.

A crise do Estado do bem-estar social resultou num período de intensa reforma administrativa nas últimas décadas do século XX. Antes considerado o principal agente da economia (sobretudo em seu modo de intervenção direta por meio de empresas estatais), o Estado teve seu papel reconfigurado em um contexto de sucessivas privatizações e desestatizações. O processo foi acompanhado de uma necessidade cada vez maior de fiscalização das atividades que foram delegadas ao setor privado. Este movimento levou ao que se convencionou chamar de *Estado regulador* (MAJONE, 1999)<sup>4</sup>.

A liberalização de alguns setores da economia à iniciativa privada constituiu um processo extremamente complexo e sensível. Para capitaneá-lo, foi frequente em vários países a opção pela criação das chamadas *agências reguladoras* – entidades relativamente independentes da administração central, com *autonomia reforçada* (ARAGÃO, 2002), compostas por especialistas na matéria, com garantias de poder decisório insulado do processo político e dotadas de significativos recursos financeiros e humanos. Com esse modelo, a regulação de atividades econômicas antes submetidas ao monopólio estatal (como os serviços de telecomunicações, energia elétrica, gás, transporte ferro-

<sup>4</sup> Marçal Justen Filho (2011, p. 655) identifica quatro distinções significativas entre essa nova concepção estatal diante do Estado de Providência: (i) a transferência para a iniciativa privada de atividades anteriormente desenvolvidas pelo Estado, inclusive com a liberalização de atividades até então monopolizadas; (ii) a preferência pelo instrumento interventivo indireto, por meio da regulação da atividades sociais e econômicas (competência regulatória); (iii) a atuação estatal norteada não apenas pelas correções das falhas de mercado, mas também admitindo-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política e social; bem como (iv) a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas.

viário, etc.) passou a ser atribuída a uma instituição pública cuidadosamente desenhada para lidar com a complexidade dessas funções (KING, 2008, p. 409). No Brasil, esse fenômeno foi constatado sobretudo no final da década de 1990 e no início da década seguinte<sup>5</sup>.

A proliferação destas entidades administrativas especializadas gerou alguns desafios para a teoria do direito administrativo. Naquilo que concerne mais especificamente a este artigo, questionou-se que tipo de controles deveriam ser aplicados a elas, e se eles deveriam diferir daqueles que se aplicavam às autoridades administrativas tradicionais. Em diversos países, ganhou relevo a discussão a propósito da conveniência da aplicação de alguma *deferência* (ou *autocontenção*) do controlador às decisões tomadas por estas entidades, em função das suas características.

A “teoria da deferência” corresponde à tese segundo a qual a autocontenção seria conveniente (VERÍSSIMO, 2012). No caso específico do controle judicial, o argumento em favor da deferência seria o seguinte. Como a matéria regulatória é tecnicamente complexa, a deferência judicial às decisões das agências reguladoras transmitiria a ideia de respeito judicial a uma instituição comparativamente mais bem adaptada para enfrentá-la (tanto em função da natureza da sua atuação diuturna, como em função do seu maior aparelhamento institucional). Além disso, veicularia a intenção de não prejudicar a coerência e a dinâmica da política regulatória da autoridade administrativa. Dito de outro modo, a justificativa do controle judicial deferente às decisões das agências reguladoras reside, de um lado, na inadequação subjetiva e objetiva

<sup>5</sup> Confira-se, a propósito, o relato de Gustavo Binenbojm (2014, p. 266-267) sobre o assunto: “Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 1980, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calçado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto. O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias. Por outro lado, a transferência de serviços públicos e/ou de sua execução à iniciativa privada não poderia conduzir a um Estado puramente liberal, guiado pelo não-intervencionismo. Daí as agências constituírem também efeito da reforma por que passou o Estado brasileiro, na medida em que foram institucionalmente incumbidas da regulação tanto de serviços públicos desestatizados, como de outras atividades econômicas de relevante interesse social, devolvidas total ou parcialmente à iniciativa privada”.

dos tribunais para a regulação; de outro, no prejuízo que a sua intervenção pode causar à política regulatória das agências.<sup>6</sup>

Sob um certo ângulo, a aplicação de um controle judicial deferente sobre decisões das agências reguladoras veicula a compreensão de que matérias tecnicamente complexas devem ser definidas prioritariamente pelas autoridades administrativas especializadas – aos tribunais caberia apenas uma revisão relativamente superficial.

A realização de estudos empíricos para verificar (e medir) a adoção judicial da teoria da deferência tem relevância acentuada na literatura jurídica. Nos Estados Unidos, por exemplo, William Eskridge e Lauren Baer (2008) realizaram importante pesquisa em que questionam a importância prática da doutrina *Chevron* e a sua percepção como marco do direito administrativo americano. Os autores consultaram todas as 1.014 decisões da Suprema Corte americana entre 1984 (ano da decisão paradigmática) e 2005 que envolviam o controle judicial de interpretação legislativa promovida por uma autoridade administrativa. Chegaram à conclusão de que o regime de *Chevron* só era mencionado em 8,3% delas. Em mais da metade dos casos, nenhum precedente sobre deferência judicial sequer foi citado. Apesar disso, o estudo indicou uma propensão à manutenção da interpretação da autoridade administrativa. Outras pesquisas empíricas, também nos Estados Unidos, demonstraram o aumento percentual relevante de decisões em favor das agências nos tribunais inferiores nos anos que se seguiram a *Chevron*<sup>7</sup>.

No Brasil, alguns estudos sobre o tema vêm sendo desenvolvidos, com enfoque sobretudo nas agências reguladoras federais<sup>8</sup>. Uma pesquisa do CNJ, por exemplo, analisou 1.371 ações judiciais em que foram questionadas decisões de agências reguladoras entre 1994 e 2010 e revelou que mais de 80% dos casos que tiveram seu mérito julgado pelos tribunais superiores foram favoráveis às agências – embora, no decorrer do processo, a incidência de decisões desfavoráveis esteja presente com alguma incidência (AZEVEDO; FERRAZ JUNIOR; MARANHÃO, 2011). Segundo o relatório, a complexidade e o caráter estritamente técnicos das entidades administrativas autônomas é uma de suas razões de decidir. Juliano Maranhão (2016, p. 26-46), ao analisar

<sup>6</sup> Para desenvolvimento destes argumentos e ilustrações práticas e jurisprudenciais de seu uso, ver o capítulo 1.1 de JORDÃO (2016).

<sup>7</sup> Confira-se, por exemplo, KERR (1998) e SCHUCK e ELLIOTT (1991). Kent Barnett e Christopher Walker (2017, p. 01-73) demonstraram que, nas cortes federais de apelação, a aplicação da doutrina *Chevron* pelos tribunais garantiu uma taxa de êxito 25% superior em favor das agências americanas.

<sup>8</sup> Nesse sentido, ver, por todos, WANG, PALMA e COLOMBO (2010) e MARANHÃO (2016).



o estudo, observa que (i) há uma supervalorização de questões procedimentais; (ii) os magistrados geralmente carecem de conhecimento técnico para resolver as questões; (iii) a dicotomia entre o direito público e privado dificulta a compreensão judicial sobre assuntos regulatórios complexos; e (iv) há uma insensibilidade ao raciocínio regulatório que, muitas vezes, leva o Poder Judiciário a um formalismo jurídico.<sup>9</sup>

Esse tipo de estudo possui grande importância porque, a partir da orientação judicial identificada, é possível saber até que ponto o controle judicial é uma engrenagem relevante do processo regulatório. Ao operar o controle sobre decisões administrativas, os tribunais podem terminar por *tomar* diretamente decisão diversa ou *limitar* o leque de decisões que poderiam ser adotadas pela administração pública. Naturalmente, este risco é tanto maior quanto mais intenso for o controle aplicado. Os resultados da pesquisa empírica podem revelar, portanto, se o Poder Judiciário preserva a coerência e a dinâmica da políticas regulatórias setoriais.

Outro ponto relevante é a segurança jurídica, especialmente no Brasil. A Administração Pública no Brasil vive um momento de altíssima incerteza jurídica<sup>10</sup>, em que os agentes administrativos, os tribunais e os setores regulados atuam num ambiente bastante fluido, no qual o resultado concreto de uma ação judicial é muitas vezes imprevisível (JORDÃO, 2017, p. 357).<sup>11</sup> Daí porque os dados estatísticos podem ser relevantes para apontar tendências específicas da jurisprudência e orientar a atuação dos agentes envolvidos.

A verificação empírica e a mensuração da deferência judicial, no entanto, envolvem dificuldades não negligenciáveis. Em primeiro lugar, porque a definição de uma postura intrusiva ou deferente requer a avaliação de va-

<sup>9</sup> Em razão de tais conclusões, o autor sugere, diante da especificidade dos dados relacionados às decisões sobre agências reguladoras, a criação de varas especializadas dotadas de uma equipe de conselheiros técnicos (economistas e engenheiros, por exemplo) treinados para lidar com matérias econômicas e regulatórias (MARANHÃO, 2016).

<sup>10</sup> Não somente em razão do controle judicial, mas também pela crescente atuação dos Tribunais de Contas.

<sup>11</sup> De fato, nem sempre o controle da atuação administrativa é positivo. Em primeiro lugar, porque, assim como os controladores podem corrigir erros, eles podem também desfazer acertos. O controlador não é infalível. Em segundo lugar, porque, se a intensificação reduz a possibilidade de abusos de poder perpetrados pelo administrador público, por outro lado, ela aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador. Finalmente, em um cenário em que as determinações jurídicas são cada vez mais inexatas e abertas à interpretação, é irreal supor que há respostas corretas para cada questão que é levada ao controlador. Há espaço de liberdade em grande parte das decisões tomadas pelo administrador público. E, se é assim, há um risco que o controle veicule não a correção de decisões tomadas pela entidade controlada, mas mera substituição de suas escolhas pelo controlador.

riáveis complexas e multifacetadas. A intensidade do controle a ser aplicado a uma decisão administrativa concreta envolve uma série de considerações subjetivas e até mesmo políticas, tanto dos tribunais em si como dos demais atores envolvidos nesta decisão, cuja conversão em dados objetivos se revela uma tarefa tormentosa.

Em segundo lugar, porque não há, no direito brasileiro, uma orientação jurisprudencial clara sobre o assunto, a servir de baliza para a mensuração da postura deferencial. Embora alguns julgados apontem para a necessidade de uma postura autocontida dos tribunais em matérias originariamente atribuídas às agências, não é possível identificar no Brasil um caso paradigmático tal como a doutrina *Chevron* nos Estados Unidos<sup>12</sup>, que definiu a relação entre os tribunais e as autoridades administrativas, elucidando a distribuição de competências entre eles (SUNSTEIN, 1990, p. 2078-2079). Desta ausência de orientação jurisprudencial pátria clara, decorre uma atuação descoordenada entre diferentes tribunais e instâncias judiciais, levando casos similares a razões de decidir e resultados finais distintos. Alinhar tais dados em categorias específicas, sem um parâmetro uniforme de comparação, dificulta ainda mais o trabalho do pesquisador na análise dos julgados sobre o controle judicial das agências reguladoras para que se possa chegar a uma conclusão senão definitiva, ao menos indiciária.

Em terceiro lugar, porque a junção da cultura de litigância das empresas brasileiras em determinados setores regulados, de um lado, e a precária estrutura do Poder Judiciário brasileiro, de outro, também compromete a análise. Afinal, o alto número de processos judiciais nos tribunais pátrios leva a uma produção massificada de decisões que, por questões pragmáticas, não são analisadas a fundo, levando a sentenças e acórdãos padronizados e genéricos.

Em quarto lugar, e por fim, porque o discurso da especialidade técnica das agências brasileiras pode ser comprometido pela realidade política nacional. Administrações em todos os níveis federativos, para garantir sua governabilidade, realizam coalizões que muitas vezes resultam na nomeação

---

<sup>12</sup> A referência é a *Chevron U.S.A Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), caso em que a Suprema Corte americana defendeu longamente a autorrestrrição judicial nos casos de controle de interpretações promovidas pelas autoridades administrativas de ambiguidades na legislação a elas pertinente. No julgamento desse caso, a Suprema Corte americana afirmou que “os juízes não são especializados na matéria” da regulação ambiental, e sugeriu que a utilização, pelo legislador, de termos ambíguos equivaleria a uma delegação para as agências, “que estariam numa melhor posição” institucional para conciliar os interesses contrapostos na legislação pertinente.

de dirigentes de agências reguladoras por razões eminentemente políticas, em prejuízo do modelo institucional teórico que motivou a criação das agências<sup>13</sup> – e que fundamentaria a deferência judicial a elas.

A despeito destas dificuldades, parece-nos possível identificar variáveis que iluminam determinadas tendências específicas dos tribunais brasileiros em relação ao controle judicial das agências reguladoras. Neste artigo, a partir de dados jurisprudenciais em demandas envolvendo a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), buscaremos avaliar questões como (i) se o Poder Judiciário do Rio de Janeiro adota um discurso de autorrestrição quando controla alguma decisão específica de uma agência reguladora (exame da deferência como *discurso*); (ii) se o percentual de revisão judicial é significativo (exame da deferência como *resultado*); e (iii) se o tribunal limita o objeto daquilo que pode revisar (exame da deferência como *amplitude* de controle).

A particularidade deste trabalho envolve não só a pesquisa e os parâmetros adotados ao longo da pesquisa, mas a própria escolha de uma agência reguladora estadual como objeto de exame. Com efeito, a doutrina costuma ter por enfoque as agências reguladoras federais<sup>14</sup>, tendo em vista sua importância na economia do país, o maior conhecimento geral sobre a sua existência e a presença de um maior número de entidades regulatórias independentes no Poder Executivo federal. A escolha de uma agência reguladora estadual, portanto, permite conhecer quais matérias são levadas ao Tribunal de Justiça local, quem são os litigantes no setor regulado e como o Poder Judiciário fluminense, que não possui câmaras especializadas em matéria de direito público, se comporta em relação ao contencioso regulatório do Estado.

Este artigo está estruturado da seguinte forma. Após esta introdução, a seção II abordará o objeto da pesquisa, a sua metodologia, os critérios de avaliação e uma síntese dos resultados obtidos. Na seção III, então, serão exibidos os dados empíricos a partir de classificação própria desenvolvida pelos autores, para que, ao final, tais variáveis possam ser conjugadas com o objetivo de identificar tendências de atuação do TJRJ. Na seção IV, por fim, serão apresentadas as conclusões finais do trabalho e breves reflexões sobre o assunto.

<sup>13</sup> Sobre o tema, ver JORDÃO e RIBEIRO (2017).

<sup>14</sup> Em relação à literatura sobre agências regionais e locais, ver SOUZA e RIBEIRO (2013) e OLIVEIRA (2010).

## II. METODOLOGIA DA PESQUISA E SÍNTESE DOS RESULTADOS

Como já se afirmou acima, este artigo é produto de uma análise feita pelos autores a partir de dados coletados e pesquisados por alunos da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) na disciplina de atividade complementar obrigatória denominada “Oficina de Pesquisa”, realizada durante o segundo semestre do ano de 2017.

O objetivo inicial da pesquisa foi o exame da aplicação concreta da teoria da deferência judicial a todas as agências reguladoras no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em razão disso, foram catalogadas, de início, decisões judiciais em 2ª instância do TJRJ envolvendo as duas agências estaduais fluminenses: a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP, desde o ano de 2005 (em que tais agências foram criadas)<sup>15</sup> até agosto de 2017, data em que a pesquisa foi realizada pelos alunos da FGV Direito Rio.

O projeto envolveu, em um momento inicial, a pesquisa dos termos “AGETRANSP” e “AGENERSA” na ferramenta de pesquisa de jurisprudência do TJRJ. Encontraram-se, então, 244 demandas em 2ª instância com decisões finais sobre o assunto. Em seguida, adotou-se estratégia complementar e pesquisaram-se no *site* do TJRJ todos os processos em que a AGETRANSP e a AGENERSA figuravam como parte do feito. Nesta oportunidade, encontraram-se 202 processos.

A adoção de ambas as estratégias de pesquisa se explica. É que muitos casos envolvendo decisões de agências reguladoras estaduais são contestadas judicialmente não em face delas, mas do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, há casos em que a impugnação de uma decisão de uma agência se dá

---

<sup>15</sup> A AGENERSA é resultado do desmembramento, no ano de 2005, da antiga ASEP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, originalmente criada pela Lei Estadual nº 2.686/97. Conforme disposto no próprio *site* da agência: “No ano de 2005 é ocorreu a cisão da ASEP-RJ. O desmembramento da agência multisetorial aconteceu para dar mais agilidade ao processo regulatório. A ASEP-RJ foi extinta no dia 06 de junho de 2005, por força da Lei Estadual 4.555/2005 e sucedida pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP). Uma nova agência, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), foi criada em 06 de junho de 2005, através da Lei Estadual 4.556/05, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 07 de junho de 2005, sob a forma de autarquia especial” (Disponível em: <<https://bit.ly/2O8bQVG>>. Acesso em: 24 out. 2018.

apenas no processo judicial de cobrança desta multa, cuja legitimidade ativa é do ente central, *i.e.*, do Estado do Rio de Janeiro, diante da ausência de lei delegando a capacidade tributária para a agência reguladora<sup>16</sup>. Ambas as hipóteses justificaram a pesquisa por meio da ferramenta de jurisprudência do Tribunal. Por outro lado, nem sempre o nome da agência consta da ementa. Noutras vezes, o nome é escrito incorretamente na transcrição do *decisum*. Daí porque foi necessária também a pesquisa pelos processos em que a agência consta como parte do feito.

Na oportunidade, com a junção dos resultados de ambos os métodos de pesquisa, foi identificado um total de 139 (cento e trinta e nove) processos nos quais havia uma análise judicial de uma decisão de uma agência reguladora estadual, assim entendidos como acórdãos proferidos em 2ª instância, tanto em recursos de apelação ou em agravos de instrumento<sup>17</sup>. Desses casos relevantes,

<sup>16</sup> APELAÇÃO CÍVEL. Embargos à execução fiscal. Multa administrativa aplicada pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA, em razão de descumprimento de deveres relativos ao contrato de concessão. Alegação de ilegitimidade ativa do Estado para executar a multa sob fundamento de inconstitucionalidade material do art. 74 do Decreto 38.618/05 em face do que dispõe o art. 176, § 6º da Constituição Estadual. Sentença de improcedência. Inconstitucionalidade que se rejeita. Dispensa de reserva de plenário na forma do art. 949, I do CPC/15 quando se rejeita tal arguição. Competência privativa da Procuradoria Geral do Estado para a inscrição, cobrança e execução da Dívida Ativa Estadual estabelecida no art. 176, § 6º da Constituição Estadual. Inconformismo da embargante que sustenta que o Estado não tem atribuição legal para inscrever e executar o crédito não-tributário relativo à autarquia, por ambos possuírem personalidades jurídicas distintas. Decreto 38.618/05 que regulamenta as competências da AGENERSA, e que, no art. 74, determina à Procuradoria Geral do Estado a representação judicial para a cobrança das multas aplicadas pela agência reguladora. A Lei Estadual 4.556/05, que criou a AGENERSA, estabelece as atribuições e responsabilidades da autarquia estadual, dentre elas a de fiscalização, com possibilidade de aplicação direta das sanções cabíveis. O crédito gerado pela imposição de multa passa a integrar a chamada dívida ativa não-tributária do ente público estadual, uma vez que ele é o detentor da competência tributária. Inexistência de delegação da capacidade tributária à AGENERSA, que não possui competência para inscrever multas em dívida ativa e nem para executá-las. Legitimidade do Estado do Rio de Janeiro para executar os créditos inscritos em dívida ativa provenientes de multas aplicadas pela AGENERSA. Sentença mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO” (TJRJ, Processo nº 0158579-53.2014.8.19.0001, Rel. Des. Peterson Barroso Simão, 3ª Câmara Cível, j. em 20/09/2017).

<sup>17</sup> Foram excluídos quatro blocos de decisões que não se adequaram à finalidade da pesquisa. Em primeiro lugar, não foram incluídos no bojo da pesquisa os casos em que se discutia a legitimidade ativa do Estado do Rio de Janeiro para a proposição de ações de execução fiscal das multas aplicadas pelas agências, uma vez que eles não relevam nenhuma característica específica da deferência do Poder Judiciário fluminense às agências. Em segundo lugar, foram igualmente excluídas as decisões que deferiram a suspensão da exigibilidade das multas aplicadas por agências reguladoras em função de realização de depósito judicial como garantia, uma vez que se trata de um direito potestativo do administrado conforme o disposto no art.

apenas 5 (cinco) se referiam à AGETRANSP, de modo que se preferiu limitar o escopo da pesquisa unicamente para os casos da AGENERSA.<sup>18</sup> Chegou-se, pois, ao número final de 134 processos envolvendo decisões judiciais do TJRJ tendo por objeto algum ato praticado pela AGENERSA. É a partir de tais dados que os autores desenvolveram a análise apresentada no capítulo seguinte.

Algumas observações prévias sobre os dados são, contudo, necessárias. A primeira dela é relativa aos autores dos litígios. Apenas 1 das 134 demandas examinadas não foi ajuizada pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG<sup>19</sup>. Isso demonstra que o contencioso da AGENERSA é praticamente focado no setor de gás canalizado – embora a agência também regule a atividade de outras concessionárias. Não foram identificados, no âmbito do TJRJ (em 1ª ou 2ª instância), litígios entre a AGENERSA (ou o Estado do Rio de Janeiro) e a Prolagos, Águas de Juturnaíba (abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto); e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (Cedae) que envolvam decisões da agência reguladora.

Outro ponto a ser destacado relaciona-se com a natureza das decisões administrativas contestadas judicialmente. De um total de 134 decisões, apenas 2 envolvem discussões quanto ao regime tarifário da CEG<sup>20-21</sup> e as

---

151 do Código Tributário Nacional. Em terceiro lugar, não foram catalogadas as decisões do TJRJ em demandas que envolvessem a antiga ASEP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro. Por fim, não foram incluídas decisões de embargos de declaração que não alteraram o entendimento final do órgão colegiado sobre o resultado do julgamento.

<sup>18</sup> Todos esses resultados foram preenchidos em uma tabela com os seguintes campos: “número do processo”; “agência reguladora”; “discurso de deferência”; “amplitude de controle”; “natureza da decisão administrativa”; “parte autora”; “parte ré”; “cognição sumária/exauriente”; “decisão de 2ª instância”; “relator”; “órgão julgador”; “data da decisão”; e “observação”. A combinação desses dados podem resultar em análises praticamente intermináveis sobre os resultados dessa pesquisa. No entanto, alguns pontos iniciais merecem destaque especial em relação aos resultados obtidos, os quais serão devidamente apresentados neste artigo.

<sup>19</sup> No Agravo de Instrumento nº 0015408-17.2009.8.19.0000, o autor da ação foi a ABRAGET - Associação Brasileira de Geradoras Termelétricas.

<sup>20</sup> No Agravo de Instrumento nº 0015141-50.2006.8.19.0000, o recurso foi interposto decisão que indeferiu uma liminar em favor delas com relação à suspensão dos efeitos de diversos artigos das Deliberações AGENERSA de 2016, que versam acerca do momento correto para que os aumentos do preço do gás aplicados pela Petrobrás junto às agravantes possam ser repassados aos consumidores. Assim, a Desembargadora Relatora Helda Lima Meireles alegou que os fundamentos do juízo de primeira instância são os mesmos que foram utilizados para a concessão da liminar que foi cassada. Desse modo, as Deliberações da AGENERSA estariam em contradição com a decisão proferida no Ag. de Inst. citado no relatório. Portanto, a desembargadora dá provimento ao agravo para suspender a eficácia dos artigos 1º, 2º, 4º e 5º da Deliberação AGENERSA nº 16 e dos artigos 1º, 3º, 4º e 5º da Deliberação AGENERSA

demais envolvem exclusivamente a aplicação de penalidades pela AGENERSA à concessionária.

A natureza sancionatória de grande parte das decisões representa uma dificuldade metodológica adicional para o exame do nível de deferência do TJRJ à AGENERSA. Isso porque, do ponto de vista teórico, uma das grandes dificuldades do Poder Judiciário para lidar com decisões técnicas de autoridades administrativas independentes é a prospectividade de decisões regulatórias. De fato, é bastante comum que o regulador seja obrigado a realizar análises prognósticas, voltados a prever os efeitos de medidas governamentais ou operações empresariais em determinado setor do mercado. No entanto, as sanções administrativas não são dotadas de tais características. Embora multas e penalidades façam parte do ciclo regulatório (MOREIRA NETO, 2009, p. 444), sua natureza é mais próxima das medidas judiciais típicas, razão pela qual a sua submissão a um controle judicial não deferente é teoricamente menos problemática<sup>22</sup>.

No Direito Italiano, por exemplo, as sanções impostas pelas autoridades administrativas independentes estão necessariamente sujeitas a um tipo de controle judicial mais invasivo, em que o Poder Judiciário pode realizar um efetivo *controle de mérito*. Embora o Código de Processo Administrativo italiano tenha um reduzido rol de hipóteses de aplicação de um controle *forte*, fato é que, até hoje, é possível o exercício de um controle pleno sobre as sanções administrativas – o que é corroborado pela jurisprudência do seu Conselho de Estado.<sup>23</sup>

---

nº 24, ambas de 2006 (TJ RJ, Processo nº 0015141-50.2006.8.19.0000, Rel. Des. Helda Lima Meireles, j. em 28/03/2007).

<sup>21</sup> No Agravo de Instrumento nº 0015408-17.2009.8.19.0000, o recurso foi interposto contra decisão de 1ª instância que negou o pedido da agravante (Associação Brasileira de Geradoras Termelétricas) de declaração de nulidade de duas Deliberações da AGENERSA (nº 370 e 371 de 2009). O argumento da agravante é que os aumentos tarifários impostos por essas deliberações não são razoáveis pois não haverá benefícios às usinas térmicas. A medida foi negada sob o fundamento há presunção de legitimidade dos atos da Agência, que possui *expertise* técnica para análise dos impactos de aumentos tarifários. Além disso, fundamentou-se que as termelétricas têm capacidade patrimonial para suportar o ônus do ajuste promovido pela AGENERSA (TJ RJ, Processo nº 0015408-17.2009.8.19.0000, Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, 5ª Câmara Cível, j. em 22/09/2009).

<sup>22</sup> Para uma análise sobre o controle judicial de sanções, ver JORDÃO (2016, p. 132-136).

<sup>23</sup> Consiglio Stato/Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item. 1.3.1. Afirma-se que a aplicação de um controle pleno sobre as sanções administrativas é uma tradição do Direito Italiano. De acordo com a decisão do Conselho de Estado, a razão para maior intervenção judicial se extrai diretamente do art. 23 da Constituição italiana, que protege o direito dos cidadãos de não sofrer decréscimos patrimoniais fora dos casos previstos na lei. Resta clara, portanto,

Trata-se, pois, de uma peculiaridade adicional para o objeto de pesquisa em questão. Mesmo que os dados analisados revelem algumas tendências na atuação do TJRJ em relação à AGENERSA, a natureza sancionatória da grande maioria das decisões regulatórias judicializadas pode sugerir alguma cautela sobre as conclusões a propósito da existência ou não de uma postura autocontida do Judiciário fluminense em relação à generalidade de medidas administrativas. Esse obstáculo será considerado nas ponderações finais do presente trabalho, adotando-se o alerta de que os dados analisados não podem ser transpostos acriticamente para outros tipos de atividade regulatória, tal como, *v.g.*, a produção normativa ou uma decisão sobre um pleito de equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão.

Conforme apresentado na introdução, a deferência judicial às agências reguladoras é um fenômeno de difícil identificação. Trata-se de um processo complexo e multifacetado que, muitas vezes, requer a avaliação de diversas variáveis para que se possam identificar seus indícios.

Para os fins do presente artigo, os dados obtidos serão classificados, primeiramente, em função da existência de um **(1) discurso de deferência** no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Há três subgrupos estabelecidos no objeto de análise do estudo: (1.i) decisões que adotaram um discurso de deferência específico para as agências reguladoras baseada em aspectos institucionais da entidade (discurso de deferência específico), representando 11,94% dos casos; (1.ii) decisões que adotaram um discurso de deferência com base em uma ideia geral de separação dos poderes e autorrestrição em relação à Administração Pública como um todo (discurso de deferência genérico), que abrangem 40,3%. Nessa segunda hipótese, um dos principais argumentos utilizados para sugerir uma moderação do controle judicial incidente sobre a Administração Pública baseia-se num suposta violação ao princípio da separação dos Poderes. A construção do raciocínio é bastante conhecida: uma supervisão judicial muito intensa sobre as decisões administrativas poderia construir uma intromissão do Poder Judiciário nos afazeres do Poder Executivo, e essa circunstância causaria um desequilíbrio entre os Poderes do Estado. Por fim, há (1.iii) decisões que não adotaram qualquer tipo de discurso de deferência em suas razões de decidir (discurso de deferência ausente), representadas na porcentagem de 47,76%.

---

a incidência de um controle particularmente intenso para a proteção de direitos de ordem constitucional. O Controle judicial se fará com base nos critérios da lei de referência para o estabelecimento da sanção.



Mas o discurso não representa, *per se*, uma postura respeitosa dos Tribunais em relação às agências reguladoras. A uma, porque é possível que haja deferência sem a adoção de um discurso – até porque, ao contrário de outros países, o Brasil não possui um precedente paradigmático ou um entendimento doutrinário pacífico sobre a existência efetiva de uma teoria da deferência com um (ou mais) parâmetro(s) claro(s) de aplicação. A duas, porque a mera existência de um discurso não é garantia para a efetiva conduta deferencial do Poder Judiciário. Nem sempre a adoção do discurso condirá com uma postura respeitosa do tribunal.

Portanto, em segundo lugar, examinar-se-á a deferência dos Tribunais a partir da prática, sob duas óticas distintas.

A primeira delas avaliará a (2) **deferência pelo resultado**. Nesse caso, a deferência denota não uma postura ou atitude judicial específica em relação às decisões administrativas controladas, mas uma específica *solução* judicial depois de operado o controle. Deferência, nesse sentido, corresponde precisamente à manutenção da decisão administrativa contestada judicialmente. Aqui, deferir à administração significa não anular (ou não suspender) sua decisão. Nesse ponto, as classificações foram definidas como (2.i) deferentes – “manutenção da decisão” (90,23%); e (2.ii) não deferentes – “anulação ou suspensão da decisão” (9,77%).

Essa não é, contudo, a única (ou a melhor) forma de avaliar a deferência de uma corte diante de uma decisão de uma autoridade regulatória. Com efeito, a postura autorrestritiva não implica necessariamente a manutenção da decisão administrativa. É possível que o tribunal chegue à conclusão de que a ela não fora, *e.g.*, razoável, levando à sua anulação.

Em razão disso, a pesquisa incluiu outra variável relevante para a análise do objeto desse artigo: a existência de (3) **deferência pela amplitude de controle** do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nas decisões investigadas. Isto é: se o Poder Judiciário fluminense, independentemente da adoção de um discurso de deferência ou do resultado do julgamento, possui uma atitude autocontida em relação à extensão do seu controle sobre as decisões proferidas pela AGENERSA. Acórdãos que levaram em conta apenas os aspectos formais e procedimentais foram classificados como (3.i) “controle formal” (60,45%). Já os julgados em que os magistrado levaram em conta aspectos substanciais da decisão, muitas vezes com base em avaliações próprias de razoabilidade ou de juízos pessoais sobre a questão posta em julgamento, foram classificadas como (3.2) “controle substantivo” (39,55%). Nesse ponto, são consideradas também decisões proferidas em juízo cognitivo

sumário tendentes a permitir a produção de provas para uma futura avaliação da correção da conduta da agência<sup>24</sup>.

De fato, o controle da substância da ação administrativa controlada, de seu objeto ou de seu conteúdo releva uma postura mais intrusiva do Poder Judiciário do que aquela que se dedica ao controle de forma, menos problemática sob o ponto de vista da deferência judicial. Isso porque esse tipo de controle não envolve a revisão de escolhas públicas, mas, *e.g.*, de vícios procedimentais ou de violações ao dever de motivação<sup>25</sup>. Em algumas jurisdições<sup>26</sup>, tem-se investido no controle *forte* das garantias procedimentais dos particulares como forma de compensar a limitação do controle substancial aplicado sobre algumas decisões administrativa. Trata-se de uma forma de atuação que incentiva um processo decisório transparente e bem informado sem, no entanto, enfrentar o seu conteúdo ou mérito<sup>27</sup>.

Pois bem. Em cada uma dessas variáveis, foram destrinchadas, ainda, as decisões finais proferidas em sede de cognição sumária e de cognição exauriente. Processos judiciais envolvem, muitas vezes, pedidos liminares formulados pelo autor da ação requerendo a adoção de medidas urgentes pelo Poder Judiciário. Tais decisões chegam à 2ª instância, na maioria das vezes, por meio de agravos de instrumento. Em alguns casos, a deferência judicial é ligada a um discurso de presunção de legitimidade dos atos administrativos<sup>28</sup>. Essa presunção, geralmente, corresponde a duas dimensões

<sup>24</sup> É o caso, por exemplo, do Processo nº 0257608-18.2010.8.19.0001. Na oportunidade, a 1ª Câmara Cível anulou a sentença proferida em 1ª instância em razão de vícios na fase probatória. O TJRJ determinou a remessa dos autos ao juízo de piso para a realização efetiva da produção de provas, com o intuito de que, ao final, o magistrado sentenciante pudesse fazer uma verdadeira análise da substância da decisão da agência, concordando com ela a partir dos elementos probatórios apresentados em perícia.

<sup>25</sup> Ambas as garantias são previstas, no Brasil, na Lei de Processos Administrativos Federal (Lei nº 9.784/99) e, mais especificamente, na Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 5.427/09. Confira-se a redação de seu art. 2º: “Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público” (Grifou-se).

<sup>26</sup> É o caso da França. Sobre o assunto, ver JORDÃO (2016, p. 109-122).

<sup>27</sup> Sobre o tema, ver JORDÃO e ROSE-ACKERMAN (2014, p. 01-72). Em favor deste modelo no Canadá, ver MULLAN (1998).

<sup>28</sup> Carvalho Filho (2017, p. 124) anota que “[o]s atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais (...) Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado”.

de análise: a veracidade dos fatos que basearam a tomada de decisão; e a pressuposição de que, salvo manifesta irrazoabilidade, o ato é válido, legal e constitucional. Nesses casos, ante a ausência de um juízo definitivo sobre o assunto, seria possível a suspender cautelarmente uma decisão administrativa apenas em casos de urgência e existência de dúvida séria sobre a sua legalidade<sup>29</sup>. Como se verá a seguir, as decisões proferidas em sede de cognição sumária (35 processos) possuem uma maior incidência de discurso de deferência e de controle estritamente formal do que em relação às decisões proferidas de maneira definitiva (99 processos). Isso, contudo, importa em uma margem muito reduzida de diferença quanto à efetiva revisão judicial dos atos da AGENERSA.

Estabelecidas tais premissas, passa-se à análise efetiva dos resultados obtidos.

### III. A DEFERÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO À AGENERSA

#### 1. Deferência pelo discurso

Outro exemplo seria o julgado do Processo nº 0239612-65.2014.8.19.0001. A relatora do caso, Desembargadora Sirley Abreu Biondi, justifica que o Poder Judiciário, ao analisar decisão administrativa, deve restringir-se a observar se houve ou não respeito ao devido processo legal, à razoabilidade e à proporcionalidade da multa imposta pela agência, tudo isso em nome das limitações impostas pela separação de poderes que, em suas palavras “impede o Judiciário de se imiscuir nas questões de mérito de atribuição da Administração Pública”<sup>30</sup>.

Quando destrinchados esses elementos entre apelações cíveis (cognição exauriente) e em agravos de instrumento (cognição sumária), é possível notar uma maior incidência de decisões que adotam discursos de deferência nos casos em que os magistrados são postos a examinar a validade do ato administrativo no início do processo, quando ainda não instaurado o contraditório ou não produzidas todas as provas.

Dos 99 casos em que as decisões judiciais foram proferidas em sede de cognição exauriente, 48 delas adotaram um discurso de deferência (48,48%),

<sup>29</sup> Segundo Jean Waline (2010, p. 419), o mesmo se dá na França a partir da noção da presunção de conformidade dos atos administrativos com o direito (*bénéfice du préalable*).

<sup>30</sup> TJRJ, Processo nº 0239612-65.2014.8.19.0001, Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, 13ª Câmara Cível, j. em 09/11/2016.

sendo 13 delas a partir de um motivo específico alinhado às capacidades institucionais das agências reguladoras (13,13%), e 35 por razões genéricas já mencionadas (35,35%). Por outro lado, 51 dos processos examinados resultaram em decisões finais em que não foi possível identificar qualquer fundamentação neste sentido (51,52%).

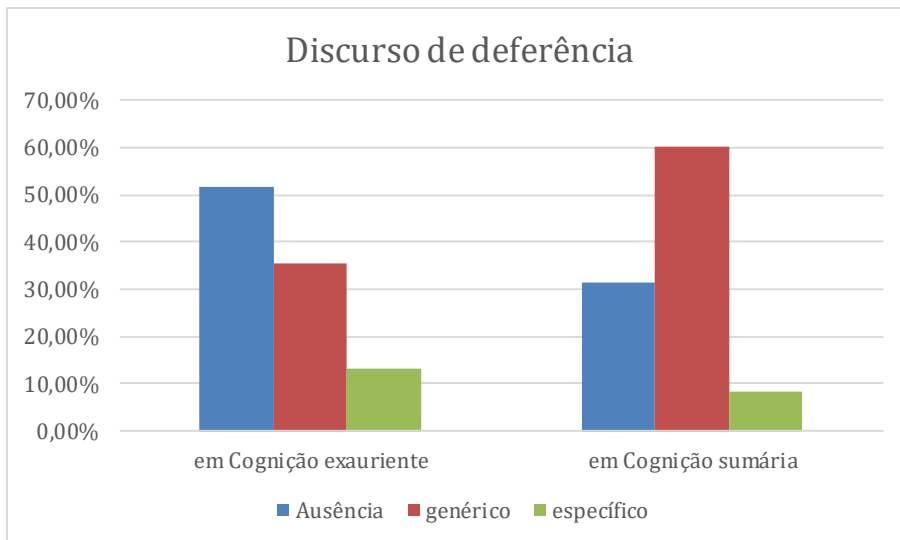
Já nos processos em que foram proferidas decisões em sede de cognição sumária (agravos de instrumento), os discursos judiciais de deferência aos atos administrativos da AGENERSA se correlacionam tanto com o desenho das agências para lidar com questões técnicas e complexas, como também por meio do reconhecimento da presunção de legitimidade dos atos administrativos. Em um exemplo, confira-se a decisão proferida no Processo nº 0056600-51.2014.8.19.0000, em que ambos os fundamentos foram adotados pela 22ª Câmara Cível do TJRJ: “(...) o deferimento de pedido de antecipação dos efeitos da tutela contra ato administrativo reclama prova inequívoca de sua ilegalidade ou desproporcionalidade, considerando que os atos estatais são dotados da **presunção de legitimidade**, estando, em princípio, de acordo com a lei e com a realidade” (...) Ressalte-se que a **complexidade dos fatos motivadores da sanção aplicada** impede que no âmbito estreito do agravo de instrumento se aprecie a alegada nulidade do ato administrativo”<sup>31</sup>.

Dos 35 processos identificados com decisões proferidas em sede de cognição sumária, 24 apresentavam discurso de deferência (68,57%), sendo 3 delas com base em um discurso específico (8,57%) e 21 fundadas em um discurso genérico (60%). Apenas 11 não adotam qualquer discurso de deferência (31,43%). Nesse ponto, merece destaque o Processo nº 0045368-42.2014.8.19.0000, no qual a 21ª Câmara Cível prescreveu que questões técnicas devem ser aferidas pela agência reguladora – que tem atribuição para determinar a adoção de medidas relativas à atividade desenvolvida pelo setor regulado<sup>32</sup>. Igualmente, no Processo nº 0051790-72.2010.8.19.0000, afirmou-se que “a Agência Reguladora é órgão técnico especializado e a mera suspensão de suas decisões, sem maiores fundamentos, pode traduzir verdadeira intervenção do Poder Judiciário em seara que não lhe é reservada”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> TJRJ, Processo nº 0056600-51.2014.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, 22ª Câmara Cível, j. em 06/03/2015.

<sup>32</sup> TJRJ, Processo nº 0045368-42.2014.8.19.0000, Rel. Des. Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytch, 21ª Câmara Cível, j. em 03/06/2015.

<sup>33</sup> TJRJ, Processo nº 0051790-72.2010.8.19.0000, Rel. Des. Inês da Trindade Chaves Melo, 13ª Câmara Cível, j. em 14/02/2011.

**Gráfico 1 – Comparação entre os tipos de discurso**

Fonte: elaborado pelos autores

## 2. Deferência pelo resultado

Como já afirmado, o discurso de deferência não é garantia de uma atuação autocontida dos tribunais. É em razão dessa circunstância que os estudos empíricos que avaliam a eficácia da doutrina deferencial nos tribunais também inserem como variável de análise a deferência pelo *resultado*, isto é, uma análise do percentual de manutenção e revisão destas decisões administrativas sob controle.

Analisando os dados levantados, foi possível constatar que a grande maioria dos casos resultou na manutenção das decisões da AGENERSA. De um universo total de 133 decisões<sup>34</sup>, 120 processos resultaram em entendimento favorável à interpretação conferida pela agência reguladora estadual

<sup>34</sup> O universo total de decisões para a análise da *deferência pelo resultado* se explica. O Processo nº 0257608-18.2010.8.19.0001 foi excluído desse tópico de análise porque a decisão obtida não resultou na manutenção ou anulação da decisão da AGENERSA. Na oportunidade, a 1ª Câmara Cível anulou a sentença proferida em 1ª instância em razão de vícios na fase probatória. O caso em questão foi incluído na base de dados porque, para os demais tópicos de análise, foi possível verificar (i) que não foi adotado um discurso de deferência nas razões de decidir do acórdão; e (ii) admitiu-se a produção de provas para que o magistrado sentenciante possa fazer uma verdadeira análise da substância da decisão da agência, concordando com ela a partir dos elementos probatórios apresentados em perícia.

(90,23%), enquanto apenas 13 demandas decididas pelo TJRJ tiveram como resultado a anulação de seus atos (9,77%).

Quando analisados tais dados em sede de cognição sumária ou exauriente, as variações percentuais não se afastam muito do quadro geral. Em apelações cíveis, o índice de revisão representa um total de apenas 8 decisões (8,16%), enquanto 90 delas foram favoráveis à AGENERSA. Já em agravos de instrumento, apenas 5 decisões resultaram na suspensão cautelar de decisões das agências reguladoras (12,5%), enquanto 30 as mantiveram hígidas ao longo do processo judicial (87,5%).

No Agravo de Instrumento nº 0010860-70.2014.8.19.0000, por exemplo, o Desembargador Paulo Mauricio Pereira decidiu pela suspensão da eficácia de Deliberação da Agenera (Deliberação 966/2012), que havia determinado à CEG a tomada de providências tendentes a evitar a repetição do acidente em que ocorreu uma explosão provocada por escapamento de gás. De acordo com o relator, “nenhum ato omissivo ou comissivo pode[ria] ser atribuído à concessionária e que pudesse justificar, a princípio, às determinações constantes da deliberação”, de modo que foi vislumbrado “perigo de dano iminente para a agravante, caso venha a ser penalizada com eventual multa por não tomar as vagas providências” (TJRJ, Processo nº 0010860-70.2014.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, 4ª Câmara Cível, j. em 21/05/2014).

## Gráfico 2 – Comparação entre os diferentes tipos de resultado



### 3. Deferência pela amplitude de controle

Ser deferente não significa, necessariamente, manter a decisão de uma agência reguladora. Decisões irrazoáveis podem vir a ser anuladas sem que isso resulte em uma postura intrusiva dos tribunais. Além disso, é possível que uma orientação deferencial se extraia da delimitação do controle aos aspectos formais das decisões administrativas controladas. A anulação, por exemplo, de atos proferidos fora da esfera de competências atribuídas pelo legislador à autoridade administrativa não representa uma forma de controle que importe numa atitude contrária àquela defendida pela teoria da deferência. O mesmo se diga em relação à decisões judiciais que invalidem a conduta da agência reguladora por inobservância às garantias processuais (devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa) ou a um dever de motivação adequada. Por conta de tais circunstâncias, a verificação da *amplitude de controle* é uma terceira variável que pode vir a demonstrar a deferência do TJRJ à AGENERSA.

Em um total de 134 processos catalogados, 81 levaram a um julgamento estritamente sobre aspectos formais da atuação da AGENERSA (60,45%). Nesses casos, o TJRJ acaba de certa forma sendo respeitoso à decisão da agência, ao não se imiscuir no objeto específico da decisão. Para exemplificar melhor tal categoria, confira-se o seguinte trecho do Processo nº 0016514-33.2017.8.19.0000, em que a decisão da AGENERSA foi mantida apenas porque “*foi assegurado ao agravante [CEG] o direito à ampla defesa e ao devido processo legal, diante das previsões contidas nos artigos 5º, inciso LV, da CRFB/88, 2º, da Lei Estadual nº 5.427/2009 e artigo 13, da Instrução Normativa Agenera nº 01/2007*”<sup>35</sup>.

Já em 53 demandas, o controle do TJRJ foi calcado em aspectos materiais da decisão proferida pela AGENERSA, compreendendo, portanto, controle substantivo sobre sua atuação (39,55%). Assim, no Processo nº 0082085-50.2014.8.19.0001, por exemplo, a Des. Relatora Sirley Abreu Biondi afirmou que “[d]as provas colacionadas aos autos emergiu a conclusão de que a autora/apelante realmente descumpriu as normas contratuais, razão pela qual se infere que a multa foi bem aplicada e em patamares razoáveis”<sup>36</sup>.

Já no Processo nº 0473492-35.2012.8.19.0001, o relator considerou que havia “fundamento fático” (além do jurídico) à imposição das sanções

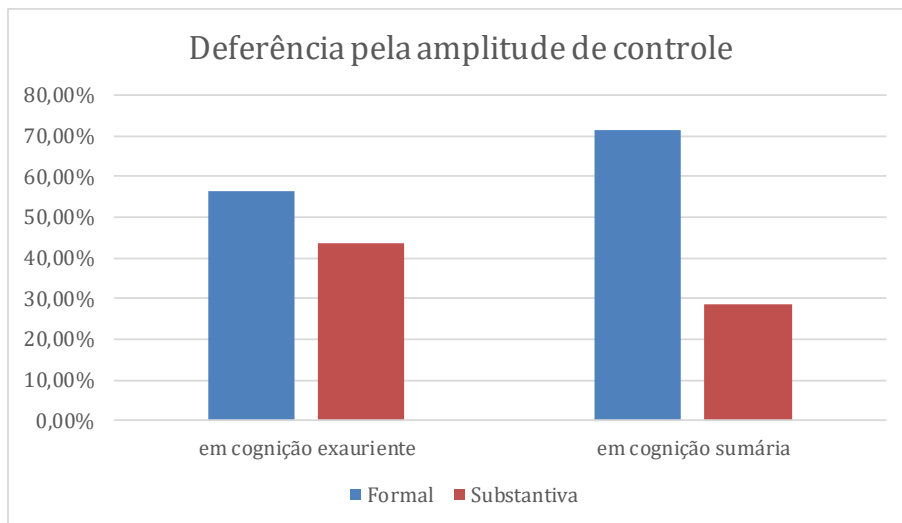
<sup>35</sup> TJRJ, Processo nº 0016514-33.2017.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos, 2ª Câmara Cível, j. em 24/05/2017.

<sup>36</sup> TJRJ, Processo nº 0082085-50.2014.8.19.0001, Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, 13ª Câmara Cível, j. em 14/10/2015.

administrativas de advertência e de multa à CEG, considerando o atraso de mais de um ano na prestação do serviço contratado no caso concreto (TJRJ, Processo nº 0473492-35.2012.8.19.0001, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, 22ª Câmara Cível, j. em 09/07/2015). Nestes casos, de forma mais explícita ou não, os magistrados demonstram que os aspectos substanciais da atuação a AGENERSA foram elementos essenciais para o resultado final do processo.

Quando apurados os casos a partir do tipo de cognição da decisão judicial, é possível notar uma margem relevante a favor do controle meramente formal em agravos de instrumento. Com efeito, nas apelações cíveis, 56 de um total de 99 processos tiveram decisões cujo controle foi estritamente formal (56,57%), enquanto 43 deles envolveram também controle sobre aspectos substantivos da atuação da AGENERSA (43,43%). De outro lado, decisões em sede de juízo sumário levaram a 25 processos em que o controle judicial repousou apenas sobre aspectos de forma (71,43%). Apenas 10 julgados se fundaram num juízo relativo à substância da decisão da agência (28,57%).

### Gráfico 3 – comparação entre as diferentes amplitudes de controle



Fonte: elaborado pelos autores.

#### 4. Conjugação das variáveis e possíveis tendências do TJRJ

Este último subitem do artigo está destinado à conjugação das variáveis pesquisadas, de modo a *decompor* possíveis orientações extraíveis do conjunto de julgados do TJRJ em relação à AGENERSA. As questões que serão exami-



nadas são as seguintes: (i) qual o impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle? (ii) qual a variação do impacto do discurso da deferência em função de sua natureza genérica ou específica? (iii) qual a relação entre a amplitude do controle e o seu resultado final?; (iv) há um maior índice de deferência nas decisões de cognição sumária ou exauriente?

#### 4.1. *O impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle*

A primeira questão que precisa ser enfrentada tem a ver com a medida em que o discurso de deferência (primeiro dos critérios utilizados para identificar a orientação judicial deferente) é determinante para um *resultado* deferente e para um controle *pouco amplo*. Trata-se de verificar como o primeiro dos critérios utilizados para identificar a orientação judicial deferente (o discurso) se relaciona com os demais (resultado final do controle e amplitude do controle).

O fato dos tribunais adotarem um discurso deferente não implica, necessariamente, que eles adotarão também uma postura deferente no que concerne ao resultado e à amplitude do controle. Exemplo disso é o Processo nº 0364944-08.2015.8.19.0001, em que o Desembargador Relator Cláudio Luiz Braga Dell'orto consignou que “*descabe ao Judiciário avaliar os parâmetros adotados pela administração quando da fixação da multa, sendo-lhe vedado substituir a valoração técnica do órgão regulador, salvo se houver manifesta ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade*”<sup>37</sup>.

No entanto, ao votar pela manutenção da decisão da AGENERSA, foram reavaliados todos os fatos que levaram à aplicação da penalidade<sup>38</sup>, em verdadeiro juízo de correção sobre a atuação da agência, característico de um controle *amplo*. O resultado favorável, portanto, não se deu porque o tribunal foi deferente à AGENERSA, mas sim porque o órgão colegiado *concordou* com as razões que a levaram a tomar aquela decisão.

<sup>37</sup> TJRJ, Apelação nº 0364944-08.2015.8.19.0001, Rel. Des. Cláudio Luiz Braga Dell'orto, 18ª Câmara Cível, j. em 29/03/2017.

<sup>38</sup> “Portanto, detalhada a falha nos serviços prestados pela recorrente, que se omitiu diante da reclamação do usuário, correta a aplicação de sanção administrativa pela agência reguladora. Revela-se infundada a alegação de violação ao princípio da legalidade, por ausência de motivação específica do ato punitivo, haja vista que a punição decorreu, como ficou expressamente consignado no processo administrativo, de falha na prestação do serviço, qual seja, omissão na prevenção de acidente, já que mesmo tendo sido previamente acionada pelo usuário, só compareceu ao imóvel deste, de forma eficaz, no dia em que houve uma explosão em virtude de vazamento de gás” (TJRJ, Processo nº 0364944-08.2015.8.19.0001, Rel. Des. Cláudio Luiz Braga Dell'orto, 18ª Câmara Cível, j. em 29/03/2017).

As variáveis pesquisadas neste artigo revelam esse tipo de comportamento judicial que pode parecer contraditório. De um total de 72 decisões em que o discurso de deferência foi adotado pelo tribunal, 20 acabaram por avaliar substancialmente a decisão da agência reguladora (27,78% dos casos), em aplicação de um controle amplo. Isso quer dizer que nem sempre a consciência do magistrado quanto à necessidade de uma postura autocontida o leva a realizar um controle meramente formal da decisão da agência.

A relação entre o critério da deferência pelo discurso e pelo resultado revela uma cenário diferente. Dentre os 72 processos que adotaram o discurso de deferência, apenas 1 caso levou à revisão judicial do ato praticado pela autoridade administrativa (resultado não deferente). Ou seja, 98,61% dos casos foram decididos favoravelmente à agência. Mais do que isso, o único caso em que a demanda foi julgada favorável à CEG na presença de um discurso de deferência, o vício encontrado na decisão administrativa foi de natureza procedimental: segundo a 4ª Câmara Cível, seria válida a anulação de uma penalidade aplicada pela AGENERSA exclusivamente em razão de sua conduta contraditória. Segundo o acórdão, a agência teria reconhecido, inicialmente, a culpa da concessionária no processo sancionador e, ao mesmo tempo, teria determinado a juntada de novos documentos para abertura de um novo processo para cuidar da aplicação de nova penalidade com base nos mesmos fatos (TJRJ, Processo nº 0002304-89.2008.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, 4ª Câmara Cível, j. em 08/04/2008). Parece haver uma forte correlação, portanto, entre a adoção de um discurso deferencial e um resultado final pró-agência.

Para avaliar o verdadeiro impacto da adoção do discurso de deferência, no entanto, é preciso comparar estes números com os números relativos aos processos em que este discurso está ausente. Em um universo de 62 processos cujas decisões não adotaram discurso de deferência, apenas 12 tiveram como resultado final a revisão ou suspensão da decisão lavrada pela AGENERSA (índice de deferência pelo *resultado* de 80,33%). Já em relação à *amplitude* de controle, a mudança de postura é mais significativa: menos da metade dos processos (30 em um total de 62) em que não foi adotado um discurso de deferência tiveram um controle exclusivamente de forma (índice de deferência pela *amplitude* de 48,39%).

É possível afirmar, portanto, que a adoção de um discurso de deferência leva a um percentual maior de manutenção de decisões da AGENERSA (98,61%) do que nos casos em que o discurso é ausente (80,33%). É possível dizer o mesmo em relação à amplitude reduzida de controle (72,22% *versus* 48,39%). Isso releva uma relação tendencial significativa entre discurso e

postura do TJRJ – quando a primeira variável está presente, há uma maior propensão do tribunal a ser mais deferente na perspectiva do resultado e da amplitude do controle.

#### 4.2. *A variação do impacto do discurso da deferência em função de sua natureza genérica ou específica*

Como foi visto anteriormente, a pesquisa identificou a presença de dois tipos diferentes de discurso de deferência: um discurso deferencial *genérico*, que defende a conveniência de uma atitude judicial respeitosa em relação às decisões de quaisquer autoridades administrativas; e um discurso deferencial *específico*, que atrela a suposta conveniência de respeitar as decisões das agências reguladoras às características específicas *desta espécie* de entidade administrativa.

Neste subitem, o interesse está voltado à identificação da medida em que a variação deste discurso deferencial pode impactar o resultado e a amplitude do controle. O reconhecimento pelo tribunal da capacidade institucional das agências reguladora para lidar com questões técnicas complexas é um fundamento autônomo relevante para uma postura deferente do TJRJ quanto ao resultado e à amplitude do controle?

O discurso de deferência *específico* foi adotado em um total de 16 das decisões judiciais pesquisadas. Em relação ao *resultado*, todas essas demandas tiveram um resultado favorável à AGENERSA (100%). No que concerne à *amplitude*, 12 processos tiveram um controle puramente formal sobre a atuação da agência reguladora estadual (75%).

A relevância de um discurso *específico* de deferência deve ser aferida a partir de sua comparação com os números relativos ao discurso *genérico* de deferência. É necessário examinar, pois, se uma prática autocontida similar em relação a resultado e amplitude do controle se verifica nos casos em que o discurso de deferência se baseia apenas em fundamentos como separação de poderes e/ou a impossibilidade de controle do mérito administrativo.

A presença de um discurso de deferência genérico é identificada num total de 56 decisões judiciais de 2ª instância no TJRJ. Em relação ao *resultado*, apenas 1 processo levou à revisão judicial de um ato administrativo praticado à AGENERSA, com ampla deferência do tribunal (98,21%). Já em relação à *amplitude*, há um total de 40 processos em que o controle do TJRJ recaiu apenas sobre a forma e o procedimento, sem qualquer juízo sobre os aspectos substantivos da decisão final da AGENERSA no curso dos procedimentos administrativos (71,43%).

Estes resultados sugerem que a adoção explícita de um discurso de deferência específico não é determinante para uma postura autocontida em relação ao resultado e à amplitude de controle. Mesmo quando o tribunal adota discurso de deferência genérico, os resultado e a amplitude do seu controle tendem a revelar uma postura semelhantemente deferencial. Os índices percentuais de cada um dos casos apresentam variações inferiores a cinco pontos percentuais, de modo que a mera presença de um discurso de deferência, seja ele específico ou genérico, já parece representar *per se* uma tendência de um resultado favorável à AGENERSA e de uma amplitude reduzida de controle, sem que a especificação deste discurso apresente impactos adicionais significativos.

#### 4.3. *A relação entre a amplitude do controle e o seu resultado final*

A terceira questão que se enfrenta examina a relação entre a aplicação de um controle substantivo da decisão administrativa (deferência pela amplitude) e o maior índice de revisão judicial (deferência pelo resultado). Para tanto, é necessário comparar os casos catalogados como de controle amplo (*substantivo*) com aqueles classificados como de controle pouco amplo (meramente formal).

Quanto aos primeiros, do universo de 51 casos em que foi realizada análise material pelo TJRJ, apenas 8 decisões levaram à anulação ou à suspensão do ato praticado pela AGENERSA (15,69%). 43 deles, por sua vez, tiveram como resultado a manutenção da decisão da agência (84,31%). Na Apelação Cível nº 0030431-58.2013.8.19.0001, por exemplo, o Desembargador Relator Cherubin Helcias Schwartz Júnior concluiu que a multa aplicada pela agência reguladora foi demasiadamente alta, desvirtuando o caráter punitivo e educativo do poder sancionador. Em razão disso, confirmou a sentença de 1ª instância que reduziu o valor da multa à 10% do que havia sido inicialmente fixado pela entidade reguladora (TJRJ, Processo nº 0030431-58.2013.8.19.0001, Rel. Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior, 12ª Câmara Cível, j. em 03/05/2016). A penalidade também foi reduzida – dessa vez em 20% do seu valor original – na Apelação Cível nº 0430482-38.2012.8.19.0001, em caso envolvendo a demora na instalação de gás de um usuário do serviço público (TJRJ, Processo nº 0430482-38.2012.8.19.0001, Rel. Des. Claudio Brandão de Oliveira, 7ª Câmara Cível, j. em 31/08/2016).

No Agravo de Instrumento nº 0015141-50.2006.8.19.0000, por sua vez, o TJRJ suspendeu diversas previsões de deliberações AGENERSA do ano de 2016 que versavam sobre o momento correto em que os aumentos do preço do gás aplicados pela Petrobrás poderiam ser repassados aos consumidores pela concessionária (TJRJ, Processo nº 0015141-50.2006.8.19.0000, Rel. Des.

Helda Lima Meireles, j. em 28/03/2007). Trata-se de uma das duas demandas que não trata sobre a aplicação de penalidades, mas sim sobre um fator de extrema relevância para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão (a revisão tarifária), no qual o TJRJ se substituiu ao regulador em uma decisão de efeitos prospectivos em todo o setor regulado.

Pois bem. Já quanto aos 82 casos em que o TJRJ controlou apenas aspectos formais das decisões da AGENERSA, 77 levaram à manutenção da decisão da agência (93,9%), enquanto 5 levaram à revisão (cautelar ou definitiva) do entendimento firmado pela autoridade administrativa (6,1%) – como, por exemplo, no Processo nº 0014929-89.2007.8.19.0001, em que a multa foi anulada por ausência de intimação no processo administrativo (TJRJ, Processo nº 0014929-89.2007.8.19.0001, Rel. Des. Ernani Klausner, 1ª Câmara Cível, j. em 09/02/2010); ou no Processo nº 0162638-21.2013.8.19.0001, em que a multa foi anulada por ausência de motivação (TJRJ, Processo nº 0162638-21.2013.8.19.0001, Rel. Des. Celso Luiz De Matos Peres, 10ª Câmara Cível, j. em 15/06/2016).

Isso demonstra, por um lado, uma inclinação do TJRJ em concordar com aspectos substantivos das decisões tomadas pela AGENERSA no âmbito de seus processos administrativos. Por outro prisma, é possível afirmar a existência de uma leve tendência de maior revisão judicial quando a amplitude de controle é superior (isto é, substantiva).

#### 4.4. *Os magistrados são mais deferentes em decisões de cognição sumária?*

A última questão a ser enfrentada é se as decisões proferidas em sede de cognição sumária apresentam um maior índice de deferência do que aquelas proferidas no bojo de apelações cíveis. Em tese, seria de se esperar um maior índice de decisões judiciais favoráveis à Administração Pública em decisões liminares (ante a já mencionada *presunção de legitimidade dos atos administrativos*). Afinal, decisões proferidas em sede de cognição exauriente podem conduzir a uma maior margem de controle, tendo que vista que, neste momento processual, as partes já puderam contraditar as teses jurídicas e defende-las por meios de provas, quando assim permitido.

Os dados relativos a este tópico foram apresentados no decorrer dos subitem anteriores. O objetivo deste subitem é, portanto, compará-los para que sejam extraídas possíveis tendências. Quanto a isso, registre-se que há um maior índice de deferência nas decisões de cognição sumária apenas em relação ao *discurso* (68,57% versus 48,48%) e à *amplitude de controle* (71,43% versus 56,57%). Em ambos os casos, as diferenças percentuais parecem significativas e indicam uma inclinação do tribunal a uma postura autorrestritiva quanto

ao *discurso* e à *amplitude de controle*. Já no caso do parâmetro da deferência pelo resultado, a variação é de pequena monta em favor dos casos de cognição exauriente (91,84% *versus* 87,5%).

#### IV. CONCLUSÕES

Este artigo tem origem em pesquisa desenvolvida por alunos da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas durante o segundo semestre do ano de 2017. O objetivo central do trabalho foi verificar, empiricamente, o nível de deferência do TJRJ às decisões proferidas pela AGENERSA. Foram selecionados 134 processos com decisões relevantes para os fins da pesquisa, dentre os quais 99 tiveram decisões de 2ª instância proferidas no curso de apelações cíveis (cognição exauriente) e 35 no bojo de agravos de instrumento (cognição sumária). O contencioso do TJRJ em relação à AGENERSA é composto, quase exclusivamente, por ações ajuizadas pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG (133 de 134), quase todas elas tendo por objeto penalidades aplicadas no âmbito de processos administrativos sancionadores (132 de 134). Como afirmado ao longo deste artigo, a natureza sancionatória da grande maioria das decisões regulatórias judicializadas pode sugerir alguma cautela sobre as conclusões a propósito da existência ou não de uma postura autocontida do Judiciário fluminense em relação à generalidade de medidas administrativas. É que os dados apresentados ao longo do trabalho não necessariamente apontam tendências para outros tipos de atuação da AGENERSA, tal como a produção normativa ou a prolação de decisões em pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

A deferência judicial às agências reguladoras é um fenômeno de difícil identificação. Trata-se de um processo complexo e multifacetado que, muitas vezes, requer a avaliação de diversas variáveis para que se possam identificar seus indícios. Neste trabalho, foram adotados três parâmetros distintos para identificação do nível de deferência do TJRJ à AGENERSA: (i) a deferência pelo *discurso*; (ii) a deferência pelo *resultado*; e (iii) a deferência pela *amplitude de controle*.

A partir dos dados extraídos pelo estudo, foi possível apontar que o TJRJ (i) apresenta um *discurso* de deferência em pouco mais da metade de seus julgados em relação à AGENERSA (52,24%); (ii) possui um índice baixo de *revisão judicial* dos atos da AGENERSA (9,77%); e (iii) exerce controle de pouca *amplitude*, limitando o seu exame na maior parte das vezes a *aspectos formais e procedimentais* da atuação da agência reguladora estadual (60,45%). A avaliação independente de tais variáveis sugere uma orientação deferente

do tribunal fluminense em relação à autoridade administrativa. Mas a análise conjunta delas pode indicar, ainda, outras tendências do TJRJ.

Em primeiro lugar, foi analisado o impacto da adoção do *discurso de deferência* no *resultado* e na *amplitude* de controle. A partir dos dados levantados, foi possível verificar que a presença de um *discurso de deferência* leva a um percentual maior de manutenção de decisões da AGENERSA (98,61%) do que nos casos em que o discurso é ausente (80,33%). O mesmo se diga em relação à *amplitude* de controle, no qual se constatou um maior percentual de decisões em que o controle se deu apenas sobre aspectos formais da atuação da AGENERSA quando o discurso de deferência é adotado como causa de decidir (72,22%) do que quando não há discurso (48,39%). Isso releva uma relação tendencial significativa entre discurso e postura do TJRJ – quando a primeira variável está presente, há uma maior propensão do tribunal a ser mais deferente na perspectiva do resultado e da amplitude do controle.

Em segundo lugar, a variação entre um discurso de deferência *específico* ou *genérico* é aparentemente irrelevante (ou tem impacto inconclusivo) para o resultado final do julgamento ou para a amplitude de controle, com percentuais de deferência pouco superiores no discurso *específico*. Independentemente do *tipo* adotado, a presença de um discurso de deferência como razão de decidir leva a resultados parecidos (100% e 98,21% de índice de manutenção das decisões; e 75% e 71,43% de baixa amplitude de controle, respectivamente, nos discursos específicos e genéricos).

Em terceiro lugar, outro resultado interessante é o produto da conjugação dos fatores de deferência por *amplitude* e por *resultado*. Como demonstrado acima, mesmo quando o controle realizado pelo TJRJ é substantivo, a taxa de manutenção das decisões da AGENERSA é de 84,31%. Já em relação ao controle formal, 93,9% dos casos levam a um resultado favorável à AGENERSA.

Em quarto e último lugar, registre-se que há um maior índice de deferência nas decisões de cognição sumária em comparação às decisões de cognição exauriente tanto em relação ao *discurso* (68,57% *versus* 48,48%) como em relação à *amplitude de controle* (71,43% *versus* 56,57%). Apenas a variável do *resultado manutenção* é mais presente nos casos de cognição exauriente (91,84% *versus* 87,5%).

## V. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências regu adoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARRANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <<https://bit.ly/2SpNZ7F>>. Acesso em: 27 de out. de 2018.
- BARNETT, Kent Harris; WALKER, Christopher Jay. “Chevron in the Circuit Courts”. In: **Michigan Law Review**, Vol. 116, 2017, p. 01-73, 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- ESKRIDGE JR, William N.; BAER, Lauren E. The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan. **Geo. LJ**, v. 96, p. 1083, 2007.
- JORDÃO, Eduardo. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017.
- \_\_\_\_\_. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- \_\_\_\_\_; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review. **Admin. L. Rev.**, v. 66, p. 1, 2014.
- \_\_\_\_\_; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 3, n. 1, p. 180-209, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- KERR, Orin S. Shedding Light on Chevron: An Empirical Study of the Chevron Doctrine in the US Courts of Appeals. **Yale J. on Reg.**, v. 15, p. 1, 1998.
- KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 3, p. 409-441, 2008.



- MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 1, p. 05-36, 2014.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. A revisão judicial de decisões de agências regulatórias: jurisdição exclusiva?. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 26-46.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.
- MULLAN, David J. Recent developments in administrative law—The apparent triumph of deference. **Canadian Journal of Administrative Law and Practice**, v. 12, n. 2, 1998.
- OLIVEIRA, Ana Claudia Beppu dos Santos. Regulação e Judiciário: considerações à luz da jurisprudência relativa às agências reguladoras estaduais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, jan./mar., 2010.
- SCHUCK, Peter H.; ELLIOTT, E. Donald. To the Chevron station: An empirical study of federal administrative law. **Duke Lj**, p. 984, 1990.
- SOUZA, Suiá Fernandes de Azevedo; RIBEIRO, Yasmin Arbex. Breves notas sobre agências reguladoras municipais. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 14, n. 50, out./dez. 2013.
- SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after “Chevron”. **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, 1990.
- TJRJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0002304-89.2008.8.19.0000. Relator: Paulo Mauricio Pereira. DJe: 18/04/2009. 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDI-D=0003937D6FB83DC0EB96453250219C16BC8A1693C3635F1E>>. Acesso em: 31 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0015408-17.2009.8.19.0000. Relator: Cristina Tereza Gaulia. DJe: 28/09/2009. 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDI-D=00031D4A01D9DDFCF238C31676B0A04D81392DC402270E52>>. Acesso em: 31 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0056600-51.2014.8.19.0000. Relator: Marcelo Lima Buhatem. DJe: 10/03/2015. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDI-D=00031D4A01D9DDFCF238C31676B0A04D81392DC402270E52>>.

D=0004A8BE650A7578AC7EC499D334BD0C87E1C50359354E61>. Acesso em: 31 out. 2018.

\_\_\_\_\_. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0045368-42.2014.8.19.0000. Relator: Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytsch. DJe: 17/04/2015. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CBE3FF0AC8D0D15449D2CD4196A-10377C5035D0D2247>>. Acesso em: 31 out. 2018.

\_\_\_\_\_. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0010860-70.2014.8.19.0000. Relator: Paulo Mauricio Pereira. DJe: 23/05/2014. 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A-CFEC47AFF184B0D328466AC4059F14AC5030F2D411E>>. Acesso em: 31 out. 2018.

\_\_\_\_\_. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0015141-50.2006.8.19.0000. Relator: Helda Lima Meireles. DJe: 24/04/2007.2007. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000374613DAB7D89EFC4A4B332BB920C6D04DBC402040F3C>>. Acesso em: 31 out. 2018.

\_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0014929-89.2007.8.19.0001. Relator: Ernani Klausner. DJe: 18/02/2010. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EE76CF0B11FBDF0E-239D4F90BB6452F8A4C402366119>>. Acesso em: 31.out. 2018.

\_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0030431-58.2013.8.19.0001. Relator: Cherubin Helcias Schwartz Júnior. DJe: 05/05/2016. 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000495B0744072E-F647B703E62915822DF1EC50506110618>>. Acesso em: 31.out. 2018.

\_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0134262-54.2015.8.19.0001. Relator: Benedicto Ultra Abicair. DJe: 25/07/2016. 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041DCEB0CA1F-438911291F299AE1465DF5C5052607121F>>. Acesso em: 31.out. 2018.

\_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0158503-92.2015.8.19.0001. Relator: Custódio de Barros Tostes. DJe: 17/08/2017. 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B3C036D58E51EC-708C99F858F72C8502C50656501D61>>. Acesso em: 31.out. 2018.

\_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0158579-53.2014.8.19.0001. Relator: Peterson Barroso Simão. DJe: 26/09/2017. 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004423A84BFBCD4E-BF2DC021D9F9D579FF5C5071C4A1F41>>. Acesso em: 31.out. 2018.

- \_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0162638-21.2013.8.19.0001. Relator: Celso Luiz de Matos Peres. DJe: 20/06/2016. 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000476C6A6A-4229C34284AB7885518D716B6C5051658440E>>. Acesso em: 31.out. 2018.
- \_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0239612-65.2014.8.19.0001. Relator: Sirley Abreu Biondi. DJe: 16/11/2016. 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000430658C08809E-4F37B2D36ECBF9E308C3C5054E284A25>>. Acesso em: 31.out. 2018.
- \_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0364944-08.2015.8.19.0001. Relator: Cláudio Luiz Braga Dell'orto. DJe: 30/03/2017. 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041409BB0754A-774C329A57B214DEE553AC50617642F4E>>. Acesso em: 31.out. 2018.
- \_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0430482-38.2012.8.19.0001. Relator: Claudio Brandão de Oliveira. DJe: 05/09/2016. 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045F877F-F9D4FEEEF29E769385A15B45CEC50532583E4B>>. Acesso em: 31.out. 2018.
- \_\_\_\_\_. APELAÇÃO: 0473492-35.2012.8.19.0001. Relator: Carlos Santos de Oliveira. DJe: 30/07/2015. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040993C709DE-346F7442C9DE5127DF2EE9C50416420A45>>. Acesso em: 31.out. 2018.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “Juízes deferentes?”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012.
- WALINE, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 2010.
- WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise de jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: FGV, 2010, versão digital, p. 236-305.



## O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS NO STF COMO INSTÂNCIA RECURSAL: UM ESTUDO EMPÍRICO<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

Vinicius Cardoso Reis<sup>2</sup>

Renato Toledo Cabral Junior<sup>3</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto de pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto Regulação em Números, iniciativa do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Tomou-se como problema central o exercício do controle judicial pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre as agências reguladoras federais em sede recursal, isto é, a partir de demandas ajuizadas em instâncias ordinárias e que, após seu regular processamento, chegaram à Corte Superior por meio da interposição de recurso extraordinário (ou agravo em recurso extraordinário, nos casos em que ele não foi conhecido no tribunal de origem).

A pesquisa buscou responder duas questões principais: (i) em que medida o controle das agências reguladoras deixa de ser enfrentado a fundo pelo STF em razão de sua jurisprudência defensiva (isto é, em razão da interpretação conferida pela Corte aos requisitos de admissibilidade destes recursos); e, (ii) se, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou diretamente

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 122-155, jan./abr. 2020.

<sup>2</sup> Mestre em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ). Bacharel em Direito pela FGV Direito Rio. Foi bolsista FAPERJ Nota 10 e pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE/FGV), com atuação no projeto Regulação em Números.

<sup>3</sup> Mestre em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ. Assistente acadêmico na Fundação Getúlio Vargas. Advogado associado do escritório Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: toledocabral@gmail.com.

questões constitucionais posta pelas partes, a Corte adotou uma postura deferente à posição jurídica defendida pelas agências reguladoras federais.

Para isso, os autores analisaram todos os 2.896 processos judiciais envolvendo as agências reguladoras federais que chegaram ao STF em sede recursal entre 1996 e 2017, em relação aos quais foram catalogadas 24 variáveis para o posterior estabelecimento de correlações e análises sob uma perspectiva quantitativa e qualitativa.

### 1.1. A reforma do Estado e a proliferação de agências reguladoras

A crise do Estado de bem-estar social resultou em período de intensa reforma administrativa nas últimas décadas do século XX. Antes considerado o principal agente da economia (sobretudo em seu modo de intervenção direta por meio de empresas estatais), o Estado teve seu papel reconfigurado num contexto de sucessivas privatizações e desestatizações. O processo foi acompanhado de necessidade cada vez maior de fiscalização das atividades que foram delegadas ao setor privado. Este movimento levou ao que se convencionou chamar de *Estado regulador*<sup>4</sup>.

A liberalização de alguns setores da economia à iniciativa privada constituiu um processo extremamente complexo e sensível. Para capitaneá-lo, em vários países se optou pela criação das chamadas *agências reguladoras* – entidades relativamente independentes da administração central, com *autonomia reforçada*<sup>5</sup>, compostas por especialistas na matéria, com garantias de poder decisório insulado do processo político e dotadas de significativos recursos financeiros e humanos. Com esse modelo, a regulação de atividades econômicas antes submetidas ao monopólio estatal (como os serviços de telecomunicações, energia elétrica, gás, transporte ferroviário, etc.) passou a

<sup>4</sup> MAJONE, Giandomenico. “Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança”. In: **Revista do Serviço Público**, v. 50, nº 1, 1999. Marçal Justen Filho identifica quatro distinções significativas entre essa nova concepção estatal diante do Estado de Providência: (i) a transferência para a iniciativa privada de atividades anteriormente desenvolvidas pelo Estado, inclusive com a liberalização de atividades até então monopolizadas; (ii) a preferência pelo instrumento interventivo indireto, por meio da regulação da atividades sociais e econômicas (competência regulatória); (iii) a atuação estatal norteadas não apenas pelas correções das falhas de mercado, mas também admitindo-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política e social; bem como (iv) a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 655.

<sup>5</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ser atribuída a instituição pública desenhada para lidar com a complexidade dessas funções<sup>6</sup>.

## 1.2. As agências reguladoras no Brasil

No Brasil, esse fenômeno se deu sobretudo no final da década de 1990 e no início da década seguinte<sup>7</sup>, especialmente durante o período de Reforma Administrativa e sob a vigência do chamado Plano Nacional de Desestatização (PND – Leis nº 8.031/1990 e nº 9.491/1997).

Esse modelo, no entanto, não encontrava respaldo expresso na Constituição Federal. O constituinte originário não concebeu o desenho das agências reguladoras. Limitou-se a prever no art. 174 o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica<sup>8</sup>. Mesmo as emendas constitucionais editadas no período de Reforma Administrativa que previram a instituição de *órgãos* reguladores para o setor de telecomunicações (EC nº 08/1995, que modificou a redação do art. 21, XI da CRFB) e para o setor de

<sup>6</sup> KING, Jeff A. “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud*, 409. V. também JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *REI – Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/307/266>. Acesso em: 10 maio 2020. doi: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i2.307>.

<sup>7</sup> Confira-se, a propósito, o relato de Gustavo Binbenojm sobre o assunto: “Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 1980, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto. O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias. Por outro lado, a transferência de serviços públicos e/ou de sua execução à iniciativa privada não poderia conduzir a um Estado puramente liberal, guiado pelo não-intervencionismo. Daí as agências constituírem também efeito da reforma por que passou o Estado brasileiro, na medida em que foram institucionalmente incumbidas da regulação tanto de serviços públicos desestatizados, como de outras atividades econômicas de relevante interesse social, devolvidas total ou parcialmente à iniciativa privada.” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 266/267).

<sup>8</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

petróleo e gás natural (EC nº 09/1995, que alterou a redação do art. 177, §2º, inciso III da CRFB) não impuseram a regulação por meio de agências independentes; apenas previam que determinados setores da economia seriam regulamentados pela Administração Pública.

Foi apenas no âmbito infralegal que as agências reguladoras passaram a figurar na realidade normativa brasileira. A primeira delas foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427/1996. Em seguida, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.472/1997); a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Lei 9.478/1997); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/1999); a Agência Nacional de Agência Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/2000); a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984/2000); a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10.233/2001); a Agência Nacional do Cinema (Medida Provisória nº 2.228-1/2001); a Agência Nacional da Aviação Civil (Lei nº 11.182/2005) e, mais recentemente, a Agência Nacional de Mineração – ANM (Lei nº 13.575/2017). Em todos os casos, as autoridades reguladoras foram reconhecidas como *autarquias*<sup>9</sup> *sob regime especial*<sup>10</sup>.

Ao todo, há atualmente no Brasil onze agências reguladoras no âmbito federal, cujos desenhos institucionais estão em constante revisão. Exemplos

<sup>9</sup> A base conceitual para o conceito de autarquia se encontra no art. 5º, inciso I do Decreto-lei nº 200/1967. Segundo o dispositivo, a autarquia é um o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. A peculiaridade das agências está justamente no *regime especial* desenhado para estas instituições.

<sup>10</sup> Por aparente atecnica legislativa, a definição do regime especial é distinta em cada lei de criação das agências reguladoras. Veja-se, por exemplo, que a Lei da ANATEL caracteriza esse regime pela “*independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*” (cf. art. 8º, §2º da Lei nº 9.472/1997). Já a Lei da ANS a caracteriza pela “*autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes*” (cf. art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.961/2000. De todo modo, em todos os casos, é relevante notar que o regime especial delimita um espaço de relevante autonomia e independência para as agências reguladoras no ponto de vista político, gerencial e decisório (ao menos no campo normativo). Ainda cabe destaque que recentemente a Lei nº 13.848/2019, a chamada “Lei Geral das Agências” pretendeu a uniformização da definição do regime especial, dispondo, em seu art. 3º, “A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.”, garantindo as citadas autonomia e independência e a caracterização específica de cada Lei.



disso são as ampliações das competências regulatórias da ANCINE (Lei nº 12.485/2011)<sup>11</sup> e da ANA (Medida Provisória nº 844/2018 e Medida Provisória nº 868/2018)<sup>12</sup> – esta última não aprovada pelo Congresso Nacional –, bem como as recentes propostas de unificação da ANTT com a ANTAQ numa única agência de transportes<sup>13</sup>.

### 1.3. Reação ao modelo das agências reguladoras

A proliferação destas entidades administrativas especializadas gerou alguns desafios para a teoria do direito administrativo e do direito público. Naquilo que concerne a este artigo, diferentes atores políticos e econômicos passaram a questionar se o modelo das agências reguladoras seria compatível com a Constituição Federal e, mais especificamente, se tais instituições subvertiam ou não a separação de poderes, o princípio democrático e o princípio da legalidade.

No âmbito doutrinário, publicistas relevantes apresentaram fortes críticas às agências reguladoras. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, além de considerar as agências reguladoras inconstitucionais, questionou a extensão de mandatos de seus dirigentes para além de um mesmo período governamental. Segundo ele, a essência da República estaria na temporariedade dos mandatos e na possibilidade de a sociedade escolher governantes

<sup>11</sup> A Lei nº 12.485/2011, que disciplina a comunicação audiovisual de acesso condicionado, ampliou as competências da ANCINE, que passou a regular as atividades de programação e de empacotamento previstas no referido marco legal.

<sup>12</sup> As Medidas Provisórias tinham por objetivo estabelecer o marco legal do saneamento básico e alterar a Lei nº 9.984/2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento básico. A título de atualização, registre-se que ambas as medidas provisórias perderam eficácia, em decorrência do término do prazo para votação no Congresso Nacional. Todavia, a ampliação das competências regulatórias da ANA sobre o setor de saneamento básico veio com a Lei 14.026/20, conhecida como “Novo Marco Legal do Saneamento Básico”, que alterou a Lei nº 9.984/00 para atribuir à ANA competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

<sup>13</sup> Segundo informações disponibilizadas na imprensa: “O ministro da Infraestrutura, Tarcísio Freitas, reafirmou a intenção do governo Jair Bolsonaro de unir a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). A afirmação foi feita pelo ministro no pregão da B3, onde o governo realizou nesta manhã de sexta-feira, 15, o leilão de aeroportos – a primeira concessão do governo Bolsonaro. ‘Estamos estudando outras possibilidades, a própria fusão de ANTT e Antaq. Não é um coisa definida, mas que está em estudo e vai ser feito se a gente perceber que há ganho para a regulação’, afirmou”. Disponível em <https://istoe.com.br/correcao-infraestrutura-reforca-intencao-em-fusao-da-antt-com-antaq/>. Acesso em 15 mar. 2019.

com orientações diversas dos governos precedentes. Nas suas palavras, o modelo desenhado para as agências reguladoras no Brasil era uma “*fraude contra o próprio povo*”<sup>14</sup>.

Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, embora contestasse a existência das agências reguladoras, adotou posição menos extrema sobre o assunto. Para ela, contudo, as agências reguladoras deveriam encontrar respaldo normativo expresso na Constituição Federal. Por isso, na sua visão, apenas a ANATEL e a ANP poderiam contar com a autonomia e a independência atribuídas às agências reguladoras. Quanto às demais, caberia a elas respeito aos mandamentos de todos os poderes da República, com ampla possibilidade de revisão de seus atos.<sup>15</sup>

Outros autores defenderam a existência das agências reguladoras no Brasil<sup>16</sup>, propondo parâmetros para compatibilizá-las com os ditames da

---

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 153/154.

<sup>15</sup> Confirmam-se as afirmações da autora: “*A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP, com a referência à expressão órgão regulador contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III. As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador*” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 612.

<sup>16</sup> É possível enumerar diversos trabalhos sobre as agências reguladoras desde a década de 1990 até os dias atuais. Confirmam-se, por todos: CONFORTO, Glória. Descentralização e Regulação da Gestão de Serviços Públicos. *Revista de Administração Pública – RAP*, Vol. 32, 1, 1998, p. 27/40; AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, nº. 213, 1998, p. 141/148; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, nº 216, 1999, p. 125/162; SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Carlos Ari Sunfeld (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 17/38; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 145/184; PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Vol. 2, nº 5. Curitiba: Juruá, 2000, p. 59/66; TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, nº 221. 2000, p. 1/5; MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. *Fórum Administrativo*. Vol. 1, nº 8. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 1009/1016; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito*

Constituição Federal<sup>17</sup>. O embate, contudo, não se limitou ao âmbito de livros e artigos sobre o tema, espalhando-se também para o Poder Judiciário.

#### 1.4. Qual a relevância do Supremo Tribunal Federal no debate sobre o controle das agências reguladoras?

A realização de estudos empíricos para verificar (e medir) o controle judicial sobre as agências reguladoras tem relevância acentuada na literatura jurídica no Brasil<sup>18</sup> e no direito comparado<sup>19</sup>. Como parte das decisões regula-

---

**administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002; JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo, SP: Dialética, 2002; BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº 229, 2002, p. 285/311; MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. **Revista da Faculdade de Direito**, nº 99, São Paulo: USP, jan/dez, 2004, p. 723/746; WALD, Arnoldo. A autonomia das agências reguladoras. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 8, nº 170, fev. 2004, p. 42/43; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2005; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade.** São Paulo: Singular, 2006; GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>17</sup> Destaca-se, sobre o tema, a obra “Agências Reguladoras e Democracia”, organizada por Gustavo Binenbojm, que contou com artigos dos autores Alexandre Santos de Aragão, Luís Roberto Barroso, Laís Calil, Egon Bockmann Moreira, Mariana Mota Prado, Joaquim Barbosa, Paulo Correa, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Lauro Antonio Nogueira Soares Júnior. V. BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências reguladoras e democracia.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>18</sup> No Brasil, alguns estudos sobre o tema vêm sendo desenvolvidos, com enfoque sobretudo nas agências reguladoras federais. Uma pesquisa do CNJ, por exemplo, analisou 1.371 ações judiciais em que foram questionadas decisões de agências reguladoras entre 1994 e 2010 e revelou que mais de 80% dos casos que tiveram seu mérito julgado pelos tribunais superiores foram favoráveis às agências – embora, no decorrer do processo, a incidência de decisões desfavoráveis esteja presente com alguma incidência (AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <https://bit.ly/2SpNZ7F>. Acesso em: 27 out. 2018). Segundo o relatório, a complexidade e o caráter estritamente técnicos das entidades administrativas autônomas é uma de suas razões de decidir. Juliano Maranhão (2016, p. 26-46), ao analisar o estudo, observa que (i) há uma supervalorização de questões procedimentais; (ii) os magistrados geralmente carecem de conhecimento técnico para resolver as questões; (iii) a dicotomia entre o direito público e privado dificulta a compreensão judicial sobre assuntos regulatórios complexos; e (iv) há uma insensibilidade ao raciocínio regulatório que, muitas vezes, leva o Poder Judiciário a um formalismo jurídico.

<sup>19</sup> Nos Estados Unidos, por exemplo, William Eskridge e Lauren Baer realizaram importante pesquisa em que questionam a importância prática da doutrina Chevron e a sua percepção como

tórias são judicializadas pelos agentes de mercado e pelos demais interessados, o controle judicial das agências reguladoras é um dado de grande relevância para o fortalecimento ou enfraquecimento destas instituições. Segundo a sistemática constitucional vigente, cabe ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de recursos extraordinários de causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (art. 102, inciso III, CRFB). Assim, considerando a realidade brasileira em que (i) muitas vezes, ações judiciais que envolvem agências reguladoras apresentam argumentos de ordem constitucional como causa de pedir (*e.g.*, princípio da legalidade ou livre iniciativa); e que (ii) as partes tendem a recorrer, invariavelmente, aos Tribunais superiores, o resultado do controle judicial das agências reguladoras requer uma análise do comportamento também da Suprema Corte brasileira sobre o assunto.

O objetivo deste artigo é documentar e examinar o fenômeno da atuação do STF como instância recursal nos processos relacionados às agências reguladoras<sup>20</sup>. A importância desse estudo está em entender qual o papel da jurisdição constitucional e, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal como foro de debate sobre o controle das agências reguladoras no Brasil. Esse tipo de estudo possui grande importância porque, a partir da orientação judicial identificada, é possível saber até que ponto o controle judicial é uma engrenagem relevante do processo regulatório. Ao operar o controle sobre decisões administrativas, os tribunais podem terminar por tomar diretamente

---

marco do direito administrativo americano. Os autores consultaram todas as 1.014 decisões da Suprema Corte americana entre 1984 (ano da decisão paradigmática) e 2005 que envolviam o controle judicial de interpretação legislativa promovida por uma autoridade administrativa. Chegaram à conclusão de que o regime de Chevron só era mencionado em 8,3% delas. Em mais da metade dos casos, nenhum precedente sobre deferência judicial sequer foi citado. A despeito disso, o estudo indicou uma propensão à manutenção da interpretação da autoridade administrativa. Outras pesquisas empíricas, também nos Estados Unidos, demonstraram o aumento percentual relevante de decisões em favor das agências nos tribunais inferiores nos anos que se seguiram a Chevron. (v. ESKRIDGE JR, William N.; BAER, Lauren E. The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan. *Geo. LJ*, v. 96, p. 1083, 2007).

<sup>20</sup> Nesse sentido, merece destaque estudo analisando a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) como instância recursal em processos relacionados à Agência Reguladora de Energia e Saneamento do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA). Ver JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/307/266>. Acesso em: 10 maio 2020. doi: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i2.307>.

decisão diversa ou limitar o leque de decisões que poderiam ser adotadas pela administração pública. Naturalmente, este risco é tanto maior quanto mais intenso for o controle aplicado. Os resultados da pesquisa empírica podem revelar, portanto, se o Poder Judiciário preserva a coerência e a dinâmica das políticas regulatórias setoriais.

Além do mais, a relevância do estudo é corroborada pela grande quantidade de recursos, no Supremo Tribunal Federal, em que agências reguladoras figuram como partes. Processos de natureza subjetiva (com o respectivo controle incidental do regime jurídico das agências reguladoras ou de suas decisões regulatórias) possuem um amplo espaço de legitimidade para o ajuizamento de ações e, portanto, comportam uma maior pluralidade de temas contestados no Poder Judiciário do que aqueles processos de natureza objetiva e abstrata. Basta notar que, dentre os 3.151 processos em que uma agência reguladora federal figura como parte no STF até o ano de 2018, 2.896 deles representam recursos interpostos à Corte com base em acórdãos que teriam violado a Constituição Federal (91,8% dos processos no STF).

### 1.5. Os dois eixos da pesquisa: a propensão do STF a julgar os casos e a deferência pelo resultado final.

Para compreender qual o papel do Supremo Tribunal Federal nesses casos, propõe-se um estudo a partir de dois eixos.

O primeiro deles, mais simples e preliminar, envolve a *propensão* da Corte a avaliar demandas em instância recursal sobre questões que envolvam agências reguladoras. É que, não raro, identifica-se a adoção, no Supremo Tribunal Federal, de uma *jurisprudência defensiva*, assim entendida como a postura adotada pela Corte em estabelecer e aplicar critérios rigorosos de cabimento dos recursos extraordinários. Tal conduta do STF é assim denominada em razão da “*defesa* empregada pelas Cortes diante de uma quantidade de recursos capaz de inviabilizar o seu funcionamento, ou de transformá-las em uma mera e ordinária ‘terceira instância’ recursal”<sup>21</sup>.

O segundo eixo envolve a *tendência de posicionamento* do Supremo Tribunal Federal em relação à tese que é defendida por uma agência reguladora em uma demanda, quando o mérito da questão constitucional é

<sup>21</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O (Projeto de) Novo Código de Processo Civil e a “jurisprudência defensiva”. In: **Interesse Público - IP. Belo Horizonte**, ano 15, n. 80, jul. / ago. 2013, versão digital, p. 01.

efetivamente analisado. Isso pode se dar tanto em ações que questionam efetivamente as decisões administrativas das agências reguladoras, oportunidade na qual será possível apurar o nível de deferência do Supremo Tribunal Federal no controle do conteúdo decisório das agências; ou em demais ações que envolvem o regime jurídico das agências reguladoras e os marcos regulatórios que regem a sua atuação, casos nos quais é possível avaliar o posicionamento institucional do STF em relação ao regime especial conferido às agências reguladoras.

### 1.6. A estrutura deste artigo

Este artigo está estruturado da seguinte forma. Após esta introdução, o item 2 abordará o objeto da pesquisa, a sua metodologia, os critérios de avaliação e uma síntese das conclusões obtidas. No item 3, serão avaliados os resultados quanto à *propensão* do STF a julgar casos que envolvem agências reguladoras em sede recursal; e sobre a *tendência de posicionamento* nos reduzidos casos em que o Supremo Tribunal Federal enfrenta o mérito da controvérsia constitucional posta pelas partes. O item 4, por fim, apresentará as sínteses conclusivas do artigo.

## 2. METODOLOGIA DA PESQUISA E SÍNTESE DOS RESULTADOS

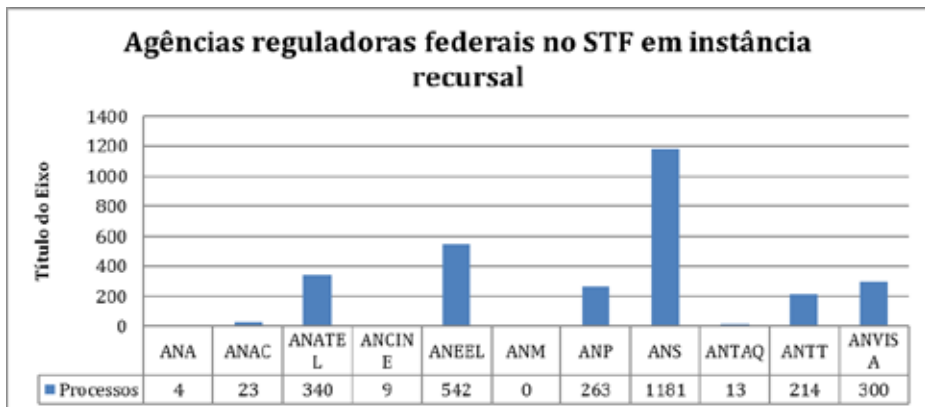
Para a coleta dos dados que seriam utilizados na pesquisa, tomou-se como ponto de partida o banco do Projeto Supremo em Números<sup>22</sup>, conduzido pela FGV Direito Rio desde o ano de 2010. Tal projeto tem como fonte as próprias decisões e dados mantidos pelo Supremo Tribunal Federal em sua base digital e busca viabilizar e produzir análises sobre o funcionamento e a atuação da Corte e de seus magistrados.

Nos diversos esforços de localização dos dados, notou-se que a forma mais confiável e replicável de se avaliar a interação do STF com as agências reguladoras e o Direito da Regulação seria procurar todos os processos naquela Corte que envolvessem tais instituições como *parte* (incluindo não só recorrentes e recorridos, mas também a participação de agências reguladoras na qualidade de *amicus curiae*). A base de dados possibilitou essa busca por meio dos termos “agência” e “agência nacional”, além das siglas representativas das 11 agências federais, a saber: ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL,

<sup>22</sup> FGV DIREITO RIO. Projeto Supremo em Números. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em: 16 jul. 2018.

ANM, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT e ANVISA. Com isso, foi obtido um total de 3.151 processos<sup>23</sup>.

A segunda etapa envolveu uma filtragem dos processos perante o Supremo Tribunal Federal que representavam a análise de demandas em concreto em que o STF figura como instância recursal. Como já se afirmou, cabe ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de Recursos Extraordinários quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (art. 102, inciso III, CRFB). Ainda segundo a sistemática processual vigente, os Recursos Extraordinários são regidos por um exame de dupla admissibilidade, de modo que o não cumprimento de seus requisitos podem ser conhecidos pelos Tribunais contra os quais o recurso é interposto. O não conhecimento do Recurso Extraordinário possibilita a interposição de um novo recurso – o Agravo em Recurso Extraordinário, que levará a questão preliminar de conhecimento do recurso diretamente ao Supremo Tribunal Federal (cf. arts. 1.042 e seguintes do Código de Processo Civil). Por isso, foram selecionados os Recursos Extraordinários (“RE”) e Agravos em Recurso Extraordinários (“ARE” ou “AI”, terminologia variável a depender do período em que o processo foi autuado). No mais, Agravos posteriormente convertidos em RE para análise de mérito pelo Supremo Tribunal Federal foram excluídos da base de dados para que um mesmo caso não fosse contado de forma duplicada. Esse segundo filtro gerou uma segunda base de dados com um total de 2.896 casos, adotada como o espaço amostral amplo para a verificação dos resultados das pesquisas, assim distribuídos entre as agências:



<sup>23</sup> Para realizar a captação do banco de dados disponível, foram feitas explorações pelo manejo da linguagem SQL, com auxílio do software MySQL. Foram efetuadas diversas buscas (“queries”, na expressão técnica) com os dados disponíveis sobre as partes dos processos. Com as sucessivas queries e a remoção de resultados não pertinentes – como, por exemplo, agências estaduais e municipais, além de empresas, institutos e outros entes que utilizavam o nome “agência” –, foi obtido um total de 3.151 processos.

Uma vez obtido o universo de processos a serem analisados, cabia definir quais variáveis seriam relevantes para a construção de uma base de dados voltada às finalidades do projeto. A intenção era delimitar elementos que poderiam ser objetivamente catalogados e que pudessem fornecer resultados relacionados ao problema da pesquisa. Tendo isso em vista, chegou-se a uma planilha que registra, em suas colunas, um total de 24 variáveis,<sup>24</sup> contendo a identificação dos processos, os Ministros Relatores, as agências que eram partes, as datas de autuação e decisão<sup>25</sup>, o teor das diferentes decisões – mais especificamente, terminativas, em agravos e em embargos –, o tipo de decisão terminativa, o caráter da discussão realizada na decisão, o tema principal e os fundamentos empregados pela Corte na análise.<sup>26</sup>

Em seguida, as variáveis foram reduzidas para 15, de modo a atender aos eixos de pesquisa delimitados para o artigo. O julgamento de recursos incidentais (*e.g.*, embargos de declaração ou agravo regimental) deixou de ser destrinchado em colunas distintas, de modo a ser enumerada uma única decisão – de caráter final – para cada processo. Os resultados foram alcançados por meio da combinação de formas distintas de preenchimento, da captação automática à categorização em diálogo com a equipe.

Partindo dos dados levantados e das hipóteses que nortearam o processo de pesquisa dos autores, a primeira conclusão da pesquisa, já esperada, é a de que o Supremo Tribunal Federal raramente avalia o mérito das controvérsias jurídicas sobre as agências reguladoras em sede recursal (apenas 2,8% dos recursos), acompanhando sua jurisprudência defensiva. A segunda conclusão é mais relevante e ainda desconhecida da literatura: nos poucos casos em que o mérito da controvérsia constitucional é enfrentado pela Corte, o STF adota uma postura deferente à agência reguladora, acolhendo a sua posição em relação à questão jurídica controvertida em 88,7% dos casos. Esta orientação

---

<sup>24</sup> Conforme as nomenclaturas que foram empregadas na planilha, são elas: *seq\_objeto\_incidente*, *sig\_classe\_proces*, *num\_processo*, *dsc\_relator\_atual*, *nom\_jurisdicionado*, *polo*, *data\_autuacao*, *dec\_liminar*, *data\_publ\_liminar*, *dec\_terminativa*, *tipo\_terminativa*, *data\_publ\_terminativa*, *dec\_agravo*, *data\_publ\_ag*, *dec\_embargo*, *data\_publ\_embg*, *tipo\_discussao*, *tema\_geral*, *subtema1*, *subtema2*, *subtema3*, *dsc\_assunto*, *dsc\_assunto\_completo*, *ramo\_do\_direito*. Vale ressaltar que, no bojo do projeto, toda a planilha foi preenchida por duas pesquisadoras e posteriormente revisada por um terceiro pesquisador.

<sup>25</sup> Estes dados permitiram verificar que os processos examinados neste artigo tramitaram pelo STF em média por 1 ano e 8 meses.

<sup>26</sup> Em parte, esse preenchimento se deu a partir da própria base do Supremo em Números; contudo, para as variáveis que demandavam uma análise do conteúdo das decisões, o preenchimento se deu a partir de categorias elaboradas pelos pesquisadores envolvidos no projeto. Pela coleta dos dados, agradecemos às pesquisadoras Luiza Brumati e Catarina Zanolla Machado.



pró-agência se mantém tanto na mais óbvia hipótese em que a agência figura como parte recorrida (92%), como na mais surpreendente hipótese em que é a agência que interpôs o recurso (85,2%), exigindo que o STF reverta a decisão do tribunal de origem.

Para além destas conclusões acima, o artigo identifica no Ministro Marco Aurélio o membro da Corte que apresenta maior percentual de decisões desfavoráveis às agências reguladoras e traz descrição e análise dos temas que lograram ultrapassar o filtro da jurisprudência defensiva do STF, circunstância que contribui para a compreensão do que o STF julga ter status constitucional entre as matérias de competência das agências.

Estabelecidas tais premissas, os resultados obtidos serão apresentados de forma pormenorizada na seção a seguir.

### 3. OS RESULTADOS DAS PESQUISAS

#### 3.1. A propensão do STF para julgar recursos envolvendo agências reguladoras (teste da jurisprudência defensiva)

O primeiro eixo de investigação da pesquisa foi estabelecido a partir da hipótese de que a jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal, no sentido de impor interpretação rigorosa quanto ao cumprimento dos requisitos para interposição de Recursos Extraordinários, se confirmava também nos casos em que as agências reguladoras figuram como partes.

O conhecimento de Recursos Extraordinários requer, nesse contexto, que (i) haja violação direta à Constituição Federal, não se admitindo sua interposição em matérias que exijam a análise da legislação infraconstitucional; que (ii) as instâncias ordinárias tenham sido previamente esgotadas (Enunciado nº 207 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça); (iii) não haja reexame de fato ou prova (Enunciado nº 279 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal); que (iv) a matéria tenha sido previamente enfrentada pelo Tribunal *a quo*, requisito que historicamente é denominado como *prequestionamento* (Enunciados nº 282 e nº 356 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal); dentre outros requisitos impostos pela legislação ou pela orientação de precedentes dos Tribunais Superiores.

De um modo geral, a partir dos dados analisados, foi possível confirmar a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal não avalia o mérito das controvérsias jurídicas sobre as agências reguladoras em sede recursal. Em um total de 2.895 casos, 2.814 não tiveram o seu mérito apreciado (97,2% dos recursos), acompanhando a jurisprudência defensiva do STF:



Isto significa dizer que, independentemente da parte que interpõe o recurso, o Supremo Tribunal Federal adota postura similar no sentido de racionalizar sua atividade e negar um exame mais aprofundado de recursos que não cumprem estritamente os requisitos estabelecidos para a sua interposição.

Era esperado que o percentual de decisões barradas no filtro fosse muito alto. Mas ainda assim é relevante conhecer o número exato desta jurisprudência defensiva no caso dos processos em que as agências reguladoras são partes, até para poder compará-la com o número mais genérico, relativo a todo o universo de processos enfrentados pelo STF. De acordo com consulta *ad hoc* e autônoma à base do Supremo em Números, neste último caso, a percentagem dos recursos que não têm o mérito examinado pelo STF corresponde a 87,77% - um número inferior que pode indicar uma resistência *específica* e *ainda mais intensa* do tribunal de examinar em sede recursal questões relacionadas ao universo das agências reguladoras.

### 3.2. Julgamentos de mérito e a deferência do Supremo Tribunal Federal à interpretação jurídica das agências reguladoras federais em sede recursal

Avaliados os casos em que os recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal não foram conhecidos (nos casos de RE) ou tiveram seu seguimento negado (nos casos de ARE ou AI) por questões estritamente processuais (como o não cumprimento dos requisitos para interposição dos referidos recursos), passa-se à análise mais detida sobre o bloco de casos nos quais o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito dos recursos interpostos

a ele, ainda que para negar a violação à Constituição. Como apontado acima, há um total de 85 casos em que isso ocorreu, com uma recorrência mais significativa em recursos nos quais a Agência Nacional da Saúde Suplementar – ANS figura como parte. Além disso, não foram identificados casos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, da Agência Nacional de Águas – ANA e da Agência Nacional de Mineração – ANM nesta base de dados. Confira-se:



A explicação para maior incidência da ANS é justificada, considerando um grande volume de casos em que foi debatida a constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, nos quais a agência reguladora figurava como parte por razões que serão explicadas abaixo. Para além de tal questão de intenso contencioso perante o Supremo Tribunal Federal, a ANS possui apenas um recurso cujo mérito foi efetivamente analisado do ponto de vista constitucional, atinente ao regime jurídico de seus servidores públicos. Portanto, embora a ANS tenha papel destacado no tópico em análise, os temas abordados pelo Supremo Tribunal Federal foram homogêneos em sua grande maioria. Os casos das demais agências, como se verá, envolvem temas mais variados.

Os tópicos abordados neste item serão (i) quais assuntos foram decididos até então pelo STF, incluindo-se o posicionamento institucional da Corte do ponto de vista do resultado final dos recursos, indicando, ao final, se há ou não uma tendência e propensão do STF em julgar os recursos favoravelmente às agências reguladoras quando seu mérito é analisado (*o que e como* decidem); (ii) os dados sobre os posicionamentos individuais dos Ministros (*quem e*

como decidem), de modo a explorar se algum membro da Corte, atual ou não, possui(a) tendências favoráveis às teses defendidas pelas agências reguladoras no recursos, acompanhando ou desviando do posicionamento geral da Corte.

### 3.2.1. *Matérias consideradas de status constitucional e o posicionamento institucional do STF*

Uma nota preliminar é necessária neste tópico. A tarefa de definir o posicionamento institucional do STF não é fácil. Isso porque o método de deliberação colegiada do Supremo Tribunal Federal não é construído de forma que a corte tome decisões com base em fundamentos uniformes, cabendo a cada Ministro apresentar as razões pelas quais entende que um processo deve ser julgado procedente ou não. Isso significa que o resultado final e a ementa apresentada pelo relator não necessariamente refletem o entendimento exposto por todos os membros do tribunal, mesmo em casos nos quais os resultados são unânimes.<sup>27</sup> De todo modo, na grande maioria dos casos relatados abaixo, a decisão final do Supremo Tribunal Federal foi inicialmente deflagrada por decisão monocrática do relator, posteriormente impugnada e levada ao colegiado por meio de agravo regimental ou embargos de declaração – ambos geralmente denegados por ausência dos pressupostos para reforma da decisão. Será considerado, pois, como posicionamento institucional do Supremo Tribunal Federal, tanto decisões inicialmente decididas por deliberação dos órgãos colegiados do STF, como também por decisões que foram deflagradas, inicialmente, por manifestações monocráticas de seus relatores e que foram, posteriormente, confirmadas nas Turmas ou no Plenário da Corte.

#### *A. Um tópico destacado: o ressarcimento ao SUS pelos planos de saúde*

Em uma análise mais detida dos temas observados nos processos com discussão material, é possível identificar a presença de algumas teses adotadas pela Corte de forma bastante clara. O exemplo que desponta é o do ressarcimento ao SUS. Mais de 60% dos recursos que tiveram seu mérito constitucional apreciado pelo STF envolvem o debate em questão: dos 84 casos em que o mérito do Recurso Extraordinário foi efetivamente enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, 51 tiveram por objeto a discussão quanto à constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/1998 (a chamada Lei dos Planos de Saúde).

<sup>27</sup> Sobre este tema, v. SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *I•CON*, v. 11, n. 3, 2011, p. 557/584.

Referido dispositivo impõe a obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde de restituir as despesas do Sistema Único de Saúde no eventual atendimento de seus beneficiários que estejam cobertos pelos seus respectivos planos. Segundo o Supremo Tribunal Federal, o ressarcimento ao SUS é uma obrigação imposta com o objetivo de incentivar as operadoras de planos de saúde disponibilizem sua rede própria ou credenciada aos seus beneficiários, evitando que eventual negativa indevida de cobertura leve os consumidores ao sistema público, assoberbando-o e, por conseguinte, diminuindo indevidamente os custos das operadoras. Assim, na visão do STF, o instituto do ressarcimento ao SUS é um relevante mecanismo de equilíbrio entre os sistemas de saúde público e privado, pois permite que a Fazenda Pública cobre das operadoras as despesas incorridas por aqueles que possuem planos de saúde.

Embora o dispositivo em tela envolva precipuamente o financiamento de órgãos que compõem o SUS, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS possui papel relevante nesta engrenagem. Segundo o *caput* do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, a ANS é responsável pela regulação da sistemática de ressarcimento ao SUS, incluindo as regras de valoração do *quantum* a ser ressarcido ao erário (cf. §1º do dispositivo). Indo além, a ANS também é competente para disciplinar os processos de glosas e impugnações dos procedimentos encaminhados (art. 32, §7º) e, em caso de inadimplemento dos valores relacionados ao ressarcimento ao SUS, caberá à ANS inscrever os valores em dívida ativa para posterior cobrança mediante ação de execução fiscal (art. 32, §5º). É por conta de tais circunstâncias que a ANS figura formalmente como parte em todos os 51 casos identificados. Em todos esses casos, a agência reguladora defende a necessidade de preservação do ressarcimento ao SUS como ferramenta essencial para o sistema de saúde suplementar. Por isso, embora a matéria esteja economicamente relacionada à Administração Pública direta e seus respectivos órgãos de saúde pública, a manutenção do ressarcimento ao SUS é, ainda assim, relevante para os objetivos institucionais da ANS quanto aos incentivos gerados ao mercado da saúde suplementar<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Conforme informações apresentadas no bojo do RE nº 597.064, “A Diretoria de Desenvolvimento Setorial da ANS – DIDES, através da Gerência Geral de Integração com o SUS – GGSUS, vem desenvolvendo um conjunto de estudos, dentre os quais a avaliação analítica dos atendimentos identificados, com o objetivo de caracterizar o ressarcimento ao SUS como instrumento de regulação do mercado, atuando como instrumento de tutela preventiva do contrato realizado entre o beneficiário e a operadora, na medida que funcionaria como inibidor do descumprimento do contrato por parte das operadoras, podendo também se constituir como ferramenta de regulação de sistema de saúde, tendo em vista que possibilitaria conferir maior visibilidade ao acesso aos serviços de saúde no país.” (DIAS, Rosa Maria Lages; e PASTRANA, Rosa Maria

e, ainda que de forma indireta, para a preservação de seu protagonismo na sustentabilidade econômica do sistema público – o que pode lhe garantir vantagens reputacionais perante o Poder Executivo central.

Observando as decisões do STF, é pacífico o entendimento de que exigir das seguradoras de saúde que restituam as despesas incorridas no sistema público caso um de seus segurados seja atendido está em conformidade com a Constituição Federal. Tal matéria, inclusive, foi pacificada em sede de repercussão geral quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.064, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Na oportunidade, o STF assentou a tese de que “*é constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos*”<sup>29</sup>.

Neste recurso, a propósito, discutia-se a legalidade das resoluções editadas pela ANS, alegadamente fixada de forma exorbitante às competências que lhe foram conferidas por lei, bem como supostas violação da agência quanto a aspectos procedimentais das defesas apresentadas em sede administrativa. Ambos as questões foram afastadas pelo Supremo Tribunal Federal, que assentou a competência e expertise técnica da ANS para definir os valores de cobrança do ressarcimento ao SUS, dada sua proximidade e experiência para regulamentar o setor, com destaque, nesse ponto, para o voto do Ministro Alexandre de Moraes.<sup>30</sup>

---

Souza. O sistema único de saúde e o mercado suplementar de assistência à saúde no Brasil. In: *Divulgação em saúde para debate*. (37), jan. 2007, pp. 61-68.” (RE 597064, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 07/02/2018, DJe 16/05/2018, p. 67).

<sup>29</sup> RE 597.064 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 07/02/2018, DJe 16/05/2018.

<sup>30</sup> “*É igualmente infundada a alegação de violação ao princípio da legalidade, que rejeita a possibilidade de fixação, pela ANS, dos valores a serem ressarcidos ao SUS da ANS. Quanto a esse aspecto, cumpre consignar que, ao aprovar a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), hoje regulada na forma da Resolução RDC 17/2000, a ANS atua estritamente no campo regulamentar que a própria legislação lhe cometeu (...). A delegação de competências normativas mais fluidas a instâncias administrativas é uma realidade no paradigma institucional vigente no ordenamento brasileiro, que não se contrapõe às exigências da legalidade, senão que complementa as suas virtudes, respondendo a duas premissas da contemporaneidade: (a) a de capacitação técnica, permitindo que temas de alta complexidade sejam regulados em ambientes decisórios especializados, com ganhos de celeridade e proficiência; e (b) de participação popular, viabilizando que os administrados diretamente interessados pela regulação participem mais imediatamente dos processos de decisão. Há motivos para evidenciar que a outorga de competência à ANS para esse fim se enquadra satisfatoriamente nesse contexto. Em primeiro lugar, porque não há dúvida de que a fixação de referências de preço para serviços de saúde é uma atividade que implica consideráveis aportes técnicos*” (RE 597064, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 07/02/2018, DJe 16/05/2018, p. 72).

A decisão sobre a repercussão geral, a propósito, alcançou diversos recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal que foram remetidos às instâncias ordinárias para que o precedente definido pelo STF fosse a eles aplicado, adotando-se a sistemática do então vigente art. 543-B, §3º do Código de Processo Civil de 1973.<sup>31</sup>

### *B. O poder normativo das agências reguladoras e sua atividade sancionadora*

Ultrapassado o grande volume sobre casos em que o STF apreciou casos envolvendo a constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, há um total de 33 casos em que o Supremo Tribunal Federal atuou como instância recursal para debater questões constitucionais envolvendo a atuação das agências reguladoras. Um dos elementos de maior controvérsia sobre esse ponto são ações que discutem os limites do regime jurídico das agências reguladoras, tema esse que também foi objeto de grande impasse em ações de controle abstrato de constitucionalidade das leis que disciplinam o regime das agências reguladoras nacionais.<sup>32</sup> Neste cenário, um dos embates mais relevantes sobre a atuação das agências envolve a discussão relacionada ao seu poder normativo e à possibilidade de aplicar sanções ao atores dos setor regulado com base em regulamentos editados na via infralegal.

Em seis oportunidades, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar recursos interpostos pela Agência Nacional do Petróleo – ANP em face de decisões de Tribunais que declararam nulas sanções aplicadas pela autoridade administrativa baseadas em atos regulamentares editados pela própria agência ou por Ministérios aos quais a ANP estava vinculada (Ministério da Infraestrutura ou Ministério de Minas e Energia, a depender da data do julgamento). Os recursos alegavam, em síntese, que o direito à liberdade de iniciativa (art. 170, parágrafo único, CRFB) e o princípio da legalidade (art.

<sup>31</sup> Foram identificadas ao menos 13 decisões em que o entendimento consignado no RE nº 597064 foi aplicado para determinar a remessa do feito ao tribunal de origem. São eles: RE nº 547807, RE nº 594266, RE nº 595050, RE nº 599674, RE nº 601804, AI nº 673253, AI nº 684210, AI nº 695517, AI nº 695698, AI nº 695833, AI nº 861264 e ARE nº 952157.

<sup>32</sup> O *leading case* sobre o assunto foi a ADI nº 1668, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em setembro de 1997. Naquele momento, as agências reguladoras ainda estavam em fase de implementação – apenas as leis da ANEEL, da ANATEL e da ANP tinham sido editadas. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em menos de um ano após o ajuizamento da ADI nº 1668, julgou a ação parcialmente procedente para dar a alguns dispositivos da lei interpretação conforme à CF, mas, de um modo geral, preservou a competência da ANATEL em um momento determinante para a consolidação do regime jurídico das agências reguladoras.

5º, inciso II, CRFB) vedavam que o poder punitivo do Estado pudesse ser disciplinado por meio de regulamentos infralegais que previssem obrigações e penas direcionados àqueles que exercessem atividades econômicas no setor de óleo e gás.

Nos Recursos Extraordinários nº 391.372, 919.032, 976.488 de relatoria dos Min. Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Dias Toffoli, respectivamente, e no ARE nº 1.046.163, de relatoria também do Min. Dias Toffoli, o debate tinha como pano de fundo a recepção pela Constituição Federal do Decreto-lei nº 395/1938, que possibilitava a regulação de atividades de transportador-revendedor-retalhista à entrega, a domicílio, de óleo diesel, óleos combustíveis e querosene iluminante a granel. No caso em questão, entendeu-se que o exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no exercício de seu poder regulatório. Desse modo, o STF entendeu como válidas as sanções aplicadas pela ANP com base no mencionado Decreto-lei, atividade esta considerada legítima e compatível com o ordenamento jurídico.

Embora o ato que lastreou a aplicação de penalidades nestes recursos não tenha sido editado diretamente pela ANP, mas pelo Ministério a ela vinculado, o debate ainda assim é relevante para a agência. Nos recursos em questão, a Agência Nacional do Petróleo defendia que as sanções por ela aplicadas eram válidas com base em sua competência legal de proteção ao consumidor e em sua posição de sucessora do Conselho Nacional de Petróleo, além do fato de que a própria ANP endossava o marco regulatório impugnado. Nesse ponto, a decisão do STF que viesse a invalidar o regime jurídico de sanções das atividades em questão poderia impactar sensivelmente o poder regulatório da ANP sobre a matéria.

Em outros casos, o Supremo Tribunal Federal apreciou recursos da ANP em oportunidades nas quais a agência reguladora figurava como recorrente e como fonte do ato normativo impugnado. No RE nº 603.627, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, o STF reconheceu a constitucionalidade da Portaria ANP nº 116/2000, que disciplinava o comércio de óleo diesel, gasolina e álcool carburante.<sup>33</sup> Igual sorte não foi observada no bojo do Recurso Extraordinário nº 1.065.347, de relatoria do Min. Celso de Mello. Na oportunidade, discutia-se a validade do art. 4º, §5º da Portaria nº 116/2000, que exigia o pagamento da dívida resultante de penalidade aplicada pela ANP à empresa antecessora da recorrida, para fins de autorização do exercício da atividade

<sup>33</sup> STF, RE 603627, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em 11/11/2009, DJe 25/11/2009.



de revenda de combustíveis. O recurso era originado de decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que invalidava o ato da agência por considerá-lo uma sanção política. O recurso teve seu provimento negado pelo relator, por considerar inconstitucional que o Estado imponha restrições, ainda que fundadas em lei, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam por inviabilizar o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita. Trata-se, a propósito, do único caso em que a ANP foi vencida ao interpor recursos perante o STF cujo mérito recursal foi efetivamente analisado pela Corte.

O poder normativo das agências reguladoras também entrou em debate no bojo do Recurso Extraordinário nº 993.585, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Neste caso, questionava-se a metodologia utilizada pela ANEEL para aferir o fator de indisponibilidade (FID) da UHE Santo Antônio Energia, que se encontra dentro do escopo de regulação técnico-setorial da agência reguladora. O relator do caso ressaltou, dentre as razões de decidir, que a *“necessidade de respostas mais técnicas e completas se alinha à imprescindibilidade de que estas também sejam autônomas, independentes e céleres, traços distintivos fundamentais da atuação das atuações reguladoras”*. Assim, considerando (i) a garantia de autonomia das agências reguladoras; e (ii) o reconhecimento da limitação da capacidade institucional do Poder Judiciário, o Ministro Luiz Fux adotou postura autocontida na análise da constitucionalidade do ato editado pela ANEEL, desprovendo o recurso interposto pela delegatária de serviços públicos.

Por último, registre-se que, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 855.585, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, a competência regulamentar da ANVISA foi questionada não para anular um ato normativo por ela editada, mas para responsabilizá-la civilmente pelos seus efeitos. Na oportunidade, a Corte afastou a condenação da agência, na medida em que seu ato regulamentar encontrava fundamento na competência da ANVISA para restringir atividades econômicas que possam gerar riscos à saúde humana.

### C. A autonomia e a eficiência gerencial das agências reguladoras

Não só de produção de normas e da definição de políticas regulatórias vive uma agência. Do ponto de vista gerencial, as agências precisam de recursos próprios para que possam tomar decisões empiricamente bem informadas. Isso envolve, por certo, determinada discricionariedade para alocação de seus recursos em pessoal e na contratação de terceiros para treinamentos, estudos, bens e serviços em geral. É dizer: a autonomia financeira é essencial para o êxito de uma agência reguladora. É nesse contexto, aliás, que tais instituições

têm passado a sofrer diversos reveses que as enfraquecem do ponto de vista institucional, sobretudo por meio de contingenciamento de receitas.<sup>34</sup> Além disso, a gestão de recursos humanos também é fundamental para o bom desenvolvimento das atividades da agência reguladora. Daí porque decisões que impliquem uma diminuição das capacidades gerenciais das agências reguladoras sobre o seu pessoal também terá como externalidade negativa a diminuição de sua própria autonomia.

Em relação à autonomia financeira, o STF enfrentou questões relativas ao regime tributário das agências reguladoras. No Recurso Extraordinário nº 581.375, por exemplo, o Min. Celso de Mello reconheceu a constitucionalidade da Contribuição Social de Intervenção no Domínio Econômico – CONDECI-NE e negou a possibilidade de extensão de benefícios fiscais a contribuintes não contemplados pela legislação de regência.

Nos Recursos Extraordinários nº 541.511, 543.803 e 988.591, de relatoria dos Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Celso de Mello, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade do *seguro-apagão*, encargo emergencial criado pela Lei 10.438/2002, cujos fundamentos do recurso foram afastados ante a sua natureza de tarifa. Nesses casos, embora a autonomia financeira das agências reguladoras não tenha sido aventada como fundamento de decidir, os reflexos da orientação do STF possibilitaram que as agências reguladoras mantivessem relevantes fontes de custeio para a execução de suas atividades administrativas ou para que as concessões por ela reguladas pudessem garantir maior sustentabilidade econômica em favor de seus usuários.

Em outras oportunidades, discussões relacionadas à imunidade tributária recíproca também foram enfrentadas pelo STF, em ações envolvendo a cobrança de IPTU pelo Município de São Paulo à ANATEL. São eles o Recurso Extraordinário nº 683.091, de relatoria do Min. Celso de Mello; o Recurso Extraordinário nº 998.853, de relatoria do Min. Marco Aurélio; e o Recurso Extraordinário com Agravo nº 782.799, Rel. Min. Luiz Fux. Nos dois últimos casos, os recursos envolviam questões relacionadas à sucessão tributária de imóveis que antes não pertenciam a entidades regidas pelo regime jurídico de direito público, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal julgou os casos de forma desfavorável à ANATEL.

<sup>34</sup> Sobre o tema, cf. JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”. In: **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, nº 1, 2017.

Em relação à gestão dos recursos humanos, o Supremo Tribunal Federal foi instado e apreciar recursos que, no mérito, debateram assuntos relacionados ao regime jurídico dos servidores públicos das agências reguladoras. No Recurso Extraordinário nº 570.193, por exemplo, o STF debateu a possibilidade de acumulação de cargos no âmbito das agências reguladoras (RE nº 570.193), oportunidade na qual o Min. Celso de Mello reconheceu que a organização do quadro de pessoal é consectária da autonomia administrativa, provendo o recurso em favor da ANS.

Em cinco outros recursos, o STF enfrentou de possibilidade de extensão para servidores inativos da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA, prevista legalmente apenas para servidores ativos da Administração Pública federal; e da Gratificação de Efetivo Desempenho em Regulação – GEDR. Nos Recursos Extraordinários nº 847.185, de relatoria do Min. Celso de Mello; nº 891.833 e 992.790, de relatoria do Min. Luiz Fux; e no ARE nº 1.005.716, de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter geral de tais gratificações – a incidir o seu pagamento também a servidores inativos – e aplicou a orientação pacificada na Súmula Vinculante nº 20,<sup>35</sup> sem quaisquer considerações específicas sobre a necessidade de um tratamento diferenciado às agências reguladoras no tocante a esse ponto. O Supremo Tribunal Federal, contudo, ressaltou que tal extensão sofreria caráter temporal, apenas para o período em que as referidas gratificações não fossem regulamentadas para prever sistemas de avaliação efetiva dos servidores ativos. Por conta disso, no ARE nº 981.651, de relatoria do Min. Luiz Fux, o STF manteve acórdão que limitava a extensão do proveito a servidora inativa.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de transformações de cargos públicos em decisão favorável à ANVISA, em processo judicial movido por servidores públicos da agência. Trata-se do ARE nº 770.034, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Por fim, o STF também analisou de recursos que questionavam decisões proferidas pelas agências reguladoras em concursos públicos. No Recurso Extraordinário nº 613.376, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de exigências instituídas

<sup>35</sup> Súmula Vinculante nº 20: “A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.”

por agências reguladoras para a ocupação de determinado cargo, ainda que não previstos em lei. Tal discussão foi colocada em concurso público promovido pela ANAC, agência que considerava primordiais as exigências estipuladas em edital para o desenvolvimento de suas atividades institucionais. No entanto, no Agravo de Instrumento nº 850.608, de relatoria do Min. Celso de Mello, o STF considerou válido acórdão lavrado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que havia dado provimento a pessoa física que concorrera a concurso público da ANAC, entendendo que a agência reguladora estaria vinculada aos termos do edital.<sup>36</sup>

#### *D. A defesa dos marcos regulatórios pelas agências reguladoras*

Por último, ressalte-se que, muitas vezes, as agências reguladoras figuram como parte de uma demanda judicial não porque suas decisões foram objeto de impugnação, mas para a defesa do marco regulatório previsto na legislação ordinária que serve de base para sua atuação.

Esse é o caso de oito recursos envolvendo a ANTT em que se discutia a exploração de serviços de transportes terrestres interestaduais sob o regime de permissão. As questões enfrentadas pelo STF envolviam a exigência constitucional do dever de licitar e a possibilidade de prorrogação de contratos firmados antes do advento da Constituição Federal de 1988 sem a prévia adoção da licitação para a sua celebração. Em tese recorrentemente enfrentada pelo STF, firmada no bojo dos Recursos Extraordinários nº 607.126 (Rel. Min. Cármen Lúcia) e 1.025.726 (Rel. Min. Luiz Fux), nos Recursos Extraordinário com Agravo nº 885.427, 975.292 (ambos com Rel. Min. Fux), 1.039.294 (Rel. Min. Celso de Mello) e 889.506 (Rel. Min. Gilmar Mendes) e no Agravo de Instrumento nº 836.059 (Rel. Min. Carmen Lúcia), a Corte reconheceu a obrigatoriedade de licitação para concessão de transporte interestadual, não sendo possível a mera prorrogação de contratos firmados sem licitação antes do advento da Constituição de 1988. A exceção fica com o Recurso Extraordinário nº 1.041.104, de relatoria do Min. Edson Fachin, em que o relator consignou o entendimento de que, caso haja inércia do Poder Público, é possível que a exploração do serviço de transporte de passageiros seja mantida provisoriamente por outorga judicial, mantendo hígido, por conseguinte, acórdão lavrado pelo Tribunal Regional Federal

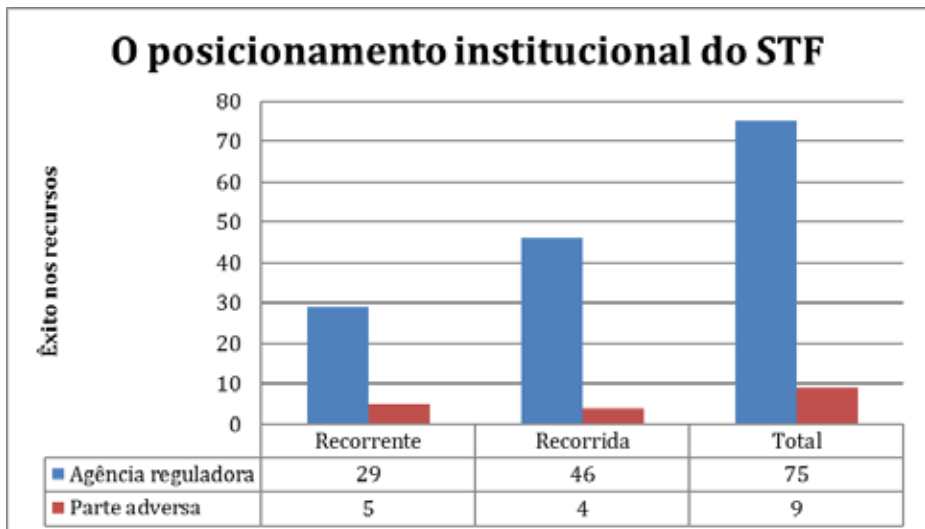
<sup>36</sup> Nesse caso específico, o relatório da decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, bem como a decisão colegiada não apresentam quaisquer detalhes sobre o caso concreto, motivo pelo qual não é possível compreender que tipo de violação a ANAC teria cometido em relação à interpretação do edital.

da 5ª Região. No entender do Min. Fachin, embora a questão atinente aos estudos necessários para a promoção de novas licitações apresentasse caráter infraconstitucional, a decisão firmada no Tribunal *a quo* não violaria a autonomia da agência reguladora, cabendo ao Poder Judiciário controlar a legalidade dos atos administrativos.

Além do mais, no Recurso Extraordinário nº 603.261, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, a ANATEL foi instada a defender a regra legal prevista no Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117/1962 – que previa a obrigatoriedade de veiculação da “A Voz do Brasil” por radiodifusoras nacionais. Nesse caso, o STF estabeleceu, igualmente, a constitucionalidade da exigência, com provimento ao pleito da agência reguladora.

*E. O posicionamento institucional da Corte: a orientação favorável do STF às teses sustentadas pelas agências reguladoras nas instâncias recursais*

Analisadas as matérias constitucionais efetivamente julgadas pelo STF, destaca-se que, de um modo geral, a Corte Superior vem adotando uma orientação sensivelmente favorável às agências reguladoras em sede recursal quando o mérito do recurso é efetivamente apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. Nos poucos casos em que isso acontece, o STF adota uma postura favorável à tese sustentada pela agência reguladora nos recursos, totalizando um percentual 88,7% de recursos julgados de forma favorável às autarquias especiais:



Veja-se que a tendência de orientação da Corte é similar mesmo quando agências reguladoras ocupam a posição de recorrente ou recorrida. Isto é: o posicionamento favorável às agências reguladoras independe da posição ocupada por ela.

Poder-se-ia cogitar que, ainda quando o mérito dos recursos é objeto de enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte apresentaria uma tendência de manutenção das decisões proferidas nas instâncias ordinárias. Essa é uma tendência que foi apresentada, por exemplo, no caso dos recursos cujo mérito constitucional não foi avaliado pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, seja pela necessidade de um célere julgamento dos recursos interpostos à Corte Superior, seja pela probabilidade de que o Supremo Tribunal Federal não reconheça uma violação direta a dispositivos constitucionais vigentes, uma hipótese vislumbrada antes da análise do comportamento do STF como instância recursal era a de que o número de decisões reformadas seria reduzido (o que se confirmou) e que, nos poucos casos em que o Supremo Tribunal Federal efetivamente analisasse a questão constitucional que lhe foi posta, o tratamento seria minimamente uniforme entre as partes.

Não é isso, contudo, o que foi constatado nos resultados pesquisa. Tanto nos casos em que o recurso é interposto pela autoridade pública (85,2%) como naqueles em que figura como parte recorrida (92%), a orientação do STF é majoritariamente favorável às agências reguladoras. Para eliminar possível viés de seleção no resultado por conta do grande volume de casos sobre uma mesma matéria, ressalte-se que mesmo que isolados os 51 casos em que o Supremo Tribunal Federal enfrenta a questão do ressarcimento ao SUS, ainda assim as agências reguladoras apresentam um êxito de 72,7% nos recursos, com menor percentual quando está no polo ativo do recurso (64,2% de êxito, com 9 vitórias em um total de 14) se comparado aos casos em que se encontra como recorrida (78,9% de êxito, com 15 vitórias em um total de 19).

Por fim, registre-se que não é possível destacar um tema sobre o qual o Supremo Tribunal Federal especialmente se posiciona de forma mais desfavorável às agências. Em verdade, em 4 dos 9 casos em que o STF julgou o mérito de seus recursos de forma contrária ao posicionamento institucional das agências reguladoras, a matéria envolvida versava sobre litígios de servidores públicos inativos para o recebimento de gratificações. Em outros dois, o embate se dava entre a ANATEL e o Município de São Paulo, em que a imunidade tributária recíproca foi afastada por circunstâncias específicas do caso concreto. Ademais, em um dos feitos, a lide de uma pessoa física em face da ANAC por questão relativa a concurso público levou a um posicionamento favorável à parte adversa da agência reguladora.

Note-se, pois, que apenas em dois casos o Supremo Tribunal Federal veio a contrariar uma agência reguladora no mérito em relação à sua regulação setorial, que configura o cerne da atividade institucional das agências reguladoras. O Recurso Extraordinário nº 1.065.347, em que o Supremo Tribunal Federal considerou a inconstitucionalidade de exigências da ANS para autorização de atividades econômicas (sanção política); e o Recurso Extraordinário nº 1.041.104, em que a Corte possibilitou a continuidade da vigência de contratos de delegação de serviços públicos a despeito do posicionamento institucional da ANTT representam as duas únicas vitórias do setor regulado sobre as agências reguladoras que envolvesse o mérito efetivo de uma questão constitucional relativo à atividade das agências reguladoras.

### 3.2.2. *O posicionamento individual dos Ministros no julgamento das agências reguladoras*

Por derradeiro, é necessário analisar o comportamento individual dos Ministros para determinar se, do ponto de vista das posições monocráticas de cada relator, o resultado final dos casos possui tendências que se afastam da média do posicionamento institucional da Corte. Os dados estão apresentados abaixo:

Ministro	Posicionamento favorável	Posicionamento contrário
CELSO DE MELLO	38	2
MARCO AURELIO	3	3
GILMAR MENDES	6	0
RICARDO LEWANDOWSKI	5	0
DIAS TOFFOLI	3	0
CARMEN LÚCIA	9	0
LUIZ FUX	6	3
EDSON FACHIN	0	1
ELLEN GRACIE	1	0
EROS GRAU	3	0
JOAQUIM BARBOSA	2	0

Como é possível notar, a grande maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal possuem tendências similares ao posicionamento institucional da Corte.<sup>37</sup> Um dado curioso é a incidência acentuada de casos do Ministro Celso de Mello com análise efetiva do mérito constitucional em relação aos demais Ministros – um total de 40 casos em um universo de 84, quase metade dos casos catalogados. Dentre esses 40 casos, 33 representam recursos em que se debateu o ressarcimento ao SUS. De todo modo, a tendência do Ministro quanto a um posicionamento favorável às agências reguladoras segue a média geral da Corte, com um total de apenas 2 casos desfavoráveis em um universo de 9 recursos remanescentes.

O posicionamento mais contundente observado nos casos qualificados está na posição adotada pelo Ministro Marco Aurélio, que possui uma média de 50% de julgados favoráveis e desfavoráveis às agências reguladoras. A circunstância especial está no fato de que todos os julgados favoráveis à uma autarquia especial foram em casos envolvendo o ressarcimento ao SUS, tema que possui entendimento pacificado no âmbito da Corte Constitucional. Nos demais casos, todos os seus posicionamentos foram desfavoráveis às agências: dois processos envolvendo matérias sobre regime de gratificações para servidores inativos, e um contrário à aplicação da imunidade tributária recíproca a litígio da ANATEL com o Município de São Paulo. Essa tendência segue o posicionamento que é observável do mesmo Ministro em ações de controle concentrado que envolvam agências reguladoras: conforme apontado em estudo anterior,<sup>38</sup> o Ministro Marco Aurélio é, desde o início dos debates sobre o assunto no âmbito do STF, o Ministro que apresenta maior resistência ao regime jurídico especial das agências reguladoras, em especial na ADI nº 4874, em que o Ministro sustentou forte contestação contra a autonomia normativa das agências reguladoras<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Os ministros não listados na tabela acima não participaram do julgamento de recursos que tiveram o seu mérito analisado pela Corte.

<sup>38</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo; BRUMATI, Luiza. “O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais”. No prelo.

<sup>39</sup> “O princípio da legalidade é o lastro de um Estado Democrático de Direito. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A atuação das agências faz-se no campo executivo; é atuação em campo específico, é fiscalizadora. Não se pode conceber – e já foi evocado o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – delegação, muito menos às agências, para que normatizem! E esse artigo versa – e não se estabeleça distinção entre normatizar e impor norma legal propriamente dita – que não pode haver delegação, a quem quer que seja, de atribuição do Congresso Nacional. E cabe apenas ao Congresso Nacional, em que pese o precedente sobre o amianto, proibir algum produto no território brasileiro, por melhor que seja a intenção que impere” (ADI nº 4874, voto do Ministro Marco Aurélio, p. 186).



Por fim, registre-se o único caso em que o Ministro Edson Fachin afastou-se de sua jurisprudência defensiva. Na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.041.104, o então relator apresentou postura pouco deferente ao debate acerca da possibilidade de manutenção de contratos de delegação de serviços públicos de transporte de passageiros celebrados sem prévio procedimento licitatório anteriormente à Constituição Federal de 1988. A despeito de outras sete oportunidades em que o STF enfrentou a questão e consignou entendimento sólido quanto à precariedade destes contratos, o Ministro Fachin entendeu por bem manter acórdão do Tribunal de origem que garantia a continuidade de tais negócios jurídicos, ainda que momentaneamente.

De todo modo, é necessário apontar que, considerando que se trata de apenas um único caso, ele não revela, propriamente, uma tendência do Ministro, mas apenas um dado a ser destacado em relação aos demais Ministros que possuem tendências favoráveis às agências reguladoras de um modo geral.

#### 4. CONCLUSÕES

Este artigo busca compreender de que maneira o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce controle sobre as agências reguladoras federais em instância recursal. Para isso, analisou-se quantitativa e qualitativamente uma amostra dos processos judiciais envolvendo as agências reguladoras federais no STF cujas demandas foram apreciadas em sede recursal (isto é, no bojo de recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários).

Para compreender o papel do Supremo Tribunal Federal nesses casos, o estudo foi proposto a partir de dois eixos. O primeiro deles envolve a *propensão* da Corte a avaliar demandas em instância recursal sobre questões que envolvam agências reguladoras, a confirmar se as autarquias de regime jurídico especial inserem-se no contexto de uma *jurisprudência defensiva*. O segundo eixo envolve a *tendência de posicionamento* do Supremo Tribunal Federal em relação à tese que é defendida por uma agência reguladora em uma demanda, quando o mérito da questão constitucional é efetivamente analisado. Isso pode se dar tanto em ações que questionam efetivamente as decisões administrativas das agências reguladoras, oportunidade na qual será possível apurar o nível de deferência do Supremo Tribunal Federal no controle do conteúdo decisório das agências; ou em demais ações que envolvem o regime jurídico das agências reguladoras e os marcos regulatórios que regem a sua atuação, casos nos quais é possível avaliar o posicionamento institucional do STF em relação ao regime especial conferido às agências reguladoras.

Os resultados da pesquisa confirmam as hipóteses levantadas, demonstrando que (i) de um modo geral, o Supremo Tribunal Federal não avalia o mérito das controvérsias jurídicas sobre as agências reguladoras em sede recursal (97,2% dos recursos), acompanhando sua jurisprudência defensiva para as hipóteses gerais; e (ii) que, nos poucos casos em que o mérito da controvérsia constitucional é efetivamente enfrentado pela Corte, o STF adota uma postura favorável à interpretação conferida pela agência reguladora ao ordenamento jurídico (88,7%), tanto nos casos em que o recurso é interposto pela autoridade pública (85,2%) como naqueles em que figura como parte recorrida (92%). Neste último tópico, foi possível observar, ainda, que os Ministros da Corte seguem, de maneira geral, as tendências institucionais do STF, à exceção dos Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº. 213, 1998, p. 141/148.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <https://bit.ly/2SpNZ7F>. Acesso em: 27 out. 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº 229, 2002, p. 285/311.
- BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.
- CONFORTO, Glória. Descentralização e Regulação da Gestão de Serviços Públicos. **Revista de Administração Pública – RAP**, Vol. 32, 1, 1998, p. 27/40.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

- ESKRIDGE JR, William N.; BAER, Lauren E. The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan. *Geo. LJ*, v. 96, p. 1083, 2007.
- JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *REI – Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudo-sinstitucionais.com/REI/article/view/307/266>. Acesso em: 10 maio 2020.
- \_\_\_\_\_; RIBEIRO, Maurício Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, nº 1, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- \_\_\_\_\_. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo, SP: Dialética, 2002.
- KING, Jeff A. “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud*, 409.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O (Projeto de) Novo Código de Processo Civil e a “jurisprudência defensiva”. In: **Interesse Público - IP. Belo Horizonte**, ano 15, n. 80, jul. / ago. 2013, versão digital, p. 01.
- MAJONE, Giandomenico. “Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança”. In: **Revista do Serviço Público**, v. 50, nº 1, 1999.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. **Revista da Faculdade de Direito**, nº 99, São Paulo: USP, jan/dez, 2004, p. 723/746.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006; GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras. Fórum Administrativo**. Vol. 1, nº 8. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 1009/1016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Agências reguladoras. Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 145/184.

- PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Vol. 2, nº 5. Curitiba: Juruá, 2000, p. 59/66.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº 216, 1999, p. 125/162.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Carlos Ari Sunfeld (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 17/38.
- TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº 221. 2000, p. 1/5.
- WALD, Arnaldo. A autonomia das agências reguladoras. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 8, nº 170, fev. 2004.

## O STF E O CONTROLE DAS LEIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS<sup>1</sup>

*The Supreme Court and the review of statutes  
on federal regulatory agencies*

*Em coautoria com:*

Renato Toledo Cabral Junior<sup>2</sup>

Luiza Brumati<sup>3</sup>

### I. INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto do projeto denominado “Regulação em Números”, da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). O objetivo central do trabalho é avaliar o papel do Supremo Tribunal Federal no contexto da implantação do Estado Regulador brasileiro. Para este fim, foram lidas e examinadas as ações movidas perante o STF em que foram impugnadas leis e medidas provisórias que disciplinam o regime jurídico especial das agências reguladoras federais no país.

De um lado, pretende-se avaliar o uso da jurisdição constitucional para questionar o modelo das agências reguladoras sob a perspectiva dos *postulantes*. Isto implica identificar: quais são os principais agentes que levaram ao Supremo Tribunal Federal discussões quanto à legitimidade das agências reguladoras no ordenamento constitucional brasileiro (“*quem postula*”); as razões que os levam a buscar a Corte Superior para questionar o modelo (“*por*

<sup>1</sup> Artigo publicado originalmente na Revista de Investigações Constitucionais (RINC), vol. 7, nº 2, pp. 549-600, maio/ago 2020.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ. Assistente acadêmico na Fundação Getúlio Vargas. Advogado associado do escritório Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: toledocabral@gmail.com.

<sup>3</sup> Pesquisadora na FGV Direito Rio.

que postulam”); e em que momento histórico decidem impugnar determinada legislação que disciplina o regime jurídico destas instituições (“quando postulam”).

Da perspectiva da *instituição*, as mesmas perguntas básicas se repetem. Quis-se identificar (i) quanto tempo as contestações ao regime das agências levam tramitando e sendo deliberadas (“quando decidem”); (ii) quais temas foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal e o respectivo entendimento firmado pela Corte (“o que e como decidem”); e (iii) qual o comportamento e posicionamento individual dos Ministros frente a estas contestações (“quem e como decide”).

### 1.1. A reforma do Estado e a proliferação de agências reguladoras

A crise do Estado do bem-estar social resultou em período de intensa reforma administrativa nas últimas décadas do século XX. Antes considerado o principal agente da economia (sobretudo em seu modo de intervenção direta por meio de empresas estatais), o Estado teve seu papel reconfigurado num contexto de sucessivas privatizações e desestatizações. O processo foi acompanhado de necessidade cada vez maior de fiscalização das atividades que foram delegadas ao setor privado. Este movimento levou ao que se convencionou chamar de *Estado regulador*<sup>4</sup>.

A liberalização de alguns setores da economia à iniciativa privada constituiu um processo extremamente complexo e sensível. Para capitaneá-lo, em vários países se optou pela criação das chamadas *agências reguladoras* – entidades relativamente independentes da administração central, com *autonomia reforçada*<sup>5</sup>, compostas por especialistas na matéria, com garantias de poder decisório insulado do processo político e dotadas de significativos

<sup>4</sup> MAJONE, Giandomenico. “Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança”. In: **Revista do Serviço Público**, v. 50, nº 1, 1999. Marçal Justen Filho identifica quatro distinções significativas entre essa nova concepção estatal diante do Estado de Providência: (i) a transferência para a iniciativa privada de atividades anteriormente desenvolvidas pelo Estado, inclusive com a liberalização de atividades até então monopolizadas; (ii) a preferência pelo instrumento interventivo indireto, por meio da regulação da atividades sociais e econômicas (competência regulatória); (iii) a atuação estatal norteada não apenas pelas correções das falhas de mercado, mas também admitindo-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política e social; bem como (iv) a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 655.

<sup>5</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

recursos financeiros e humanos. Com esse modelo, a regulação de atividades econômicas antes submetidas ao monopólio estatal (como os serviços de telecomunicações, energia elétrica, gás, transporte ferroviário, etc.) passou a ser atribuída a instituição pública desenhada para lidar com a complexidade dessas funções<sup>6</sup>.

## 1.2. As agências reguladoras no Brasil

No Brasil, esse fenômeno se deu sobretudo no final da década de 1990 e no início da década seguinte<sup>7</sup>, especialmente durante o período de Reforma Administrativa e sob a vigência do chamado Plano Nacional de Desestatização (PND – Leis nº 8.031/1990 e nº 9.491/1997).

Esse modelo, no entanto, não encontrava respaldo expresso na Constituição Federal. O constituinte originário não concebeu o desenho das agências reguladoras. Limitou-se a prever no art. 174 o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica<sup>8</sup>. Mesmo as emendas constitucionais editadas no período de Reforma Administrativa que previram a instituição de *órgãos* reguladores para o setor de telecomunicações (EC nº 08/1995, que modificou a redação do art. 21, XI da CRFB) e para o setor de petróleo e gás natural (EC nº 09/1995, que alterou a redação do art. 177, §2º,

<sup>6</sup> KING, Jeff A. “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud.*, 409.

<sup>7</sup> Confira-se, a propósito, o relato de Gustavo Binbenbojm sobre o assunto: “Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 1980, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto. O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias. Por outro lado, a transferência de serviços públicos e/ou de sua execução à iniciativa privada não poderia conduzir a um Estado puramente liberal, guiado pelo não-intervencionismo. Daí as agências constituírem também efeito da reforma por que passou o Estado brasileiro, na medida em que foram institucionalmente incumbidas da regulação tanto de serviços públicos desestatizados, como de outras atividades econômicas de relevante interesse social, devolvidas total ou parcialmente à iniciativa privada.” (BINENBOJIM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 266/267).

<sup>8</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

inciso III da CRFB) não impuseram a regulação por meio de agências independentes; apenas previam que determinados setores da economia seriam regulamentados pela Administração Pública.

Foi apenas no âmbito infralegal que as agências reguladoras passaram a figurar na realidade normativa brasileira. A primeira delas foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427/1996. Em seguida, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei 9.472/1997); a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Lei 9.478/1997); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/1999); a Agência Nacional de Agência Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/2000); a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984/2000); a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10.233/2001); a Agência Nacional do Cinema (Medida Provisória nº 2.228-1/2001); a Agência Nacional da Aviação Civil (Lei nº 11.182/2005) e, mais recentemente, a Agência Nacional de Mineração – ANM (Lei nº 13.575/2017). Em todas os casos, as autoridades reguladoras foram reconhecidas como *autarquias<sup>9</sup> sob regime especial<sup>10</sup>*.

*Ao todo, há atualmente no Brasil onze agências reguladoras no âmbito federal, cujos desenhos institucionais estão em constante revisão. Exemplos*

<sup>9</sup> A base conceitual para o conceito de autarquia se encontra no art. 5º, inciso I do Decreto-lei nº 200/1967. Segundo o dispositivo, a autarquia é um o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. A peculiaridade das agências está justamente no *regime especial* desenhado para estas instituições.

<sup>10</sup> Por aparente atecnica legislativa, a definição do regime especial é distinta em cada lei de criação das agências reguladoras. Veja-se, por exemplo, que a Lei da ANATEL caracteriza esse regime pela “*independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*” (cf. art. 8º, §2º da Lei nº 9.472/1997). Já a Lei da ANS a caracteriza pela “*autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes*” (cf. art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.961/2000. De todo modo, em todos os casos, é relevante notar que o regime especial delimita um espaço de relevante autonomia e independência para as agências reguladoras no ponto de vista político, gerencial e decisório (ao menos no campo normativo). Ainda cabe destaque que recentemente a Lei nº 13.848/2019, a chamada “Lei Geral das Agências” pretendeu a uniformização da definição do regime especial, dispondo, em seu art. 3º, “A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.” garantindo as citadas autonomia e independência e a caracterização específica de cada Lei.



disso são as ampliações das competências regulatórias da ANCINE (Lei nº 12.485/2011)<sup>11</sup> e da ANA (Medida Provisória nº 844/2018 e Medida Provisória nº 868/2018)<sup>12</sup>, bem como as recentes propostas de unificação da ANTT com a ANTAQ numa única agência de transportes<sup>13</sup>.

### 1.3. Reação ao modelo das agências reguladoras

A proliferação destas entidades administrativas especializadas gerou alguns desafios para a teoria do direito administrativo e do direito público. Naquilo que concerne a este artigo, diferentes atores políticos e econômicos passaram a questionar se o modelo das agências reguladoras seria compatível com a Constituição Federal e, mais especificamente, se tais instituições subvertiam ou não a separação de poderes, o princípio democrático e o princípio da legalidade.

No âmbito doutrinário, publicistas relevantes apresentaram fortes críticas às agências reguladoras. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, além de considerar as agências reguladoras inconstitucionais, questionou duramente a extensão de mandatos de seus dirigentes para além de um mesmo período governamental. Segundo ele, a essência da República estaria na temporariedade dos mandatos e na possibilidade de a sociedade escolher governantes com orientações diversas dos governos precedentes. Nas suas palavras, o modelo desenhado para as agências reguladoras no Brasil era uma “*fraude contra o próprio povo*”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> A Lei nº 12.485/2011, que disciplina a comunicação audiovisual de acesso condicionado, ampliou as competências da ANCINE, que passou a regular as atividades de programação e de empacotamento previstas no referido marco legal.

<sup>12</sup> A Medida Provisória nº 844/2018 tinha por objetivo o marco legal do saneamento básico e alterar a Lei nº 9.984/2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento básico. Referida medida provisória não foi aprovada pelo Congresso Nacional, motivo pelo qual sua vigência foi encerrada. A Medida Provisória nº 868/2018, com redação similar, ainda se encontra vigente.

<sup>13</sup> Segundo informações disponibilizadas na imprensa: “O ministro da Infraestrutura, Tarcísio Freitas, reafirmou a intenção do governo Jair Bolsonaro de unir a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). A afirmação foi feita pelo ministro no pregão da B3, onde o governo realizou nesta manhã de sexta-feira, 15, o leilão de aeroportos – a primeira concessão do governo Bolsonaro. ‘Estamos estudando outras possibilidades, a própria fusão de ANTT e Antaq. Não é um coisa definida, mas que está em estudo e vai ser feito se a gente perceber que há ganho para a regulação’, afirmou”. Disponível em <https://istoe.com.br/correcao-infraestrutura-reforca-intencao-em-fusao-da-antt-com-antaq/>. Acesso em 15/03/2019.

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 153/154.

Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, embora contestasse a existência das agências reguladoras, adotou posição menos extrema sobre o assunto. Para ela, contudo, as agências reguladoras deveriam encontrar respaldo normativo expresso na Constituição Federal. Por isso, na sua visão, apenas a ANATEL e a ANP poderiam contar com a autonomia e a independência atribuídas às agências reguladoras. Quanto às demais, caberia a elas respeito aos mandamentos de todos os poderes da República, com ampla possibilidade de revisão de seus atos.<sup>15</sup>

Outros autores defenderam a existência das agências reguladoras no Brasil<sup>16</sup>, propondo parâmetros para compatibilizá-las com os ditames da

---

<sup>15</sup> Confirmam-se as afirmações da autora: “A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP, com a referência à expressão órgão regulador contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III. As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 612.

<sup>16</sup> É possível enumerar diversos trabalhos sobre as agências reguladoras desde a década de 1990 até os dias atuais. Confirmam-se, por todos: CONFORTO, Glória. Descentralização e Regulação da Gestão de Serviços Públicos. **Revista de Administração Pública – RAP**, Vol. 32, 1, 1998, p. 27/40; AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº. 213, 1998, p. 141/148; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº 216, 1999, p. 125/162; SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Carlos Ari Sunfeld (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 17/38; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 145/184; PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Vol. 2, nº 5. Curitiba: Juruá, 2000, p. 59/66; TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº 221. 2000, p. 1/5; MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. **Fórum Administrativo**. Vol. 1, nº 8. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 1009/1016; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002; JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo, SP: Dialética, 2002; BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, nº 229, 2002, p. 285/311; MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. **Revista da Faculdade de Direito**, nº 99, São Paulo: USP, jan/dez, 2004, p. 723/746; WALD, Arnoldo. A autonomia das agências reguladoras. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 8, nº 170, fev. 2004, p. 42/43; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005; MATTOS,

Constituição Federal<sup>17</sup>. O embate, contudo, não se limitou ao âmbito de livros e artigos sobre o tema, espalhando-se também para o Poder Judiciário.

#### 1.4. Qual a relevância do Supremo Tribunal Federal no debate sobre o modelo das agências reguladoras?

A discussão sobre a legitimidade de tais instituições teve o Supremo Tribunal Federal como um de seus foros de debate. Como cabe ao STF o controle de constitucionalidade sobre leis e demais atos normativos com eficácia vinculante e *erga omnes* (art. 102, §2º da CRFB), diversos atores passaram a questionar, perante a Suprema Corte, a compatibilidade das leis de criação destas agências com a Constituição Federal.

O objetivo deste artigo é documentar e examinar esse fenômeno, tanto sob a ótica de seus postulantes (isto é, aqueles que apresentaram demandas perante o STF para questionar o modelo das agências reguladoras) quanto sob a perspectiva do próprio Supremo Tribunal Federal enquanto instituição julgadora. Embora haja um número reduzido de ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema, é possível identificar variáveis que iluminam determinadas tendências de atuação sob ambos os enfoques sugeridos.

A importância desse estudo está em entender qual o papel da jurisdição constitucional e, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal como foro de debate sobre o modelo das agências reguladoras no Brasil. Na medida em que a história nos revela que há diversas formas de desestruturar uma agência reguladora mesmo com a manutenção de tais instituições no ordenamento legal<sup>18</sup>, este estudo tem o condão de iluminar em que medida o STF é uma engrenagem relevante para o desenvolvimento e consolidação de modelos institucionais específicos para a regulação econômica e social no país. É dizer: mesmo que, em uma análise contextual, seja possível vislumbrar pouca independência prática para as agências reguladoras no Brasil, certo é

---

Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006; GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>17</sup> Destaca-se, sobre o tema, a obra “Agências Reguladoras e Democracia”, organizada por Gustavo Binenbojm, que contou com artigo dos autores Alexandre Santos de Aragão, Luís Roberto Barroso, Laís Calil, Egon Bockmann Moreira, Mariana Mota Prado, Joaquim Barbosa, Paulo Correa, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Lauro Antonio Nogueira Soares Júnior. V. BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>18</sup> Sobre o tema, v. JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”. In: **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, nº 1, 2017.

que sua existência pressupõe a própria validação do modelo institucional das *autarquias em regime especial* pela Corte Constitucional.

Por isso, este artigo se propõe a averiguar, sob a perspectiva dos postulantes, (i) quais atores buscam a invalidação ou a imposição de limites aos poderes das agências reguladoras pela via do controle abstrato de constitucionalidade de normas (“quem postula?”); (ii) quais são suas motivações (“por que postula?”) e (iii) em que momento tais demandas são ajuizadas (“quando postula?”). As mesmas perguntas básicas se repetem na segunda parte, em que se adota a perspectiva do STF: (iii) quanto tempo as contestações levam tramitando e sendo deliberadas (“quando decidem?”); (ii) quais os objetos debatidos e com base em quais fundamentos eles decidem (“o que e como decidem?”); e (iii) qual o comportamento e o posicionamento individual dos ministros frente a estas contestações (“quem e como decide?”). Em suma, pretendeu-se investigar os elementos do passado para buscar indícios sobre o futuro, sobretudo porque o debate sobre a independência institucional das agências reguladoras volta constantemente à tona.

### **1.5. A estrutura deste artigo**

Este artigo está estruturado da seguinte forma. Após esta introdução, o item 2 abordará o objeto da pesquisa, a sua metodologia, os critérios de avaliação e uma síntese das conclusões obtidas. Nos itens 3 e 4, então, serão exibidos os resultados a partir de delimitações e classificações desenvolvidas pelos autores. No item 3, os dados serão analisados sob a ótica dos postulantes das ações, enquanto no item 4 serão avaliados os dados relativos à atuação do Supremo Tribunal Federal. No item 5, por fim, serão apresentadas as conclusões finais do trabalho e breves reflexões sobre o assunto.

## **2. METODOLOGIA DA PESQUISA E SÍNTESE DOS RESULTADOS**

### **2.1. O objeto da pesquisa**

Como já se afirmou acima, este artigo é fruto do projeto denominado “Regulação em Números”, da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). O objetivo do trabalho é avaliar o questionamento do modelo das agências reguladoras no Brasil perante o Supremo Tribunal Federal. Para este fim, foram lidas e examinadas todas as ações movidas perante o STF e as decisões da Corte que envolvem leis infraconstitucionais que tratem sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais no país.

De logo, observe-se que este artigo se dispõe a analisar apenas leis (no seu sentido amplo, o que também abrange medidas provisórias) que tenham por objeto definir o regime jurídico das agências reguladoras federais. Este corte metodológico inclui as leis de criação das agências reguladoras, leis que ampliam as suas competências, como também outras leis que disciplinam o seu regime jurídico de forma específica (tal como o fez, *v.g.*, a Lei nº 9.986/2000, em que se adotava o regime celetista para os agentes públicos das agências reguladoras, e que foi questionada nas ADI nº 2310 e 2315).

O objetivo é identificar em que medida o modelo das agências reguladoras é questionado *em abstracto*, e não por meio da contestação de atos concretos editados e promovidos pelas agências reguladoras<sup>19</sup>. Daí a escolha das ações movidas perante o Supremo Tribunal Federal, instituição a quem foi atribuída a capacidade institucional para avaliar a constitucionalidade objetiva de leis e atos normativos. Por outro lado, a escolha das agências federais se justifica pela sua importância na economia do país, o maior conhecimento geral sobre a sua existência (o que amplia, também, o debate sobre elas) e a presença de um maior número de entidades regulatórias independentes no Poder Executivo federal em comparação com os demais entes da Federação.

É preciso reconhecer, contudo, que a definição deste escopo encontra dificuldades e fragilidades não negligenciáveis. Isso porque importantes manifestações jurisprudenciais sobre o tema se deram em casos envolvendo agências estaduais (tal como na ADI nº 1949, em que se legitimou o modelo

<sup>19</sup> No Brasil, alguns estudos sobre o controle judiciais das agências reguladoras vem sendo desenvolvidos. Um estudo do CNJ, por exemplo, analisou 1.371 ações judiciais em que foram questionadas decisões de agências reguladoras entre 1994 e 2010 e revelou que mais de 80% dos casos que tiveram seu mérito julgado pelos tribunais superiores foram favoráveis às agências – tão embora, no decorrer do processo, a incidência de decisões desfavoráveis esteja presente com alguma incidência. Segundo o relatório, a complexidade e o caráter estritamente técnicos das entidades administrativas autônomas é uma de suas razões de decidir. Juliano Maranhão, ao analisar o estudo, observa que (i) há uma supervalorização de questões procedimentais; (ii) os magistrados geralmente carecem de conhecimento técnico para resolver as questões; (iii) a dicotomia entre o direito público e privado dificulta a compreensão judicial sobre assuntos regulatórios complexos; e (iv) há uma insensibilidade ao raciocínio regulatório que, muitas vezes, leva o Poder Judiciário a um formalismo jurídico (Juliano Maranhão, A revisão judicial de decisões de agências regulatórias: jurisdição exclusiva?”. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). **O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 26-46). Ainda sobre o tema, *v.*, por todos, WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. “Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise de jurisprudência brasileira”. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: FGV, 2010, versão digital, p. 236-305.

de mandatos fixos dos dirigentes das entidades reguladoras independentes do Estado do Rio Grande do Sul<sup>20</sup>) ou em demandas em que se questionavam atos concretos das agências e leis estaduais que conflitavam com mandamentos normativos por elas editados<sup>21-22</sup>. Ainda assim, no entanto, o recorte aqui

<sup>20</sup> Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente. (...) 3. Ressalte-se, ademais, que **conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia.** (...) 5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo. 6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo (ADI 1949, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, DJe 14/11/2014).

<sup>21</sup> Basta notar que o mais recente julgamento colegiado sobre o tema pesquisado – a ADI nº 4784 – cita como precedentes os seguintes casos: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014. Destes, apenas a ADI nº 1668 faz parte da base de dados consolidada.

<sup>22</sup> Veja-se o exemplo da ADI nº 4093, que tinha por objeto a Lei do Estado de São Paulo nº 12.623/2007. Naquele caso, a discussão sobre a constitucionalidade sobre uma lei estadual levou ao debate sobre o poder regulatório da ANVISA, nos seguintes termos: “**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI ESTADUAL Nº 12.623/2007. DISCIPLINA DO COMÉRCIO DE ARTIGOS DE CONVENIÊNCIA EM FARMÁCIAS E DROGARIAS. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. IMPROCEDÊNCIA.** (...) **Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa**

realizado permite levantar diretrizes sobre a atuação da sociedade civil e do Supremo Tribunal Federal no debate em questão.

## 2.2. Metodologia para definição da base de dados

Para encontrar respostas a tais indagações, foi necessário analisar um amplo número de processos ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal. O portal da Corte disponibiliza em seu *site* um campo de pesquisa em que é possível identificar, a partir dos termos definidos pelo usuário, quais ações de controle concentrado foram ajuizadas. Para tanto, utilizaram-se os nomes de cada uma das agências reguladoras, o termo genérico “agência reguladora” (no plural e singular) e diferentes variações dos números das leis criadoras de cada agência reguladora para delimitar o primeiro espaço amostral da pesquisa. O limite temporal estabelecido para tanto foi o dia 31/12/2018, tendo em vista o período em que as pesquisas foram realizadas. Com isso, foram encontradas centenas de ações de controle concentrado (ADI, ADC, ADO e ADPF) sobre o tema.

A partir de então, a pesquisa envolveu a leitura da ementa das ações identificadas, de suas petições iniciais, de seus acompanhamentos processuais, de suas decisões liminares e dos acórdãos proferidos no curso de cada ação. Foram eliminadas todas as ações que, embora fizessem menções aos termos pesquisados, não guardavam pertinência com o objeto de pesquisa. Esta medida foi especialmente importante já na etapa inicial das pesquisas, na medida em que diversas leis que criaram agências reguladoras também estipulam regras sobre o marco regulatório do setor econômico no geral. Daí a necessidade de realização de um exame crítico de cada uma das ações com o objetivo de delimitar com precisão a base de dados sobre a qual o estudo se debruçaria.<sup>23</sup>

---

**primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente. As normas da ANVISA que extrapolem sua competência normativa – como é o caso da proibição de comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias – não se revelam aptas a obstar a atividade legiferante dos entes federados. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 4093, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, DJe 17/10/2014. Grifos nossos).**

<sup>23</sup> A título de exemplo, parte das ações diretas encontradas com os termos de pesquisa se relacionam com marcos regulatórios setoriais, embora não tratem especificamente sobre as agências reguladoras responsáveis para supervisionar a matéria. É o caso de ações que discutem sobre *royalties* sobre o petróleo (e.g., ADIs n<sup>os</sup> 5936, 5621, 5038, 4920, 4918 e 4917); sobre questões ao setor de infraestrutura de telecomunicações (e.g., ADIs n<sup>os</sup> 1863 e 1840); ou de normas

Além disso, mesmo ações diretas que questionaram leis e dispositivos específicos sobre as competências das agências reguladoras federais foram excluídas do espaço amostral em razão do *fundamento* adotado pelos autores das ADI. O objetivo deste corte foi delimitar um espaço amostral em que a intenção dos requerentes das ações foi obter um provimento de mérito do Supremo Tribunal Federal sobre a invalidade material do desenho institucional ou de determinado aspecto relativo à agência reguladora.

Na ADI nº 3465 e na ADI nº 3326, por exemplo, questionou-se a ampliação da competência da ANP, mas apenas por questões formais. É que a Medida Provisória nº 227/2004 estabelecia, em seu art. 11, a competência da ANP para estabelecer os termos e as condições de marcação do biodiesel, para sua identificação e delimitação do percentual de biodiesel ao óleo diesel derivado do petróleo, observadas as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Política Energética. Segundo o autor das ações – o Partido da Frente Liberal (PFL), atualmente Democratas (DEM) – o dispositivo em questão seria inconstitucional na medida em que a Constituição Federal, em seu art. 177, §2º, III, seu art. 246 e o art. 3º da Emenda Constitucional nº 09/1995, vedaria a edição de medida provisória sobre tal matéria. Assim, embora o dispositivo impugnado tenha relação com a competência regulatória da ANP sobre o mercado de biodiesel, o fundamento apresentado pelo partido político não tinha por pretensão impugnar o regime jurídico da agência reguladora sob qualquer aspecto. O mesmo se deu, por exemplo, no bojo da ADI nº 3090, em demanda relativa à ampliação de competências da ANEEL pela Medida Provisória nº 144/2003. Por tal circunstância, as aludidas ações foram excluídas do objeto de análise deste artigo.

Ao final, chegou-se ao resultado de 18 ações diretas de inconstitucionalidade, envolvendo a ANATEL (2), a ANTT (4), a ANTAQ (2), a ANP (3), a ANCINE (1), a ANVISA (1), a ANA (2) e todas as agências em uma mesma ação (4), conforme tabela a seguir:

ADI	Agência Reguladora	Lei
6033	Todas	Lei 10.871/2004
6006	ANA	Medida Provisória nº 844/2018
5993	ANA	Medida Provisória nº 844/2018
5906	ANTT	Lei nº 10.233/2001
5372	ANTT	Lei nº 12.996/2014; Lei nº 10.233/2001

---

sobre serviços de acesso condicionado que não necessariamente contestam o regime jurídico da ANCINE (e.g., ADIs nºs 4923, 4756, 4747 e 4703).



ADI	Agência Reguladora	Lei
5371	ANTT e ANTAQ	Lei 10.233/2001
4874	ANVISA	Lei nº 9.782/1999
4679	ANCINE	Lei nº 12.485/2011
4226	ANATEL	Lei nº 9.472/1997; Lei nº 10.871/2004
3596	ANP	Lei nº 9.478/1997
3366	ANP	Lei nº 9.478/1997
3273	ANP	Lei nº 9478/1997
3240	Todas	Lei nº 10.871/2004
2658	ANVISA	Medida Provisória nº 2190-34/2001
2543	ANTT e ANTAQ	Lei nº 10.233/2001
2315	Todas	Lei nº 9.986/2000
2310	Todas	Lei nº 9.986/2000
1668	ANATEL	Lei nº 9472/1997

### 2.3. Os critérios de avaliação e a síntese dos resultados

Uma vez estabelecida a base de dados, os casos foram destrinchados e classificados a partir das seguintes variáveis: (i) número do processo no STF; (ii) agência reguladora envolvida; (iii) assunto do processo; (iv) lei questionada; (v) dispositivos legais questionados; (vi) data da publicação da lei; (vii) data da distribuição da ação; (viii) tempo de reação entre a data de distribuição da ação e a data de publicação da lei; (ix) requerente da ação; (x) dispositivos constitucionais invocados; (xi) relator da ação; (xii) existência de julgamento liminar e, em caso positivo, (xiii) seu resultado; e (xiv) data em que a decisão foi proferida; elementos também reproduzidos no caso das decisões de mérito (variáveis xv, xvi e xvii). Além disso, foi delimitado (xviii) o tempo de julgamento final nos casos em que houve julgamento final; ou, (xix) o tempo em que o processo se encontra em trâmite perante o STF sem decisão final, considerando como marco limite o dia 31/12/2018, tendo em vista o limite temporal estabelecido para a elaboração dos estudos e deste artigo.

Em síntese, a despeito do reduzido número de processos de controle concentrado examinados para a pesquisa, foi possível observar que (i) as ações são dominadas por partidos políticos, a despeito de associações dos setores regulados apresentarem uma crescente participação nestes processos. Além disso, (ii) embora a existência das agências reguladoras tenha sido contestada *em abstrato* no início do seu surgimento, as ações diretas de inconstitucionalidade se sofisticaram com o tempo e apresentam demandas sobre aspectos específicos de seus regimes jurídicos, com o objetivo de impor limites à sua atuação. Por fim, foi possível verificar que (iii) partidos políticos possuem a

tendência de contestar os atos normativos criadores de competências de agências reguladoras em um curto espaço de tempo desde sua edição, enquanto associações e federações tem pretensões em tempos consideravelmente mais extensos, muitas vezes em razão de elementos contextuais da atividade concreta da agência reguladora.

Já em relação ao Supremo Tribunal Federal, é possível notar que a Corte desempenhou (e ainda desempenha) papel relevante na consolidação do modelo das agências reguladoras no Brasil, processo este ainda em andamento. Nos cinco casos em que houve julgamento pelo Plenário (ADI nº 1668, 3273, 3366, 4679 e 4874), o Tribunal validou o modelo das agências reguladoras, embora alguns ministros tenham apresentado cautelas quanto à extensão da independência de tais instituições. De um modo geral, foram identificadas como diretrizes da jurisprudência da Corte (i) a constitucionalidade da atribuição de competências técnicas às agências reguladoras; (ii) a necessidade de que seus poderes estejam sujeitos à observância dos parâmetros previstos em leis (a ideia de “princípios inteligíveis”); e (iii) sua independência não afasta a possibilidade de posterior controle de seus atos, embora seja recomendável a adoção de uma postura deferente do Poder Judiciário.

Estabelecidas tais premissas, passa-se à análise efetiva dos resultados da pesquisa.

### **3. O DEBATE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO STF SOB A ÓTICA DOS POSTULANTES**

Conforme apresentado anteriormente, este item do artigo se destina a analisar os dados relacionados aos postulantes de demandas perante o Supremo Tribunal Federal que tratem sobre o regime jurídico das agências reguladoras. Mais especificamente, os subitens a seguir avaliarão (i) quem são os autores das ADIs identificadas na base de dados estipulada na pesquisa; (ii) os pedidos e razões apresentados por estes autores em suas petições iniciais; bem como (iii) o momento em que se postula a invalidação de determinada norma sobre as agências reguladoras federais. Em cada um destes pontos, os autores deste artigo procurarão apresentar dados contextuais sobre as ações, sempre que entenderem pertinentes para situar o leitor.

#### **3.1. Quem postula?**

A primeira pergunta a ser respondida por este artigo está relacionada aos agentes que litigam perante o Supremo Tribunal Federal para questionar o regime jurídico especial das agências reguladoras. Sobre esse tema,

a tabela a seguir estipula o requerente de cada uma das ADIs identificadas na pesquisa:

Número	Agência Reguladora	Requerente
6033	Todas	ASSOCIACAO NACIONAL DOS SERVIDORES EFETIVOS DAS AGENCIAS REGULADORAS FEDERAIS - ANER
6006	ANA	PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
5993	ANA	PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
5906	ANTT	ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS - ABRATI
5371	ANTT e ANTAQ	PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
5372	ANTT	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS USUÁRIOS DE TRANSPORTES COLETIVOS RODOVIÁRIOS, FERROVIÁRIO, HIDROVIÁRIO E AÉREO - CONUT
4874	ANVISA	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
4679	ANCINE	DEMOCRATAS - DEM
4226	ANATEL	ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PROVEDORES DE INTERNET E OPERADORES DE COMUNICAÇÃO DE DADOS MULTIMÍDIA - ABRAMULTI
3596	ANP	PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL
3366	ANP	PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
3273	ANP	GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ
3240	Todas	DEMOCRATAS - DEM
2658	ANVISA	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC
2543	ANTT e ANTAQ	ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHEIROS RODOVIÁRIOS - ABER
2315	Todas	PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
2310	Todas	PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
1668	ANATEL	PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B; PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT; PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT; PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

A base de dados demonstra que as ações relativas ao modelo institucional das agências reguladoras estão concentradas especialmente no campo político. De um total de dezoito ADIs, nove foram movidas por partidos políticos (ADIs nº 6006, nº 5993, nº 4679, nº 3596, nº 3366, nº 3240, nº 2315, nº 2310 e nº 1668) e uma pelo Governador do Estado do Paraná (ADI nº 3273).

Além disso, cinco medidas foram apresentadas pelo setor regulado, tanto por meio de associações representantes de uma categoria específica – casos da ABRATI (ADI nº 5906), da CONUT (ADI nº 5372) e da ABRAMULTI (ADI nº 4226) – como por confederações de legitimidade ampla – casos da CNI (ADI nº 4.874) e da CNC (ADI nº 2.658). Foi possível identificar, ainda, duas ações movidas por grupos de interesse relacionados ao funcionalismo público – a ANER (ADI nº 6033) e a ABER (ADI nº 2543). Por fim, aponte-se uma ação ajuizada pela Procuradoria Geral da República (ADI nº 5371).



### 3.1.1. A participação acentuada dos partidos políticos

Como é possível notar, mais da metade das ADIs relativas ao regime jurídico das agências reguladoras federais foram ajuizadas por partidos políticos. Quanto ao espectro político de tais partidos, é possível afirmar, ainda, que as ações estão concentradas em partidos de orientação de esquerda. Basta notar que, entre os partidos políticos que apresentaram demandas perante o Supremo Tribunal Federal ao longo do período pesquisado, sete entre nove ADIs foram ajuizadas pelo Partido dos Trabalhadores (PT); pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B); pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT); pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Até mesmo a ADI nº 3273 foi movida pelo então Governador do Estado do Paraná Roberto Requião, que, embora seja membro de um partido considerado de centro-direita (o Movimento Democrático Brasileiro – MDB, ex-PMDB), apresenta clara orientação política pessoal de esquerda<sup>24</sup>. Apenas

<sup>24</sup> Veja em “Roberto Requião critica projeto de Temer ‘neoliberal’. Disponível em <<https://bit.ly/30JJs3Y>>. Acesso em 19.03.2019. Há, ainda, manifestações públicas do deputado a favor da orientação política de esquerda, como a seguinte: “Esquerda é olhar o mundo pelas lentes

duas ações foram movidas, por sua vez, por partido mais à direita do espectro político nacional – o Democratas (DEM).

ADI	Ano	Governo	Partido político
6006	2018	Michel Temer	PT
5993	2018	Michel Temer	PSB
4679	2011	Dilma Rousseff	DEM
3596	2005	Luís Inácio Lula da Silva	PSOL
3366	2004	Luís Inácio Lula da Silva	PDT
3273	2004	Luís Inácio Lula da Silva	Governador do Estado do Paraná
3240	2004	Luís Inácio Lula da Silva	DEM
2315	2000	Fernando Henrique Cardoso	PDT
2310	2000	Fernando Henrique Cardoso	PT
1668	1997	Fernando Henrique Cardoso	PT, PC do B, PDT e PSB

Não é surpreendente que partidos de esquerda se destaquem na contestação do modelo das agências reguladoras. O Partido dos Trabalhadores, em especial, sempre lhe foi abertamente contrário. O PT e o PDT foram os principais responsáveis, autonomamente ou em conjunto com outros partidos de oposição, pelo ajuizamento de ações no período do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).<sup>25</sup>

No início de 2003, ao assumir seu primeiro mandato presidencial, o presidente Lula declarou que agências reguladoras estavam independentes demais<sup>26</sup> e que as decisões que mais afetavam a população não passavam pelo seu governo. No caso mais notório, o governo conseguiu induzir a renúncia de Luiz Guilherme Schymura da presidência da ANATEL, após duras críticas das medidas de reajustes tarifários dos serviços de telecomunicações por ele

---

dos mais pobres e mais fracos. Esquerda é amor e solidariedade. Direita é egoísmo e individualismo” (publicação no *twitter* em 22/05/2017).

<sup>25</sup> Em entrevista para a Revista Veja, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, cujo governo foi responsável pela implementação de tais instituições no Brasil, afirmou que “o governo do PT nunca entendeu a função das agências reguladoras”. Segundo ele, a má compreensão se referia não apenas às contestações feitas pelo partido durante o período de reforma estatal, mas principalmente pelo então governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que tomava, segundo ele, atitudes com o objetivo de enfraquecer o poder decisório das agências. Entrevista disponível em <<https://bit.ly/2Wtd1Y0>>. Acesso em 05.11.2018.

<sup>26</sup> Jornal Nacional. “Lula quer mudar o papel das agências reguladoras”. Publicado em 22.02.2003. Disponível em <<https://glo.bo/30CVR9I>>. Acesso em 05.11.2018.

intentadas<sup>27</sup>. Em paralelo, o governo petista também propôs alterações legislativas na estrutura das agências reguladoras<sup>28</sup>.

A resistência ao modelo das agências também pode ser identificada pela escassa criação de tais instituições durante a gestão dos governos de Lula (2003-2009) e de Dilma Rousseff (2010-2016). Neste íterim, apenas uma agência reguladora foi criada: a ANAC, por meio da Lei nº 11.182/2005. Isso não impediu que o então presidente Lula criticasse a atuação desta agência reguladora na mídia. Em 2007, ele afirmava que a agência, criada para defender os passageiros, fora capturada pelos interesses das empresas aéreas<sup>29</sup>, sugerindo uma possível demissão de todos os seus cinco diretores<sup>30</sup>.

Durante o governo do presidente Michel Temer (2016-2018), o modelo institucional das agências reguladoras voltou a debate por força de duas inovações legislativas promovidas pelo governo federal. A primeira, com a edição da Medida Provisória nº 791/2017, que transformou o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, órgão vinculado ao Ministério de Minas e Energia, na Agência Nacional de Mineração – ANM. A segunda, com a edição das Medidas Provisórias nº 868 e nº 884/2017, que ampliaram a competência da Agência Nacional de Águas – ANA, atribuindo-lhe o poder

<sup>27</sup> Agência Brasil. “Schymura renuncia à vaga no conselho da Anatel”. Disponível em <<https://bit.ly/2Qoblту>>. Acesso em 19.03.2019.

<sup>28</sup> Confira-se o relato de Gustavo Binembojm: “Logo em seguida, em março de 2003, Lula designou uma comissão para discutir uma proposta legislativa de reforma da estrutura das agências. De outra parte, o governo iniciou um acalorado debate público com as agências de telecomunicações (ANATEL) e energia elétrica (ANEEL) tendo por objeto a revisão das tarifas telefônicas e de energia, cujo exame se encontrava em curso. Por evidente, não interessava a um governo popular que, logo em seu começo, medidas impopulares - como o aumento de tarifas - fossem determinadas pelas agências. Na percepção da opinião pública, tais medidas seriam certamente atribuídas ao governo como um todo” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 287/288). Em seguida, o governo Lula apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que, segundo a sua exposição de motivos, tinha por objetivo “estabelecer um conjunto homogêneo e estável de regras para orientar a gestão e a atuação das agências reguladoras a fim de superar as diferenciações entre elas que não se justificam e tornar mais transparente, eficiente, socialmente controlado e legítimo o exercício da regulação”. Segundo estudos específicos sobre o PL, o objetivo do governo foi criar mecanismos de tutela da Administração Pública direta sobre as agências reguladoras (LOURENÇO, Adriana Nickel. **Regendo a atividade regulatória: a nova legislação das agências reguladoras federais no Brasil**. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas para a obtenção do grau de Mestre em Administração Pública. 2010. Disponível em <<https://bit.ly/2EzyPqP>>. Acesso em 19.03.2019.

<sup>29</sup> O Globo. “Irritado com a Anac, Lula anuncia medidas fortes amanhã”. Disponível em: <<https://glo.bo/2HCKXJx>>. Acesso em 19.03.2019.

<sup>30</sup> O Estado de São Paulo. “Sem poder para demitir, Lula pede aos 5 diretores da Anac que saiam”. Disponível em: <<https://bit.ly/2QtWeyU>>. Acesso em 19.03.2019.

para estabelecer normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. As novas competências da ANA também foram motivo para que partidos de esquerda (PT e PSB) retomassem o ajuizamento de ações em busca de um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade das medidas.

Por outro lado, ambas as ações ajuizadas pelo DEM se deram no período de governos do Partido dos Trabalhadores.<sup>31</sup> Isso sugere que, independentemente da ideologia adotada pelo partido, o ajuizamento de ADIs contra leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras pode constituir um importante instrumento de uso político.

### 3.1.2. *O setor regulado e os grupos de interesses sobre o funcionalismo público*

Embora a contestação do regime jurídico especial das agências reguladoras se dê majoritariamente no campo político, há outros atores que encontraram no Supremo Tribunal Federal uma via para contestar aspectos específicos das competências destas instituições. É possível destacar dois grupos distintos nesse campo: (i) associações, federações e confederações que representam o setor regulado e contestam os limites dos poderes das agências responsáveis por regulamentar a atividade econômica por eles exercida; (ii) grupos de interesses sobre o funcionalismo público, também representado por associações, que têm por objetivo impugnar aspectos relacionados ao regime jurídico dos agentes públicos das agências reguladoras.

### 3.1.3. *A Procuradoria-Geral da República*

A Procuradoria-Geral da República, legitimada universal para o ajuizamento de ações de controle abstrato (art. 103, inciso VI, CRFB), ajuizou uma das ações identificadas na base de dados.

<sup>31</sup> A atuação do partido não é necessariamente um contrassenso. A primeira ADI ajuizada pelo partido questionou o art. 30 da Lei nº 10.871/2004, que permitia contratações temporárias de servidores por agências reguladoras (ADI nº 3240). Embora envolva a autonomia gerencial destas instituições, a medida não necessariamente possui um discurso anti-agências. Já a ADI nº 4679, em face de dispositivos da Lei nº 12.485/2011. Um dos fundamentos apresentados foi a violação à liberdade de expressão e à liberdade artística (art. 5º, IX e art. 220, caput e §3º), assim como a liberdade de iniciativa e a livre concorrência (art. 170, caput e inciso IV), valores estes defendidos pelo partido. Ainda assim, em especial na ADI nº 4679, a atuação do DEM para a declaração da inconstitucionalidade do poder normativo da ANCINE não deixa de ser um movimento tendente a fragilizar o regime jurídico das agências reguladoras.

### 3.2. Por que postulam?

A segunda pergunta a ser respondida por este artigo está relacionada à motivação dos agentes que litigam perante o Supremo Tribunal Federal para questionar o regime jurídico das agências reguladoras. Sobre esse tema, a tabela a seguir estipula o assunto de cada uma das ADIs incluídas na pesquisa:

Número	Assunto
6033	Agentes públicos de agências reguladoras requerem a possibilidade de exercer atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária, excetuados os casos admitidos em lei.
6006	Ampliação das competências da ANA para regulação das diretrizes para o saneamento básico.
5993	Ampliação das competências da ANA para regulação das diretrizes para o saneamento básico.
5906	Invalidez da delegação às agências reguladoras de competência para a criação de figuras infracionais por resoluções.
5372	Competência da ANTT para regular transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros.
5371	Sigilo nos processos administrativos sancionadores da ANTT e da ANTAQ
4874	Competência da ANVISA para proibir, em caráter genérico e abstrato, a fabricação e comercialização de produtos e insumos submetidos à fiscalização sanitária.
4679	Competência da ANCINE para regular o setor audiovisual de acesso condicionado.
4226	Competência da ANATEL para proferir decisões cautelares de busca e apreensão de bens.
3596	Competência normativa da ANP.
3366	Competência da ANP para autorizar a exportação de petróleo; regra de silêncio administrativo no processo decisório da ANP.
3273	Competência da ANP para autorizar a exportação de petróleo; regra de silêncio administrativo no processo decisório da ANP.
3240	Contratação temporária de servidores das agências reguladoras.
2658	Competência da ANVISA para fiscalizar farmácias e drogarias.
2543	Regime celetista para os agentes públicos da ANTT e ANTAQ
2315	Regime celetista para os agentes públicos das agências reguladoras.
2310	Regime celetista para os agentes públicos das agências reguladoras.
1668	Regime jurídico especial e competências normativas da ANATEL.

A base de dados demonstra que há pouca homogeneidade nas ações movidas perante o Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Ao menos sete das onze agências existentes no Brasil tiveram seus poderes questionados



perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, é possível observar ao menos quatro blocos de ADIs que congregam os objetivos buscados pelos postulantes: (i) ações que contestam a própria existência do regime jurídico especial das agências reguladoras; (ii) ações que pretendem limitar a extensão dos poderes e competências das agências reguladoras; e (iii) ações que tratam especificamente sobre o regime jurídico dos agentes públicos das agências reguladoras.

### 3.2.1. *Contestação do regime jurídico especial das agências reguladoras*

O primeiro grupo de ações envolve casos em que foi questionada a existência de um regime jurídico especial das agências reguladoras. O *leading case* sobre o assunto foi a ADI nº 1668, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em setembro de 1997. Naquele momento, as agências reguladoras ainda estavam em fase de implementação – apenas as leis da ANEEL, da ANATEL e da ANP tinham sido editadas.

Por meio da ADI, os partidos impugnaram amplamente o regime jurídico especial das agências reguladoras. A argumentação adotada foi a seguinte: os partidos reconheceram, de início, que o art. 21, XI da Constituição Federal prevê a existência de um órgão regulador para os serviços de telecomunicações. No entanto, segundo eles, o regime jurídico disciplinado na Lei nº 9.472/1997 seria manifestamente inconstitucional por violar a independência dos Poderes da República (art. 2º, CRFB). Isso porque não haveria, no art. 37, inciso XIX – que disciplina o regime das autarquias – qualquer previsão de aspectos como (i) a independência administrativa; (ii) a ausência de subordinação hierárquica; (iii) a existência de mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes; e (iv) a autonomia financeira.

Assim, segundo os autores, a “*independência administrativa*” estipulada nos arts. 8º, §2º e 9º da Lei nº 9.472/1997 constituiria aspecto estranho à Administração Pública brasileira, na medida em que implicaria invasão das competências privativas do Presidente da República e dos Ministros de Estado, a quem compete a direção superior da Administração Pública federal (art. 84, inciso II e art. 87, parágrafo único da CRFB). Concluem, neste cenário, que atribuir a qualquer órgão da Administração uma autonomia administrativa importaria em inevitável quebra da orientação constitucional, excluindo do Chefe da Administração Pública a possibilidade de exercer a sua função. Assim, a única leitura possível da Constituição seria aquela que permitisse

o controle das agências pelos órgãos superiores da Administração Pública direta, incluindo-se a supervisão ministerial.

Por fim, outro fundamento apresentado para impugnar o modelo institucional das agências reguladoras foi a suposta inconstitucionalidade da atribuição de poderes normativos à ANATEL. Segundo a petição inicial da ADI, tal competência contrariaria o princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CRFB) e o art. 25 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>32-33</sup>

Como será identificado no subitem 4.2.3 deste artigo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em menos de um ano após o ajuizamento da ADI nº 1688, julgou a ação parcialmente procedente para dar a alguns dispositivos da lei interpretação conforme à CF. É possível que a posição do STF tenha sido determinante para que nenhuma outra ação impugnasse a própria existência de um regime especial das agências reguladoras. De fato, as ações apresentadas logo em seguida focaram-se em aspectos específicos de cada uma das agências reguladoras, como se verá a seguir.

### 3.2.2. *Redução dos poderes e competências das agências reguladoras*

Ao longo do tempo, as ações relativas ao regime jurídico das agências reguladoras se sofisticaram. Em vez de contestar a própria existência das agências, os partidos políticos e o setor regulado passaram a impugnar aspectos específicos relacionados a estas instituições, seja em relação à sua própria competência, seja em relação ao alcance de seus poderes. Trata-se de um cenário de contestação do modelo de agências reguladoras não pela subversão integral de seu *regime especial*, mas para limitar o leque de ações ou instrumentos à sua disposição<sup>34</sup>. Nestes casos, embora as pretensões sejam

<sup>32</sup> Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

<sup>33</sup> Outros pontos relacionados ao regime jurídico da ANATEL também foram destacados na ADI. Segundo os autores, seria inconstitucional (i) a previsão sobre a realização de busca e apreensão; (ii) a realização de licitações para outorga de serviços mediante concessão e permissão pela ANATEL; (iii) a criação de modalidades licitatórias próprias (pregão e consulta) e a possibilidade de aprovar normas próprias de licitação e contratação.

<sup>34</sup> Conforme apontado em artigo, os órgãos de controle possuem papel relevante no enfraquecimento das agências. Um das estratégias é justamente limitar o leque de ações ou instrumentos à disposição das instituições (cf. JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”. In: **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, nº 1, 2017, p. 193-195).

específicas a cada uma das demandas, em grande parte delas os seus fundamentos são similares.

Veja-se a hipótese da ADI nº 5906. Nela, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros – ABRATI questiona a competência da ANTT para a criação de penalidades e infrações por atos normativos infralegais. No entender da associação, seria incompatível com a Constituição Federal a delegação de poder normativo amplo e irrestrito à agência, sobretudo porque o art. 78-A da Lei nº 10.233/2001 já estabelecerá um rol exaustivo sobre as possíveis sanções aplicáveis. Aponta, para tanto, o fato de que a ANTT editou a Resolução nº 233/2003, *“cujas disposições estabelecem diversos tipos infracionais em caráter absolutamente inovatório, cominando-lhe as respectivas sanções, em acintosa invasão da esfera de competência atribuída exclusivamente ao Poder Legislativo pelo poder constituinte originário”*.

O debate levado ao STF em muito se assemelha àquele apresentado na ADI nº 1668 – isto é, a legitimidade do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras. No entanto, sobretudo por se tratar de uma ação movida pelo setor regulado, a existência *per se* da agência reguladora não é um ponto de estresse. Pelo contrário: de um modo geral, o modelo de agencificação é reconhecido como favorável à economia<sup>35</sup>. A estratégia do setor, portanto, é *limitar* o alcance dos poderes das agências (no caso, da ANTT) para garantir, em tese, uma atuação com amarras pré-estabelecidas pela lei.

A competência normativa das agências reguladoras é tema espinhoso não só do ponto de vista doutrinário, mas também político e econômico. Tanto é assim que tais poderes também foram contestados nas ADIs nº 3596 (ajuizada pelo PSOL em face de poderes normativos da ANP); nº 4679 (ajuizada pelo DEM contra o poder regulamentar da ANCINE no setor de produção audiovisual); nº 4874 (ajuizada pela CNI contra competência normativa específica da ANVISA para proibir produtos por motivos de vigilância sanitária); e nº 5372 (ajuizada pela CONUT em face da competência da ANTT para regular o transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros).

<sup>35</sup> Conforme apontado por Sérgio Guerra: *“O foco era criar um ambiente que privilegiasse certeza e estabilidade, de modo a atrair investimentos, sobretudo estrangeiros, e gerar salvaguardas institucionais que significassem um compromisso com a manutenção de regras e contratos de longo prazo. A competência preponderantemente técnica foi destacada nas mãos de entidades descentralizadas, demonstrando-se que a regulação de sistemas complexos e sensíveis deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado”* GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 106).

As ações também contestam competências executivas das agências. É o caso das ADIs nº 3366 e nº 3273, que pedem a declaração de inconstitucionalidade da competência da ANP para exportação do petróleo e do prazo conferido à agência para exercício do seu poder decisório (silêncio administrativo); da ADI nº 4226, que impugna o poder da ANATEL para proferir decisões cautelares de busca e apreensão em processos administrativos; da ADI nº 5371, que contesta o sigilo nos processos administrativos sancionadores da ANTT; e da ADI nº 2658, que pretende esvaziar a competência da ANVISA para fiscalização de farmácias e drogarias.

Aliás, o caso da ADI nº 2658 demonstra que, por vezes, outra estratégia utilizada para enfraquecer – ou excluir – competências das agências reguladoras consiste na alegação de usurpação de competência federativa. Nesta ação, a CNC alegava que a competência fiscalizatória sobre farmácias e drogarias não poderia ser realizada pela ANVISA, mas apenas por órgãos e entidades municipais. O mesmo se deu nas recentes ações sobre o poder normativo da ANA para disciplinar diretrizes gerais no setor de saneamento básico (ADIs nº 6006 e 5993). Segundo os partidos, a União – e, portanto, a ANA – não tem competência para editar normas sobre o serviço público mencionado, algo que caberia aos municípios (cf. art. 30, incisos I e IV).

Os casos da ANA apresentam peculiaridades interessantes. Há, nestas ações, um embate *em favor* das agências reguladoras regionais, que teriam sua independência comprometida pelas regras editadas pela ANA. Outro motivo de razão pragmática também vale ser mencionado. O Partido dos Trabalhadores defende que a criação de novas competências para a ANA implica prejuízo para as competências já desempenhadas pela agência, uma vez que seu quadro de pessoal foi qualificado apenas para as competências originais e não teriam conhecimento técnico suficiente para o exercício de novas atribuições. Assim, recomenda que a ANA se limite a regular os recursos hídricos – poder que resultou da sua criação no ano 2000 –, de modo a racionalizar sua atividade e não torna-la ineficiente.

Os casos em questão demonstram que, embora os fundamentos apresentados sejam similares, a contestação do modelo em abstrato das agências reguladoras não é um ponto de grande volume de ações. As ADIs se sofisticaram ao longo do tempo para questionar aspectos específicos do regime jurídico das agências. Tanto no caso do setor regulado ou dos partidos políticos, isso pode representar uma real intenção de mera enfraquecimento da agência – ou uma estratégia para pressionar o Supremo Tribunal Federal a se manifestar contra o modelo das agências no Brasil.

### 3.2.3. *Um capítulo à parte: demandas relacionadas ao regime de pessoal das agências reguladoras*

Por fim, é necessário apontar um conjunto de ações relacionadas ao regime jurídico de pessoal das agências reguladoras. No ano 2000, foi editada a Lei nº 9.986/2000 que, dentre outros fatores, previa a submissão dos agentes públicos das agências reguladoras federais ao regime trabalhista. Isto é, as relações entre agências e seus empregados seriam regidas contratualmente pela Consolidação das Leis do Trabalho, e não pelo regime estatutário geral previsto para os servidores públicos federais. O objetivo da lei era conferir maior autonomia gerencial às entidades reguladoras autônomas<sup>36</sup>.

Esse regime de gestão de pessoal foi fortemente contestado<sup>37</sup> perante o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista no bojo das ADIs nº 2310 e 2315, respectivamente. Igual pleito foi formulado na ADI nº 2543, dessa vez para impugnar a lei de criação da ANTT e da ANTAQ (Lei nº 10.233/2001). Segundo os fundamentos apresentados, o exercício de função de fiscalização, inerente à atividade precípua do Estado, pressupõe prerrogativas não agasalhadas pelo contrato de trabalho.

<sup>36</sup> Conforme parecer elaborado pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado durante a tramitação do projeto de lei que lhe deu origem (PL nº 2549/2000): “Quando da criação das Agências Reguladoras, que foram surgindo conforme as necessidades de regulação de mercados, as leis que as instituíram acabaram por dar **tratamento diferenciado à gestão dos recursos humanos**. Por exercerem funções similares, essas agências necessitavam de critérios mais uniformes, quer para a nomeação dos membros de sua diretoria, quer para os requisitos mínimos exigidos para a assunção dos cargos, quer para as normas para a investidura nos empregos públicos a serem criados” (Disponível em <<https://bit.ly/2WkKxQt>>. Acesso em 19.03.2019. Grifos nossos).

<sup>37</sup> Confira-se, a propósito, a posição de Floriano de Azevedo Marques Neto, que apresentou críticas também no campo doutrinário: “Não faz qualquer sentido que os dirigentes dos órgãos de regulação tenham estabilidade (mandatos, não indelimitabilidade imotivada) e os demais agentes sejam demissíveis por ato de vontade quer dos dirigentes das agências, quer (o que é pior) da Administração central. Isso significa dizer que nas agências haverá três ordens de regimes de pessoal. Os dirigentes máximos (integrantes do órgão de direção colegiada) que terão cargos de investidura por prazo certo. Os demais agentes que exerçam funções de direção (supervisores, gerentes, superintendentes, coordenadores, etc.) que poderão ocupar cargos de confiança cuja nomeação, porém, deverá caber ao órgão de direção da agência (nunca do chefe do Executivo ou seus auxiliares). Por fim, os demais cargos que exerçam funções inerentes à atividade regulatória, os quais deverão seguir o regime estatutário, dotado de todas as garantias inerentes à carreira de servidor público ocupante de funções de estado” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 78-79).

No mais, outras duas ações movidas perante o STF sobre o regime jurídico dos servidores das agências reguladoras têm o condão de afetar sua autonomia gerencial e política. A primeira delas, ajuizada em 2004 pelo Democratas, impugnou o art. 30 da Lei nº 10.871/2004, a qual permite a contratação temporária de servidores por agências, nos termos do art. 37, IX da Constituição Federal. Já a recente ADI nº 6033, ajuizada pela Associação Nacional dos Servidores Efetivos das Agências Reguladoras – ANER, pretende que sejam declaradas inconstitucionais as disposições do art. 23 e do art. 36-A da Lei nº 10.871/2004 relativas à vedação ao exercício de atividades profissionais ou de direções político-partidárias por servidores de agências reguladoras. O objetivo da norma é garantir a ausência de conflitos de interesses entre a atividade regulatória e as atividades exercidas por seus servidores.<sup>38</sup> Contudo, a associação defende que tais restrições violam a liberdade de profissão, a liberdade partidária, o pluralismo político, o direito de reunião, a liberdade de associação e a liberdade de expressão e manifestação do pensamento.<sup>39</sup>

### 3.3. Quando postulam?

A terceira pergunta a ser respondida por este artigo está relacionada com o momento em que os agentes litigam perante o Supremo Tribunal Federal para questionar o regime jurídico das agências reguladoras. Nesse ponto, confira-se a linha do tempo quanto às ações ajuizadas no período entre 1997 e 2018:

---

<sup>38</sup> Segundo a manifestação da Advocacia Geral da União apresentada naquele feito, “a providência jurisdicional postulada pela entidade autora, consistente na determinação de suspensão dos efeitos das disposições hostilizadas, é que se reveste da potencialidade de minar o princípio da moralidade e a tentativa de salvaguardar as agências reguladoras da captura”. Acrescenta, ainda, que “as normas atacadas atendem, também, ao requisito da adequação (subprincípio da proporcionalidade), pois criam vedações aptas a atingir o objetivo buscado, qual seja, o desempenho isento, transparente e adequado de atividades relevantes para o bem do interesse público nelas consubstanciado”. Mais informações em *Jornal do Brasil*. “AGU se opõe a servidores de agências reguladoras dirigirem empresas”. Disponível em: <<https://bit.ly/2WhUo9J>>. Acesso em 19.03.2019.

<sup>39</sup> Segundo a petição inicial da ADI, a intenção dos servidores é que se possa “autorizar que certas profissões sejam exercidas pelo servidor quando houver compatibilidade de horários, e que não tenha conflito de interesses com a atividade regulada, a exemplo de servidor que tenha interesse de apresentar-se em shows de música nos finais de semana e receber uma contraprestação por isso; do servidor que tenha interesse de exercer a atividade de mecânico e receber uma contraprestação por isso; ou atividade de dentista; ou instrutor de paraquedismo, ou chefe de cozinha, etc”.



O gráfico acima não representa nenhum indicativo relevante sobre um período de maior contestação de leis sobre agências reguladoras, tampouco uma tendência de crescimento ou decréscimo do volume de ADIs ao longo do tempo. O ano de 2018 é fundamental para essa compreensão: nada menos que quatro ações foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, o que demonstra que um tema aparentemente adormecido retornou a ser objeto de debate perante a Corte Superior.

No entanto, caso avaliada a relação entre a data em que a lei impugnada foi editada e a data de ajuizamento da ação, é possível identificar padrões mais evidentes. Quanto a este ponto, a tabela a seguir estipula dados temporais sobre as ADIs identificadas na pesquisa:

Número	Lei	Publicação	Distribuição	Reação (dias)	Reação (anos)
3240	Lei nº 10.871/2004	20/05/2004	25/06/2004	36	0,09
2310	Lei nº 9.986/2000	18/07/2000	30/08/2000	43	0,11
5993	MP nº 844/2018	06/07/2018	21/08/2018	46	0,12
1668	Lei nº 9472/1997.	16/07/1997	09/09/1997	55	0,15
6006	MP nº 844/2018	06/07/2018	04/09/2018	60	0,16
2315	Lei nº 9.986/2000	18/07/2000	19/09/2000	63	0,17
4679	Lei nº 12.485/2011	12/09/2011	18/11/2011	67	0,18
2543	Lei nº 10.233/2001	05/06/2001	16/10/2001	133	0,36
2658	MP nº 2190-34/2001	23/08/2001	28/05/2002	278	0,76
5372	Lei nº 12.996/2014; Lei nº 10.233/2001	18/06/2014	28/08/2015	436	1,19
3273	Lei nº 9478/1997	06/08/1997	09/08/2004	2560	7,01
3366	Lei nº 9.478/1997	06/08/1997	09/12/2004	2682	7,34
3596	Lei nº 9.478/1997	06/08/1997	11/10/2005	2988	8,18
4226	Lei nº 9.472/1997; Lei nº 10.871/2004	16/07/1997	14/04/2009	4290	11,75

Número	Lei	Publicação	Distribuição	Reação (dias)	Reação (anos)
4874	Lei nº 9.782/1999	26/01/1999	06/11/2012	5033	13,7
5371	Lei nº 10.233/2001	05/06/2001	28/08/2015	5197	14,23
6033	Lei 10.871/2004	20/05/2004	15/10/2018	5261	14,41
5906	Lei nº 10.233/2001	05/06/2001	05/03/2018	6117	16,75

As informações acima demonstram que parte das ações ajuizadas em face de leis instituidoras de competências ou disciplinadoras do regime jurídico das agências reguladoras foram impugnada em menos de três meses após a sua publicação, período relativamente curto para o ajuizamento de ADIs perante o Supremo Tribunal Federal. Um dado interessante sobre esse ponto é que, em todos esses casos, o autor da ação é um partido político.

Número	Tempo de reação (dias)	Autor
3240	36	DEM
2310	43	PT
5993	46	PSB
1668	55	PC do B, PT, PDT e PSB
6006	60	PDT
2315	63	PDT
4679	67	DEM

No mais, segundo os dados obtidos na pesquisa, há ainda um número relevante de ações movidas perante o Supremo Tribunal Federal em que leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras são impugnadas após ultrapassado tempo considerável entre a edição do ato impugnado e o ajuizamento da ADI.

Em determinados casos, os agentes regulados o fazem ainda em tempo intermediário (superior a noventa dias, mas inferior a um ano). Contudo, em outros, determinadas ações são ajuizadas em períodos que variam entre sete e dezesseis anos, o que evidencia um tempo de reação consideravelmente longo.

Número	Tempo de reação	Autor
2543	133	ABER
2658	278	CNC
5372	436	CONUT
3273	2560	Governador do Estado do Paraná



Número	Tempo de reação	Autor
3366	2682	PDT
3596	2988	PSOL
4226	4290	ABRAMULTI
4874	5033	CNI
5371	5197	PGR
6033	5261	ANER
5906	6117	ABRATI

Um exemplo disso é a ADI nº 5372, que foi impetrada pela Confederação Nacional dos Usuários de Transportes Coletivos Rodoviário, Ferroviário, Hidroviário e Aéreo (Conut), pretendendo obter a declaração de inconstitucionalidade do artigo 14, III, “j” da Lei 10.233/2001. Referido dispositivo havia sido alterado pelo art. 3º da Lei 12.996/2014. Segundo a requerente da ação, a norma introduziu disciplina inconstitucional de delegação dos serviços públicos, alterando o regime de exploração de transportes coletivos interestaduais e internacionais para o de *autorização*, o que usurpava competência privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 84, inciso IV da CRFB).

Segundo a legislação impugnada, a regulamentação desse procedimento de autorização dos serviços de transporte seria feita por meio de ato normativo expedido pela ANTT. Nesse sentido, a agência editou a Resolução 4.770/2015, que disciplinou a matéria. O que é interessante avaliar, neste caso, é o possível impulsionamento causado pelo aludida resolução. Isso porque o protocolo da ADI foi realizado no dia 20 de agosto de 2015, pouco menos de um mês após a edição do ato normativo (publicado no dia 25 de julho de 2015). Isso demonstra que a reação, embora relativamente lenta em relação à Lei nº 12.996/2014 – cerca de mais de um ano –, foi rápida em relação ao seu ato regulamentador.

Trata-se de uma evidência de que atos concretos das agências reguladoras podem levar a um movimento de *retomada* da contestação de seus poderes em abstrato pelos agentes regulados afetados por tais decisões regulatórias. Por certo, essa premissa não será verdadeira em todos os casos, mas pode ser um elemento relevante para a compreensão de uma fase menos imediata de contestação do modelo das agências reguladoras perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa premissa também é identificada, *e.g.*, nas ADIs nº 3596, 3366 e 3273, ajuizadas por partidos políticos e pelo Governador do Estado do Paraná em face de dispositivos da Lei nº 9.478/1997, que criou a Agência Nacional do

Petróleo. Nestas ações, o tempo de reação também pode ser justificado por elementos contextuais.

Isso se torna perceptível a partir da ADI nº 3273. A ação foi formulada com pedido cautelar com o objetivo de suspender dispositivos da Lei do Petróleo. O *periculum in mora* era fundamentado na ocorrência da 6ª Rodada de Licitações das áreas produtoras de petróleo e gás natural, em que a Bacia de Santos, próxima ao litoral do Estado do Paraná, faria parte do certame. Foram justamente tais circunstâncias, aliás, que levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a pertinência temática do Governador para o ajuizamento da ADI.

O mesmo se diga em relação à ADI nº 3596, ajuizada pelo PSOL. Segundo o partido, o contexto do ajuizamento da ação se deu com a publicação da 7ª Rodada de Licitações de Bacias Petrolíferas pela ANP. O pedido cautelar do partido expõe o verdadeiro motivo para o ajuizamento da ADI: “*Não se trata de periculum com o advento da lei, mas com o uso concreto que dela foi dado, com a utilização nefasta de atribuição exclusiva delegada pelo legislador ordinário a uma autarquia, evidenciando efetiva perda definitiva do subsolo nacional*”. Igual circunstância ocorreu no bojo da ADI nº 3273, que levou, inclusive, à suspensão da 6ª Rodada de Licitações pelo Ministro relator Ayres Britto.<sup>40</sup> Ou seja: para limitar uma atuação específica da agência, o partido buscou no Supremo Tribunal Federal um meio para conseguir, de forma célere, um provimento geral que limitasse de forma ampla os poderes gerais da ANP.

A ADI nº 4.874 talvez seja ainda mais evidente em relação a esta hipótese. Ajuizada mais de treze anos após a edição da Lei nº 9.781/1999, a ação questionava o poder regulatório da ANVISA para proibir a produção de produtos por meio de atos gerais e abstratos, ante a competência prevista no seu art. 7º, inciso XV. A relatora do caso, Ministra Rosa Weber, destacou em seu relatório que “*o pano de fundo da discussão [foi] a iniciativa da ANVISA de proibir a importação e a comercialização no país de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham as substâncias ou compostos que define como aditivos*”. Tanto é assim que o próprio ato regulamentar mencionado – a Resolução da Diretoria Colegiada nº 14, editada em março de 2012 – foi objeto explícito de impugnação por meio da ação direta, ajuizada em agosto do mesmo ano.

---

<sup>40</sup> A medida foi posteriormente revogada pelo Min. Nelson Jobim. Confira-se em Consultor Jurídico. “Supremo mantém leilão da Agência Nacional de Petróleo”. Disponível em: <<https://bit.ly/2VM0yud>>. Acesso em 19.03.2019.

### 3.4. Conclusões parciais em relação aos postulantes

Foi possível notar, a partir dos dados observados, que a ADI é uma ferramenta para um debate essencialmente político sobre as agências reguladoras, sendo o Supremo Tribunal Federal um foro relevante para deflagrar tal discussão de forma célere e imediata. Ainda sob a ótica dos postulantes, foi possível notar que o setor regulado, embora não seja necessariamente contrário ao modelo das agências reguladoras no Brasil, vem tentando diminuir o alcance de seu poder em casos específicos, muitas vezes diante de algum elemento contextual que funciona como gatilho desta pretensão.

## 4. O DEBATE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB A ÓTICA DO PROCESSO DECISÓRIO DO STF.

Conforme apresentado anteriormente, o item 4 deste artigo se destinará a analisar os dados relacionados à atuação do Supremo Tribunal Federal nas ações em que foram impugnadas leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras. Mais especificamente, os subitens a seguir avaliarão, com base nas mesmas premissas do item anterior (i) quais processos foram julgados até o momento, o tempo de tramitação dos feitos e os dados sobre o momento em que houve alguma decisão relacionada às leis das agências reguladoras (*quando* decidem); (ii) quais assuntos foram decididos até então pelo STF, incluindo-se o posicionamento institucional da Corte (*o que e como* decidem); (i) os dados gerais sobre os posicionamento individuais dos Ministros, decisões liminares e decisões de mérito, quando existentes (*quem e como* decidem).

### 4.1. Quando decidem?

O primeiro passo é identificar *quando* os processos relacionados às leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras brasileiras. Tal tópico envolve a própria análise sobre *quais* processos foram julgados (tanto monocraticamente como por decisão colegiada), qual o *tempo de deliberação* das demandas já julgadas e em *quanto tempo* eles *tramitam* perante a Corte.

#### 4.1.1. Casos julgados e linha do tempo

Em relação aos processos que já foram objeto de deliberação (provisória ou definitiva), foi identificado um total de 10 ações (pouco mais da metade), sendo que 5 delas foram extintas por questões processuais (não conhecimento da ação) ou fáticas (perda do objeto por revogação da norma impugnada). Confira-se a tabela abaixo com a linha do tempo sobre os julgamentos:

Número	Agência Reguladora	Resultado provisório ou final	Data da decisão
4874	ANVISA	Liminar deferida   Improcedente <sup>41</sup>	17/09/2013   01/02/2018
4679	ANCINE	Procedência parcial <sup>42</sup>	08/11/2017
5372	ANTT	Não conhecimento da ADI	17/10/2017
3240	Todas	Perda do objeto	14/10/2016
3366	ANP	Improcedente	16/03/2005
3273	ANP	Improcedente	16/03/2005
2315	Todas	Perda do objeto	09/12/2004
2310	Todas	Liminar deferida   Perda do objeto	19/12/2000   09/12/2004
2543	ANTT e ANTAQ	Não conhecimento da ADI	05/11/2001
1668	ANATEL	Liminar parcialmente deferida	20/08/1998

A linha do tempo de tais decisões demonstra que um período de quase uma década separa blocos de períodos em que o modelo institucional das agências reguladoras esteve em debate no Supremo Tribunal Federal: o primeiro, entre 1998 e 2005; e o segundo, entre 2013 e 2018. O primeiro deles, como se viu, foi marcado por um primeiro período de contestação das agências reguladoras, em que houve uma série de ações ajuizadas por partidos políticos em face das leis criadoras de tais entidades (*e.g.*, ADI nº 1668) ou que definiam o seu regime jurídico como um todo (*e.g.*, ADI nº 2310). Já o segundo bloco de decisões se dá num momento em que o modelo institucional das agências reguladoras já se encontra consolidado no Brasil, representando uma etapa de sua *reafirmação* por um órgão colegiado composto por diferentes membros<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> O acórdão lavrado no bojo da ADI nº 4874 foi objeto de embargos de declaração, ainda não apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>42</sup> O dispositivo declarado inconstitucional no bojo da ADI nº 4679 não se relaciona ao tema deste artigo, isto é, ele se relaciona ao marco regulatório do setor audiovisual, mas não tem relação com o regime jurídico da ANCINE.

<sup>43</sup> Veja que, em 2005, o órgão colegiado era composto pelos Ministros Ayres Britto, Eros Grau, Nelson Jobim, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Em 2017, por sua vez, a análise do colegiado foi composta pelos Ministros Luiz Fux, Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki (sucedido por Alexandre de Moraes), Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Como é possível notar, apenas os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello compuseram o colegiado em ambas as oportunidades.

Como se verá no item 4.2, isso levou a uma visão mais sofisticada sobre as agências reguladoras e os parâmetros para sua atuação.



Além disso, se atentarmos aos casos em que houve julgamento *colegiado*, poucas foram as manifestações do Supremo Tribunal Federal ao longo destes anos. De fato, apenas nos anos de 2005, 2017 e 2018 o plenário do STF se manifestou sobre o regime jurídico, respectivamente, da ANP (ADI n<sup>os</sup> 3273 e 3266), da ANCINE (ADI n<sup>o</sup> 4679) e da ANVISA (ADI n<sup>o</sup> 4874) de forma *definitiva*. Adiciona-se, ainda, a ADI n<sup>o</sup> 1668, em que o regime jurídico da ANATEL foi objeto de julgamento do plenário da Corte em sede de medida cautelar. Isso demonstra que o julgamento da constitucionalidade de leis que tratam sobre o regime jurídico das agências reguladoras no Brasil não é uma constante, revelando um comportamento casuístico do STF sobre o assunto.

#### 4.1.2. Tempo de deliberação

No reduzido espaço amostral de decisões tomadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, há um dado que revela uma constante em relação a todos os casos: a necessidade de mais de uma sessão da Corte para deliberação. De fato, observando a data entre o início e o fim do julgamento das cinco ações apreciadas pelo colegiado, conclui-se que o debate sobre o regime jurídico das agências reguladoras demanda um tempo de debate acima da média, por motivos como pedidos de vista (como no caso das ADIs n<sup>os</sup> 3273, 3366 e 4679), a forma de deliberação (na ADI n<sup>o</sup> 1668, o Ministro Marco Aurélio, então relator, optou por fracionar o voto por grupos de dispositivos impugnados) e um número elevado de sustentações orais, tal como ocorreu no caso da ADI n<sup>o</sup> 4874.

Número	Agência Reguladora	Início do julgamento	Fim do julgamento	Tempo (dias)	Tempo (anos)	Sessões
4874	ANVISA	09/11/2017	01/02/2018	84	0,23	2
4679	ANCINE	25/06/2015	08/11/2017	867	2,37	3
3273 e 3366	ANP	16/09/2004	16/03/2005	181	0,49	4
1668	ANATEL	01/10/1997	20/08/1998	323	0,88	3

#### 4.1.3. Tempo de tramitação

Em relação ao tempo de tramitação, não é possível apontar nenhuma tendência específica do STF. Entre os procedimentos que ainda não foram julgados em seu mérito, há casos que aguardam sua análise pelo colegiado há mais de vinte anos, havendo um elevado percentual de contingente de ações ainda não julgadas em relação ao número total do espaço amostral delimitado na pesquisa.

ADI	Ajuizamento	Tramitação (dias)	Tramitação (anos) <sup>44</sup>
6033	15/10/2018	77	0,21
6006	04/09/2018	118	0,32
5993	21/08/2018	132	0,36
5906	05/03/2018	301	0,82
3071	28/08/2015	1221	3,34
4226	14/04/2009	3548	9,72
3596	11/10/2005	4829	13,23
2658	28/05/2002	6061	16,6
1668	09/09/1997	7783	21,32 <sup>45</sup>

Quanto aos casos que já tiveram julgamento final (de mérito ou extinto por razões processuais), também não é possível vislumbrar nenhuma orientação específica a partir da prática do Supremo Tribunal Federal. Os quatro casos em que houve decisão definitiva se dividem entre aqueles que foram julgados ora de forma muito célere (tal como os casos relativos à ANP – ADIs nº 3273 e nº 3366), ora com um tempo considerável para a

<sup>44</sup> Considerando-se até o dia 31/12/2018.

<sup>45</sup> Embora o tempo de tramitação da ADI nº 1668 seja o mais longo entre as ações identificadas, o deferimento da medida cautelar pelo Plenário do STF foi relativamente célere: entre a data do ajuizamento (09/09/1997) e a data do julgamento da liminar (20/08/1998), há apenas 345 dias, menos de um ano.

apreciação final pelo colegiado (mais de cinco anos), tal como identificado nas ADIs n° 4874 e 4679.

ADI	Ajuizamento	Julgamento	Tempo (dias)	Tempo (anos)
2543	16/10/2001	05/11/2001	20	0,05
3366	09/12/2004	16/03/2005	97	0,26
3273	09/08/2004	16/03/2005	219	0,6
5372	28/08/2015	17/10/2017	781	2,13
2315	19/09/2000	09/12/2004	1542	4,22
2310	30/08/2000	09/12/2004	1562	4,27
4874	06/11/2012	01/02/2018	1913	5,24
4679	18/11/2011	08/11/2017	2182	5,97
3240	25/06/2004	14/10/2016	4494	12,35

#### 4.2. O que e como decidem?

Avaliado o fator *tempo* sobre os julgados do STF, passa-se à análise sobre a segunda questão a ser analisada em relação ao Supremo Tribunal Federal: *os assuntos* tratados pela Corte em relação às agências reguladoras e o *posicionamento* adotado a partir dos tópicos identificados.

Uma nota preliminar, contudo, é necessária. A tarefa de definir o posicionamento institucional do STF não é fácil. Isso porque o método de deliberação colegiada do Supremo Tribunal Federal não é construído de forma que a corte tome decisões com base em fundamentos uniformes, cabendo a cada Ministro apresentar as razões pelas quais entende que um processo deve ser julgado procedente ou não. Isso significa que o resultado final e a ementa apresentada pelo relator não necessariamente refletem o entendimento exposto por todos os membros do tribunal, mesmo em casos nos quais os resultados são unânimes. Esse fenômeno é conhecido como “*onze ilhas*”, conforme expressão cunhada por Virgílio Afonso da Silva<sup>46</sup>. A despeito de tais dificuldades metodológicas, os subtópicos a seguir demonstrarão as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria do ponto de vista institucional, ainda que o posicionamento individual dos Ministros (tema que será explorado no item a seguir) tenha relevância para tanto.

<sup>46</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *I•CON*, v. 11, n. 3, 2011, p. 557/584.

#### 4.2.1. O modelo institucional das agências reguladoras

De um modo geral, é possível afirmar que o STF considera, em abstrato, o modelo das agências reguladoras compatível com a Constituição Federal. A concepção do tribunal sobre o assunto, no entanto, é cambiante ao longo do tempo. Em um primeiro momento, as agências reguladoras foram consideradas constitucionais porque a dita *independência administrativa* não afastaria a supervisão ministerial e o controle da entidade pelo chefe do Poder Executivo. Em um segundo momento, contudo, a autonomia das agências reguladoras é reforçada pelo posicionamento da Corte, que reconhece sua importância para a tomada de decisões técnicas, céleres e insuladas do processo político. Tais entendimentos, a propósito, coincidem com os dois blocos de conjuntos de decisões identificados na linha do tempo no subitem 4.1.1.

A primeira ação em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o assunto foi a ADI nº 1668, que tinha por objetivo impugnar o regime jurídico especial da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Em relação à matéria examinada – isto é, a contestação em abstrato do modelo das agências reguladoras, o autor da ADI havia postulado a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 8º, §2º e 9º da Lei nº 9.742/1997, que previam a criação da agência reguladora e conferiam a ela a “*independência administrativa*” própria destas instituições. Segundo o entendimento assentado pelo Plenário entre 1997 e 1998, o Decreto-lei nº 200/1967 previa há muito a existência de autarquias, entidades autônomas em relação a sua personalidade jurídica, e modo que não haveria qualquer inconstitucionalidade na criação da ANATEL em abstrato. Para tanto, afirmou que o regime especial “*longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente*”. Portanto, o modelo institucional da ANATEL só foi considerado constitucional porque a tutela administrativa exercida pelo Ministério das Comunicações e pelo Presidência da República subsistiriam em relação àquela entidade da Administração Pública indireta.<sup>47</sup>

O mesmo se deu em relação à Agência Nacional do Petróleo. Nas ADIs nº 3273 e 3366, julgadas entre os anos de 2004 e 2005, o entendimento preva-  
lente da maioria do Plenário do STF assentou a constitucionalidade do art. 60 da Lei nº 9.478/1997, que conferia à ANP a competência para autorizar a exportação de petróleo no Brasil. O grande embate sobre a questão condizia na violação ou não à soberania nacional com a atribuição de tal competência a

<sup>47</sup> Embora no acórdão o relator tenha mencionado expressamente o termo “*indeferimento do pedido*”, o pronunciamento da decisão final foi de que o Plenário, em votação unânime, não conheceu a ADI em relação aos arts. 8º e 9º da Lei nº 9.472/1997.



uma entidade administrativa independente (e não ao Poder Executivo central). Mais uma vez, um dos fundamentos adotados para afastar a inconstitucionalidade do dispositivo foi a circunstância de que a independência da agência era limitada. Dito de outro modo, não haveria nenhum comprometimento à soberania nacional, uma vez que, para exportar petróleo, a agência reguladora deveria observar as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, conforme disposto no art. 4º da Lei n. 8.176/1991. Ainda na visão prevalecente do Plenário, a ANP, enquanto autarquia, estaria submetida à direção superior do Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso II da Constituição Federal, motivo pelo qual o dispositivo impugnado seria constitucional. Significa dizer que, para os fins desta pesquisa, o resultado final das ADIs é uma contradição em seus próprios termos: a manutenção da competência da ANP é fruto da ausência de autonomia reforçada da agência.

O segundo bloco de decisões, contudo, revela uma defesa mais sólida do modelo das agências reguladoras. Na ADI nº 4679, julgada entre os anos de 2015 e 2017, o Supremo Tribunal Federal validou competências atribuídas à ANCINE para a regulação do setor audiovisual nacional, reconhecendo a importância dos desenhos institucionais de tais entidades. O acórdão do caso expõe extensos votos em que são abordadas questões como (i) o conhecimento técnico e especializado das agências reguladoras; e (ii) a necessidade de respostas mais rápidas do que as propiciadas pelo naturalmente moroso processo legislativo formal. Nesse contexto, (iii) as agências reguladoras, reconhecidamente dotadas de autonomia reforçada e concentradoras de funções públicas normalmente distribuídas entre Poderes do Estado, (iv) são voltadas ao desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente.

O mesmo se deu na ADI nº 4874, ajuizada com o objetivo exclusivo de discutir a extensão do poder normativo da ANVISA. Naquela oportunidade, reconheceu-se que as agências reguladoras representam inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidades. Sua importância também é destacada ante a exigência de agilidade e flexibilidade para lidar com decisões de natureza técnica, o que levou à emergência destas estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes.

Como é possível notar, o discurso de legitimação das agências nos votos apresentados nestes casos revela uma variação do Supremo Tribunal Federal

no enfrentamento do assunto. Se antes as agências eram constitucionais porque estavam sujeitas à tutela do Poder Executivo, a concepção atual é que seu modelo institucional é relevante dentro de uma nova concepção de separação de poderes em que decisões de caráter técnico e isentas são essenciais para a promoção de finalidades públicas específicas.

#### 4.2.2. *O poder normativo das agências reguladoras*

O principal assunto relativo à independência das agências reguladoras nas decisões proferidas pelo STF está no debate sobre a abrangência e extensão do poder normativo de tais entidades.

A função normativa da ANATEL foi objeto de intensa controvérsia entre os membros do STF no bojo da ADI nº 1668. A maioria do STF adotou a orientação de que o poder de editar normas gerais e abstratas era *possível*, desde que em caráter regulamentar, subordinada à legislação e a eventuais atos normativos da Presidência da República. Conforme assentado pelo Plenário, a atuação normativa das agências reguladoras não poderia subtrair do agente político a competência reguladora da lei de telecomunicações. Foi nesse sentido que foi dada interpretação conforme à Constituição em relação aos dispositivos impugnados para fixar a tese de que os atos normativos das agências reguladoras deveriam necessariamente observar a lei (preferência da lei sobre os atos regulatórios) – orientação seguida pela maioria dos julgadores<sup>48</sup>.

O Supremo Tribunal Federal voltou a se pronunciar acerca do regime jurídico das agências reguladoras apenas em 2015, em julgamento que durou mais que dois anos. Tratava-se da ADI nº 4679, que tinha como objetivo ver declarada inconstitucional a Lei nº 12.485/2011 na parte em que reconhecia diversas competências da ANCINE para regular o setor audiovisual de acesso condicionado (a antiga TV a cabo).

Na oportunidade, o STF também votou a favor da competência normativa da ANCINE. Mas sua concepção sobre o princípio da legalidade em relação às agências reguladoras foi sensivelmente distinta. Segundo o tribunal, a Constituição chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo,

---

<sup>48</sup> O debate, contudo, não foi livre de controvérsias. Neste ponto, destaca-se a posição do Ministro Nelson Jobim que, desde o início do julgamento, apresentou divergência quanto aos pleitos formulados pelos autores da ação. Em relação ao poder normativo, o Ministro apontava que a técnica da interpretação conforme era desnecessária – o que foi corroborado pelo Ministro Moreira Alves ao afirmar que “*não há necessidade de interpretação conforme para dizer o óbvio*” (Voto do Ministro Moreira Alves, p. 164).

desde que pautada por princípios inteligíveis (*intelligible principles*)<sup>49</sup> capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração. Daí porque o importante não era condicionar a atuação da ANCINE estritamente aos comandos legais; mas sim avaliar se sua lei de criação (Medida Provisória nº 2.228-1/2001) e se a lei que disciplina o serviço de acesso condicionado (art. 3º da Lei nº 12.485/2011) seriam suficientes para lhe atribuir poderes normativos. Apenas se tais normas legais fossem demasiadamente amplas é que se evidenciaria a inconstitucionalidade do poder normativo da agência. No fim, concluiu-se que a técnica legislativa empregada na legislação era constitucional, na medida em que atendia à contemporânea noção de Estado regulador, em que o papel da lei em sentido formal é apenas definir as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe margem relativamente ampla de atuação, mas condicionada aos espaços deixados em aberto pela legislação.

Igual entendimento foi firmado no âmbito da ADI nº 4874. No que concerne especificamente ao poder normativo da ANVISA, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que a legislação setorial de vigilância sanitária possuía elementos suficientes para a aferição da legitimidade do poder normativo da agência. No entanto, por se tratar da primeira ação em que o Supremo se debruçou exclusivamente sobre o tema da edição de normas por entidades reguladoras independentes, os parâmetros apresentados pelo STF relevam uma sofisticação ímpar sobre o tema.

De modo sintético, é possível afirmar que a orientação geral do colegiado dirigiu-se no sentido de que, para que o exercício de competências normativas pelas agências reguladoras) seja considerada legítima, (i) não poderá envolver matérias sujeitas, por decisão constitucional, à reserva de lei, e (ii) tal competência há de ser acompanhada de parâmetros mínimos e claros, que, de modo enfático, limitem a atuação da agência reguladora, e permitam a fiscalização dos seus atos (reiterando-se a tese dos *princípios inteligíveis*, ou da *tipificação mínima*); e que (iii) é possível o controle *a posteriori* dos atos das agências reguladoras, ainda que seja recomendável a adoção de uma postura deferente do Poder Judiciário em relação às suas decisões técnicas,

<sup>49</sup> A denominada doutrina dos princípios inteligíveis (*intelligible principles*) é importada dos Estados Unidos. Segundo ela, é possível que o legislador transfira capacidades normativas à Administração Pública, desde que defina *standards* suficientes para o exercício deste poder – isto é, princípios inteligíveis. Conforme apontado por André Cyrino, tal doutrina foi acolhida pela Suprema Corte americana no caso *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, julgado em 2001. Sobre o tema, v. CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 77/97.

cabendo ao Judiciário avaliar apenas se a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição.

Como é possível notar, os *standards* adotados pelo STF na ADI nº 1668 e aqueles estipulados nas ADIs nºs 4679 e 4874 foram sensivelmente distintos. Na fase em que o modelo das agências reguladoras ainda era posto em cheque, cabia ao STF ser *cauteloso* e permitir que o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras não fugissem abruptamente da concepção majoritária da época sobre o princípio da legalidade. O mundo dos fatos, desde então, demonstrou que o exercício de competências administrativas normativas é um dado inevitável para a realidade contemporânea e complexa da Administração Pública. Por isso que a fase de *consolidação* do modelo das agências reguladoras pela jurisprudência do STF vem acompanhada de uma nova visão, em que a Corte deixa de se preocupar *se* é possível a edição de normas, voltando-se a questionar *como* essa competência deve ser exercida.<sup>50</sup>

#### 4.2.3. A autonomia e a eficiência gerencial das agências reguladoras

Não só de produção de normas vive uma agência. Do ponto de vista gerencial, as agências precisam de recursos próprios para que possam tomar decisões empiricamente bem informadas. Isso envolve, por certo, determinada discricionariedade para alocação de seus recursos em pessoal e na contratação de terceiros para treinamentos, estudos, bens e serviços em geral. É dizer: a autonomia financeira é essencial para o êxito de uma agência reguladora. É nesse contexto, aliás, que tais instituições têm passado a sofrer diversos reveses que as enfraquecem do ponto de vista institucional, sobretudo por meio de contingenciamento de receitas.<sup>51</sup>

A autonomia gerencial das agências reguladoras foi objeto de exame em duas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal: (i) uma em relação aos seus processos de contratação, mais especificamente em relação a dispositivos que previam regras específicas de licitações para a ANATEL (ADI nº 1668); e (ii) outra em relação aos regime de pessoal das agências reguladoras como

<sup>50</sup> Sobre o tema, v. MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – Mutação constitucional do princípio da legalidade?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 11, nº 43, jul./set., 2013.

<sup>51</sup> Sobre o tema, recomendamos, novamente, a leitura de JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, nº 1, 2017.

um todo, em ação que discutia a constitucionalidade do regime celetista de seus agentes burocráticos (ADI nº 2310).

Quanto à possibilidade de previsão de regras específicas de contratações administrativas em favor das agências reguladoras, o STF, por maioria, adotou entendimento favorável à autonomia gerencial da ANATEL. Os arts. 22, inciso II, 54 a 59, 89, 119 e 210 da Lei nº 9.472/1997 previam a possibilidade de adoção de duas modalidades não existentes na então Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993): o *pregão* e a *consulta*, incluindo-se a possibilidade de edição de atos normativos pela agência para discipliná-los na via infralegal. A apertada decisão da Corte garantiu que a ANATEL pudesse realizar contratações mais eficientes, sendo este um dos raros casos no Brasil em que a abertura de experiências institucionais isoladas pudesse ser ampliada para toda as Administrações Públicas nacionais a partir da constatação dos resultados positivos da política adotada<sup>52-53</sup>.

Embora o caso não tenha sido levado a Plenário (as normas impugnadas foram posteriormente revogadas), a ADI nº 2310 também tem uma importância acentuada<sup>54</sup> quanto ao tema da autonomia gerencial das agências reguladoras. Referida ação tinha por objeto dispositivos da Lei nº 9.986/2000 que continham previsões sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, mais especificamente aqueles que submetiam o regime de pessoal das entidades às regras da Consolidação das Leis do Trabalho, afastando-se o regime estatutário próprio das autarquias. Dito de outra forma, os autores da ação defendiam que o exercício da função de fiscalização, inerente à atividade precípua do Estado, pressupunha prerrogativas não agasalhadas pelo contrato de trabalho. A tese foi encampada pelo Ministro Marco Aurélio, para quem

<sup>52</sup> De fato, o indeferimento da medida cautelar em relação à modalidade *pregão* permitiu que a ANATEL editasse normas disciplinando o seu procedimento, conforme o seu Regulamento de Contratações (Resolução nº 05/1998). Em verdade, foi somente com a edição da Medida Provisória nº 2.026/2000 que se estendeu a aplicação do *pregão* para toda a Administração Pública Federal, a partir das boas experiências constatadas pela agência na aplicação da modalidade. Significa dizer que a autonomia gerencial garantida à agência reguladora quanto ao tema trouxe externalidades positivas inclusive no tema de contratações pública em geral.

<sup>53</sup> Vale observar que, com a Lei nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos –, o *pregão* se tornou uma modalidade de licitação expressamente prevista como tal no diploma geral.

<sup>54</sup> A relevância do julgado transborda o tema das agências reguladoras. Recentemente, em ação que envolve a discussão sobre o exercício do poder de polícia por empresas estatais, o Ministro Luiz Fux citou a ADI nº 2310 como fundamento da relevância do tema para fins de reconhecimento de sua repercussão geral (v. ARE 662186 RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 22/03/2012, DJe 13/09/2012).

somente o cargo público propicia desempenho técnico, isento e imparcial necessário para a atuação pública das agências reguladoras<sup>55</sup>.

Por fim, registre-se o julgamento sobre uma questão relevante que envolve a *eficiência* gerencial de uma agência reguladora. O art. 26, §3º da Lei nº 9.478/1997 prevê uma hipótese de efeitos positivos ao silêncio administrativo da ANP em casos de submissão de planos e projetos de desenvolvimento e produção na exploração de petróleo ou gás natural.<sup>56</sup> O objetivo desta norma é evitar a inércia da agência nestes procedimentos, garantindo a celeridade de seus órgãos na análise dos pleitos relativos à matéria. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal legitimou este mecanismo no bojo das ADIs nºs 3273 e 3366.

#### 4.2.4. *Usurpação de competências de outros Poderes*

Por fim, é necessário registrar casos em que o Supremo Tribunal Federal debateu a constitucionalidade de competências específicas de agências reguladoras que foram contestados por usurpar poderes específicos reservados a outras instituições: o Poder Judiciário e o (chefe do) Poder Executivo.

<sup>55</sup> “Hão de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes - detentores de mandato -, mas também dos servidores - reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação - Anexo I da Lei nº 9.986/2000 - que, juntamente com os primeiros, não de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços. Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros (...) Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é a revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras - fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta, etc.” (ADI 2310, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática proferida em 19/12/2000).

<sup>56</sup> Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes. §1º Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção. §2º A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias. §3º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.

Na ADI nº 1668, a liminar foi deferida em relação ao poder de realização de busca e apreensão pela ANATEL. No entender da Corte, embora as agências reguladoras possuam competências fiscalizatórias, não se pode compreender, nela, a realização de busca e apreensão de bens de terceiros, matéria essa sujeita à reserva de jurisdição. O Plenário afirmou, assim, que somente o Poder Judiciário poderia realizar atos de constrição do gênero. Por isso, o STF suspendeu, cautelarmente, o disposto no art. 19, inciso XV da Lei da ANATEL.

Já nas ADIs nº 3273 e 3366, uma competência específica da ANP foi questionada por supostamente usurpar uma competência específica do chefe do Poder Executivo. Dentre outros aspectos sobre o marco regulatório no setor de petróleo e gás, os autores de ambas as ações diretas questionaram a competência da Agência Nacional do Petróleo para autorizar a exportação de petróleo (art. 60 da Lei nº 9.478/1997). Ambos os autores defendiam que a competência em questão seria uma matéria de Estado (*i.e.*, Administração Pública direta), não sujeito à reserva técnica da agência reguladora. Seria inconstitucional, portanto, deferir à agência reguladora uma questão que envolvesse essencialmente a soberania nacional. Como já mencionado, o STF, por maioria, julgou as ações improcedentes, reconhecendo o espaço de atuação da agência (condicionado, contudo, às políticas adotadas pelo Presidente da República em conformidade com as proposições do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE).

### 4.3. Quem e como decidem?

A terceira e última questão a ser analisada em relação ao Supremo Tribunal Federal é a forma como se comportam os Ministros, tanto do ponto de vista das condutas individuais adotadas no curso de um processo que envolva a impugnação de uma lei que discipline o regime jurídico de uma agência reguladora, como do ponto de vista do posicionamento adotado em julgamentos sobre a matéria.

#### 4.3.1. A conduta individual dos Ministros

Retomando-se a ideia das *onze ilhas* destacada acima, duas condutas tomadas individualmente por Ministros podem ter impacto direto em uma ação de controle abstrato, sem a necessidade de manifestação colegiada sobre o assunto<sup>57</sup>. São elas: (i) a tomada de decisões monocráticas por parte do relator;

<sup>57</sup> Sobre o tema, v. SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *I•CON*, v. 11, n. 3, 2011, p. 557/584; FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego. Onze Supremos: todos contra

e (ii) os pedidos de vista formulados no curso do processo de deliberação do plenário do STF.

Em relação aos *relatores*, é necessário apontar, em primeiro lugar, uma curiosidade: a acentuada distribuição dos casos envolvendo agências reguladoras ao Ministro Marco Aurélio (7 em um total de 18). Como se verá abaixo, trata-se de um dos poucos membros do Supremo Tribunal Federal que possuem postura declaradamente contrária a uma ampla autonomia das agências reguladoras no ordenamento brasileiro.

Em relação ao comportamento dos relatores em si, é possível apontar uma reduzida atuação monocrática. De um modo geral, adota-se o rito do art. 10 (em que a análise do pedido cautelar é postergado após a obtenção de informações das entidades legitimadas)<sup>58</sup> ou o do art. 12 da Lei nº 9.868/1999 (em que o relator, em face da relevância da matéria, entende que o caso deva ser julgado em definitivo, sem apreciação do pedido cautelar)<sup>59</sup>. Em 10 de 16 ações em que medidas liminares foram pleiteadas, essa foi a posição adotada pelo relator.

ADI	Relator	Liminar	Resultado da liminar	Julgamento	Resultado final
6033	ROBERTO BARROSO	Art. 10	-	-	-
6006	MARCO AURÉLIO	Art. 12	-	-	-
5993	MARCO AURÉLIO	Art. 12	-	-	-
5906	MARCO AURÉLIO	- <sup>60</sup>	-	-	-
5372	LUIZ FUX	Art. 12	-	Sim	Não conhecida
5371	ROBERTO BARROSO	-	-	-	-

o plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze Supremos**: o Supremo em 2016. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia?: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, 2018; NETO, José Mário Wanderley Gomes. LIMA, Flávia Danielle Santiago Lima. *Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do presidente do STF durante o recesso judicial e férias*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 8, nº 2, 2018.

<sup>58</sup> Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

<sup>59</sup> Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

<sup>60</sup> Não foi formulado pedido cautelar na ADI nº 5906 e na ADI nº 5371.



ADI	Relator	Liminar	Resultado da liminar	Julgamento	Resultado final
4874	ROSA WEBER	Sim	Deferida monocraticamente	Sim	Improcedente
4679	LUIZ FUX	Art. 12	-	Sim	Procedência parcial
4226	CELSO DE MELLO	Art. 12	-	-	-
3596	CÁRMEN LÚCIA	Art. 12	-	-	-
3366	CARLOS BRITTO	- <sup>61</sup>	-	Sim	Improcedente
3273	CARLOS BRITTO	Sim	Deferida monocraticamente	Sim	Improcedente
3240	MARCO AURÉLIO	Art. 12	-	Sim	Perda do objeto
2658	DIAS TOFFOLI	Art. 12	-	-	-
2543	MAURÍCIO CORRÊA	-	-	Sim	Não conhecida <sup>62</sup>
2315	MARCO AURÉLIO	Art. 10	-	Sim	Perda do objeto
2310	MARCO AURÉLIO	Sim	Deferida monocraticamente	Sim	Perda do objeto
1668	MARCO AURÉLIO	Sim <sup>63</sup>	Deferida parcialmente pelo Plenário	-	-

Em apenas três oportunidades a medida liminar foi concedida monocraticamente. A *primeira* delas foi a já relatada: ADI nº 2310, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que dispositivos da Lei nº 9.986/2000 foram suspensos para impedir a contratação de pessoal das agências pelo regime celetista, no ano de 2000. A *segunda* foi proferida pelo Min. Carlos Ayres Britto no bojo da ADI nº 3273, em agosto de 2014, para suspender a eficácia de diversos dispositivos da Lei nº 9.478/1997, em razão da ocorrência da 6ª Rodada de Licitações das áreas produtoras de petróleo e gás natural. Já a *terceira* foi proferida pela Ministra Rosa Weber. Embora tenha inicialmente aplicado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999<sup>64</sup> ao caso, a relatora deferiu a

<sup>61</sup> Decisão proferida na ADI nº 3273, em apenso.

<sup>62</sup> Decisão proferida logo após a distribuição do feito, sem apreciação do pedido cautelar.

<sup>63</sup> A Lei nº 9.868/1999 ainda não havia sido editada quando do início do julgamento do pedido cautelar.

<sup>64</sup> Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do

medida cautelar pleiteada pela autora da ação por um fato superveniente: o Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou a decisão antecipatória de tutela proferida pela 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília havia garantido a suspensão da eficácia da RDC nº 14/2012 para parte do setor do mercado fumígeno. Assim, a relatora, em setembro de 2013, deferiu a suspensão integral de dispositivos da resolução a fim de assegurar tratamento isonômico a todos os potencialmente afetados pelos atos normativos impugnados. Nos três casos, condutas concretas (contratação de pessoal; realização de procedimentos licitatórios; e proibição de comercialização de cigarros com ingredientes específicos) deram ensejo ao deferimento dos pedidos.

Ainda quanto às decisões cautelares, não é possível apontar nenhum elemento adicional satisfatório que indique uma tendência decisória do Supremo Tribunal Federal. Um dado, contudo, desperta curiosidade: nenhum dos casos em que houve deferimento do pedido cautelar levou a um julgamento de mérito procedente: na ADI nº 3273, o Ministro Eros Grau foi relator para acórdão; enquanto que na, ADI nº 4874, a Ministra Rosa Weber julgou a demanda improcedente.

Passando ao segundo ponto, os *pedidos de vista* foram formulados em metade dos casos julgados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Em ambas as hipóteses, os pedidos foram formulados para que os Ministros pudessem abrir divergência sobre o resultado final do julgamento (como nas ADIs nºs 3273 e 3366), ou para um exame mais aprofundado da matéria em razão de prévia divergência suscitada por outro membro do tribunal (como na ADI nº 4679).

Nas ADIs nºs 3273 e 3366, julgadas conjuntamente, tanto o Ministro Marco Aurélio como o Ministro Eros Grau pediram vista no feito para que pudessem elaborar votos divergentes ao relator original do caso, o Ministro Carlos Ayres Britto. Já na ADI nº 4679, o Ministro Dias Toffoli requereu vista para poder examinar, com maior apuro, a constitucionalidade do art. 25 da Lei nº 12.485/2011, que não se relaciona ao tema das agências reguladoras, mas ao marco regulatório do setor de serviço de acesso condicionado. Ao final, o Ministro votou no mesmo sentido do relator, discordando da divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin. Nesse último caso, o pedido de vista teve impacto significativo para o deslinde da ação, ampliando o tempo de tramitação do feito em mais de dois anos.

---

Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

ADI	Pedidos de vista	Ministro	Tempo para deliberação
4874	Não	-	-
4679	Sim	DIAS TOFFOLI	826 dias
3273 e 3366	Sim	MARCO AURÉLIO	160 dias
3273 e 3366	Sim	EROS GRAU	14 dias
1668	Não	-	-

#### 4.3.2. O posicionamento individual dos Ministros

Em relação ao entendimento jurídico específico dos Ministros da Corte, é possível notar que parte deles tem uma posição bem definida em relação ao modelo legal das agências independentes; enquanto outros, embora votem em sentido favorável às agências reguladoras, não o fazem com a exposição de razões contundentes.

Os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves foram aqueles que, no âmbito da ADI nº 1668, apresentaram os principais contrapontos aos argumentos desfavoráveis ao modelo das agências reguladoras no Brasil. Atualmente, os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, aparentemente, foram aqueles que mais aprofundaram o debate sobre o tema nos acórdãos mais recentes. A circunstância de terem sido relatores, respectivamente, das ADIs nº 4679 e 4874 permitiu um estudo mais denso sobre o tema, o que se reflete em parâmetros similares de interpretação – mesmo que, no mérito, seus votos venham a divergir. Foram eles, aliás, que incluíram expressamente em seus votos as orientações sobre a doutrina dos *princípios inteligíveis*<sup>65</sup> e a *teoria da deferência judicial* aos atos das agências reguladoras<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Segundo o Ministro Luiz Fux, “A moderna concepção do princípio da legalidade, em sua acepção principiológica ou formal axiológica, chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis (intelligible principles) capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração” (ADI nº 4679, Rel. Min. Luiz Fux, p. 4). Já para a Ministra Rosa Weber, “Sem se afastar do entendimento afirmado nos precedentes, conquanto razoável admitir que o princípio da reserva de lei inscrito no art. 5º, II, da CF permita a delegação de funções normativas – e não legislativas – a entes de feição administrativa, não se pode dispensar a lei formalizadora da delegação de preestabelecer as diretrizes de tais competências mediante tipificação mínima do conteúdo normativo a ser integrado pela Administração. Dessa forma, pode-se afirmar que delegações demasiado amplas não são compatíveis com referido princípio constitucional, por não oferecerem critérios para avaliar se a norma de competência foi ou não cumprida pela Administração” (ADI nº 4874, voto da Min. Rosa Weber, p. 34).

<sup>66</sup> Segundo o Ministro Luiz Fux, “o Poder Judiciário deve, como regra geral e em razão do que já exposto anteriormente, observar o princípio da deferência em relação aos atos das agências reguladoras. Os atos administrativos das agências, que resultam de escolhas técnicas tomadas por meio de uma deliberação colegiada e imparcial, devem ser respeitados pelos seus órgãos de

Em outro prisma, observa-se que o Ministro Marco Aurélio é, desde o início dos debates sobre o assunto no âmbito do STF, o Ministro que apresenta maior resistência ao regime jurídico especial das agências reguladoras. É verdade que o Ministro Marco Aurélio não ignora a possibilidade de delegação de competências técnicas para agências reguladoras. Assim, nas ADIs 3273 e 3366, o Ministro foi favorável ao poder da ANP de exportar petróleo.<sup>67</sup> Tratava-se, contudo, de competência *administrativa* e *executiva*. Nos demais casos apreciados pelo Plenário, sua posição foi muito mais restritiva, em especial na ADI nº 4874, em que o Ministro sustentou forte contestação contra a autonomia normativa das agências reguladoras<sup>68</sup>.

---

*controle, e nisso devemos incluir o Poder Judiciário*” (ADI nº 4874, voto do Ministro Luiz Fux, p. 161). Já para a Ministra Rosa Weber, “*A doutrina da deferência administrativa, conhecida como Chevron deference porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., de 1984, orienta que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Esse é o ponto*” (ADI 4874, voto da Ministra Rosa Weber, p. 66).

<sup>67</sup> Segundo sua manifestação, “(...) o setor petrolífero caracteriza-se pela alta especialização, a demandar um monitoramento constante. A criação da Agência Nacional do Petróleo como entidade reguladora, e conforme previsão constitucional, busca evitar práticas abusivas por parte das empresas privadas que poderão explorar petróleo, além de condutas anticoncorrenciais ou concentrações empresariais, bem como procura garantir a qualidade da produção, o abastecimento do mercado interno, a continuidade do serviço, o respeito às questões ambientais, sempre em prol da preservação do interesse público” (ADI nº 3272, voto do Min. Marco Aurélio, p. 205). Interessante apontar que o Ministro Marco Aurélio – o mesmo que havia imposto uma série de condicionantes à atuação da ANATEL no bojo da ADI nº 1668 –, foi o primeiro (e único) a expressamente defender a competência ampla da ANP quanto à questão posta nas ADIs nº 3273 e nº 3366, reconhecendo a importância das agências reguladoras em questões eminentemente técnicas e especializadas.

<sup>68</sup> “O princípio da legalidade é o lastro de um Estado Democrático de Direito. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A atuação das agências faz-se no campo executivo; é atuação em campo específico, é fiscalizadora. Não se pode conceber – e já foi evocado o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – delegação, muito menos às agências, para que normatizem! E esse artigo versa – e não se estabeleça distinção entre normatizar e impor norma legal propriamente dita – que não pode haver delegação, a quem quer que seja, de atribuição do Congresso Nacional. E cabe apenas ao Congresso Nacional, em que pese o precedente sobre o amianto, proibir algum produto no território brasileiro, por melhor que seja a intenção que impere” (ADI nº 4874, voto do Ministro Marco Aurélio, p. 186).

Ministro	Posicionamento favorável	Posicionamento contrário
MARCO AURÉLIO	ADI 3273; ADI 3366; ADI 4679	ADI 1668; ADI 2310; ADI 4874
CELSO DE MELLO	ADI 4679; ADI 4874	ADI 1668
GILMAR MENDES	ADI 3273; ADI 3366; ADI 4679	ADI 4874
RICARDO LEWANDOWSKI	ADI 4679; ADI 4874	
DIAS TOFFOLI	ADI 4679; ADI 4874	
CARMEN LÚCIA	ADI 4679; ADI 4874	
LUIZ FUX	<b>ADI 4679; ADI 4874</b>	
ROSA WEBER	<b>ADI 4679; ADI 4874</b>	
ROBERTO BARROSO	ADI 4679	
ALEXANDRE DE MORAES	ADI 4874	
EDSON FACHIN	ADI 4679; ADI 4874	
NELSON JOBIM	<b>ADI 1668;</b> ADI 3273; ADI 3366	
ILMAR GALVÃO	ADI 1668	
OCTÁVIO GALLOTTI	ADI 1668	
SYDNEY SANCHES	ADI 1668	
MOREIRA ALVES	<b>ADI 1668</b>	
CARLOS VELLOSO	ADI 3273; ADI 3366	ADI 1668
SEPÚLVEDA PERTENCE	ADI 3273; ADI 3366	ADI 1668
NÉRI DA SILVEIRA		ADI 1668
MAURÍCIO CORRÊA		ADI 1668
CARLOS BRITTO		ADI 3273; ADI 3366
JOAQUIM BARBOSA	ADI 3273; ADI 3366	ADI 3273; ADI 3366 <sup>69</sup>
EROS GRAU	ADI 3273; ADI 3366	
ELLEN GRACIE	ADI 3273; ADI 3366	
CEZAR PELUSO	ADI 3273; ADI 3366	
TEORI ZAVASCKI	ADI 4679	

De mais a mais, a partir da ADI nº 4874, é possível identificar que as divergências entre as posições individuais dos Ministros aparecem mais no exame de atos concretos do que na disciplina legal das agências reguladoras.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Joaquim Barbosa votou contra a constitucionalidade da hipótese de silêncio administrativo prevista no art. 26, §3º da Lei do Petróleo.

<sup>70</sup> De fato, a ADI nº 4874 tinha um elemento adicional no pedido formulado pela autora: a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA nº 14/2012, que dispõe sobre a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco – ato normativo editado com base nas competências legais impugnadas na ação. Para a CNI, somente a lei em sentido formal – e não atos normativos infralegais – pode banir, proscrever ou limitar o desempenho de atividade econômica e, mesmo

Há ao menos três grupos distintos em razão dos fundamentos que foram apresentados e dos votos que foram proferidos para o caso.

O *primeiro*, capitaneado pela Ministra relatora Rosa Weber, defendeu o poder normativo das agências reguladoras e, no caso concreto, entendeu existir parâmetros suficientes para a edição do ato normativo pela ANVISA. Seguiram esta orientação os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Carmen Lúcia. O *segundo* grupo, capitaneado pelo Ministro Alexandre de Moraes e pelo Ministro Luiz Fux, embora tenha considerado o desenho institucional das agências reguladoras algo compatível com a Constituição Federal – e até desejável –, julgaram a demanda procedente em relação à declaração de inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012. Neste grupo, também está incluído o Ministro Dias Toffoli. Já o *terceiro* grupo é composto pelos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, esse último, em sua primeira manifestação contrária às agências reguladoras nos casos pesquisados<sup>71</sup>. Em ambos os votos, foram apresentadas críticas contundentes à atuação das agências reguladoras, o que os levou a julgar a demanda procedente, em relação ao primeiro, e parcialmente procedente, em relação ao segundo.

Significa dizer que, do ponto de vista estratégico, a apresentação de atos concretos das agências reguladoras pode induzir e alterar a interpretação sobre os limites dos poderes regulatórios em abstrato. Tais assertivas,

---

assim, para ser válida, esta lei deveria ser proporcional e razoável. Ao contrário dos demais julgados apontados acima, a ADI nº 4874 foi a primeira em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou exclusivamente sobre o poder normativo de uma agência reguladora. De fato, as ADIs nº 1668, nº 3273, nº 3366 e nº 4679 tinham escopo mais amplo, e discutiam também aspectos específicos do setor de telecomunicações, de petróleo e de comunicação audiovisual. Isso permite que seja possível identificar com maior precisão qual o posicionamento de cada Ministro em relação ao tema, na medida em que seus votos se dedicaram essencialmente a esta questão.

<sup>71</sup> “Essa é a questão que se coloca, portanto, a questão da legalidade estrita. Isso é relevante, relevantíssimo. Porque veja a consequência até em termos de representatividade. Se um órgão desse jaez pode simplesmente decidir que determinada atividade fica autorizada ou proibida, nós estamos suprimindo, ainda que houvesse delegação, o poder do Congresso de legislar sobre isso, e estamos transferindo a um órgão burocrático. Esse é um problema seríssimo do ponto de vista constitucional. Eu tenho dito que hoje, no Brasil, ser revolucionário é defender o princípio da legalidade, fazer cumprir a lei. Ser progressista é defender a lei e não ficar inventando ‘cositas’. Então é disso que se cuida! E aqui é uma questão... ‘Ah, simplesmente aquela fábrica fechou, porque a ANVISA decidiu.’ E é no interesse do público. Afinal, proibiu-se agora salsicha com dado produto, ou, sei lá, alguma outra coisa. Será que é esse o sistema que herdamos e que queremos preservar? Um modelo dessa feição autárquica? Não me parece que seja assim e essa é a questão que se coloca a partir do voto do Ministro Alexandre. Porque, realmente, ao fim e ao cabo, isso vai envolver uma supressão do poder do Congresso Nacional” (ADI nº 4874, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 180).

contudo, demandam melhor comprovação empírica no futuro, quando mais casos relacionados às agências reguladoras serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

#### 4.4. Conclusões parciais em relação ao STF

O escasso espaço amostral de julgamentos do STF em relação às ações pesquisadas impede que conclusões mais assertivas sejam firmadas. Contudo, os elementos apresentados neste item 4 permitem apontar algumas diretrizes sobre o poder decisório do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao fator *tempo*, é possível identificar que os processos relacionados ao regime jurídico das agências reguladoras possuem longo tempo de tramitação; e que os casos que já foram julgados até então geralmente tomam elevado tempo do plenário, todos eles em mais de uma sessão do colegiado. A linha do tempo dos casos também demonstra dois blocos de períodos distintos em que se concentraram as decisões sobre o tempo: o primeiro, em um período de *afirmação* do modelo das agências reguladoras (1998-2005); e o segundo, em um período de *consolidação e aprimoramento* deste modelo institucional (2013-2018).

Em relação à orientação geral do STF no exame sobre as leis que disciplinam o regime jurídico das agências reguladoras, é possível afirmar que o histórico de decisões da Corte indica que o modelo geral das agências reguladoras é compatível com a Constituição Federal. A evolução de sua concepção, contudo, é perceptível: se antes as agências reguladoras eram uma *possibilidade* legislativa e o exercício de suas competências normativas estavam submetidas à *estrita legalidade*, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal leva ao reconhecimento da *importância institucional* das agências reguladoras no desenvolvimento social e ao estabelecimento de *parâmetros* específicos para o bom exercício do seu poder normativo.

De um modo geral, o STF reconhece que as agências reguladoras representam um desenho institucional voltado para o exercício do poder regulatório sobre *questões técnicas* específicas. No entanto, as competências extraordinárias de tais entidades somente serão válidas quando existentes e observados os parâmetros previstos em lei (princípios inteligíveis). E mais: autonomia das agências reguladoras não impossibilita posterior revisão de seus atos pelo Poder Judiciário, mesmo que seja recomendável a adoção de uma postura deferente para a reavaliação de decisões técnicas das agências.

Por fim, em relação aos Ministros, é possível apontar uma tendência acentuada à deliberações colegiadas sobre o assunto, registrando-se poucos casos de deferimento de pedidos cautelares monocraticamente. No mais, os

pedidos de vista são utilizados geralmente para que os membros do tribunal possam apresentar posições divergentes daquelas apresentadas por outros Ministros da Corte. Por fim, destaca-se o posicionamento acentuado dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber em defesa do modelo institucional das agências reguladoras na atual composição do STF, entendimento esse seguido por grande maioria. A exceção fica com o Ministro Marco Aurélio – curiosamente, relator de grande número de ações sobre o caso –, que apresentou posicionamentos e fundamentações mais contundentes em sentido contrário ao regime jurídico especial das agências reguladoras.

## 5. CONCLUSÕES

Passados mais de vinte anos desde a adoção do modelo institucional das agências reguladoras no Brasil, ainda não há respostas definitivas sobre os limites impostos aos seus regimes jurídicos. A escassez de casos examinados nesta pesquisa, contudo, não retira o valor das suas conclusões. Pelo contrário: o número reduzido de casos demonstra que, embora o Supremo Tribunal Federal seja um foro relevante para o debate sobre o regime jurídico das agências reguladoras, o uso cauteloso dessa via pelos agentes legitimados torna ainda mais crucial o estudo dos dados sobre os postulantes destas ações e sobre o poder decisório do STF.

Do ponto de vista dos postulantes, este artigo demonstrou que a ADI é uma ferramenta para um debate essencialmente político sobre as agências reguladoras, sendo o Supremo Tribunal Federal um foro relevante para deflagrar tal discussão de forma célere e imediata. Ainda sob a ótica dos postulantes, foi possível notar que os setores regulados, embora não sejam necessariamente contrários ao modelo das agências reguladoras no Brasil, vêm tentando diminuir o alcance de seu poder em casos específicos, muitas vezes diante de algum elemento contextual que torna esta contestação oportuna. De todo modo, o volume de casos ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal não revela ainda nenhum padrão – as demandas, quase sempre, estão relacionadas a elementos contingentes que justificam a busca pela jurisdição constitucional.

Já em relação à atuação Supremo Tribunal Federal, é possível notar que a Corte reconhece a constitucionalidade do regime jurídico especial das agências reguladoras. De um modo geral, sua jurisprudência encontra-se em fase de consolidação de um modelo voltado ao aprimoramento do regime jurídico de tais entidades. Reconhece-se, assim, (i) a constitucionalidade da atribuição de competências técnicas às agências reguladoras; (ii) a necessidade de que seus poderes estejam sujeitos à observância às regras de direito público e aos



parâmetros previstos em leis setoriais; e (iii) o fato de que sua independência não afasta a possibilidade de posterior controle de seus atos, ainda que seja recomendável a adoção de uma postura deferente do Poder Judiciário.

Tal como qualquer estudo empírico, este artigo não pretendeu apresentar respostas definitivas sobre o assunto. Ainda assim, investigar os elementos do passado é essencial para buscar indícios sobre o futuro, sobretudo porque o debate sobre o regime jurídico especial das agências reguladoras volta constantemente à tona na doutrina, na sociedade e, inevitavelmente, também no Supremo Tribunal Federal.



## JUDICIAL REVIEW OF EXECUTIVE POLICYMAKING IN ADVANCED DEMOCRACIES: BEYOND RIGHTS REVIEW<sup>1</sup>

---

*Em coautoria com:*  
Susan Rose-Ackerman<sup>2</sup>

### INTRODUCTION

An independent judiciary can be a check on democratic and bureaucratic institutions. It can help enhance the legitimacy of the state by constraining the behavior of politicians and officials in the interest of fundamental values. Courts in modern democracies generally act as bastions for the protection of individual rights. This is an important role, but the legitimacy of modern states depends on more than the protection of rights. It also depends on the ability of democratic institutions to reflect citizens' preferences and values and on the state's ability to use technical expertise competently. Legitimacy has a three-fold character based on rights, democratic responsiveness, and competence.<sup>3</sup> Courts tend to gravitate toward the protection of rights, and in

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Administrative Law Review*, v. 66, p. 1-72, 2014. Partes deste artigo se baseiam em partes da tese de doutorado de Eduardo Jordão (JORDÃO, Eduardo. *L'Adéquation de L'Intensité du Contrôle Juridictionnel aux Caractéristiques de L'Action Administrative Controlée* (Universities of Paris (Panthéon-Sorbonne) and Rome (Sapienza) defendida em Paris, em novembro de 2014).

<sup>2</sup> Susan Rose-Ackerman is Henry R. Luce Professor of Jurisprudence (Law and Political Science) at Yale University. The authors thank Thomas Perroud, Maria Daniela Poli, Alfredo Moliterni, Jocelyn Stacey, Laverne Jacobs, Sheila Wildeman, and France Houle for their invaluable help during the phase of research. We also thank George Bermann, Giacinto della Cananea, Michael E. Herz, Richard Pierce, and Bernardo Sordi for comments on portions of the article dealing with the countries where each has expertise. We are extremely grateful to Michael Van der Heijden and the staff of the International Law Library at Yale for their excellent, prompt assistance in source-checking the foreign law references. All errors are, of course, our responsibility.

<sup>3</sup> SUSAN ROSE-ACKERMAN, FROM ELECTIONS TO DEMOCRACY: BUILDING ACCOUNTABLE GOVERNMENT IN HUNGARY AND POLAND [hereinafter, FROM ELECTIONS TO DEMOCRACY], 5-7 (2005); *see also*, Susan Rose-Ackerman, *Regulation and*

some countries, the jurisdiction of constitutional courts is restricted to such cases. We argue that courts can also play a constructive role in furthering both democracy and competence. Our goal is to show how this can be done with reference to four jurisdictions with different legal traditions and political regimes: the United States, Canada, France, and Italy.

If modern states regulate complex technical areas, such as public utilities and antitrust, it is unrealistic and unwise to require statutory texts to resolve all the policy issues that will arise in practice. Statutes need to allow agencies considerable discretion to set policy and to resolve individual cases in line with their technical assessments.<sup>4</sup> For this reason, concern for democratic legitimacy does not end with the passage of regulatory statutes. Rather, the agencies themselves need to operate under checks that assure their transparency and accountability to the public.

There is no single way to balance democracy against expertise and the protection of rights, but we argue that the courts can help reconcile the competing aspects of executive legitimacy as a supplement to direct intervention by the legislature or the cabinet. Our premise may seem implausible because courts are the archetypal “counter-majoritarian” institution, and judges typically have little knowledge of technical subjects such as engineering or economics. However, we argue that courts can balance respect for democratic choice and deference to experts with limited oversight that enhances legitimacy on all three dimensions.

In some situations, courts do recognize that they can play a role beyond the protection of rights. However, because that role is not always precisely defined and constrained by statute or by constitution, courts may be at sea in asserting authority. Without a framework, it is hardly surprising that some courts are very deferential to the policy choices of the executive and hold back. These courts look to their own lack of strong democratic credentials to limit review. In contrast, other courts have become increasingly strict in their

---

*Public Law in Comparative Perspective*, 60 UNIV. OF TORONTO L.J. 519 (2010). For a slightly different trichotomy see Jerry L. Mashaw, *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*, 1 REVISTA DIREITO GV 153, 168 (2005) (referencing political, managerial, and legal accountability). See also, Eduardo Jordão, *supra* note \* (especially noting chapter 1.2).

<sup>4</sup> We use the term “agency” as it is used in the United States to refer both to executive departments under the President or a Cabinet Secretary, such as the Environmental Protection Agency or the Occupational Health and Safety Administration in the Department of Labor, and to independent agencies, such as the Federal Communications Commission. In Europe, the term “agency” is usually reserved for independent regulatory authorities.

review of agency actions in complex technical areas, but they have done this, not by reference to democratic legitimacy, but rather by invoking traditional administrative law norms based on rights. These norms, we argue, although perfectly appropriate in many cases, are not adequate to the review of many actions of regulatory agencies and antitrust authorities. Even if the cases nominally involve conventional rights-based challenges, their implications for policy and for state–society relations often go beyond claims that government actions violate individual rights.

Managing the tension between deferring to technical expertise and avoiding agency capture by narrow interests raises a different dilemma for courts. Agencies that regulate a market must be able to take account of the economic interests of the firms in the market. However, they also need to hear from consumers, workers, competitors, policy analysts, and advocates with no direct personal stake in the outcome. The agency is supposed to be apolitical and well informed about the regulated industry. However, especially for independent agencies insulated from the rest of government, decisionmakers risk capture by the very interests they are supposed to be regulating. Courts, then, can help prevent the worst instances of capture, but if they are too aggressive, they risk substituting their own uninformed and non-expert judgment for that of the agency. Judges need to be sure that they do not invoke the protection of individual rights as an excuse for imposing their policy preferences.

Courts need to strike a balance between deference to the expert choices of specialized administrative bodies and review of those decisions to assure that they are taken in a transparent and responsive way. Plaintiffs may ground their arguments on rights violations; however, the courts also can seek to assure that democratic values and competent expert advice infuse administrative choices. Courts that take on this role can enhance, not undermine, government legitimacy.

The law regulates the market in many different ways. Some statutes depend entirely upon private individuals to bring lawsuits to defend their rights; others delegate enforcement to a private entity whose members police its behavior. We leave these options to one side and concentrate on regulatory programs that require active government involvement. Within that category, some statutes contain sufficient guidance to the administration so that no executive policymaking is necessary. The agency simply implements the law on a case-by-case basis in light of clear statutory guidance. In such cases the only role for the courts is to police the agency to be sure that it does not violate rights and to control for fraud and maladministration. We

ignore such cases on the ground that they seldom describe the complex, fast-changing technical areas central to the modern regulatory state that require policymaking delegation.<sup>5</sup>

We focus on regulatory initiatives where both statutes and agency actions determine policy. In the cases we discuss, regulatory policymaking is legally permitted by delegation in a statute or through constitutional provisions. Some agencies issue general norms—both rules with the force of law and guidelines—to govern their actions in individual cases. Other agencies make case-by-case enforcement decisions that over time produce *de facto* policies in much the same way as the common law generates legal principles.<sup>6</sup>

Agency policymaking is not merely “legal” in a narrow formal sense. Agencies combine technical expertise with democratic accountability to produce policy.<sup>7</sup> For example, most rules that govern air and water pollution combine expert technical knowledge with a concern for citizens’ interest in a clean environment and take into account business objections to high costs. Likewise, the vagueness of antitrust statutes often gives the relevant authority considerable leeway to foster different types of social goals, such as consumer welfare or economic freedom. Agencies may have a choice of whether to implement a statute through rulemaking or adjudication, and many do both—setting general policy through rules and enforcing it in adjudications that themselves are exercises in judgment, not just mechanical applications of the rules.

We discuss the hazards of substantive review by technically illiterate courts and argue that procedural review can be a partial substitute that is consistent with democratic legitimacy and regulatory competence. In making this claim we, of course, recognize that the distinction between substance and procedure is not always clear-cut. Nevertheless, review can tilt in one or another direction, and we argue for a particular sort of procedural oversight.

---

<sup>5</sup> The justification for delegation in technically complex areas is usually based on the claim that agencies have a comparative advantage over the legislature in: (i) *expertise*, meaning not only specialized knowledge, but also *experience*—acquired through repeated action—in the relevant area; and (ii) *time*, which the legislature lacks if decisions must be made expeditiously.

<sup>6</sup> See Paul v. B.C. (Atty Gen.) (Forest Appeals Commission), [2003] 2 S.C.R. 585, 606 (Can.); France Houle & Lorne Sossin, *Tribunals and Policy-Making: From Legitimacy to Fairness*, in *DIALOGUE BETWEEN COURTS AND TRIBUNALS: ESSAYS IN ADMINISTRATIVE LAW AND JUSTICE* 123 (Laverne A. Jacobs & Anne L. Mactavish eds., 2008).

<sup>7</sup> We use the term “rulemaking” in the American sense to mean secondary legislation issued by agencies (both cabinet departments and independent agencies) under authority delegated to them by statute, or, as in France, by the French Constitution itself. It is equivalent to the terms “secondary legislation,” “decree,” and, with some caveats, “ordinance.”

Our basic general point is that quasi-judicial processes that uphold the rights of individuals in adjudications are not adequate to further competent and democratically legitimate policymaking. If courts review rulemaking, they need to acknowledge its role in upholding policymaking values, and if they review adjudications, they need to understand that court-like procedures are inadequate to capture the broad policy issues at stake in major adjudications involving regulated industries or antitrust violations. Beyond any claimed rights violations, courts need to ask if agency actions are consistent with democratic values and are competent, not as a legal matter, but with respect to scientific and social-scientific expertise. However, courts need to accept the reality that agencies are both more technically competent than courts and more democratically accountable. This is true even for so-called independent agencies; in every jurisdiction studied they are less independent of the political branches than the courts.<sup>8</sup>

Stringent judicial review of agency actions could lead the courts to usurp the policymaking competence of the agencies. One response to this concern is to deny jurisdiction to the courts to review policymaking in the executive and to limit them to resolving rights violations arising in individual cases. That would leave agency policymaking free of judicial oversight and hence not subject to judicial policy biases. However, given the weakness of legislative oversight, especially in technical, low-profile areas, the risk of agency capture and bias is high. Judicial review can help counter those tendencies, but it needs to be circumscribed to avoid the countervailing problem of judicial policymaking.

Based on our review of the four case studies, we show how judicial review can further both democracy and competence, while preserving the

---

<sup>8</sup> Some French commentators argue against judicial deference to independent administrative agencies on the ground that they lack political accountability. See MARTIN COLLET, *LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DES ACTES DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES* 171–72 (2003). However, members of French regulatory agencies are usually appointed through politically accountable processes for limited time periods. For example, the nine members of the French Broadcasting Authority are appointed: one-third by the President, one-third by the Parliament, and one-third by the Senate. Agency members are under some pressure to satisfy the politicians who appointed them (or their voters) in order to assure their appointment to the same or to other functions. Furthermore, unlike U.S. agencies, French agencies have limited rulemaking power and may be subject to rules promulgated by a politically responsible minister. Hence, even though independent administrative agencies are less accountable to the government than the central administration, they remain more accountable than courts, many of whose members are career officials. They may also be more accountable to the legislature. Thus, there remains an argument for judicial deference on grounds of political accountability.

protection of rights. Courts: (i) should only subject the substance of the agencies' decisions to a weak reasonableness test; and (ii) should concentrate on the administrative process, notably by enforcing a widespread duty to give reasons and by assuring generous rights of participation. To make that case, we discuss both substantive and procedural review through a critical review of the law in Canada, the United States, Italy, and France.

We begin with substantive review in Part I. For decisions involving policy or technical aspects, we argue in favor of reasonableness review as an appropriate way to balance and enhance the competing aspects of state legitimacy. In addition to allowing oversight that protects rights, this standard of review gives some leeway to agencies to accomplish their disparate missions. As has been shown in the U.S. context, this approach limits the courts' ability to impose their own policy preferences.<sup>9</sup> Moreover, by deferring to agency policy judgments, the courts enhance the political responsibility of the agencies for the decisions they make. An agency cannot excuse itself by arguing that it adopted a given policy because it was the "only possible" legal solution. It is responsible to political actors for its own decisions and options. In this sense, limited review based on a reasonableness test not only allocates policy decisions to the most competent actors, but it also sheds light on those actors' choices and enhances their responsibility.

Our approach is comparative. We start with Canada, which, we argue, has settled on a workable and deferential review for reasonableness in technically complex areas. However, Canadian courts apply substantive review mostly in the context of individual adjudications, and only rarely in rulemakings. This leaves a gap in coverage that is filled in the United States with review of substantive policy decisions made through general rules under the provisions of the U.S. Administrative Procedure Act (APA). Nevertheless, U.S. courts also struggle to determine the line between law and policy because of their greater review authority compared with Canada.

Italy and France are similar to Canada in that policy made through rules is not routinely reviewed in either country, although the substance of rules occasionally figures in individual decisions. However, unlike Canada, their

---

<sup>9</sup> Judicial bias is a concern of U.S. administrative law scholars, but even the most critical recognize that the federal courts' limited review responsibilities reduce the degree of bias. See generally Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, 73 U. CHI. L. REV. 823 (2006); Cass R. Sunstein, David Schkade & Lisa Michelle Ellman, *Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation*, 90 VA. L. REV. 301 (2004); Richard L. Revesz, *Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit*, 83 VA. L. REV. 1717 (1997).



legal standards lack a realistic appreciation of the role of non-legal experts in agency decisionmaking. Courts in Canada are quite deferential; the Italian and French courts provide more stringent oversight. In Italy, the current orientation toward strong review arose after a long and complex hesitation; in France it is the result of a long tradition.

Arguing for deference with respect to technocratic regulatory substance, however, does not imply deference overall. Judicial review of administrative policymaking processes can serve democratic values. We argue in Part II that courts are capable of such review, even if they are not able to judge the substance of complex policy choices. We concentrate on two important procedural aspects: reason-giving requirements—a mixture of substance and procedure—and public participation in policymaking. In both cases there may be tensions between rights-based jurisprudence, on the one hand, and efforts to uphold democratic legitimacy and technical competence in the executive, on the other.

To see how tensions can arise, consider three motivations for a reason-giving requirement. First, judges might use the agency's reasons to help them decide if rights have been violated. Second, reasons might help the courts figure out if the administration has followed the legislative will. Third, public reason-giving might improve direct democratic accountability to citizens. In the first two cases, the reasons could be provided as late as the time the case comes before the court. In the third case, the agency would need to publish its reasoning in an open document along with the administrative agency decision. The public is the addressee of the reasons; they are designed to convince the citizens, not just the courts. Reason-giving can complement public participation. The government both is open to citizen input and must explain its decisions to the public. The courts would require openness rather than leaving it to the political judgment of public officials.

Similar issues arise in the context of public participation in agency actions. From a rights-based perspective, participation refers to the rights of the individual or firm subject to a government action—denial of a benefit, imposition of a cost. The person directly affected has a right to be heard before a decision is made. However, the democratic legitimacy of executive action has a different focus. Participation includes hearings and comment periods open to anyone with an interest in the decision, even if only as a citizen with policy preferences. Participation in that sense goes beyond “the parties” and even beyond those “stakeholders” with a material stake in the outcome. Courts are commonly asked to protect the individual against state

overreaching, but in the context of administrative policymaking, executive branch accountability to the general public and the competent use of expertise are also central. We ask whether and how courts might monitor that aspect of government performance.

Notice-and-comment rulemaking procedures under U.S. administrative law suggest one way for courts to balance deference to agencies' substantive policy choices against checks on the openness and transparency of procedures. Procedural requirements for rulemaking are not as widespread in our other cases. In Canada, France, and Italy, procedural requirements are common in individual adjudications. We consider this difference and ask whether procedural review of executive rulemaking might be adapted to fit the circumstances of our other cases. In all of our cases, regulators face similar pressures for more accountable executive policymaking. If one accepts our skepticism about substantive review, then review of procedures comes to the fore as a response to these concerns.

## I. JUDICIAL REVIEW OF SUBSTANTIVE POLICY<sup>10</sup>

We begin with Canada, where the judicial approach to agency expertise has shifted markedly from very intrusive to very deferential. We then discuss the United States, where courts are more deeply engaged in the review of rules before they go into effect. We next move to the civil law cases. Italy has followed a variable route—moving from intensive review to deference and back again without taking the modern policymaking environment into account. We end with France, which has special features that make it a more problematic case, but one that raises a number of important issues about the role of the courts. We conclude that in technically complex cases review of substance should be deferential. Courts can review the “reasonableness” of administrative choices but ought not to become deeply involved in substantive controversies that they are ill-prepared to judge.

### A. *Canada*

In Canada, there is very limited judicial review of the substance of administrative rulemaking. Review is only possible on constitutional grounds, including breaches of the Charter of Rights and Freedoms. Judicial review of administrative adjudication has evolved from very intrusive to quite

---

<sup>10</sup> For a more complete account of the intensity of substantive judicial review in our four countries, see Jordão, *supra* note 1.

deferential and nuanced. In recent decades, the Supreme Court of Canada has demonstrated a subtle understanding of the way courts can monitor the executive without exceeding their competence or their position in the democratic structure.

### 1. *Limited Substantive Review of Rulemaking*

Substantial review of administrative rulemaking in Canada is possible but very limited. Courts can strike down regulations on the grounds of constitutional violations<sup>11</sup> and for breaches to the Canadian Charter of Rights and Freedoms. They will also review the substance of rules to assess if they were promulgated within the grant of power to the executive or to agencies (jurisdictional grounds).<sup>12</sup> In all those cases, review is usually based on the non-deferential standard of correctness.

Administrative rules are not subject to attack on other grounds. Judicial review is not available on the basis of bad faith<sup>13</sup> or unreasonableness,<sup>14</sup> for example. In *Thorne's Hardware Ltd.*, applicants challenged for “bad faith” an Order in Council extending the limits of a port in New Brunswick.<sup>15</sup> With the extension, the port would include the applicants’ private berth and harbor facilities. According to them, the order was passed for the sole purpose of increasing the National Harbours Board’s revenues. The Supreme Court refused to review the Order:

We were invited to undertake such an examination but I think that with all due respect, we must decline. It is neither our duty nor our right to investigate the motives which impelled the federal Cabinet to pass the Order in Council . . . . [T]he government’s reasons for expanding the harbour are in the end unknown. Governments do not publish reasons for their decisions; governments may be moved by any number of political, economic, social or partisan considerations . . . . The Governor in Council quite obviously believed that he

<sup>11</sup> See *Beauchemin v. Blainville* (2003), 231 D.L.R. 4th 706 (Can.); *Canadian Civil Liberties Ass’n v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. 2d 341 (Can.); *Rocket v. Royal Coll. of Dental Surgeons*, [1990] 2 S.C.R. 232, 232 (Can.).

<sup>12</sup> See *Enbridge Gas Distrib. Inc. v. Ontario Energy Bd.* (2005) 74 O.R. 3d 147 (Can.).

<sup>13</sup> See *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, 111, 112 (Can.); see also SARA BLAKE, *ADMINISTRATIVE LAW IN CANADA* 148 (4th ed. 2006).

<sup>14</sup> *UL Canada Inc. v. Procureur Général du Québec* (2003), 234 D.L.R. 4th 398, para. 25, 32 (Can.), *aff'd*, [2005] S.C.R. 143 (Can.); *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)*, [1987] 3 F.C. 383, *aff'd*, (1990) 68 D.L.R. 4th 220, 220 (Can.).

<sup>15</sup> *Thorne's Hardware Ltd.*, 1 S.C.R. 106.

had reasonable grounds for passing [the order] extending the boundaries of Saint John Harbour and we cannot enquire into the validity of those beliefs in order to determine the validity of the Order in Council.<sup>16</sup>

## 2. *The Evolution of Judicial Review of Administrative Adjudications*

Until 1979, Canadian courts reviewed administrative adjudications very aggressively. This approach led to serious conflicts with the government. Parliament reacted by adding “privative clauses” to statutes that explicitly exempted certain government decisions from judicial review.<sup>17</sup> The courts initially responded by circumventing these clauses through the use of the “preliminary question doctrine.”<sup>18</sup> A preliminary or jurisdictional question is one that concerns the jurisdiction of the administrative agency to decide a given matter. Accordingly, the judiciary subjected agency decisions to very exacting review, under the standard of “correctness.” Courts interpreted this doctrine broadly to justify intrusive oversight.<sup>19</sup>

Eventually, the Supreme Court of Canada ended the era of intrusive review in a landmark 1979 decision, *Canadian Union of Public Employees*, a case challenging a decision of the Labour Board with respect to a particular strike, not a general rule.<sup>20</sup> The individual case did, however, articulate a broader policy. The Court criticized excessive judicial intervention and created a standard of review called “patent unreasonableness.”<sup>21</sup> Under this

---

<sup>16</sup> *Id.* at 112–15.

<sup>17</sup> Privative clauses are statutory provisions that impose limits on the judicial review of administrative decisions.

<sup>18</sup> The “preliminary question doctrine” was extremely important and dominant before 1979. In a 1988 decision the Supreme Court stated that: “The principle itself presents no difficulty, but its application is another matter.” *Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, 1086 (Can.).

<sup>19</sup> See, e.g., *Metro. Life Ins. Co. v. Int’l Union of Operating Eng’rs*, [1970] 1 S.C.R. 425, 435–36 (Can.); *Bell v. Ontario Human Rights Comm’n*, [1971] 1 S.C.R. 756, 772, 775 (Can.). Those decisions followed the House of Lords precedent in *Anisminic v. Foreign Compensation Comm’n*, [1969] 2 A.C. 147 (Can.). Many years later, the Canadian Supreme Court noticed that such a precedent had “set forth a definition of jurisdictional error that was so broad as to include any question involving the interpretation of a statute.” *Canada (Attorney Gen.) v. Pub. Serv. Alliance of Can.*, [1991] 1 S.C.R. 614, 644 (Can.).

<sup>20</sup> *Canadian Union of Pub. Emps., Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (Can.).

<sup>21</sup> Canadian courts have historically applied three standards of review: (i) correctness; (ii) reasonableness (*simpliciter*); and (iii) patent unreasonableness. “Correctness” is a very intrusive standard, currently applied mostly to questions of law. The “reasonableness *simpliciter*” standard was situated somewhere between those two extreme positions. The Supreme Court first ap-

standard, agencies had “the right to be wrong,” and the Court annulled their decisions only when they were “so patently unreasonable that [their] construction [could not] be rationally supported by the relevant legislation,”<sup>22</sup> or when they were “so flawed that no amount of curial deference [could] justify letting [them] stand.”<sup>23</sup>

Judicial deference persists to the present. In many cases courts defer even in the absence of a privative clause. They seldom apply the correctness standard to strike down administrative actions, and the few cases where they do involve general questions of law, human rights, constitutional issues, or jurisdictional concerns. Of particular interest to our inquiry is the Court’s contextual approach to determining the standard of review.

### 3. *The Contextualized Standard of Review*

Canadian administrative law has developed a workable two-stage structure. First, the Court determines the standard of review that it will apply.<sup>24</sup> Second, it decides the case using that standard. The analytical framework used for the first stage was first called the “pragmatic and functional” approach.<sup>25</sup> Since the Supreme Court decision in *Dunsmuir*, the reformed test is called “standard of review analysis.”<sup>26</sup> Applied to issues of both statutory construction and administrative discretion,<sup>27</sup> this analysis is a four-pronged test that weighs different factors of the decision under review: (i) the presence of a privative

---

plied it in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* [1997] 1 S.C.R. 748, 765, 779 (Can.). However, the vagueness of the standard made it very difficult to apply and to distinguish from “patent unreasonableness” standards. Hence, the Supreme Court decided to combine them into a single *reasonableness* standard. See *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 195 (Can.).

<sup>22</sup> *Canadian Union of Pub. Emps.*, 2 S.C.R. 227, 237 (Can.).

<sup>23</sup> *Law Soc’y of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 269–70 (Can.).

<sup>24</sup> The pragmatic and functional approach was first mentioned in *Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, 1081 (Can.), but its classic four prongs were only established and explained ten years later in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. [1998] 1 S.C.R. 982, 1005–12 (Can.).

<sup>25</sup> See *Dunsmuir*, 1 S.C.R. 190, 248 (“Generally speaking courts have the last word on . . . legal matters[,] . . . while administrators should generally have the last word . . . to decide administrative matters.”).

<sup>26</sup> *Id.* at 192 (merging patent unreasonableness and reasonableness into a single reasonableness standard).

<sup>27</sup> The “pragmatic and functional approach” was initially applied only to instances of statutory construction and was only extended to discretionary decisions in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. [1999] 2 S.C.R. 817, 854–55 (Can.).

clause or a statutory right of appeal;<sup>28</sup> (ii) the purpose of the administrative agency within its enabling legislation; (iii) the expertise of the agency relative to the reviewing court on the issue in question; (iv) the nature of the question—law, fact, or mixed law and fact. Courts verify how the administrative decision scores on each of the four factors, and the appropriate standard of review emerges from this scoring exercise.

This analytical framework is relevant for two reasons. First, the decision of what standard of review to apply is transparent, enhancing the accountability of the courts and legitimizing their decisions to intervene or limit their oversight. Second, under the prongs of the test, courts weigh substantial and institutional aspects of the agency's decision. The framework goes against the formalistic approach followed by most civil law countries (that use formal concepts such as discretionary or nondiscretionary competence to determine the standard of review), and it requires the courts to assess which institution is better constituted to decide the issue under review.

For our purposes, three prongs are particularly relevant. Under the second prong, courts assess the role of the agency. If the agency acts as a court that adjudicates the rights of the parties, it should be considered an inferior court, and its decisions should be subject to a thorough review. If the agency promulgates policies or balances competing public interests, the courts should grant it more deference. The Canadian Supreme Court based its deference on an understanding of the policymaking process in agencies and executive departments, and it developed the concept of polycentricity. A polycentric issue is one that involves delicate balancing among different interests. If agencies are competent to resolve polycentric issues, courts should usually defer to their decisions. The Canadian Supreme Court first used the concept in *Pushpanathan*.<sup>29</sup> It explained that:

[W]hile judicial procedure is premised on a bipolar opposition of parties, interests, and factual discovery, some problems require the consideration of numerous interests simultaneously, and the promulgation of solutions which concurrently balance benefits and costs for many different parties. Where an administrative structure more closely resembles this model, courts will exercise restraint.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> The existence of privative clauses should not be taken to be definitive in determining a deferential approach, but they are indicative that deference might be due.

<sup>29</sup> *Pushpanathan v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (Can.).

<sup>30</sup> *Id.* at 1009.

The Court thus recognizes that some issues are not properly dealt with using the usual institutional arrangement of a court even if the decisions resolve an individual case, such as an antitrust dispute. If an issue is more “political” than legal, it should be resolved by institutions that are designed for making policy.<sup>31</sup> The courts act as a backstop and can intervene in particularly extreme cases, but otherwise the policymakers have the right to choose. The courts recognize that the judicial model is a poor template for regulatory policymaking.

Under the third prong, courts must evaluate whether the specific issue under review falls into the area of agency expertise. If it does, judicial review is limited. Thus, for example, although courts will not defer in cases where the precise issue under review is the interpretation of a term of art in civil law,<sup>32</sup> they will defer on issues involving complex and technical assessments that the agency seems better placed to address, such as antitrust litigation<sup>33</sup> or financial market regulation.<sup>34</sup> The Supreme Court referred to three important dimensions of expertise: (i) the court must characterize the expertise of the agency in question; (ii) it must consider its own expertise relative to that of the agency; and (iii) it must identify how the specific issue before the administrative decisionmaker relates to this expertise.<sup>35</sup> Hence, expertise is a relative

<sup>31</sup> See *id.* (developing the concept of polycentricity, the Court held that a board decision to deny refugee status to an individual with a criminal conviction was not a polycentric one but involved the correctness of the board’s interpretation of a human rights convention). For a recent decision where the Court found that the issue was polycentric, see *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications.*, [2009] 2 S.C.R. 764, 767 (Can.). See also *Trinity W. Univ. v. B.C. Coll. of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 777 (Can.). In *Voice Construction Ltd. v. Construction and General Workers Union, Local 92*, the Supreme Court characterized the arbitrators’ decisions as adjudicative, whereas decisions of the labor board would be polycentric. [2004] 1 S.C.R. 609, 610 (Can.). See also *Lévis (City) v. Fraternité des Policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 591, 610 (acknowledging polycentricity in an arbitrator’s decision). For discussions on the polycentric nature of the issue, see, e.g., *Barrie Pub. Utilities v. Canadian Cable Television Ass’n*, [2003] 1 S.C.R. 476, 492, 522 (Can.) and *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 S.C.R. 140, 161 (Can.).

<sup>32</sup> See *Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, 1049–50 (Can.) (finding that the term “alienation” was typical of civil law, and thus was a general question of law, requiring no deference to the agency’s interpretation).

<sup>33</sup> See *Canada (Director of Investigation & Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, 774–775 (Can.) (holding that because the antitrust agency had a majority of lay members, that fact suggested the court should defer. See also David J. Mullan, *Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity*, 17 CAN. J. ADMIN. L. & PRAC. 59, 66 (2004).

<sup>34</sup> *Pezim v. B.C. (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, 598–99 (Can.) (deciding that the interpretation of the legislative expression “material change” required specific knowledge of the regulation of financial markets; hence it deferred to the agency).

<sup>35</sup> *Pushpanathan*, 1 S.C.R. 982, at 1007.

concept: it must be assessed in relation to that of the tribunal and relative to a given question. The Canadian Supreme Court also makes clear that expertise does not necessarily require specialized knowledge. It can stem from the use of special procedures or non-judicial means of implementing the Act, or from the contextual sensitivity obtained through making decisions over time.<sup>36</sup>

Finally, under the fourth prong, courts must evaluate the nature of the question at issue.<sup>37</sup> Whereas questions of law (such as constitutional and human rights issues) should be subjected to exacting review, questions of fact and of policy are given more deference.<sup>38</sup>

This pragmatic and functional approach allows the courts to strike a balance among the three-fold aspects of legitimacy: rights, democratic responsiveness, and competence. If competence or democratic responsiveness is critical to the decision under review, courts will usually defer to the agencies' choices because of their higher political accountability or technical expertise. If, however, the protection of rights is particularly salient, the courts will intervene.

### B. *United States*

In the United States, the courts frequently review the way agencies construe statutes. In the famous *Chevron* case, the United States Supreme Court accepted an agency's statutory interpretation and seemed to signal a deferential approach to agency legal interpretations.<sup>39</sup> However, subsequent case law presents a mixed picture. Even if statutory interpretation is not in question, courts can still review the substance of regulations using an "arbitrary and capricious" or a "substantial evidence" test. Even the former, seemingly less demanding standard, is sometimes applied quite aggressively. Also, the line between review of an agency's interpretation of statutory terms and review of its application of a statute to a policy choice is often quite blurry.

---

<sup>36</sup> See *Canada (Attorney Gen.) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, 598 (Can.) ("Where the question is one that requires a familiarity with and understanding of the context, there is a stronger argument that a higher degree of deference may be appropriate.").

<sup>37</sup> After *Dunsmuir*, the relevance of the fourth prong may have increased. In dissent, Justice Deschamps claimed that "any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law." *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 197 (Can.) (Deschamps, J., dissenting).

<sup>38</sup> *Dr. Q v. Coll. of Physicians & Surgeons of B.C.*, [2003] 1 S.C.R. 226, 235, 241 (Can.).

<sup>39</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).



### 1. *The Administrative Procedure Act*

In the absence of constitutional provisions, the APA, passed in 1946, provides a framework for the administrative process and for judicial review.<sup>40</sup> It has the status of a “landmark statute” that provides important background conditions and is well-entrenched in American public law.<sup>41</sup> The statute distinguishes rulemaking, licensing, and adjudication, but the section on judicial review is applicable across the board to “agency action.”<sup>42</sup> The distinction that the Canadian court makes between deferential review of polycentric policymaking and stronger review of applications of the law in particular cases is reflected in the APA’s distinction between informal and formal processes. Informal rulemaking is polycentric. Formal procedures are court-like with on-the-record decisions and provisions for cross-examination.<sup>43</sup> They are usually used for adjudications. As Thomas Merrill argues, these provisions largely track the judge-made law in effect before the passage of the APA.<sup>44</sup>

The informal rulemaking process requires only notice, an opportunity for public input, and a statement of reasons accompanying the published final rule.<sup>45</sup> The federal courts have given agencies leeway to decide how to proceed—whether by rules or adjudications, and whether by informal or formal rulemaking.<sup>46</sup> Not surprisingly, agencies seldom use formal procedures unless they are required by statute. The choice of “informal rulemaking” should be seen not as a failing but as an appropriate response to the nature of the agencies’ policymaking tasks. True, the courts, over time, have ampli-

<sup>40</sup> 5 U.S.C. § 551 *et seq.* (2012).

<sup>41</sup> See Bruce Ackerman, *Oliver Wendell Holmes Lectures: The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737, 1811 (2006); see also William N. Eskridge Jr. & John Ferejohn, *A REPUBLIC OF STATUTES: THE NEW AMERICAN CONSTITUTION* (2010) (developing a broader category called super-statutes, which also includes the APA).

<sup>42</sup> 5 U.S.C. § 702.

<sup>43</sup> 5 U.S.C. §§ 556, 557.

<sup>44</sup> Thomas W. Merrill, *The Origins of American-Style Judicial Review*, in *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* 389 (Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., 2010).

<sup>45</sup> 5 U.S.C. § 553. Section 553(c) permits but does not require formal proceedings under §§ 556 and 557.

<sup>46</sup> *Nat’l Labor Relations Bd. v. Bell Aerospace Co.*, 416 U.S. 267, 294 (1974) (stating that “the choice between rulemaking and adjudication lies in the first instance within the Board’s discretion”); see also *Nat’l Petroleum Refiners Ass’n v. Fed. Trade Comm’n*, 482 F. 2d 672, 697–98 (D.C. Cir. 1973) (deferring to agency choice to engage in rulemaking); *Nat’l Labor Relations Bd. v. Wyman-Gordon Co.*, 394 U.S. 759, 765–66 (1969) (permitting the National Labor Relations Board to act through adjudication instead of rulemaking); *United States v. Fla. E. Coast Ry. Co.*, 410 U.S. 224, 246 (1973) (refusing to require formal rulemaking when the agency chose to use informal rulemaking).

fied the requirements of informal rulemaking to facilitate their own review and to enhance public accountability. However, these elaborations retain the essentially policy-oriented and polycentric nature of the process.<sup>47</sup>

Substantive review of rules usually occurs under the APA's "arbitrary and capricious" standard that seems similar to Canada's "reasonableness" standard. Some statutes impose a "substantial evidence" test, nominally stronger but hard to distinguish in practice.<sup>48</sup> In this context the federal courts developed the so-called "hard look" doctrine that can be read in two ways. Under one view, it requires the agency to take a hard look at the options with the courts checking to be sure it did so—an essentially procedural review. Alternatively, it can mean that the court itself takes a hard look at the agency's decision—in other words, it reviews the substance. In many cases it seems to be a mixture of both.<sup>49</sup> The former is obviously more deferential and rooted in the administrative process than the latter. Overall, somewhat contradictory messages have come from the Supreme Court. In *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, the Supreme Court characterized the arbitrary and capricious test as "searching and careful."<sup>50</sup> More recently, it reversed a lower court, observing that "the arbitrary and capricious standard is extremely narrow . . . and allows the Board wide latitude in fulfilling its obligations. . . . It is not for the Federal Circuit to substitute its own judgments for that of the Board."<sup>51</sup>

## 2. Statutory Construction and Judicial Review

Frequently, agencies need to interpret their authorizing statutes before proceeding to regulate. Some of the most difficult problems of judicial review arise under regulatory statutes that require the application of expert, technical knowledge, outside the comfort zone of most judges. Where does statutory interpretation end and policymaking under the law begin?

---

<sup>47</sup> Active review by the D.C. Circuit on procedural grounds was halted by the Supreme Court in *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519, 525 (1978).

<sup>48</sup> On the difficulty of making the distinction, see Antonin Scalia & Frank Goodman, *Procedural Aspects of the Consumer Product Safety Act*, 20 UCLA L. REV. 899, 933–37 (1973) (pointing out that the APA's substantial evidence test refers to decisions made "on the record" under the formal rulemaking and adjudication provisions of the APA).

<sup>49</sup> The debate over "hard look" review was most famously developed in opinions by Judges Harold Leventhal and David Bazelon in *Ethyl Corp. v. Environmental Protection Agency*, 541 F.2d 1 (D.C. Cir. 1976). See also Harold Leventhal, *Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts*, 122 U. PA. L. REV. 509 (1974). See the discussion *infra*, at note 154.

<sup>50</sup> *Citizens to Pres. Overton Park, Inc., v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971).

<sup>51</sup> *U.S. Postal Serv. v. Gregory*, 534 U.S. 1, 6–7 (2001).

Courts often state that they are particularly qualified to judge “pure” questions of statutory interpretation.<sup>52</sup> These seem like archetypal issues for judicial resolution. Yet, if the meaning of a statutory term depends upon expert non-legal knowledge, courts will be poorly equipped to judge whether agency actions are compatible with their statutory mandate. Law and policy-making under the law do not sit in self-contained boxes. This tension in the context of the U.S. Clean Air Act led to the *Chevron* decision, reviewing a rule promulgated by the Environmental Protection Agency (EPA) that changed the interpretation of a legal provision used by the previous administration. The Court deferred to the EPA’s interpretation of the statutory term because Congress had not defined it carefully (step one) and because the agency’s interpretation was reasonable (step two). The Court deferred on both political and technical grounds. An incoming administration has leeway to rethink the meaning of a statutory term consistent with its own policy priorities. Deference reduces the focus on law and increases the focus on policies that follow from the law, and it sheds light and attention on the agencies’ choices, augmenting their political responsibility.<sup>53</sup>

The actual impact of the *Chevron* doctrine is much debated. It is among the most heavily cited cases of all time,<sup>54</sup> and some empirical studies show that the percentage of administrative decisions that Courts affirmed rose after *Chevron*.<sup>55</sup> Others, however, have found that the Supreme Court continues to impose its own interpretations of the law on agencies, often without even citing *Chevron*.<sup>56</sup> Subsequent cases have narrowed the reach of *Chevron*, giving

<sup>52</sup> In *Chevron* itself, the Supreme Court stated in a famous footnote: “The judiciary is the final authority on issues of statutory construction and must reject administrative constructions which are contrary to clear congressional intent.” *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 n.9 (1984).

<sup>53</sup> See E. Donald Elliott, *Chevron Matters: How the Chevron Doctrine Redefined the Roles of Congress, Courts and Agencies in Environmental Law*, 16 VILL. ENVTL. L.J. 1, 16 (2005) (arguing that the *Chevron* doctrine of deference has transferred power in the agencies from lawyers to policymakers).

<sup>54</sup> As of February 2011, *Chevron* had been cited 10,720 times by the federal courts. The number greatly exceeds the mentions of other important public law cases. STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUNSTEIN, ADRIAN VERMEULE, & MICHAEL E. HERZ, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY* 287 (7th ed. 2011).

<sup>55</sup> See, e.g., Peter H. Shuck & E. Donald Elliott, *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*, 1990 DUKE L.J. 984, 1026 (1991); Orin S. Kerr, *Shedding Light on Chevron: An Empirical Study on the Chevron Doctrine in the U.S. Court of Appeals*, 15 YALE J. ON REG. 1, 1–4 (1998).

<sup>56</sup> William N. Eskridge, Jr. & Lauren E. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, 96 GEO. L.J. 1083 (2008).

greater deference to policies enacted through processes such as notice-and-comment rulemaking or adjudications under the terms of the APA.<sup>57</sup> It defers on substance, not process, but a democratically legitimate or a more formal process can convince the Court to defer.

These developments illustrate the interaction between legal substance and the administrative process. To the extent that the agency follows informal rulemaking procedures that suit the issue at hand and are not heavily judicialized, the courts will give great weight to agency legal interpretations. Court-like procedures are not necessary for the courts to defer to agency readings of the law, especially because such court-like formalities are not appropriate for the production of general rules that do not decide individual cases.

The deeply intertwined nature of law and policy is at the heart of the *Chevron* decision. One can read it as an effort to respect the policymaking authority of government agencies by giving them leeway to interpret their legal mandate. This focus on policymaking through statutory interpretation is clear in *Chevron* itself, but also in many other decisions. For instance, in *Pauly v. Bethenergy Mines, Inc.*,<sup>58</sup> the Supreme Court stated:

As *Chevron* itself illustrates[,] the resolution of ambiguity in a statutory text is often more a question of policy than of law. . . . When Congress, through express delegation or the introduction of an interpretive gap in the statutory structure, has delegated policymaking authority to an administrative agency, the extent of judicial review of the agency's policy determinations is limited.<sup>59</sup>

Moreover, *Chevron* deference only applies to agencies that hold delegated policymaking authority, further evidence of the link between policymaking and judicial deference.<sup>60</sup>

However, although the courts may defer to agency interpretations of the law, the timing of review gives the courts a greater impact on government policymaking than in Canada. Review of a rule can occur before the rule goes into effect under *Abbott Laboratories v. Gardner*, giving the courts the

---

<sup>57</sup> See *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 221 (2001) (holding that a U.S. Customs Services (now Customs and Border Protection) tariff classification was not entitled to deference under *Chevron*, given its informality and its lack of precedential value).

<sup>58</sup> 501 U.S. 680, 696 (1991).

<sup>59</sup> 501 U.S. at 696.

<sup>60</sup> See *Martin v. Occupational Safety & Health Review Comm'n*, 499 U.S. 144, 152–53 (1991).

opportunity to influence an agency's actions before it has taken steps to lock in its regulatory policies.<sup>61</sup>

### 3. *The Practice of Chevron*

Although the *Chevron* doctrine is based on a theory of deference, its practical application has sometimes departed from this orientation. Under step one, the Court is supposed to assess whether “Congress has directly spoken to the precise question at issue.”<sup>62</sup> In practice, courts use the so-called “traditional tools of statutory construction” to decide this issue, and sometimes they reach out to find and resolve ambiguity against agency interpretations. Courts frequently conclude that a given text is not ambiguous, but only after a rather long analysis of the purpose of the statute or its legislative history. In addition, dissenting opinions undermine the majority's claim that the language is indeed clear.

Step one seems like a more “legal” step; whereas step two considers how the agency translated law into policy. It is certainly easier for courts to legitimize their action when they annul an administrative decision for “legal reasons,” and not for the unreasonableness of the policy, and as a result, it is rare for a court to set aside an agency action in step two. At times, courts seem to use the traditional tools of construction in step one to regain the powers of statutory construction that they lost with *Chevron*. An example is *FDA v. Brown & Williamson*.<sup>63</sup> The case involved the Food and Drug Administration's (FDA's) limited effort to regulate the sale of cigarettes. The five-judge majority overturned these regulations as exceeding the agency's statutory mandate. The opinion acknowledged the adverse health effects of tobacco, but held that Congress had not given the agency authority to regulate tobacco products. The four dissenters would have left space for the agency, with its expertise and policy mandate, to reinterpret statutory terms in light of changing scientific evidence, its own best judgment, and a new administration's policy priorities.<sup>64</sup>

Decisions such as *Brown & Williamson* limit the public accountability benefits of the *Chevron* doctrine, by enhancing the presumption in favor of the Court's interpretation of statutory terms. The problem, as Richard Pierce puts it is that:

<sup>61</sup> *Abbott Labs. v. Gardner*, 387 U.S. 136, 155–56 (1967).

<sup>62</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842 (1984).

<sup>63</sup> 529 U.S. 120 (2000).

<sup>64</sup> *Id.* at 161–63.

If reviewing courts are free to use any combination of the “traditional tools of statutory construction” they choose in the process of applying *Chevron* step one, few if any cases will reach *Chevron* step two. It is the very indeterminacy of the ‘traditional tools’ that gives judges the discretion to make policy decisions through the process of statutory construction. The purpose of the *Chevron* test is to place policymaking in the hands of the politically accountable agencies to which Congress has delegated that power, rather than in the hands of politically unaccountable judges. The Court should restate step one of *Chevron* in simple, commonsense terms.<sup>65</sup>

### C. Comparison between the American and Canadian Cases

In Canada, a finding of statutory ambiguity that leads to judicial deference is quite straightforward and arises from the courts’ analysis of the text. The courts use the “traditional tools of construction,” only after the ambiguity has been located, to assess the reasonableness or correctness of administrative statutory construction.<sup>66</sup> Still, if a term requires long analysis to ascertain its “correct” meaning, Canadian courts will usually defer to the agency’s interpretation so long as it is “reasonable.”<sup>67</sup> In short, in the face of complexity and ambiguity, the Canadian courts generally accept agency interpretations of statutory texts.

In principle, there does not seem to be any fundamental bar to the U.S. Supreme Court moving in the Canadian direction toward greater deference to agencies. The text of the APA would not prevent such a development. The Court would only need to soften *Chevron* step one to permit agencies to implement a more open-ended range of statutory interpretations. Many of the canons in use today by courts in the United States, as William Eskridge points out, have little logical or conceptual grounding.<sup>68</sup> Some are based on grammatical rules about how to read a text, but many are open to contestation

<sup>65</sup> RICHARD PIERCE, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 237 (5th ed., vol. 1, Aspen Publishers, 2010).

<sup>66</sup> See *Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, 1050 (Can.).

<sup>67</sup> See *Nat’l Corn Growers Ass’n v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, 1326; *Canadian Union of Pub. Emps., Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, 230, 242 (Can.) (analyzing four possible meanings of a statutory term and concluding that all were equally reasonable); see also *Canada (Director of Investigation & Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, 787 (Can.) (holding that although an agency finding could be “difficult to accept” it was not “unreasonable”).

<sup>68</sup> The origin of the term “canons” in the dogma of the Roman Catholic Church is consistent with the use of the term to signal a principle that should be accepted on faith. See WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., DYNAMIC STATUTORY CONSTRUCTION (1994).

as indicated in conflicting Court of Appeals decisions and in Supreme Court cases that generate dissents or that overturn lower court interpretations.<sup>69</sup> Others are tied to an understanding of the proper role of the courts, and their reluctance explicitly to resolve partisan disputes or reach out to find a statute unconstitutional.

Both Canadian and American judges recognize that policymaking may require polycentric, informal efforts to gather information and balance a range of options. This implies both judicial deference to agency choices and acceptance of procedures very different from those used in court. Canadian law distinguishes between questions of law where “correctness” is the proper standard and others where for a variety of reasons, including expertise, deference is appropriate. The U.S. courts, which provide much more review of rulemaking, leave considerable space for agency policymaking under delegated authority. Nevertheless, the courts continue to struggle with both the meaning of *Chevron* and with its relationship to the arbitrary and capricious standard.

One reason for the continuing differences between Canadian and U.S. case law is the contrasting objects of review. The U.S. courts frequently review agencies’ interpretations of statutes when they promulgate rules and regulation but before the agencies apply these rules in individual cases. These decisions, of which *Chevron* is an example, raise issues of statutory interpretation in a particularly clear form that force the U.S. courts to evaluate the way agencies make general policy under the law. Such cases are quite uncommon in Canada because there is no formal provision for review of rules before they go into effect. Of course, the U.S. courts could follow the Canadian model and could defer to most agency interpretations. That would simplify U.S. courts’ review of rules and permit agencies to develop their own interpretations of legal terms in accord with their statutory mandates and the political environment. As we argue below, a deeper concern for process could replace substantive review of agencies’ interpretation of legal terms as applied in technical areas. In short, the Canadian approach to substantive review responds better to the relative competence of courts than the U.S. approach. However, adoption of that approach would be more difficult in the U.S. because courts more often

<sup>69</sup> See *Babbitt v. Sweet Home Chapter of Cmty. for a Great Or.*, 515 U.S. 687 (1995). The decision turned on how a list of conditions should be read. The majority assumed that each term must add something to coverage of the act. *Id.* at 701–03. The dissent argued that all the items referred to the same kind of thing. *Id.* at 718–20 (Scalia, J., dissenting). For an example of judicial disagreements, see *OfficeMax, Inc. v. United States*, 428 F.3d 583 (6th Cir. 2005) (discussing the meaning of the word “and” in a statute).

review general norms or rules in ways that invite them to examine agencies' interpretations of the underlying statutory text.

#### D. Italy

We turn now to two countries in the civil law tradition: Italy and France. Although the civil law–common law contrast is sharpest in private law, the interactions between courts and agencies also differ from the Canadian and U.S. cases. Furthermore, the contrast between Canada and the U.S. carries over to the European cases. Like Canada, France and Italy do not have a generic requirement for notice-and-comment rulemaking that is subject to judicial review for compliance with the underlying statutory law.

Italy has a separate system of administrative courts that culminates in the Consiglio di Stato.<sup>70</sup> This body is responsible for most of the case law dealing with judicial review of executive policymaking.<sup>71</sup> Substantive review of administrative rulemaking is very rare. We thus focus on the review of administrative adjudication. Recent developments in the case law illustrate the tensions that arise when the courts defer to policymaking that arises out of a series of adjudications. Italian public law began with a period of strict review followed by a shift to deference for decisions that applied expertise to policy. Finally, the courts settled back into a phase of non-deferential review.

#### 1. Rare Instances of Substantive Review of Administrative Rulemaking

Administrative rulemaking in Italy is virtually exempt from substantive judicial review—a situation that has led some authors to refer to this domain as a “land of nobody” (*terra di nessuno*).<sup>72</sup> First, review for unconstitutional-

<sup>70</sup> For an overview in English, see generally Franco Gaetano Scoca, Essay, *Administrative Justice in Italy, Origins & Evolution*, 2 ITALIAN J. OF PUB. L. 118 (2009), available at <http://www.ijpl.eu/archive/2009/issues-2/administrative-justice-in-italy-origins-andevolution>.

<sup>71</sup> The Italian administrative jurisdiction (*giurisdizione amministrativa*) is headed by the *Consiglio di Stato*, and the *Tribunali Amministrativi Regionali* (TAR) are the courts of first instance.

The Consiglio di Stato acts both as an administrative court and an adviser to the government, like its French counterpart. Both the Consiglio di Stato and the TARs are staffed by administrative judges, not by civil judges. One-fourth of the members of the Consiglio di Stato are nominated by the government; another fourth are chosen by public competition; half of the members come from the different TARs. Consiglio di Stato rulings can only be challenged for jurisdictional violations, Art. 103, 111 Costituzione [Cost.] (It.). The Consiglio has jurisdictional powers over the decisions of the TARs. The whole case before the TAR goes to the Consiglio di Stato on appeal—not only questions of law. Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (It.).

<sup>72</sup> Fabio Cintioli, *Leffettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, 2 FORO AMMINISTRATIVO T.A.R. 2779 (2003).



ity is not available. The competence of the Constitutional Court applies only to “statutes and acts having the force of law.”<sup>73</sup> The Constitutional Court can check the constitutionality of a statute that unlawfully confers rulemaking competence, but it cannot check the constitutionality of the administrative rule itself.

Second, administrative courts usually refrain from reviewing the legality of rules on the grounds that their “generality” means that they cannot violate legal rights or interests. Only on the rare occasions, where a direct violation is deemed possible, is substantial review available. As the regional administrative court of Lazio puts it, “a direct challenge to an administrative rule is exceptional.”<sup>74</sup> Normally, judicial review is only available for measures that implement an administrative rule.<sup>75</sup>

In addition, administrative courts have for decades refused to “disapply” (*disapplicare*) an administrative rule that was contrary to legislation. Such rules had legal force so that the courts could annul specific adjudications that violate them. From 1992, the courts’ doctrine changed, and judges now may “disapply” or set aside an unlawful rule in a specific matter (without annulling the rule).<sup>76</sup>

## 2. The Development of the Case Law on Administrative Adjudications

Traditionally, Italian courts work within a binary framework, giving limited review to discretionary decisions and stronger review to nondiscretionary decisions.<sup>77</sup> Administrative discretion (*discrezionalità amministrativa*) has a very specific meaning: it corresponds to the balance of competing public interests. Only in cases requiring balancing do courts engage in limited re-

<sup>73</sup> Art. 134 Costituzione [Cost.] (It.); see also Corte Cost. (Constitutional Court), 18 ottobre 2000, n. 427, Giur. it. 2000 (It.).

<sup>74</sup> See TAR Lazio, sez. ii, 25 febbraio 2008, n. 1685.

<sup>75</sup> See, e.g., Cons. Stato, sez. iv, 29 febbraio 1996, n. 222.

<sup>76</sup> See Cons. Stato, sez. v, 26 febbraio 1992, n. 154. Subsequent case law confirmed and expanded the instances where the “disapplication” is possible. See Cons. Stato, 24 luglio 1993, n. 799; Cons. Stato, sez. v, 19 settembre 1995, n. 1332; Cons. Stato, sez. iv, 29 febbraio 1996, n. 222; Cons. Stato, sez. v, 10 gennaio 2003, n. 35; Cons. Stato, sez. v, 4 febbraio 2004, n. 367; TAR Lazio, Roma, sez. ii, 14 ottobre 2004, n. 11000; Cons. Stato, sez. vi, 24 gennaio 2005, n. 123; Cons. Stato, sez. v, 25 gennaio 2005, n. 155; Cons. Stato, sez. vi, 29 aprile 2005, n. 2034.

<sup>77</sup> Usually, to annul a decision on abuse of power (*eccesso di potere*) grounds, the decision must be shown to be unreasonable, illogical, incoherent, or improperly justified. See Michele Corradino, DIRITTO AMMINISTRATIVO 192 (2d ed. 2009).

view; traditionally, judges do not defer to agencies' construction of ambiguous statutory terms.

Eventually, going against this tradition, courts developed the concept of "technical discretion" (*discrezionalità tecnica*) for instances where the administrative authorities interpret ambiguous or debatable technical legislative terms.<sup>78</sup> For example, the Consiglio di Stato deferred to the administration's determination of whether a building was of "particular historical or artistic interest" (*di particolare interesse storico-artistico*),<sup>79</sup> and in another case it deferred on whether an advertisement could be considered "dangerous" (*la pericolosità di una immagine pubblicitaria*).<sup>80</sup> The courts' limited review of these administrative actions<sup>81</sup> was harshly criticized by legal scholars on the ground that the so-called "technical discretion" was not really "discretion" because it did not involve the balance of competing public interests.<sup>82</sup> Accordingly, the critics argued that "technical discretion" should be subject to stringent review.

In 1999, after a landmark decision, technical discretion became reviewable on non-deferential terms.<sup>83</sup> The case concerned a judge with a range of pre-existing health conditions, who claimed a connection between his heart attack and his working conditions. The Consiglio di Stato overturned the findings of two expert commissions and awarded state benefits to the plaintiff. This case represented a clear and acknowledged departure from previous case law. In subsequent cases, however, the Consiglio di Stato provided only limited review of expert choices, particularly antitrust agency decisions.<sup>84</sup>

The Consiglio di Stato sought to explain the confusing state of affairs in two cases in 2001 and 2002.<sup>85</sup> First, the cases confirmed the changes brought

<sup>78</sup> This "debatable nature" (*opinabilità*) distinguishes technical discretion from other kinds of technical decisions that were never subject to limited review (e.g., *accertamenti tecnici*).

<sup>79</sup> Cons. Stato, sez. iv, 12 dicembre 1992, n. 1055.

<sup>80</sup> Cons. Stato, sez. iv, 30 novembre 1992, n. 986.

<sup>81</sup> See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 5 novembre 1993, n. 801; Cons. Stato, sez. iv, 12 marzo 1996, n. 305; Cons. Stato, sez. vi, 23 marzo 1998, n. 358; Cons. Stato, sez. v, 22 giugno 1998, n. 463.

<sup>82</sup> See Paolo Lazzara, '*Discrezionalità tecnica*' e situazioni giuridiche soggettive, 2000 DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO 182, 212–15 (relating to Cons. Stato, sez. iv, 9 aprile 1999, n. 601).

<sup>83</sup> Cons. Stato, sez. iv, 9 aprile 1999, n. 601.

<sup>84</sup> See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 14 marzo 2000, n. 1348; Cons. Stato, sez. vi, 12 febbraio 2001, n. 652; Cons. Stato, sez. vi, 20 marzo 2001, n. 1671; Cons. Stato, sez. vi, 26 luglio 2001, n. 4118. These antitrust decisions were the object of further criticism in legal literature.

<sup>85</sup> See Cons. Stato, sez. iv, 06 ottobre 2001, n. 5287 (*Formambiente*), item 9; Cons. Stato, sez. vi, 23 aprile 2002, n. 2199 (*RC Auto*).

about by the 1999 decision: actions involving mere “technical discretion” could be reviewed. However, where technical decisions were intertwined with *real* administrative discretion, such as the balance of multiple public interests, the courts would use “weak review.”<sup>86</sup> Instances where “technical discretion” and administrative discretion were mixed together and inseparable were called “complex technical assessments” (*valutazione tecniche complesse*). Examples are the evaluations performed by the antitrust agency when it interpreted and applied indeterminate legal concepts, such as “relevant market” and “abuse of dominant position.”<sup>87</sup>

The court applied this deferential orientation toward “complex technical assessments” consistently in later cases,<sup>88</sup> until a new change of direction in 2004. Arguing that its reference to “weak review” had been misinterpreted, the Consiglio di Stato abandoned the concept and began to stress that review had only one limit: the judge could not substitute the decision of the authorities with its own, and the court must annul the administrative decision and remand the case back to the agency.

The first case decided under the new approach concerned agreements among competitors to provide lunch vouchers to the public administration.<sup>89</sup> However, that decision sought to incorporate the new approach into the older doctrines. Later cases completely abandoned the previous language, rejecting “weak review” and characterizing their standard as “full and particularly penetrating” (*pieno e particolarmente penetrante*) and “certainly not weak” (*certamente non debole*).<sup>90</sup> Whereas the Consiglio di Stato previously invoked indeterminate legal concepts to justify limited review, it now uses “full review *also in regard* to indeterminate legal concepts.”<sup>91</sup> Whereas the Consiglio di Stato previously highlighted the agencies’ institutional positions to suggest the need for judicial deference, it now states that a full review is needed because independent agencies are insulated from the political arena (*fuori del circuito*

<sup>86</sup> See Cons. Stato, sez. vi, 23 aprile 2002, n. 2199, item 1.3.1 (providing “weak review” (*sindacato debole*) limited to the assessment of the reasonableness and technical coherence of the administrative decision).

<sup>87</sup> The idea of complex technical assessments was linked to the so-called indeterminate legal concepts (*concetti giuridici indeterminati*). See Cons. Stato, sez. vi, 23 aprile 2002, n. 2199, item 1.3.1.

<sup>88</sup> See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. Stato, sez. vi, 19 luglio 2002, n. 4001; Cons. Stato, sez. vi, 1 ottobre 2002, n. 5156; Cons. Stato, sez. vi, 16 ottobre 2002, n. 5640.

<sup>89</sup> Cons. Stato, sez. vi, 02 marzo 2004, n. 926.

<sup>90</sup> See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 3 febbraio 2005, n. 280; Cons. Stato, sez. iv, 8 febbraio 2007, n. 515; Cons. Stato, sez. vi, 17 dicembre 2007, n. 6469.

<sup>91</sup> Cons. Stato, sez. vi, 3 febbraio 2005, n. 280, item 2.1 (emphasis added).

*dell'indirizzo politico*).<sup>92</sup> It remains to be seen exactly how this approach will develop over time.

### 3. *The Current State of Italian Case Law*

The concept of “administrative discretion” (*discrezionalità amministrativa*) in Italian law is equivalent to polycentricity in Canadian law—the balance by the administration of multiple and competing public interests.<sup>93</sup> In Italian law, however, courts traditionally do not acknowledge the existence of policymaking or the balancing of competing public interests in cases of statutory construction.

Nevertheless, during two different periods, judges challenged this traditional orientation. Before 1999, using the notion of “technical discretion,” courts applied limited review to cases where the terms interpreted were “technical” and “debatable.” Between 2002 and 2004, courts deferred to “complex technical assessments,” claiming that category involved both the interpretation of debatable technical terms and the balance of competing public interests. This two-year period brought Italian law closer to American and Canadian practice. For a short period, Italian courts explicitly admitted that the construction of ambiguous legislative terms can give rise to policymaking, and hence, to limited review.

The courts did not properly justify the abandonment of this deferential position after 2004. The Consiglio di Stato introduced its new approach by claiming that it was just an explanation of its previous case law—in fact, it represented a complete change of direction. The Consiglio di Stato presented no justification for its new stringent review. The judges provided no theoretical explanation to explain why it was now possible to review aspects of the decision that were beforehand deemed to include a “balance of public interests.” In 2002 the Consiglio di Stato very explicitly affirmed that cases of “complex technical discretion” involved a combination of technical and administrative discretion, and hence only limited review was possible.<sup>94</sup> When it decided to change its orientation and to provide “complete and effective review,” it did not reconsider the degree of pure discretion embedded in regulatory decisions—it just ignored the issue.

<sup>92</sup> Cons. Stato, sez. vi, 2 marzo 2004, n. 926, item 3.3.

<sup>93</sup> In the United States, the Supreme Court has highlighted that administrative institutions are better designed than courts to “reconcile competing political interests.” *E.g.*, *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864–66 (1984).

<sup>94</sup> *See, e.g.*, *supra* note 83.

The hesitations and inconsistencies that still persist in Italian law illustrate the difficulties of applying stringent review to the complex decisions of specialized administrative bodies.<sup>95</sup> Although Italian judges had to craft new criteria to explain their approach, such as complex technical assessments, intrinsic and extrinsic review, and weak and strong review, they acknowledged for a period between 2002 and 2004 that the day-to-day work of regulatory and antitrust agencies involved policymaking and that courts should not step in.

The judicial movement towards more stringent review was aimed at “more effective” protection for the rights of citizens,<sup>96</sup> and was accompanied by several “judge-empowering” legislative reforms.<sup>97</sup> However, the more stringent review left little space for judicial deference to the administration’s policymaking choices. These changes brought Italian case law closer to French case law (discussed further below), even though Italian rules on

<sup>95</sup> Although the new stringent approach is now clearly dominant, there are cases in which the Consiglio di Stato still uses the discourse of the deferential era. See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 8 febbraio 2008, n. 421; Cons. Stato, sez. vi, 8 febbraio 2008, n. 424; Cons. Stato, sez. vi, 20 febbraio 2008, n. 594. Panels with different composition heard the appeals, and different judges drafted the decisions. Though every judgment upheld the decision of the Antitrust Authority, the reasoning in each was distinct. One advocated for a deferential review. Cons. Stato, sez. vi, 8 febbraio 2008, n. 421. Others advocated for very stringent review, making reference to the current case law of the Council of State. Cons. Stato, sez. vi, 8 febbraio 2008, n. 424; Cons. Stato, sez. vi, 20 febbraio 2008, n. 594. See generally R. Caranta & B. Marchetti, *Judicial Review of Regulatory Decisions in Italy: Changing the Formula and Keeping the Substance?*, in NATIONAL COURTS AND THE STANDARD OF REVIEW IN COMPETITION LAW AND ECONOMIC REGULATION 145 (Oda Essens et al., eds., 2009).

<sup>96</sup> The Consiglio di Stato was criticized during the deferential period on the ground that its review was ineffective in protecting the rights of citizens. In the post-2004 cases, the Consiglio di Stato often underlines the “strong, complete, and effective” nature of the review it now applies. See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 20 febbraio 2008, n. 594.

<sup>97</sup> Until the end of the 1990s, administrative courts in Italy could not hire their own experts to review factual and technical matters. They could use only the instrument of *verificazione*, Regio Decreto 17 agosto 1907, n. 641, which was limited to precise questions and raised concerns of partiality. This situation changed, first, for cases related to public servants, Decreto Legge 31 marzo 1998, n. 80, and was then extended to all administrative matters. Legge 21 luglio 2000, n. 205 (It.). This change paved the way for more stringent review. The same law also introduced an “abbreviated procedure” (*rito abbreviato*) that only affects review of independent administrative agencies. See the Art. 119 of the Code of Administrative Procedure. Finally, many recent laws, passed to reform the administrative jurisdiction, increased the powers of the administrative judges, making more stringent review possible. The Code of Administrative Judicial Procedure (2010) consolidated and extended this trend. This code should not be confused with the Legge 7 agosto 1990, n. 241, which is the equivalent of American Administrative Procedure Act (APA). The Code of Administrative Judicial Procedure of 2010 regulates the procedure used by the administrative courts, whereas the L. n. 241/1990 regulates the procedures used by the administrative agencies.

standing<sup>98</sup> and on the costs<sup>99</sup> of judicial review remain less generous than the French procedures. The reforms that empowered judges to review administrative actions for violations of rights can also lead judges to interfere with the administration's democratic legitimacy and technical competence. This tradeoff needs to be acknowledged in the debate over the role of the judiciary vis-à-vis the administration. Aggressive review for rights may have negative effects on the executive's ability to respond to technical considerations and democratic pressures. It may also result in the imposition of the subjective views of the courts over the comparatively more technically informed and democratically accountable views of the executive. Yet, as we discuss below, the courts can maintain a viable role if they concentrate on procedural, rather than substantive, issues.

Thus, in Italy, public law is left with a sharp dichotomy. If the administration regulates by issuing general rules, it can avoid judicial oversight. Judicial deference is not an issue because the courts simply lack jurisdiction. Alternatively, if an administrative body uses case-by-case adjudication to carry out its mandate, it will be subject to aggressive review based on claimed violations of rights; official expertise is not an acceptable reason to defer on substance if rights are at stake.

### E. France

France has had a consistent pattern of non-deferential review of substance over its recent legal history. Most cases, however, deal with adjudications. Although the administrative courts have the authority to review ordinances and directives, their review has not interfered greatly with the government's interpretation of its statutory or constitutional mandates.

---

<sup>98</sup> In comparison to their French counterparts, see discussion *infra* Part II-E, Italian courts have less generous rules of standing. The *ricorso giurisdizionale* "is not a remedy given in the interest of justice," but on behalf of each person whose interests have been violated by the administration. Cons. Stato, sez. iv, 19 giugno 2006, n. 3638. According to the Italian case law, these interests must be (i) concrete; (ii) current; and (iii) direct, Cons. Stato, sez. vi, 22 giugno 2004, n. 4412, but courts have evolved from a very strict comprehension of a "direct interest" to a more generous one.

<sup>99</sup> In contrast to French procedure, in Italy, parties must be assisted by a lawyer to go before the courts. According to Article 91 of the Code of Civil Procedure, which applies to the administrative courts as well, the judge will require the losing party to reimburse the costs of the prevailing party. Codice di procedura civile (1940). Persons who cannot afford these costs can apply for "legal aid" (*gratuito patrocinio*). This aid was originally available only in criminal, military, and civil proceedings, but in 2002 it was extended to administrative cases.

## 1. *Judicial Review*

France has a three-tiered system of administrative courts culminating in the Conseil d'État. With Conseil d'État approval, issues of constitutional rights can be referred to the Conseil Constitutionnel.<sup>100</sup> The Conseil d'État remains the main forum for the review of agency action, with two important exceptions. First, in a series of recent cases, the Conseil Constitutionnel has interpreted the Environmental Charter in the French Constitution to require the public's participation in policymaking. Second, the Cour de Cassation, the highest civil court, reviews agency adjudications in fields such as antitrust and financial regulations.

The French courts generally provide very intensive judicial review in areas where they accept jurisdiction. Both structural and substantive factors contribute to this “judicialization of the administration.” Access to the administrative courts is quite easy. Rules governing standing,<sup>101</sup> third-party interventions,<sup>102</sup> and jurisdiction are generous. The liberal standing rules remain unscathed even after many reforms aimed to mitigate the overload of administrative cases. Furthermore, cost-shifting rules and other cost reductions are widespread,<sup>103</sup> and in some cases plaintiffs do not need

<sup>100</sup> The change arose from the 2008 constitutional revision that introduced the *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), which began to operate in March 2010.

<sup>101</sup> Those who have an “interest in the annulment of the administrative decision” have standing. In practice, administrative courts are very generous in interpreting this standard. The person filing the challenge does not have to demonstrate a “specific” or “exclusive” interest. Thus, a user of a public service was able to challenge decisions related to its organization. Conseil d'État (CE) Dec. 21, 1906, Rec. Lebon 962, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey - Tivoli*. Likewise, a taxpayer could challenge a town's expenses. Conseil d'État (CE), Mar. 29, 1901, Requête n. 94580. Someone who might want to camp in the future could challenge a town's regulation on camping. Conseil d'État (CE) Sect., Feb. 14, 1958, *Abisset*. Those decisions demonstrate an intention to encourage such challenges.

<sup>102</sup> Groups that would not have standing are almost always able to intervene as third parties. If the Conseil d'État reviews regulatory agencies' decisions, third party interventions are also generally accepted. *See, e.g.*, CE Sect., Apr. 27, 2009, Requête n. 312741; CE Sect., July 24, 2009, Requête n. 324642. The latter concerned the regulation of interconnection fees. The company Free was allowed to intervene, even though it was not yet an operator. *See* Rozen Noguellou, *Le Conseil d'État et La Régulation des Télécommunications*, 2010 REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER 825, 830 (2010).

<sup>103</sup> In general, the proceedings before administrative courts are less expensive than proceedings before civil courts. A law passed on December 30, 1977, exempted applicants from most of the costs in both jurisdictions. Before the administrative courts, besides a minimal *droit de timbre* reestablished by a law of July 29, 2011, the only costs that parties face are lawyers' fees and fees for expertise and inquiries required by the courts. Those costs are usually borne by the party that loses the case, unless the particular circumstances of the case recommend oth-

lawyers.<sup>104</sup> Individuals can challenge most administrative decisions in court without having to mount an administrative challenge first.<sup>105</sup> In 2000, reforms allowed the administrative courts to issue injunctions that suspended the effects of administrative decisions in a wide range of cases.<sup>106</sup> Although since 1956 the courts can levy fines on those who abuse the right to challenge administrative actions, fines are very rare and are almost never imposed at the maximum value of €3,000.<sup>107</sup>

The administrative courts seek to check excesses of power by public officials,<sup>108</sup> and over time the Conseil d'État has widened the grounds for

---

erwise. In addition, judicial aid for poor citizens can reduce or eliminate even those few costs. See CODE ADMINISTRATIF [C. ADM.] art. R441-1 (Fr.); Conseil d'État, (CE) July 22, 1992, Marcuccini n. 115425. According to article L761-1 of the Code of Administrative Justice, the judge can condemn the losing party to pay any other costs that the winning party has faced (*frais irrepétibles*), but the judge should take into consideration the economic situation of the parties. CODE ADMINISTRATIF [C. ADM.] art. L761-1 (Fr.).

<sup>104</sup> As a general rule, parties must hire a lawyer when they challenge administrative actions. CODE ADMINISTRATIF [C. ADM.] art. R431-2. However, there are some exceptions. CODE ADMINISTRATIF [C. ADM.] art. R431-3. A lawyer is not necessary for a *recours pour excès de pouvoir*, or REP. The goal is to facilitate these challenges and to preserve the legality of administrative action. Some challenges involving pensions or elections are also exempt from the lawyer requirement. That said, a 2003 reform established a general requirement for lawyers in appeals with the aim of reducing the caseload of the Administrative Court of Appeals. See Loi 2003-543 du 24 juin 2003 relatif aux cours administratives d'appel et modifiant la partie Réglementaire du code de justice administrative [Decree 2003-543 of June 24, 2003 concerning administrative courts of appeal and amending the regulatory part of the code of administrative justice], J. OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.] [OFFICIAL GAZETTE OF FRANCE], June 25, 2003, p. 10657.

<sup>105</sup> There is no general obligation to administratively challenge a decision before taking it to the administrative courts. Many authors, however, suggest that parties be required to file prior administrative remedies (*recours administratifs préalable*) before taking the matter to the courts.

<sup>106</sup> A law of June 30, 2000, created the *référé-suspension* and the *référé-liberté* and reformed the system of *mesures d'urgence*, CODE ADMINISTRATIF [C. ADM.] art. L521-1. The *référé-suspension* is similar to a traditional injunction sought in U.S. courts, and it must be requested by a lawyer. A *référé-liberté* performs a similar function, but it is reserved for imminent infringement of one's civil liberties and can be requested without a lawyer.

<sup>107</sup> See CODE ADMINISTRATIF [C. ADM.] art. R741-12.

<sup>108</sup> The right to judicially challenge an administrative action is considered a fundamental liberty, Conseil d'État (CE) Mar. 13, 2006, Requête n. 291118, Bayrou et Assoc. de Défense des Usagers des Autoroutes publiques de France, and a constitutional right by both the Conseil Constitutionnel, see Conseil constitutionnel [CC][Constitutional Court] decision No. 96-373DC, Apr. 9, 1996, J.O. 5724, and the Conseil d'État, July 29, 1998, Rec. Lebon 188715, Syndicat des avocats de France. This right is also established in the European Convention of Human Rights. See Eur. Consult., *Eur. Convention on Human Rights*, Art. 13, 15 (June 1, 2010); see also Kudla c. Pologne, 2000-XI Eur. Ct. H.R. 35 (2000); Ihlanc c. Turquie, 2000-VII Eur. Ct. H.R. 25 (2000).



action for abuse of power (*recours pour excès de pouvoir*). Courts also review the strength of factual claims (*contrôle de l'exactitude matériel des faits*). The public interest goal behind such review explains the courts' openness to citizen complaints.<sup>109</sup> The courts seek not only to right individual wrongs, but also to assure a well-functioning public sector.

Judicial review has become progressively less deferential (under the standard of *contrôle normal*), and some authors talk about the decline, or the death, of the deferential standard of review (*contrôle restreint*).<sup>110</sup> Furthermore, occasionally the courts apply stringent review where they balance the advantages and disadvantages of a given decision in order to assess its legality, the so-called *contrôle du bilan*<sup>111</sup> that some authors call "maximum review."<sup>112</sup> In some cases, such as the review of administrative sanctions, the European Court of Human Rights (ECHR) imposes a nondeferential standard, but the Conseil d'État has recently extended this approach even in the absence of legislation.<sup>113</sup> Thus, France's background norm of stringent review appears to be developing toward even more aggressive oversight.

<sup>109</sup> Administrative actions face two kinds of challenges (*recours*): those based on a claim.

<sup>110</sup> See, e.g., DIDIER TRUCHET, *DROIT ADMINISTRATIF* 216–17 (3d ed. 2010).

<sup>111</sup> See Conseil d'État (CE), May 28, 1971, Requête n. 78825.

<sup>112</sup> See CE Sect., Feb. 15, 1961, Rec. Lebon 121; Conseil d'État (CE) Feb. 3, 1975, Requête n. 94108; Conseil d'État (CE), Nov. 2, 1973, Requête n. 82590; Conseil d'État (CE), Feb. 6, 2004, Requête n. 255111; CE Sect., Mar. 10, 2006, Requête n. 264098. There is a controversy in French legal literature regarding the number of standards of review. Most find two standards: the restricted review (*contrôle restreint*) and the regular review (*contrôle normal*). Some authors claim that in some cases the administrative judges apply a third, more intrusive standard, which they call maximum review (*contrôle maximum*). Restricted review applies to situations where the administration has discretionary powers. The judge will only annul the decision where there is a "manifest error of appraisal" (*erreur manifeste d'appréciation*).

<sup>113</sup> See Conseil d'État (CE), Feb. 16, 2009, Requête n. 274000; *Pudas v. Suede*, A125-A Eur. Ct. H.R. 83, 94 (1987); CE Sect., June 9, 1978, Requête n. 05911; CE Sect., June 27, 2007, Requête n. 300143. The Conseil d'État ruled that in the case of fines imposed by the administration, judicial review is unlimited, even in the absence of a specific legislative provision. Conseil d'État (CE) Feb. 16, 2009, Requête n. 274000. This holding might be the result of pressure from the European Court of Human Rights that had already decided administrative sanctions can only be imposed when unlimited judicial review is available. *Pudas v. Suede*, A125-A Eur. Ct. H.R. 83, 94 (1987). The review of administrative sanctions is evolving towards more intense review. From the 1970s, courts started to subject the amount of the sanction to the standard of "manifest error of appraisal." CE Sect., June 9, 1978, Requête n. 05911, Lebon. Currently, they do not hesitate to assess the proportionality of the sanction and to reform it. Conseil d'État (CE), June 27, 2007, Requête n. 300143.

## 2. Review in the Modern Regulatory State

The system, however, is not well-adapted to the review of the actions of the modern regulatory welfare state. Independent regulatory agencies fit awkwardly into the French legal structure, as does any type of expert-based regulation, such as the general rules governing air and water pollution. The French courts have not created any new concepts in their review of technical, complex decisions taken by regulatory agencies and ministries. They apply the same concepts that they developed in the review of nonspecialized administrative actions.<sup>114</sup> Theoretically, French administrative courts apply a deferential standard of review to highly technical<sup>115</sup> or politically sensitive cases.<sup>116</sup> In practice, however, they are clearly less prone to find such instances when compared to their Canadian and American counterparts.

A good example of this tendency to overlook technical complexities is the case law on mergers.<sup>117</sup> The Conseil d'État has always applied "regular review" (*contrôle normal*) when considering the relevant decisions taken by the French Minister, or since a recent reform, by the antitrust agency. It carried out a regular review of technical assessments as well as factfinding. As

<sup>114</sup> See Didier Théophile & Hugues Parmentier, *L'étendue du Contrôle Juridictionnel dans le Contentieux du Contrôle des Concentrations en Droit Interne et Communautaire*, 2006 CONCURRENTES: REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE 39, 41 (2006) (noting that French law does not have the concept of "complex economic assessments," that leads to deferential review under European law—and, until recently, under Italian law. Occasionally, the *rappor-teurs publics* do refer to some inadequacies in the tools of judicial review to address regulatory problems. See, e.g., CE Sect., Apr. 27, 2009, Requête n. 312741.

<sup>115</sup> See, e.g., CE Ass., Apr. 27, 1951, Rec. Lebon 236 (applying restricted review on whether a hair lotion was poisonous); Conseil d'État (CE) Oct. 14, 1960, Rec. Lebon 529, Syndicat Agricole de Lalande-de-Pomerol (applying restricted review to determine whether a wine was worthy of an appellation contrôlée). More recently, some telecommunication regulation cases have also received restricted review due to their complexity. See, e.g., Conseil d'État (CE) July 10, 2006, Requête n. 274455 (applying restricted review to determine the distribution of the costs of the universalization of the service); CE, Dec. 5, 2005, Requête n. 277441, 277443–277445 (applying restricted review to the establishment of a price floor regulation to dominant companies).

<sup>116</sup> Two examples are the review of the so-called *mesure de haute police*. See Conseil d'État (CE) July 25, 1985, Requête n. 68151; Conseil d'État (CE), Feb. 3, 1975, Requête n. 94108. These cases dealt with measures against foreigners on French soil and refusals to apply an administrative sanction due to the principle of prosecutorial discretion (*opportunité des poursuites*). See Conseil d'État (CE), Dec. 30, 2002, Requête n. 216358; Conseil d'État (CE), July 28, 2000, Requête n. 199773.

<sup>117</sup> Technically complex decisions reviewed for correctness are also common outside the realm of antitrust. In the regulation of telecommunications, see, e.g., Conseil d'État (CE) May 19, 2008, Requête n. 311197 and Conseil d'État (CE) Dec. 29, 2006, Requête n. 288251.

a consequence, no margin of appreciation is left to administrative authorities. The Conseil d'État has reviewed for correctness the identification of the relevant market and the evaluation of anticompetitive effects,<sup>118</sup> assessed the very existence of a merger,<sup>119</sup> and established the criteria under which making an “exception for a failing firm” could be accepted.<sup>120</sup> In the opinion that inaugurated this approach, the *rapporteur public* Jacques-Henri Stahl argued that the relevant market is an “objective notion that is imposed upon economic actors and the antitrust authority, which has no leeway to choose one market over another.”<sup>121</sup> The notion of a relevant market may very well be objective, but the definition of which market is relevant for a given merger operation is often a highly technical and debatable issue that administrative institutions are usually better placed to address.

Likewise, the political component of many regulatory decisions is not officially recognized in court. This is particularly clear in the domain of statutory construction. Canadian and American courts defer systematically to agencies' interpretation of ambiguous terms in legislation. French courts, however, usually claim legitimacy to interpret these ambiguous terms.<sup>122</sup> They view such concepts as “legal” because they are in the statutory text; therefore, the courts can interpret them. French courts define the realm of law broadly, allowing for far-reaching review. Thus, in cases where Canadian and American courts would acknowledge that agencies are engaged in policymaking and should be left alone, French courts tend to view agencies as making legal decisions that are therefore reviewable.

Indeed, French courts only vary the intensity of review in instances of legal classification of facts (*qualification juridique des faits*). Claims of direct violation of law (generally understood rules or unwritten principles) or wrongful constructions of statutes<sup>123</sup> always give rise to a review for correctness. To illustrate the different approaches in France and Canada, compare the Conseil

<sup>118</sup> See Conseil d'État (CE), Oct. 6 2000, Requête n. 216645; CE Sect., Apr. 9, 1999, Requête n. 201853.

<sup>119</sup> See CE Sect., May 31, 2000, Requête n. 213161.

<sup>120</sup> See CE Sect., Feb. 6, 2004, Requête n. 249267.

<sup>121</sup> See CE Sect., Apr. 9 1999, Requête n. 201853.

<sup>122</sup> See Conseil d'État (CE), June 7, 1999, Requête n. 193438 (broadcasting authority's domain); Conseil d'État (CE), May 18, 1998, Requête n. 182244 (same); Conseil d'État (CE), July 30, 1997, Requête n. 153402 (same).

<sup>123</sup> The “wrong construction of statutes” is one of the instances of error of law (*erreur de droit*) alongside decisions grounded on an invalid or revoked law.

d'État opinion in *GSD Gestion*<sup>124</sup> with the Canadian Supreme Court opinion in *Pezim*.<sup>125</sup> The cases concern the interpretation by the financial market regulator of similar statutory provisions. In Canada, the statute required companies to disclose any “material change” in their business or operations.<sup>126</sup> In France, a similar obligation existed in the case of “changes in the characteristic elements” that had been previously reported to the regulator. In both cases, the courts upheld the decisions of the administrative authorities to levy fines on operators deemed to have violated this obligation.<sup>127</sup> However, the Canadian Supreme Court did so by applying a deferential standard of review and by affirming that the interpretation of the expression “material change” in the relevant legislation required specific knowledge of financial markets.<sup>128</sup> The Conseil d'État and its *rapporteur public* made no such finding. Subjecting the decision of the administrative authority to non-deferential review, it interpreted the statute directly, finding that the agency did not commit an error of law or of appreciation when it found that “changes in the characteristic elements” of the company had occurred.

In general, French jurists are comparatively less likely to accept claims that administrative authorities are best suited to deal with technical issues. Although such claims do occasionally appear in some opinions of the *rapporteurs publics*,<sup>129</sup> they are much rarer than in Canadian and American case law. As a consequence, both democratic legitimacy and deference to expertise play a comparatively less pronounced role in French judicial review of administrative action. Under the influence of the European Union (EU) and ECHR, rights have risen in importance,<sup>130</sup> but there is little straightforward confrontation with democratic values or technical competence as grounds for either review or deference.

Part of the reason for this difference is the relative paucity of cases dealing with the validity of rules as opposed to adjudications in individual cases.

<sup>124</sup> See Conseil d'État (CE) Feb. 4, 2005, Requête n. 269001.

<sup>125</sup> See *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557 (Can.).

<sup>126</sup> See *id.* at 575.

<sup>127</sup> Conseil d'État (CE), Feb. 4, 2005, Requête n. 269001. In both the French and Canadian cases, the relevant statutes brought further precision and examples of what could constitute a “material change” or “changes on the characteristic elements.”

<sup>128</sup> See *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, 588 (Can.).

<sup>129</sup> See, e.g., Conseil d'État (CE), Apr. 27, 2009, Requête n. 312741; CE Sect., Feb. 25, 2005, Requête n. 247866.

<sup>130</sup> See generally MITCHEL DE S.-O.-L'É. LASSER, *JUDICIAL TRANSFORMATIONS: THE RIGHTS REVOLUTION IN THE COURTS OF EUROPE* (2009) (elaborating on the situation in France).

Nevertheless, such cases do exist. For example, one case required the state to act under an EU directive. It held that silence or inaction by the minister could be an abuse of power just as much as action.<sup>131</sup> A second case involved a quite aggressive review of a substantive rule that set doctors' fees.<sup>132</sup> The case turned on an interpretation of the principle of equality.<sup>133</sup> The decision takes on the substantive merit of a policy in a fairly functional way even if the ground is the familiar one of abuse of power.

For one class of statutes, however, the legislature has reacted to the administrative courts' lack of economic expertise simply by denying them jurisdiction. Some disputes over antitrust and financial regulation are heard in the civil courts.<sup>134</sup> The law gives first instance jurisdiction to the Court of Appeals of Paris—a court with expertise in business law.<sup>135</sup> The civil courts

<sup>131</sup> See CE Ass., Feb. 3, 1989, Requête n. 74052.

<sup>132</sup> See CE Ass., July 16, 2007, Requête n. 293229; see also J. Boucher & B. BourgeoisMachureau, *Redéfinition des règles de calcul des redevances pour service rendu*, 35 ACTUALITE JURIDIQUE DROIT ADMINISTRATIF 1439, 1807 (2007); L'HEDONISME AU CONSEIL D'ÉTAT, RICHER & ASSOCIES, <http://www.cabinet-richer.com/articles/hedonisme-conseil-etat.htm> (last visited Feb. 2, 2014). The Conseil d'État reviewed a decree that set the fees charged to private doctors for the use of public hospitals. The decision examined the substance of the decree and held that the government could take account of the economic benefit to the doctors of using these facilities, as well as the hospital's cost of production. Commentators point to the case as an example of the Conseil d'État's willingness to engage in economic reasoning. However, the case looks more like a controversy over the division of the rents or excess profits of certain medical specialties, such as plastic surgery.

<sup>133</sup> French judges work with a number of "general principles of the law" to resolve cases. Besides equality, other general principles of the law deal with liberty (e.g., freedom of trade), security (e.g., right to judicial review, right to administrative appeal, natural justice, bias, non-retroactivity, the obligation to revoke an illegal act, the right to live a normal life), respect for the dead (e.g., for doctor's ethical obligations), the continuity of public services, etc. See LASSER, *supra* note 127; see also Susan Rose-Ackerman & Thomas Perroud, *Policymaking and Public Law in France: Public Participation, Agency Independence, and Impact Assessment*, 19 COLUM. J. EUR. L. 225, 228 (2013).

<sup>134</sup> See, e.g., Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 86224DC, Jan. 23, 1987, J.O. 924 (Fr.). The general rule is that the review of the decisions of the independent administrative agencies rests with the administrative jurisdiction, but the rule may be derogated by law "in the interest of good administration of justice."

<sup>135</sup> The review of civil courts is always intense under French law because such courts are the "guardians of fundamental liberties." See CODE CIVIL [C. CIV.] art. 561 (Fr.); Cour de cassation [Cass.] [supreme court for judicial matters] com., Jan. 31, 2006, Bull. civ. IV, No. 134 (Fr.); Cour de cassation [Cass.] [supreme court for judicial matters] com., June 29, 2007, Bull. civ. IV, No. 1020 (Fr.); Cour de cassation [Cass.] [supreme court for judicial matters] com., Sept. 26, 2006, Bull. civ. IV, No. 8 (Fr.).

have provided non-deferential review in cases concerning anticompetitive behavior.<sup>136</sup>

The French administrative courts engage in stringent review of adjudication inside the executive and the agencies, but this review does not reflect a nuanced view of the nature of expert policymaking under delegated authority. It is generally embedded in a traditional framework that fails to acknowledge the political nature of these policy decisions. Either there is no law to apply—so certain administrative actions are entirely devoid of review—or the courts hold that the action falls into a conventional category and can be reviewed like any other case.

If review does occur, the Conseil d'État's impact on government and agency policymaking is problematic for several reasons. First, the Conseil d'État's decisions have traditionally been very concise. Conclusions are often left unexplained beyond references to legal texts. Courts make crucial decisions concerning the regulation of important areas like telecommunications or energy in a few short paragraphs.<sup>137</sup>

Second, in most cases the Conseil d'État does not discuss opposing arguments or explain why its reasons are better than the contrary reasons. The lack of dissent compounds this problem along with the secrecy of the deliberations. Third, if the Conseil d'État characterizes an issue as merely a legal question, this tends to hide the fact that there is room for alternative interpretations. If the legislation is ambiguous, the courts tend to choose an option and claim that it is the only legally possible solution. Political choices are presented as legal impositions. Fourth, open-ended “legal” concepts like “proportionality” and “general interest” empower courts to make their own balance of interests when they decide cases that are essentially political in nature.

---

<sup>136</sup> The decision in the *Sandoz* case illustrated such intense review. The Competition Council had imposed fines on Sandoz for abuse of its dominant position. The Cour d'appel provided a thorough review of Competition Council's ruling. See Cour d'appel [CA] [regional court of appeal] Paris, 1e ch., Mar. 30, 2004, BOCCRF 2004, (Fr.); see also Cour d'appel [CA] [regional court of appeal] Paris, 1e ch., Dec. 20, 2005, RG 2006, 01498, (Fr.). However, even in those areas, although the civil courts review individual cases, review of secondary legislation remains at the Conseil d'État, which also reviews draft rules in its advisory capacity.

<sup>137</sup> This problem is partially mitigated by the reasons given by the *rapporteur public*, a member of the Conseil d'État who proposes a solution to the case. The *rapporteur public's* reasons are often longer and more developed than those in the actual decision. However, the reasons given by the *rapporteur public* are not necessarily the reasons of the Conseil d'État itself. The Conseil d'État does occasionally issue long opinions, but this does not yet seem to be a trend. See, e.g., Conseil d'État (CE), Dec. 21, 2012, Requête n. 353856; Conseil d'État (CE), Dec. 21, 2012, Requête n. 362347, 363542, 363703 (jointly issued).

However, there is a basic limitation to the claim that the French courts provide overly aggressive review of executive and agency policymaking. In spite of permissive standing and jurisdiction doctrines, much government policymaking is made through decrees and ordinances and is seldom subject to judicial review. In such cases, the only review the Conseil d'État provides is *ex ante* in its advisory capacity. It reviews draft secondary legislation from both executive departments and independent agencies before the documents are issued. Although the review could be wideranging, in practice, it appears to focus on the rule's legal basis. These reports, unlike the Conseil d'État's judicial decisions, are not made public unless the government wants to release them. Thus, one can only examine a biased sample. However, available examples are sufficient to conclude that they are similar to Conseil d'État judicial opinions. Subsequently, decrees and ordinances do sometimes come to court in a lawsuit, but most of them are not given in-depth review. Given the current state of French public law, this seems adequate, but it is a second-best solution that eliminates the possibility of review that examines the policymaking process.<sup>138</sup>

#### F. Conclusions

Even though French and Italian courts now apply a similarly stringent standard of review to the cases they decide, their routes to this result were very different. In France, there was no “period of deference,” and strong review has been consistently applied since the inception of the decentralized regulatory state. Conversely, in Italy, courts in two different periods gave deferential review to decisions that involved technical assessments only to settle recently on stringent review. Whereas the French Conseil d'État has virtually ignored the difficulties of reviewing the decisions of specialized regulatory institutions, Italian courts first acknowledged these difficulties and then ignored them without explaining their change of position. The end result is the same: a situation in which the administrative courts have done little to accommodate public law doctrines to the realities of the modern regulatory state. This does not mean that the French and Italian approaches to judicial review are problematic overall. However, they privilege the protection of legality to the detriment of other goals, such as administrative efficiency, technical competence, and political accountability.

<sup>138</sup> For a more complete discussion of these issues, see Rose-Ackerman & Perroud, *supra* note 130.

The more stringent review applied by both France and Italy might be due to the fact that both countries have a separate administrative system of tribunals. That institutional feature reduces one of the concerns about generalist courts carrying out intrusive scrutiny of administrative decisions in ways that could violate the separation of powers. Our claim, however, is that the institutional capabilities of the French and Italian administrative courts are no stronger than those of the ordinary courts in Canada and the United States. All are poorly adapted to address technically complex or politically sensitive issues.

If one accepts this claim, then the Canadian courts seem to have done the best at both acknowledging the reality of modern executive policymaking and finding a limited role for judicial review. If the nature of the issue and the institutional features of the agency suggest that it is better placed to make the challenged decision, Canadian courts will limit themselves to reasonableness review. Judicial review of substance in the United States, on one side, and in Italy and France, on the other, is more problematic. Review in the United States acknowledges the need to defer to agency expertise, but because courts often review generic rules before they are enforced, they tend to look quite carefully at the consistency between agency rules and statutes, even when the judges have little expertise. Sometimes, as in the review of health, safety, and financial standards, they review technical decision as if they had knowledge that they, in fact, lack. In France and Italy, review of rules and regulations is less common, but this means that major policy initiatives are not reviewed at all while individual decisions of less overall importance obtain very stringent oversight.

## II. PROCEDURAL SAFEGUARDS

Aggressive judicial review of the substance of regulatory policy can lead to undemocratic and technically flawed results. However, that does not imply that courts should simply decline to rule on challenges to regulatory actions. Instead, they can concentrate on the process and check to be sure that policy is made in an accountable, transparent, and responsive manner that draws on necessary expertise.

Procedural requirements can balance the three types of legitimacy that we outlined above: democratic legitimacy, competence, and the protection of rights. Through their enforcement, courts can give sufficient leeway to the technical and political choices of government bodies and at the same time assure that the decisions are both transparent and well-informed. Of course, courts will not be able to evaluate the administrative process without



some knowledge of the substance and of the political interests and technical knowledge at stake. Nevertheless, checking process and assessing policy are not equivalent.

In our case studies, the publication of administrative rules and decrees is taken for granted. Outside of certain national security areas, these advanced democracies publish all officially promulgated rules. Over and above such basic transparency, the important issues concern the accountability and competence of policymaking in the executive and the agencies. In this section we examine how our four jurisdictions deal with two centrally important procedural guarantees: (i) the duty to give reasons and the (ii) right to be heard or to participate.

First, the duty to give reasons arises from fundamental rule of law principle under which the state should not enforce the law against persons without explaining why they must bear the relevant cost.<sup>139</sup> This requirement is part of the general principle that public officials, as well as private citizens, are subject to the law and hence must justify their exercises of power over others. In administrative law, this principle is most strongly institutionalized when a public agency has adjudicatory responsibilities that are analogous to the activities of courts. Either the state determines that an individual has violated a law, or it justifies a cost imposed on an individual by demonstrating that the cost is legally permitted or is balanced by a public benefit. The agency operates under an existing statute or piece of secondary legislation, and it explains to the citizens—and to any court that later reviews the action—how its actions are consistent both with the legal text and with individual rights.

In addition to the protection of individual rights, compliance with the duty to give reasons also serves broader goals of transparency and political legitimacy. The obligation to explain decisions is a corollary of the public administration's policymaking activities. If an agency makes substantive choices that affect the use of public resources and the behavior of regulated entities, citizens should have access to the reasons for those choices. If the government presents clear and comprehensive reasons for its actions, citizens will be more aware of the importance of choices, even if the decisions involve complex, technical matters. Furthermore, if citizens can access the courts, the agency's stated reasons will help non-expert judges understand what is at stake.<sup>140</sup>

<sup>139</sup> See Jeremy Waldron, Essay, *The Concept and the Rule of Law*, 43 GA. L. REV. 1, 57–61 (2008) (explaining that this requirement is canonical in discussions of the rule of law).

<sup>140</sup> Reason-giving can also provide guidance for non-parties to an adjudication or for those subject to a regulation, and it makes it harder for an agency to act precipitously.

Second, in adjudication, the right of participation usually translates into a right to be heard, which is linked to the protection of individual rights. Participation in rulemaking processes has a broader justification. It is a source of democratic legitimacy that allows citizens to influence the adoption of policies that reflect their beliefs and interests. Broad participation rights require administrators to accept input and data from those concerned with agency action. Agencies can lower the cost of outside participation by their own efforts of outreach. Such actions can help mitigate the information asymmetry that arises if the regulated industry dominates the consultation process. In ensuring a better balance, rights of participation can help make administrative decisions both more democratic and better informed—enhancing competence.<sup>141</sup>

Three issues are especially relevant. First, to what extent do courts in our four jurisdictions require these two procedural mechanisms in agency decisionmaking? Are they general obligations affecting every administrative action, or are they confined only to some of them? Second, if adjudications make policy, do they require greater procedural protections than adjudications that simply resolve individual cases without affecting overall policy? Third, what is the justification for the enforcement of procedural mechanisms? Are the procedures linked to the goals of democratic legitimacy and competence, or are they understood only as legal tools to ensure the protection of individual rights?

We begin with the two cases where procedural guarantees are taken particularly seriously. In the United States, procedural requirements are integral to rulemaking through the process of notice-and-comment. Reason-giving and participation rights are routes to democratic legitimacy, and not just legal tools to protect the individual against state overreaching. In the last two decades, Italy has increased the rights of participation in rulemaking processes and has established a duty to give reasons that is relatively widespread, but that duty does not reach rulemaking, except in the case of the independent agencies.

We then contrast these two cases where process is important with the two other jurisdictions in which these guarantees are less powerful. In the absence of general rules of procedure, Canadian courts distinguish between adjudication and rulemaking. They review process more carefully in the former

---

<sup>141</sup> The extent to which public participation leads to better regulation is much debated. Some have argued that the uninformed general public can mislead the experts, who should therefore be “isolated” in their process of decisionmaking. See generally CASS R. SUNSTEIN, *LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE* (2005). For a critique of the anti-democratic nature of this argument, see Dan M. Kahan et al., *Fear of Democracy: A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk*, 119 HARV. L. REV. 1071, 1108 (2006) (book review).

than in the latter. In France the courts have been reluctant to adopt a general duty to give reasons, adopting the requirement only in a certain number of decisions, mostly connected to the restriction of rights. However, the French Conseil Constitutionnel has begun to enforce participation rights in the area of environmental law under the Charter for the Environment, which is appended to the French Constitution. Some statutes are beginning to increase participation in French policymaking, but these initiatives are relatively new or are limited to particular areas of government activity.

### A. *United States*

In the United States, both participation rights and the duty to give reasons are central to the notice-and-comment provisions of the APA.<sup>142</sup> The focus is on political legitimacy and competence, not the protection of individual rights. The provisions apply to rules made under delegated authority in federal statutes.<sup>143</sup> A typical rulemaking process includes both the interpretation of statutory terms and policymaking choices derived from the statutory text. Sometimes the line between these categories is quite blurry. Participation is open-ended in notice-and-comment procedures while in adjudications it can be limited to those with an individual stake in the outcome. The procedural requirements for both rulemaking and adjudication are subject to judicial review. They are not just recommendations for good governance.

#### 1. *Participation in Rulemaking*

If an agency engages in notice-and-comment rulemaking, it must organize the process so that it is open to public input.<sup>144</sup> This aspect of the statute has become so routinized that it seldom generates lawsuits so long as the agency issued its rule using notice-and-comment. However, certain substantive policy choices are exempt from the notice-and-comment process,<sup>145</sup> and agencies can make policy choices outside that process by issuing interpretive

<sup>142</sup> APA, Pub. L. No. 79-404, §§ 4(a)–(b), 60 Stat. 237, 238–39 (codified as amended at 5 U.S.C. § 553(b)–(c)) (2012).

<sup>143</sup> The provision includes numerous important exceptions, most notably for benefit programs. In some cases more formal, court-like procedures apply under §§ 556 and 557, but these are seldom used unless explicitly required by statute. *See* 5 U.S.C. §§ 556–57 (2012).

<sup>144</sup> *Id.* at § 553(b)–(c).

<sup>145</sup> *See* § 553(a) (exempting military or foreign affairs, agency management or personnel, and loans, grants, benefits, and contracts).

rules and policy statements.<sup>146</sup> Some agencies that are legally exempt from notice-and-comment rulemaking requirements, nevertheless, use them to enhance their public legitimacy. For example, the Department of Housing and Urban Development issued its own regulations that require the Department to use notice-and-comment rulemaking.<sup>147</sup> Outside of such voluntary actions, controversies arise over the range of choices that require notice-and-comment and over the legal status of agency actions that are exempt.<sup>148</sup> These challenges, however, concentrate on the overall scope of the law and do not isolate public participation from other requirements. Agencies do not limit the range of people and organizations that can submit comments.

Comment periods are usually several months in length and are routinely extended if outsiders request an extension. Agencies do not want to risk a court challenge claiming that they did not consult sufficiently. The number of comments received is sometimes very large, but many rulemaking dockets generate little interest. A Forest Service rulemaking docket generated more than one million comments, although many were form letters.<sup>149</sup> In contrast, a study of eleven rulemaking dockets found that the number of comments ranged from 1 to 268;<sup>150</sup> another study of forty-two dockets found that the average number of comments was thirty.<sup>151</sup>

## 2. Review of Policymaking Processes

The courts enforce the reason-giving requirement included in the notice-and-comment provisions of the APA and can strike down an agency action that is “arbitrary and capricious.”<sup>152</sup> This is a deferential substantive standard, but courts have often applied it in a way that concentrates on the rulemaking process, turning it into a procedural safeguard. The APA also instructs the

<sup>146</sup> See § 553(b)(3)(A)–(B).

<sup>147</sup> 24 C.F.R. § 10.1 (2013).

<sup>148</sup> On the exceptions, see *Am. Hosp. Ass’n. v. Bowen*, 834 F.2d 1037, 1041 (D.C. Cir. 1987), and *Cnty. Nutrition v. Young*, 818 F.2d 943, 946 (D.C. Cir. 1987).

<sup>149</sup> See Nina A. Mendelson, *Agency Burrowing: Entrenching Policies and Personnel Before A New President Arrives*, 78 N.Y.U. L. REV. 557, 623 (2003).

<sup>150</sup> Marissa Martino Golden, *Interest Groups in the Rule-Making Process: Who Participates? Whose Voices Get Heard?*, 8 J. PUB. ADMIN. & THEORY 245, 252 (1998).

<sup>151</sup> William F. West, *Formal Procedures, Informal Processes, Accountability, and Responsiveness in Bureaucratic Policy Making: An Institutional Policy Analysis*, 64 PUB. ADMIN. REV. 66, 71 (2004). For a review of the empirical literature on participation in U.S. rulemaking, see ROSEACKERMAN, *supra* note 1 at 219–27.

<sup>152</sup> 5 U.S.C. § 706(2)(A) (2012).

courts to “hold unlawful and set aside agency action . . . found to be . . . without observance of procedure required by law.”<sup>153</sup> Thus a court can void an agency action that is procedurally flawed even if it seems substantively reasonable. In practice, however, procedural failures are often connected with substantive inadequacies. For example, the Supreme Court has voided decisions that were not accompanied by logical reasoning, including agencies’ failures to elaborate when and how it relies on predictive judgments or uses broad models or tests.<sup>154</sup> It has disallowed decisions that did not take into consideration an important aspect of the problem, such as the costs of a given public policy or factual circumstances that were crucial to the decision.<sup>155</sup> Failure to evaluate important policy alternatives led the Court to vacate and remand a deregulatory policy in *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*<sup>156</sup> In the review of rules, the federal courts have imposed a broad obligation on agencies to consider alternatives that are significant or important.<sup>157</sup>

The duty to give reasons for both rules and adjudications is reinforced in the United States by the so-called *Chenery* doctrine, under which “the grounds upon which an administrative order must be judged are those upon which the record discloses that its action was based.”<sup>158</sup> The courts will not reach out and articulate their own reasons. That case, which predated the APA, involved the reorganization of a public utility holding company, not a generic rulemaking. However, the Supreme Court continues to follow this doctrine even for rules and adjudications that are not made using formal on-the-record procedures. The case does not impose court-like procedures; it only requires coherent reasons. Thus, even though the case itself dealt with a narrow agency decision, it operates to enhance policymaking accountabil-

<sup>153</sup> *Id.* at § 706(2)(D).

<sup>154</sup> *See* *Motor Vehicle Mfrs. Ass’n v. State Farm Ins.*, 463 U.S. 29 (1983).

<sup>155</sup> *See* *Indus. Union Dep’t, AFL-CIO v. Am. Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607, 662 (1980).

<sup>156</sup> 463 U.S. 29, 57 (1983).

<sup>157</sup> The classic case dealing with so-called “hard look” review is *Ethyl Corp. v. Environmental Protection Agency*, 541 F.2d 1, 37–38 (D.C. Cir. 1976) (en banc). The case for such review is presented in Harold Leventhal, *Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts*, 122 U. PA. L. REV. 509, 523–24 (1974). His opinion in *Ethyl* and that of Judge David Bazelon have framed the debate with Judge Bazelon, arguing that judges should not get involved in a review of technical details. Efforts by the D.C. Circuit to impose additional procedural requirements on agencies were halted after *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519, 548 (1978).

<sup>158</sup> *Sec. & Exch. Comm’n v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80, 87 (1943).

ity through limited judicial review.<sup>159</sup> If the federal courts find the reasons inadequate, they remand the decision to the agency to produce a new rule accompanied by a better informed and reasoned document.<sup>160</sup> The courts will not take on the task of reason-giving themselves.<sup>161</sup> Thus, even if review is nominally substantive, the effect of such decisions is to push the agency to use procedures that produce outcomes that are more capable of justification.

### 3. Review of Agencies' Statutory Construction

Reason-giving is also relevant to judicial review of agencies' statutory constructions under step two of *Chevron*. In *Chevron*, the Court affirmed that the EPA had "advanced a reasonable explanation for its conclusion that the regulations serve the environmental objectives" of the Clean Air Act and that "its reasoning is supported by the public record developed in the rulemaking process, as well as by certain private studies."<sup>162</sup> The reasoning approximates the arbitrary and capricious standard, but applied to statutory interpretation rather than policymaking under a clear legal mandate.<sup>163</sup> Once again this standard appears to be a substantive judgment, but as it has developed, it has taken on a procedural character.

The Court does not always defer as fully as it did under *Chevron*. Rather, it may use a weaker standard, articulated in *Skidmore* and *Mead*, where it accepts an agency's statutory interpretation if it is persuaded by the "validity of its reasoning."<sup>164</sup> In *Christensen v. Harris County*, the Supreme Court stated that the interpretations of the agency "are 'entitled to respect' . . . but

---

<sup>159</sup> *Chenery*, 318 U.S. at 88. The Supreme Court argues that it would violate the separation of powers for it to substitute its own policy reasoning for that of the agency.

<sup>160</sup> The courts do not impose a similar standard on statutes. They are subject only to a minimal rational basis standard. For a discussion of these contrasting approaches and a comparison with German, South African, and EU jurisprudence, see SUSAN ROSE-ACKERMAN, STEFANIE EGIDY, & JAMES FOWKES, "DUE PROCESS OF LAWMAKING": THE UNITED STATES, SOUTH AFRICA, GERMANY, AND THE EUROPEAN UNION (forthcoming 2014).

<sup>161</sup> This negative stance can sometimes be quite intrusive. The courts often remand to the agency with a fairly clear message about what future agency actions will be acceptable. For example, in *EME Homer City Generation, L.P. v. Environmental Protection Agency*, 696 F. 3d 7, 37 (D.C. Cir. 2012), the Court of Appeals remanded to the Environmental Protection Agency (EPA) with a very explicit statement about how the EPA could satisfy the court's interpretation of the Clean Air Act.

<sup>162</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 863 (1984).

<sup>163</sup> See, e.g., *Nat'l Cable & Telecoms. Ass'n v. Brand X Internet Servs.*, 545 U.S. 967, 980–81 (2005); *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 229 (2001); *Smiley v. Citibank (South Dakota), N.A.*, 517 U.S. 735, 742 (1996).

<sup>164</sup> *Mead Corp.*, 533 U.S. at 219; *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

only to the extent that those interpretations have the ‘power to persuade.’<sup>165</sup> Although, on its face, this looks like a less deferential substantive standard, a procedural aspect is embedded in the post-*Chevron* cases. There are two aspects to these decisions. In *Mead*, the Supreme Court quoted the language of *Skidmore* that highlighted the “thoroughness evident in its consideration.”<sup>166</sup> The more attentive and careful the agency’s analysis, the more probable it is that it will be entitled to deference. Second, if Congress has mandated notice-and-comment rulemaking, the Court will read the statutory text as signaling intent to delegate policy choices to the agency. Hence, in *Chevron*, the Court’s deference arose in part, from the agency’s use of notice-and-comment rulemaking, a process not used to determine the tariff classification at issue in *Mead*. Although the opinion in *Chevron* does not explicitly refer to EPA procedures, they form the background of the agency’s rule. *Mead* makes this background condition clear. Congress’s intent to delegate is inferred from the process required. The authority to interpret the law could be delegated by requiring notice-and-comment rulemaking, adjudication, or “some other indication of comparable congressional intent.”<sup>167</sup> If the agency engages in a process that requires notice, hearings, and reasons-giving, then the courts will be more likely to accept the agency’s interpretation of its mandate. The reasons articulated by the agency do not need to persuade the court that it has selected the most accurate reading of the law. The interpretation just needs to be reasonable. Substance and process intertwine in a way that is consistent with our own views of the proper role of the courts—deferential review of the substance of policy and of the interpretation of the statute so long as the agency has carried out a process that invites broad participation, canvasses the relevant technical material, and ends up with a reasoned policy judgment.<sup>168</sup>

#### 4. What Are Reasons For?

Although reason-giving in the U.S. is clearly bound up with democracy and expertise, it is also often invoked as a way for the courts to be sure that agency action is consistent with congressional will. Two conflicting notions

<sup>165</sup> 529 U.S. 576, 587 (2000).

<sup>166</sup> See *Mead Corp.*, 533 U.S. at 228 (citing *Skidmore*, 323 U.S. at 140 (1944)); see also *Reno v. Koray*, 515 U.S. 50, 61 (1995).

<sup>167</sup> *Mead Corp.*, 533 U.S. at 227.

<sup>168</sup> Notice, however, that such notice-and-comment procedures are sufficient but not necessary under *Mead*. The Court leaves vague what the “other indications” might be, and this lack of clarity provoked a sharp dissent from Justice Scalia. See *Mead Corp.*, 533 U.S. at 239 (Scalia, J., dissenting).

of democratic accountability are in play. Under the first, the courts check to be sure that the executive is carrying out the congressional will. Reasons help the courts determine if agencies are overreaching their legislative mandates. The second emphasizes the need for agencies to be accountable to the public directly, not just through the mediation of the legislative process and the voting booth. Both of these values exist in American administrative law, but sometimes one and sometimes the other come to the fore. The second model, however, is the one of most interest to us; it provides a way for courts to help enhance the operation of the executive— not just as a reflection of legislative will, but also as a legitimate policymaker in its own right.<sup>169</sup>

For an example of the first notion of democratic accountability consider *Federal Communications Commission v. Fox Television Stations, Inc.*<sup>170</sup> Both the majority opinion by Justice Scalia and the dissent focus on the reasons given by the Federal Communications Commission (FCC) for changing its policy on “fleeting expletives” toward more stringent enforcement of their occurrence in the broadcast media. The majority opinion is only concerned with whether the agency has “good reasons” for the new policy. The views of the public on the adequacy of the reasons are not relevant.<sup>171</sup> Even the dissent by Justice Breyer focuses on the way reason-giving permits the Court to review the agency’s action. He does, however, stress that the agency should go through a process of learning “through reasoned argument” that would have been provided by the notice-and-comment provisions of the APA.<sup>172</sup> That process, of course, might require open-ended hearings to get public input and reason-giving designed for both the court and the public. According to Justice Scalia, democratic accountability here means consistency with the will of Congress.<sup>173</sup> The Court says that it cannot check for consistency with

---

<sup>169</sup> See Jerry L. Mashaw, *Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions*, 1 J.L. ECON. & ORG. 81, 94 (1985).

<sup>170</sup> 556 U.S. 502 (2009).

<sup>171</sup> *Fed. Comm’ns Comm’n v. Fox Television Stations, Inc.*, 556 U.S. 502, 515 (2009) (the agency “need not demonstrate to the court’s satisfaction that the reasons for the new policy are *better* than the reasons for the old one; it suffices . . . that the agency *believes* [the new policy] to be better”). See also *Atchison, Topeka & Santa Fe Ry. Co. v. Wichita Bd. of Trade*, 412 U.S. 800, 808 (1973) (finding that the agency had not stated adequate reasons for changing its policy). The justices do not refer to a need for accountability to the general public or for transparency; rather, reason-giving permits the courts to “complete the task of judicial review.” *Wichita Bd. of Trade*, 412 U.S. at 805–06.

<sup>172</sup> *Fox Television Stations*, 556 U.S. at 548 (Breyer, J., dissenting).

<sup>173</sup> *Id.* at 524–25 (Scalia, J). This portion of the opinion was not joined by Justice Kennedy, so it only expresses the view of four justices.



the statute unless the FCC provides it with a better statement of reasons. The remedy is remand to the agency to provide reasons that could satisfy the courts.

Cases that remand an agency decision because of the failure to give adequate notice or to hold hearings fall into the second category, stressing public accountability. A rule may also be sent back to the agency if the reasons reflect inadequate responses to public comments. An internal guideline can be challenged when applied in a particular case. The only way to avoid that possibility is to promulgate a rule through a public notice-and-comment process.<sup>174</sup>

If an agency acts too precipitously and provides poor justifications for its actions, it may have to revisit a policy choice. For example, in *Motor Vehicle Manufacturers' Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* the Supreme Court held that the speedy repeal of the passive restraint rule for motor vehicles was arbitrary and capricious.<sup>175</sup> An agency may change its view of the public interest, and this change can be related to a change in the party and policy priorities of the President. However, the new administration must provide reasons for the change beyond a simple appeal to political shifts. Repeal of a rule requires the same notice-and-comment process as promulgation and faces the same standards of review.<sup>176</sup> Although the *State Farm* decision concentrates on substantive failures, the argument has a procedural base. The agency held hearings and accepted comments, but it then rushed through the change and did not carefully consider the alternatives. Even the non-expert Court was able to critique the agency's lack of care. It did not order a specific result, but it voided the recession and remanded to the agency.

Hence, in the United States, the duty to give reasons when promulgating legally binding rules is deeply bound up with the democratic acceptability of policymaking in the executive. The courts distinguish between the justifications needed for policy made under delegated authority and for legislative enactments. As the Court stated in a footnote in *State Farm*:

The Department of Transportation suggests that the arbitrary[ ]and[ ]capricious standard requires no more than the minimum rationality a statute must bear in order to withstand analysis under the Due Process Clause. We do not view as equivalent the presumption of constitutionality afforded legislation drafted by Congress and the presumption of regularity afforded an agency in fulfilling its statutory mandate.<sup>177</sup>

<sup>174</sup> *McLouth Steel Prods. Corp. v. Thomas*, 838 F.2d 1317, 1323 (D.C. Cir. 1988).

<sup>175</sup> *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 46 (1983).

<sup>176</sup> *Id.* at 41–42.

<sup>177</sup> *Id.* at 43 n. 9.

### 5. *Adjudication and Policymaking*

Democratic accountability is much more difficult to achieve for policies made through adjudications than through rulemaking. Policy can be made by means of incremental case-by-case adjudications. However, even if the courts require agencies to justify individual decisions, the courts may be unable to track and review policy changes that occur gradually over time through the accumulation of individual adjudications. Unlike the clear rescission of a rule in *State Farm* or the changed interpretation of a statutory term in *Chevron*, notice-and-comment rulemaking is not an option for policy built up through individual adjudications. This generic problem of case-by-case policymaking might be somewhat countered by requiring or permitting participation in agency adjudications by those concerned about the underlying policy but not directly affected by the individual administrative decision. However, in the United States such individuals and businesses would be unlikely to obtain standing in court after the agency acts; hence, agencies face no legal pressure to consult widely.<sup>178</sup>

By acknowledging the broader policy consequences of adjudications, courts could draw attention to the more general aspect of the duty to give reasons: one that is related to ideals of democratic accountability and technical competence. In other words, if the statute contains vague or open-ended language and if policy is de facto made by administrative agency adjudications, then these exercises of agency discretion ought to be open to judicial review. Such review would not just address questions of statutory construction, but it could also consider the democratic legitimacy of agency procedures. An agency could carry out an open and transparent adjudicatory process not just to inform the courts, but also to involve and inform the public.

The contesting justifications for reason-giving, based either on individual rights or on democratic accountability, suggest that there is a lacuna in U.S. administrative law. In the executive, policy can be made through rulemaking procedures or through the build-up of case law. The U.S. EPA operates largely through rulemaking; the Antitrust Division of the Department of Justice uses case-by-case adjudication. If an agency makes policy through rulemaking, it must provide reasons for its policies. In contrast, if it operates through case-by-case adjudications, the agency is legally required to provide reasons only in two cases. First, it must provide notice and “a brief statement

---

<sup>178</sup> The reverse, however, is true. If a plaintiff has standing in court, then it can raise any type of challenge to the agency action, including claims that are not related to reasons it was granted standing. See *Fed. Comm'n v. Sanders Bros. Radio Station*, 309 U.S. 470, 477 (1940).

of the grounds for denial” when it turns down “a written application, petition, or other request of an interested person.”<sup>179</sup> Second, it must provide reasons under the formal adjudication procedures of the APA that apply to “every case of adjudication required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing.”<sup>180</sup> If an agency anticipates a court challenge, it would be wise to articulate reasons in all cases. Nevertheless, the reasons need not articulate the broad policy behind individual cases. That policy builds up through a series of cases and enforcement actions. Each case may be justified with a statement of reasons, but the overall policy may never be open to public comment or be justified in a transparent manner. Rather than subjecting its policies to an open notice-and-comment process, the agency may prefer to govern through adjudication.<sup>181</sup> Review of the rulemaking process is central to U.S. administrative law, but policies developed through case-by-case adjudication need not incorporate broad public input and are not subject to review except insofar as they affect individual cases. The focus is on violations of rights and on consistency with statutory purposes, not on accountability to citizens other than those directly affected.

### B. Italy

In Italian law, courts have evolved from a traditional orientation that linked procedural safeguards to the protection of rights (the so-called *funzione garantistica*). They now acknowledge that in some cases these mechanisms can enhance both the democratic accountability and the efficiency of public administration. This trend is clearer and more effective in the review of independent agencies, where courts have held that procedural guarantees compensate for the agencies’ lack of legitimacy and help them to produce better regulations.

#### 1. *The Traditional Approach: Procedural Safeguards and Their Funzione Garantistica*

Before 1990, there was no generalized statutory duty to give reasons in Italian law. The 1948 Constitution, Article 111, establishes such a duty only for judicial decisions. However, even in the absence of specific legal provisions,

<sup>179</sup> APA, 5 U.S.C. § 555(e) (2012).

<sup>180</sup> *Id.* at § 554(a). The reason-giving requirement is in 5 U.S.C. § 557(c)(3)(A); see also *Citizens to Pres. Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U. S. 402, 419–20 (1971).

<sup>181</sup> See JERRY L. MASHAW & DAVID L. HARFST, *THE STRUGGLE FOR AUTO SAFETY* 253 (1990).

administrative courts began to recognize the need for a statement of reasons in cases that led to a direct violation of individual rights. Administrative decisions could thus be reviewed and annulled for excess of power (*eccesso di potere*) if reasons were insufficient (*insufficienza della motivazione*) or contradictory (*contraddittorietà della motivazione*).

Eventually, the 1990 Italian Administrative Procedure Act codified judicial practice and introduced a duty to give reasons.<sup>182</sup> In a first phase, this procedural guarantee was understood in a rather legalistic way, and courts firmly linked it to the protection of individual rights.<sup>183</sup> According to this approach, the duty to give reasons permits one to interpret government decisions, makes judicial review possible, and protects the rights of the citizens. The idea was referred to as *la funzione garantistica della motivazione*. The general rules for participation give the relevant rights only to those “directly affected” by the administrative action.<sup>184</sup>

The Act explicitly exempts “normative acts and those of general application.”<sup>185</sup> The exemption codifies the prior case law based on claims that such acts are “largely discretionary” or “political” in nature. They usually do not cause direct violations of individual rights and hence do not have to be based on reasons that are subject to judicial review. The political nature of general normative acts is taken as a reason to exempt them from the reasoning obligation.<sup>186</sup>

## 2. Procedural Rules and the Legitimacy Deficit of Independent Agencies

In recent years, courts and the legal literature have begun to understand procedural mechanisms in a more nuanced manner. In addition to the *funzione garantistica*, they now stress that both the duty to give reasons and rights

<sup>182</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241 (It.) [Italian Administrative Procedure Act]. For an English translation, see *The Italian Administrative Procedure Act Law: Law N. 241 dated 7 August 1990*, 2010 ITALIAN J. OF PUB. L. 371, 371–405 (2010).

<sup>183</sup> For example, in some decisions the Consiglio di Stato stated that the reasons are given *to the persons affected by the act*, and not to others or the generality of the population. See Cons. Stato, sez. v, 30 aprile 2002, n. 2290 (It.); see also Cons. Stato, sez. iv, 29 aprile 2002, n. 2281 (It.).

<sup>184</sup> See L. n. 241/1990 art. 7, 9 (It.).

<sup>185</sup> See L. n. 241/1990 art. 3 (It.).

<sup>186</sup> The exemption contrasts with the Treaty on the Functioning of the European Union, art. 296, Dec. 13, 2007 O.J. 1 (C53) (describing broad obligations, but only for EU provisions).

of participation enhance administrative accountability and competence.<sup>187</sup> A recent decision of the Constitutional Court acknowledges the constitutional status of the duty to give reasons, linking it not only to the constitutional provision that guarantees the redress for violations of individual rights, but also to the constitutional principle of a “good and impartial administration.”<sup>188</sup>

The trend produced clear results for economic regulation. Specific statutes require reason-giving for the normative and generic acts issued by independent authorities in areas such as energy and gas, telecommunications, and financial regulation.<sup>189</sup> Administrative courts have asserted that the duty to give reasons is widespread for regulatory decisions.<sup>190</sup> The judges argue that the combination of normative powers and independence from the central government makes agency policymaking democratically problematic. Rather than condemn the practice, they instead require that agencies publicly justify their actions.<sup>191</sup> Reason-giving is a partial compensation for the so-called deficit of legitimacy that affects independent agencies.<sup>192</sup>

<sup>187</sup> See Eduardo Chiti, *La Dimensione Funzionale del Procedimento*, in LE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE TRA CONSERVAZIONE E RIFORME 211 (2008) (referring to the “triple goal” of the intervention of citizens in administrative procedure: participation, cooperation, and defense).

<sup>188</sup> Art. 113. Costituzione [Cost.] (It.); see Corte costituzionale [Corte Cost.], 5 novembre 2010, n. 310 (It.).

<sup>189</sup> See Legge 28 dicembre 2005, n. 262, art. 23 (financial sector); L. n. 481/1995 (regulation of public utilities). See also Decreto Legge 1 agosto 2003, n. 259 (It.).

<sup>190</sup> See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 11 aprile 2006, n. 2007; Cons. Stato, sez. vi, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons. Stato, sez. vi, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, sez. vi, 2 maggio 2006, n. 2448; Cons. Stato sez. vi, 14 marzo 2006, n. 1409.

<sup>191</sup> Monica Cocconi, *La Motivazione Degli Atti Generali Delle Autorità Indipendenti e la Qualità Della Regolazione*, OSSERVATORIO SULL'ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAZIONE (2011), available at [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it). See also Bruti Liberati, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, RIV. TRIM. DIR. PUBBL. 435 (2009); Marcello Clarich, *Le Autorità Indipendenti Nello “Spazio Regolatorio”: Lascesa e il Declino del Modello*, DIR. PUBBL. 1035 (2004); Stefano Baccarini, *Motivazione ed Effettività Della Tutela*, 2007 FORO AMMINISTRATIVO T.A.R. 3315 (2007).

<sup>192</sup> Some authors talk about a “legitimacy filter.” See M. CLARICH, *AUTORITÀ INDIPENDENTI: BILANCIO E PROSPETTIVE DI UN MODELLO* 154 (2005). Barra Caracciolo refers to a “democratic ‘relegitimation’ in the form of ‘direct democracy.’” L. Barra Caracciolo, *I Procedimenti Davanti alle Autorità Amministrative Indipendenti tra Diritto Interno e Diritto Comunitario*, QUAD. CONS. STATO 81 (1999). Moris Foglia, *I Poteri Normative Delle Autorità Amministrative Indipendenti*, 26 QUADERNI REGIONALI 559 (2008); MICHELE PASSARO, *LE AMMINISTRAZIONI INDIPENDENTI* 250 (1996).

In addition, the agencies provide generous rights of participation,<sup>193</sup> and these rights are enforced by the Courts.<sup>194</sup> Thus, in a 2006 case, the Consiglio di Stato annulled a rule passed by the *Autorità Energia Elettrica e Gas* (AEEG) because it violated procedural guarantees. The administrative court observed that the AEEG did not uphold the participation rights of a company that challenged the rule, and that the AEEG did not take into consideration the comments made by companies during the process that preceded the passage of the rule. Here, the Consiglio di Stato explicitly confirms the importance of the rights of participation as a way to make the authority better informed and more accountable.<sup>195</sup>

In the domain of regulatory agencies, both the duty to give reasons and the rights of participation are further reinforced by the obligation to perform a regulatory impact assessment before promulgating a regulation.<sup>196</sup> Italian regulatory impact assessment is connected to the *consultazione* procedure, inspired by American notice-and-comment rulemaking. The actual procedure varies for each economic sector,<sup>197-198</sup> but generally consists of (i) the publication of a notice opening the procedure; (ii) the publication of a draft regulation; (iii) the establishment of a deadline for the presentation of comments; and (iv) the adoption of the final rule. Stakeholders and, indeed, anyone concerned with the policy have an opportunity to be heard and, through their participation, can help the agencies to assess the impact of the proposed regulation. The agencies must state the reasons for the rules they

<sup>193</sup> See Sveva del Gatto, *La Partecipazione ai Procedimenti di Regolazione delle Autorità Indipendenti*, 9 *GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO* 947, 949 (2010).

<sup>194</sup> See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 2 marzo 2010, n. 1215. In another case, the Consiglio di Stato suggested that the rights of participation also have a constitutional status, stemming from Article 97 of the Italian Constitution. See Cons. Stato, sez. v, 18 novembre 2004, n. 7553.

<sup>195</sup> See Cons. Stato, sez. vi, 27 dicembre 2006, n. 7972. See also Cons. Stato, sez. vi, 1 ottobre 2002, n. 5105; Cons. Stato, sez. vi, 11 aprile 2006, n. 2007; Cons. Stato, 8 luglio 2008, n. 5026; TAR Lazio, 10 aprile 2002, n. 3070; Cons. Stato, sez. vi, 10 ottobre 2002, n. 5105. The Consiglio di Stato affirms that “una regolazione che venga disposta senza contraddittorio con i soggetti interessati . . . non può che dirsi viziata.”

<sup>196</sup> Legge 29 luglio 2003, n. 229, art. 12 (It.) (establishing the obligation to promote a regulatory impact assessment for independent administrative authorities).

<sup>197</sup> See, e.g., CODICE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE, Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (It.); CODICE DELLE ASSICURAZIONI PRIVATE, D.Lgs. n. 209/2005 (It.); CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, D.Lgs. n.

<sup>198</sup> /2012; D.Lgs. n. 262/2005 (establishing the procedure to be followed by the Consob, ISVAP and Banca d'Italia). See also AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA ED IL GAS, LINEE GUIDA SULL'INTRODUZIONE DELL'ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAZIONE (2005). 196. See Cons. Stato, sez. vi, 27 dicembre 2006, n. 7972.

adopt and in doing so must refer to the comments received.<sup>196</sup> The adoption of a regulatory impact assessment obligation is linked to the need to promote *good regulation*.<sup>199</sup> Regulatory quality is linked to participation.<sup>200</sup> The process, however, is a rather recent addition so the quality of the assessments and their actual effects should be carefully studied.

### 3. *Efficiency v. Accountability: The Doctrine of Motivazione Postuma*

The Italian courts are evolving toward procedural guarantees, such as the duty to give reasons and the rights of participation. They have moved from a strictly legal orientation concerned with the protection of rights to one that also acknowledges administrative accountability and efficiency. It is thus important to consider how Italian law reacts to situations where these two goals are at odds.

A conflict can arise if an administrative authority wishes to amend the reasons for its actions when it is challenged in court. As seen above, in American law the *Chenery* doctrine holds that “the grounds upon which an administrative order must be judged are those upon which the record discloses that its action was based.”<sup>201</sup> Italian case law, in contrast, is not clear on whether officials can amend their reasons before the courts. The traditional and still dominant orientation does not allow so-called “posthumous reasons” (*motivazione postuma*). Reasons given by agencies when they issue decisions would thus bind them before the reviewing court.<sup>202</sup> However, under the influence of recent procedural reforms, courts are progressively adopting the opposite approach.<sup>203</sup> An amendment to the Italian Administrative Procedure

<sup>199</sup> Italian authors usually refer to Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) recommendations as having a strong influence on legislative drafters. Among the documents cited are RECOMMENDATION OF THE COUNCIL OF THE OECD ON IMPROVING THE QUALITY OF GOVERNMENT REGULATION (1995); REGULATORY IMPACT ANALYSIS: BEST PRACTICE IN OECD COUNTRIES (1997); and GUIDING PRINCIPLES FOR REGULATORY QUALITY AND PERFORMANCE (2005).

<sup>200</sup> See Edoardo Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, 54 RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO 700 (2004) (It.).

<sup>201</sup> Sec. Exch. Comm'n v. *Chenery Corp.*, 318 U.S. 80, 87 (1942).

<sup>202</sup> See Cons. Stato, sez. v, 14 aprile 2006, n. 2085 (“Va escluso che la motivazione del provvedimento impugnato possa essere integrata o sostituita in giudizio, per l'evidente ragione che non è possibile riferire le nuove considerazioni come presenti all'organo amministrativo nel momento in cui è stata decisa la misura de qua.”). See also Cons. Stato, sez. iv, 16 settembre 2008, n. 4368; Cons. Stato, sez. iv, 07 maggio 2007, n. 1975; Cons. Stato, sez. iv, 29 aprile 2002, n. 2281.

<sup>203</sup> See, e.g., Cons. Stato, sez. v, 9 ottobre 2007, n. 5271; TAR, sez. ii, 8 maggio 2006, n. 1173.

Act sought to avoid annulments on “mere formal grounds.” According to this provision, administrative decisions should be upheld when their content would not be different in the absence of such formal irregularities.<sup>204</sup>

The new orientation has the effect of avoiding useless annulments, and thus enhances efficiency. However, its prevalence could discourage agencies from putting much effort into articulating the reasons for their decisions, given that those reasons can be amended or reformed before the courts. The practice lowers government accountability to the public because the reasons it gives up front could be adjusted *ex post* to suit the court. Reason-giving ought not to be seen as a mere formal requirement.

### *C. Comparison between the United States and Italy*

Both the United States and Italy have quite robust notice-and-comment procedures for rulemaking, although the Italian coverage is much narrower. Both countries justify these procedures as a way to further both democratic legitimacy and high quality regulation. Neither limits procedural concerns to the protection of individual rights, although that is obviously an additional justification, especially in adjudications.

In the United States, the notice-and-comment provisions of the APA apply to any federal agency that makes rules, including independent agencies. There is no distinction in the rulemaking processes required for agencies that are under the President and those with independent, multimember boards. In contrast, notice-and-comment provisions only apply to Italian independent agencies, not to rules made inside cabinet departments.

The justification for this distinction is a concern for the democratic legitimacy of independent agencies. Procedural guarantees can make agencies both more transparent, by stating the reasons for their actions, and more responsive, by receiving public input and taking those views into consideration, hence improving their public legitimacy. However, it is not clear why rules issued by cabinet ministries should be less well-justified or less open to public participation. To make that case, one would have to have a high level of trust in the ability of the legislature to monitor the output of the government combined with confidence that the legislature itself is a reliable conduit for citizen concerns.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> Legge 11 febbraio 2005, n. 15, art. 2 (It.) (amending Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 21).

<sup>205</sup> The exemption of cabinet ministries seems to be based on the idea of electoral accountability. Because the government was elected, its actions are therefore legitimate and no reasons need



Except for its independent agencies, Italy is closer to the cases of Canada and France discussed below, where the political and policy nature of government and agency policymaking limits both procedural mandates and court review. Yet, there is a paradox here. Why should the political nature of the government's decision exempt it from having to carry out openended hearings and to explain the reasons behind policy initiatives? Part of the reason is a distrust of the courts' ability to carry out a modest review of process without stepping in and dictating policy. That is a real concern— one that is especially salient if the courts themselves extend their oversight in the absence of statutory or constitutional provisions. The advantage of the U.S. model—even though it is based on a statute, not the Constitution—is that it gives the courts a text with which to orient their review. Such a text would be desirable if the Italian state wishes to move toward more judicial review of policymaking processes while avoiding too much judicial activism.

#### *D. Canada*

We now turn to the review of process in Canada and France. In both systems rulemaking is not often subject to procedural oversight by the courts, and procedural review of adjudication concentrates on the protection of rights.

Procedural requirements are uncommon in Canadian federal legislation that covers rulemaking and adjudication. Lacking legal texts, the courts approach each type of agency action differently. For adjudication, the courts use a contextualized test that varies procedural rights according to the circumstances of the case. Conversely, for rulemaking, the courts consistently refuse to review procedural aspects.

##### *1. Adjudication: "Implied Procedural Obligations"*

Canada does not have a federal administrative procedure act that establishes the procedure to be followed for administrative adjudications. However, courts have long enforced a "duty of procedural fairness." The leading case is *Nicholson v. Halimand-Norfolk Regional Police Commissioners*.<sup>206</sup> It concerned the dismissal of an employee, Nicholson, from a county's regional police

---

to be given. This is certainly *one* way of ensuring the democratic legitimacy of administration, but should not necessarily be the only one, nor is it the most effective. Reason-giving is important both to the minority and the majority. In short, even though the reasons for a duty to give reason are clearer in the context of independent agencies (which lack even this form of electoral accountability), they are also relevant for the central administration.

<sup>206</sup> [1979] 1 S.C.R. 311.

force. The police force did not give him a hearing before his termination and it did not state any reasons for his dismissal. The employer claimed only that Nicholson was still in his probationary period and that the relevant legislation permitted discretionary terminations in such cases.

Departing from its previous formalistic orientation,<sup>207</sup> the Canadian Supreme Court stated that the procedural rights of citizens before administrative agencies stem from the “duty of procedural fairness,” which is variable and depends upon the specific context of each case. In this case, the Court stated that Nicholson should have been heard and should have been given reasons, due to the serious consequences resulting from the administration’s decision.<sup>208</sup> Thus, the duty to give reasons was a key aspect of procedural fairness, not to aid the court or to enhance public accountability, but rather to ensure Nicholson’s rights.<sup>209</sup>

To make its position clearer, the Canadian Supreme Court in *Baker* explained the non-exhaustive five factors that it will use to identify implied procedural obligations in its judgments. These are: (1) the nature of the decision and the process used; (2) the statutory scheme; (3) the importance of the decision to the individuals affected; (4) the legitimate expectation of the person bringing the challenge; and (5) the procedural choices made by the agency.<sup>210</sup> The case concerned a decision of the Ministry of Citizenship and Immigration to deport a Jamaican citizen who had four Canadian children

<sup>207</sup> Before the decision of the Supreme Court in *Nicholson*, Canadian courts enforced procedural requirements only in cases where the decision under review was qualified as “judicial” or “quasi-judicial” as opposed to those qualified as “legislative” or “administrative.” See, e.g., *Canada Minister of Nat’l Revenue v. Coopers & Lybrand Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 495 (listing five non-exhaustive factors that should be considered to determine whether the decision at hand was “judicial” or “quasi-judicial”). In such cases, courts would apply the principle of natural justice, which was composed of the right to be heard and the right to an unbiased decision-maker. In *Nicholson*, the Canadian Supreme Court stated that procedural rights should not depend entirely on such formal distinctions. Whereas the traditional procedural rights could be reserved to the cases or decisions of a judicial nature, a lesser category of procedural entitlement, which the Court referred to as a “duty of fairness,” could be applied to other decisions, particularly those affecting individuals.

<sup>208</sup> Audrey Macklin, *Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test*, in *ADMINISTRATIVE LAW IN CONTEXT* 224 (Colleen Flood & Lorne Sossin eds., 2008).

<sup>209</sup> See also, *Martineau v. Matsqui Inst. Disciplinary Bd.*, [1980] 1 S.C.R. 602 (confirming *Nicholson* and refusing a dichotomy between the principles of “natural justice” and “procedural fairness,” while establishing instead a continuum or spectrum of procedural protection that depended on the context and characteristics of the decisions under review).

<sup>210</sup> *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 819. On this decision, see David Dyzenhaus & Evan Fox-Decent, *Rethinking the Process/Substance Distinction: Baker v. Canada*, 51 *U. TORONTO L.J.* 193, 195–97 (2001); Geneviève Cartier,

and was under treatment for paranoid schizophrenia. The Canadian Supreme Court enforced a duty to give reasons, considering it a consequence of the agency's wide discretionary powers to decide whom to deport. Here, the Court provides limited review of substance, but requires that reasons be given. The standard is "reasonableness *simpliciter*" for an individual decision, not the more deferential test of "patent unreasonableness."

Like *Nicholson*, *Baker* involved an individual decision, not a general policy, and the duty to give reasons was linked to the "importance of the decision" to the person affected by it (the third factor).<sup>211</sup> These decisions will have implications for other people in similar circumstances. However, the Court did not tie reason-giving to the public accountability and competence of the public administration. As part of the duty of procedural fairness, the duty to give reasons is linked to the protection of the rights of individuals vis-à-vis the state, rather than to the democratic legitimacy or competence of the administration.

A recent decision of the Canadian Supreme Court, nevertheless, may be taking a step to extend the duty to give reasons. In *Dunsmuir*, the Canadian Supreme Court elaborated on the content of its new standard of reasonableness that applies to the substantive review of administrative decisions. The Court requires that the decision be "justif[ied], transparen[t] and intelligib[le]," in addition to being within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible based on the facts and law.<sup>212</sup> Under this new regime, reasonableness is more related to the quality of the agency's reasoning than to the outcome, that is, it is more linked to process than to substance. Although the Court refuses to decide among different possible outcomes, it seeks to ensure that the decision is procedurally acceptable under its jurisprudence.

In a later case, the Canadian Supreme Court confirmed that this orientation "reinforces in the context of adjudicative tribunals the importance of reasons, which constitute the primary form of accountability of the decision-maker to the applicant, to the public and to a reviewing court."<sup>213</sup> The Court, thus, does not limit itself to the protection of rights. In the context of the new reasonableness test, justifying a decision in a transparent and intelligible way is linked to legal validity, irrespective of any violation of individual rights.

---

*Keeping a Check on Discretion*, in ADMINISTRATIVE LAW IN CONTEXT 286 (Coleen Flood & Lorne Sossin eds., 2008).

<sup>211</sup> *Baker*, [1999] 2 S.C.R. 817, para. 25 (key holding).

<sup>212</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, para. 47.

<sup>213</sup> *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, para. 63.

## 2. Rulemaking: Few Rules and Refusal to Review

In making rules, the Canadian public administration acts both formally, through rules and regulations, and informally, through guidelines, policies, and directives.<sup>214</sup> Canadian law does not generally require participation in federal administrative rulemaking. Only in the specific case of formal regulations<sup>215</sup> must agencies abide by legally mandated procedural rules. The various forms of informal rulemaking are not subject to any legislatively required procedures. This is true both at the federal level and within the provinces.

Even for formal regulations, the current participatory requirements were established only after long hesitation. The debates date back to the 1960s, where parliamentary commissions did not recommend the establishment of a general participatory requirement (already in force in the United States), on the grounds that it “would cause unnecessary delay and merely duplicate the time already spent in informal consultation.”<sup>216</sup> During the following decades, as the American model was becoming more established, Canadian law’s resistance to participation in rulemaking began to fall.<sup>217</sup> The province of Québec took the lead and established a participatory procedure for the enactment of formal regulations. According to its 1986 Regulation Act,<sup>218</sup> proposed regulations must be published in the *Gazette*

<sup>214</sup> Alice Woolley, *Legitimizing Public Policy*, 58 U. TORONTO L.J. 153, 156 (2008) (arguing that informal rulemaking is very common and can be carried out by every agency or government ministry). Informal rulemaking is not subject to any legislatively required procedures, either at federal level or in the provinces. *Id.*

<sup>215</sup> The Federal Statutory Instruments Act, R.S.C. 1985, c. S-22, defines regulations as a “statutory instrument (a) made in the exercise of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament, or (b) for the contravention of which a penalty, fine or imprisonment is prescribed by or under an Act of Parliament[.] [They include] a rule, order or regulation governing the practice or procedure in any proceedings before a judicial or quasi-judicial body established by or under an Act of Parliament, [and] any instrument described as a regulation in any other Act of Parliament.”

<sup>216</sup> DAVID J. MULLAN, *ADMINISTRATIVE LAW: CASES, TEXT AND MATERIALS* 678–79 (5th ed. 2003); (citing ROYAL COMMISSION INQUIRY INTO CIVIL RIGHTS, MCRUER COMMISSION, R. NO. 1, at 362). *See also* MACGUIGAN COMMITTEE (1969).

<sup>217</sup> David J. Mullan mentions three official studies during the 1970s and 1980s that reached different conclusions from those of the McRuer Commission and the MacGuigan Committee: (i) ECONOMIC COUNCIL OF CANADA, *RESPONSIBLE REGULATION: AN INTERIM REPORT* (1979); (ii) STANDING JOINT COMMITTEE ON REGULATIONS AND OTHER STATUTORY INSTRUMENTS, R. NO. 4 (1980); (iii) HOUSE OF COMMONS SPECIAL COMMITTEE ON REGULATORY REFORM, *in* JOHN EVANS, *ADMINISTRATIVE LAW: CASES, TEXT AND MATERIALS* 679–80 (5th ed., 2003).

<sup>218</sup> Regulations Act, R.S.Q. 1986, c. R-18.1.

*officielle du Québec*, after which interested parties have at least forty-five days to submit comments.

The initiative was gradually put in place at the federal level. The Cabinet Directive on Streamlining Regulation and the Statutory Instruments Act (SIA) state the current procedural requirements for the enactment of formal regulations.<sup>219</sup> The procedure has several phases. First, the administrative authority must identify the parties who are “interested and affected” by the regulation. These parties must then be given opportunities to take part in consultations at all stages of the regulatory process. Then the draft regulation is published in the *Canada Gazette* along with a Regulatory Impact Assessment. The draft regulation will then be subject to analysis and comments from the public for at least thirty days. When the regulation is issued, the agency must summarize the results of the consultation requirement including the government’s responses, and these are also published in the *Gazette*. Hence, under the Cabinet Directive, the government must justify its policy choice, but there is no judicial review of the adequacy of the explanation. The requirement is simply an order by the government to its own ministers. However, the SIA does give the legislature a role. The regulation must be placed before the relevant parliamentary committee, which can veto the regulation with a motion of disapproval.<sup>220</sup>

Outside of formal regulations and in the absence of legislative requirements, Canadian courts have refused to impose procedural obligations on agency rulemaking.<sup>221</sup> The leading case of *Inuit Tapirisat of Canada* established this approach in 1980.<sup>222</sup> The case concerned a challenge to Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission decisions to approve a new rate structure for Bell Canada. The challenge was filed by Inuit Tapirisat of Canada on the grounds of denial of a fair hearing. The Canadian Supreme Court ruled that the powers delegated to the public administration in the

<sup>219</sup> CABINET DIRECTIVE ON STREAMLINING REGULATION, available at <http://publications.gc.ca/collections/Collection/BT22-110-2007E.pdf>; Statutory Instruments Act, R.S.C. 1985, C8-12.

<sup>220</sup> Statutory Instruments Act, R.S.C. 1985, C8-12, art. 19.

<sup>221</sup> Municipal bylaws and resolutions are exceptions. Though legislative in nature, they must comply with common law procedural principles. See DAVID PHILLIP JONES & ANNE S. DEVILLARS, *PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE LAW* 122–24 (4th ed. 2004).

<sup>222</sup> *Atty Gen. of Can. v. Inuit Tapirisat of Can.*, [1980] 2 S.C.R. 735; see also *Cardinal v. Dir. of Kent Inst.*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Knight v. Indian Head Sch. Div. No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

relevant legislation were not explicitly limited by procedural guarantees.<sup>223</sup> Moreover, the Court called the decision “legislative action in its purest form” even though it was, of course, not voted on by the legislature.<sup>224</sup> According to the Court, considerations of natural justice and the duty of procedural fairness are relevant for the review of quasi-judicial or administrative decisions, but they do not “affect the legislative process, whether primary or delegated.”<sup>225</sup>

Some authors have contrasted this approach with that taken in adjudication. *Inuit Tapirisat* is indeed very different from *Nicholson*,<sup>226</sup> where the Canadian Supreme Court enforced “implied procedural obligations” due mainly to the effects of the decision on the individual concerned. The different treatment was criticized in the legal literature,<sup>227</sup> but it persists today. Individualized decisions that involve policy considerations are usually subject to procedural requirements,<sup>228</sup> but general decisions are free of any such constraints unless they are classed as “regulations.” Agencies and government ministries can, at their discretion, hold public hearings or follow certain procedural steps before passing other kinds of rules, but neither the legislature nor the courts oblige them to do so.<sup>229</sup> The judicial enforcement of rulemaking procedures is thus minimal in Canada.

---

<sup>223</sup> In *Inuit Tapirisat*, the Federal Court of Appeal followed *Nicholson* and applied the procedural requirements to administrative decisions of a legislative nature. This understanding was reversed by the Supreme Court. *Intuit Tapirisat*, [1980] 2 S.C.R. at 760.

<sup>224</sup> *Att’y Gen. of Can. v. Inuit Tapirisat of Can.*, [1980] 2 S.C.R., at 754. The exemption depends not on the nature of the body taking the decision but on the legislative nature of the decision itself.

<sup>225</sup> In this case the Court was making reference to a passage of *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (Eng.).

<sup>226</sup> *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Reg. Police Comm’rs.*, [1979] 1 S.C.R. 311 (Can.).

<sup>227</sup> See Geneviève Cartier, *Procedural Fairness in Legislative Functions: The End of Judicial Abstinence?*, 53 U. TORONTO L.J. 217 (2003); see also Grant Huscroft, *The Duty of Fairness: From Nicholson to Baker and Beyond*, in *ADMINISTRATIVE LAW IN CONTEXT* 115 (Colleen Flood & Lorne Sossin eds., 2008).

<sup>228</sup> *But see Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631 (holding that a ministerial decision to extradite the applicant was “at the extreme legislative end of the continuum of administrative decisionmaking” and denying his claim to further procedures). In this case, however, the applicant had warranted a full extradition hearing. Alternatively, supposedly legislative decisions can be subject to the duty of fairness if the Court finds that, despite their formal appearance, they are restricting individual rights. See *Homex Realty & Dev. Co. v. Vill. of Wyo.*, [1980] 2 S.C.R. 1011.

<sup>229</sup> Some agencies nevertheless voluntarily follow some procedures before making rules. Those procedures involve, for example, internal consultation, public hearings, and consultations with stakeholders. See Alice Wooley, *Legitimizing Public Policy* 58 U. TORONTO L. J. 153 (2008).

### E. France

Like Canada, France has no general, legally enforceable procedures for the promulgation of secondary legislation. The French constitution explicitly permits the executive to issue decrees and ordinances, and it permits the executive to issue legally binding instruments in many areas even without a statutory mandate.<sup>230</sup> These procedures are not subject to any generic participation or reason-giving requirements. There is no statute like the United States' APA to provide a procedural framework for rulemaking. The only procedural mandate is the requirement that the Conseil d'État review draft decrees and ordinances.

Traditionally, the duty to give reasons has been particularly restricted in France for both rules and adjudications.<sup>231</sup> At present, there are a few moves in the direction of legally enforceable participation rights, but both the Conseil d'État and the Conseil Constitutionnel have consistently refused to recognize a general obligation to provide reasons for administrative decisions in the absence of a statutory provision. If applicable, the obligation is tied to the protection of rights and especially to adjudications where the outcome for the individual is particularly burdensome.

Recently, however, the Conseil Constitutionnel has held that there is a right to participate in environmental policymaking. To comply with that ruling, France passed a law at the end of 2012 setting up a participatory process for environmental rules and regulations. In addition, the Conseil d'État has examined procedures and found them wanting in a few cases outside of the environmental area. It has done this in spite of a general practice of overlooking procedural irregularities that do not affect the outcome.

#### 1. The Duty to Give Reasons under Statutory Provisions

Absent specific statutory provisions,<sup>232</sup> the only decisions that have to be explained by public officials are (i) those which derogate a law or a regulation; and (ii) some unfavorable decisions.<sup>233</sup> The seven types of unfavorable

<sup>230</sup> 1958 CONST. art. 34, 37 (Fr.).

<sup>231</sup> See CE Sect., Jan. 26, 1973, Requête n. 87890; see also Conseil d'État, Oct. 21, 1988, Requête n. 91916.

<sup>232</sup> Specific statutory provisions can also derogate this general rule. For example, the *Code des Étrangers* provides a derogation concerning refusals of entry visas into France. Code des Étrangers [C. CIV.] art. L211-2-1 (Fr.); see also CE Sect., July 25, 2008, Requête n. 305697.

<sup>233</sup> See, e.g., Loi 79-587 du 11 juillet 1979 de relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public [Law 1979587 of June 11, 1979

decisions<sup>234</sup> that must be explained include those that inflict a sanction,<sup>235</sup> restrict civil liberties (*libertés publiques*),<sup>236</sup> or derogate previous decisions that had conferred individual rights.<sup>237</sup> General rules, favorable decisions, and decisions falling outside the statutory list are free from the duty to give reasons unless a particular statutory provision applies.<sup>238</sup>

To decide whether a decision is “unfavorable,” courts take into consideration its impact on the person or firm to which it is directed.<sup>239</sup> For example, if a government agency assigns a license for the use of radio frequencies to an applicant, it does not have to provide a statement of reasons because the decision is beneficial to the firm, even though other companies interested in competing for the license could have been harmed by the choice.<sup>240</sup> However, the Conseil d’État sees this obligation as a way to protect rights and to allow for judicial challenges. It is not connected to more general ideas of transparency and political legitimacy. The Conseil d’État has stated that, where reason-giving is required, the agency should include all elements of fact and law “to enable the affected person to challenge their legality.”<sup>241</sup>

The Conseil Constitutionnel has also ruled that it is not possible to extract a general duty to give reasons from constitutional rules or principles.<sup>242</sup> Like the Conseil d’État, it has not recognized executive reason-giving as an essential feature of republican government under its mandate. French law has been criticized by scholars who find the lack of a general duty to give reasons

---

on the Motivation of Administrative Acts and Improving Relations between the Administration and the Public]; see also Conseil d’État (CE), July 30, 1997, Requête n. 153402.

<sup>234</sup> See Loi 79-587 du 11 juillet 1979 de relative à motivation des actes administratifs et à l’amélioration des relations entre l’administration et le public [Law 79-587 of July 11, 1979 on Motivation of Administrative Acts and Improvement of Relations between the Administration and the Public], at Art. I.

<sup>235</sup> Conseil d’État (CE), Jan. 30, 2008 Requête n. 297828, Sté Laboratoires Mayoly Spindler; Conseil d’État (CE), Dec. 19, 1990, Requête n. 85669.

<sup>236</sup> Conseil d’État Sect., June 17, 1983, Requête n. 28115; e.g., Gaz. Pal. 1984, 2, 34.

<sup>237</sup> Conseil d’État (CE), June 17, 1988, Requête n. 30673.

<sup>238</sup> See Conseil d’État (CE) July 7, 2000, Requête n. 205842.

<sup>239</sup> See, e.g., Conseil d’État (CE) Sect., Dec. 9, 1983, Requête n. 43407, e.g., D. 1984. A.J. 81; Conseil d’État (CE), Apr. 29, 2002, Requête n. 235000, Chambre des métiers de Haute-Corse.

<sup>240</sup> Conseil d’État (CE) Apr. 30, 2007, Requête n. 286348, Ass’n. Magnum Radio. The same problem is pointed out by Jean-Louis Autin, *La Motivation des Actes Administratifs Unilatéraux, Entre Tradition Nationale et Évolution des Droits Européens*, 137 REV. FRANÇAISE D’ADMINISTRATION PUBLIQUE 85 (2011).

<sup>241</sup> Conseil d’État (CE) May 18, 1998, Requête n. 182244, Sté World Satellite Guadeloupe.

<sup>242</sup> Conseil constitutionnel decision No. 2004-497DC, July 1, 2004, J.O. (Fr.).



to be “a hardly justifiable archaism”<sup>243</sup> or as posing a threat of “anachronistic authoritarianism.”<sup>244</sup> However, even under EU law reason-giving only applies to cases involving individuals, not to broad policymaking. The focus is on rights, not accountable and competent policymaking.

## 2. The “Substitution of Reasons” and “Overabundant Reasons”

The doctrines of the “substitution of reasons” and “overabundant reasons” add to the problem. Although praiseworthy from the point of view of efficiency, those doctrines create further incentives to limit the transparency of executive policymaking.

In France, reasons given by agencies when they issue decisions do not bind them before the reviewing court. They can ask for the “substitution of reasons” (*substitution des motifs*) while the suit is still pending.<sup>245</sup> Hence, the judge can correct the legal ground of a decision, instead of annulling it.<sup>246</sup> In most cases, the substitution is requested by the administration.<sup>247</sup> However, judges can also make the switch on their own initiative.<sup>248</sup> The judge can substitute either the legal grounds (*base légale*, for example, specific legislative provisions) or the legal reasoning (*motifs*) of the challenged decision. The French model resembles the orientation that Italian courts are starting to apply under the influence of recent procedural reforms. Our critique of the Italian case applies here as well: even though the doctrine of the “substitution of reasons” has the effect of avoiding useless annulments— and thus enhances efficiency—it also discourages agencies from putting much effort into articulating the reasons for their decisions, given that those reasons can always be amended or reformed before the courts. Furthermore, the practice lowers government accountability to the public because the reasons the agency gives up front can be adjusted *ex post* to suit the court.

<sup>243</sup> Jean-Louis Autin, *La Motivation des Actes Administratifs Unilatéraux, Entre Tradition Nationale et Évolution des Droits Européens*, 137 REV. FRANÇAISE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE 85, 87 (2011).

<sup>244</sup> JACQUELINE MORAND-DEVILLER, COURS DE DROIT ADMINISTRATIF 403 (11th ed. 2009).

<sup>245</sup> Contrast this with the *Chenery* doctrine in American law. See *supra* notes 156–57 and accompanying text).

<sup>246</sup> CE Sect., Dec. 3, 2003, Requête n. 240267.

<sup>247</sup> Conseil d'État (CE) Dec. 19, 2008, Requête n. 294357, *Ministre Économie, Finances et Industrie*.

<sup>248</sup> Conseil d'État Sect., Sept. 27, 2006, Requête n. 260050.

In addition to being able to rule on the basis of substitute reasons, a French judge can also apply the so-called *théorie des motifs surabondantes*. This doctrine is applied when a multiplicity of reasons is given by the administration (*pluralité des motifs*), and only some are illegal. The judge can disregard the illegal reasons and maintain the decision so long as the remaining reasons are sufficient.<sup>249</sup> The judge thus has the power to evaluate the illegal reasons given by the administration as either “decisive” or “overabundant” (*surabondantes*).<sup>250</sup> One can apply the same reasoning as in the doctrine of the substitution of reasons. Even though this doctrine has the effect of avoiding useless annulments, it might undermine government accountability. Indeed, the application of the doctrine gives agencies an incentive to supply multiple reasons as a way of increasing the chances of avoiding eventual annulments. Multiple and inaccurate reasons can be as detrimental to accountability as no reasons at all.

### 3. *New Developments*<sup>249</sup>

Traditionally public involvement in government decisions was limited to the inquest that is required for large public and private projects such as port developments, highways, and shopping centers. The inquest is mostly an exercise in elite oversight, but it requires that the project plan be available to the affected public so that it can comment. There is no active participation and no reason-giving requirement, although reason-giving may be part of any subsequent administrative court case. The ultimate decision is in the hands of a *Commissaire* or a committee closely tied to the national government. Recent requirements to include environmental and social impacts may be having some effect on public accountability, but the structure of the inquest implies that the effect will be limited.<sup>251</sup>

In response to criticisms of the inquest for coming too late in the process to affect the decision, France created a National Commission on Public Debate that organizes public consultation processes at the regional and local level

<sup>249</sup> See Conseil d'État (CE) Jan. 12, 1968, Requête n. 70951, *Ministre Économie et Finances*.

<sup>250</sup> See Conseil d'État (CE), Jan. 12, 1968, *Dame Perrot*, e.g., D. 1968 A.J. 179; Conseil d'État Sect., Apr. 22, 2005, *Cne de Barcarès*, e.g., D. 2005 A.J. 16321. 249. This section summarizes material in Rose-Ackerman & Perroud, *supra* note 131, at 253–272.

<sup>251</sup> Cécile Blatrix, *La Démocratie Participation en Représentations*, 74 SOCIÉTÉS CONTEMPORAINES 97, 104–05 (2009), available at <http://www.cairn.info/revue-societescontemporaines-2-9-2-page-97.htm>. See also Y. Jégouzo, *Principe et idéologie de la participation*, in MELANGES EN L'HONNEUR DE MICHEL PRIEUR 577–78 (2007).

for large projects. These consultations produce recommendations but do not require the ultimate decisionmaker to use material from the public debate. The Conseil d'État has ruled that certain projects cannot go forward without a consultation, but it does not judge the quality of the debate. Furthermore, the law does not impose a reasoning requirement on the project sponsor.<sup>252-253</sup> Outside of the legally mandated arenas, governments at all levels have organized public consultations that may be limited to named “stakeholders” or open to all with an interest in the policy topic. These, however, are purely voluntary initiatives spurred by political calculations that heightened input will produce more politically acceptable policy.

However, a potentially important legal development is occurring in the environmental field. In 2008 the Constitution was amended to give the Conseil Constitutionnel the ability to rule on rights violations. The Conseil Constitutionnel began to exercise this new jurisdiction in March 2010. Previously, it could only review statutes before their promulgation to check on their constitutionality. Now, either the Cour de Cassation or the Conseil d'État can refer such constitutional issues to the Conseil Constitutionnel. The limit to rights violations might seem to rule out cases that challenge administrative policymaking processes. However, in the environmental area, the Conseil Constitutionnel has taken a broad view of its jurisdiction. The French Constitution includes a Charter for the Environment, and Article 7 of the Charter gives individuals a right to participate in environmental policymaking. In a series of cases beginning in fall 2011, the Conseil Constitutionnel enforced this right and voided parts of several environmental statutes as lacking sufficient opportunity for broad public participation.<sup>254</sup> The Conseil Constitutionnel

<sup>252</sup> See Rose-Ackerman & Perroud, *supra* note 131, at 258–260. Loi 95-101 du 2 février 1995 de relative au renforcement de la protection de l'environnement [Law 95-101 of Feb.

<sup>253</sup> 1995 on strengthening the protection of the environment], J. OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.], 3 février 1995, No. 29. The law created an independent National Commission on Public Debate (CNDP), established in 1997, to organize the debates. In 2002 its mandate was broadened to include socio-economic and development impacts as well as environmental effects. Loi 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité [Law 2002-276 of Feb. 27, 2002 on Local Democracy], J. OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.], 28 février 2002. For background material consult the website of the CNDP, available at <http://www.debatpublic.fr/>. The history of the CNDP is summarized at [http://www.debatpublic.fr/cndp/rappel\\_historique.html](http://www.debatpublic.fr/cndp/rappel_historique.html). See also Blatrix, *supra* note 249, at 106–07; Cécile Blatrix, *Genèse et Consolidation D'une Institution: Le Débat Public en France*, in *LE DEBAT PUBLIC: UNE EXPERIENCE FRANÇAISE DE DEMOCRATIE PARTICIPATIVE* 43–56 (2007).

<sup>254</sup> The first case is Ass'n France Nature Environnement, Conseil constitutionnel decision No. 2011-183/184QPC, Oct. 14, 2011, available at [www.conseil-constitutionnel.fr/](http://www.conseil-constitutionnel.fr/)

did not explain what types of participation would satisfy the constitutional provision, but it aggressively signaled that the government must implement environmental laws using participatory methods. This constitutional right only involves environmental issues, but the background justifications for broad participation have a wider reach. It remains to be seen whether the Conseil Constitutionnel will limit its jurisprudence to the environment where a textual hook exists, or whether it will reach further. Alternatively, strong participation rights in the environmental field may push advocates in other policy areas to demand expanded participation.

In response to the Conseil Constitutionnel decisions, France amended its environmental statutes. A law passed in December 2012 sets up a structure for public participation in environmental policymaking that is a direct response to these decisions.<sup>255</sup> The law is a modified version of US-style notice-and-comment rulemaking. When it makes policy, the government must publish a proposal that explains the policy's context and objectives; the proposal is then open to public comment, and the final decision must be accompanied by a document that summarizes the comments and explains which ones were taken into account. The law, however, takes a quite limited view of participation, and it reflects a certain hesitation on the part of the government to open up the process. A list of forthcoming policy decisions will be published every three months; the minimum time for comments is short, only three weeks; and the minimum time between the end of the comment period and the issuance of the final decision is four days. The law requires that the government authority make public a summary of the comments.<sup>256</sup> One provision also sets up an eighteenmonth experiment under which all comments will be immediately made public on the internet so as to encourage discussion.<sup>257</sup>

---

decision/2011/2011183184qpc.htm. The subsequent cases are Conseil constitutionnel decision No. 2012-262QPC, July 13, 2012; Conseil constitutionnel decision No. 2012-269QPC, July 27, 2012; and Conseil constitutionnel decision No. 2012270QPC, July 27, 2012.

<sup>255</sup> Loi 2012-1460 du 27 décembre 2012 de relative à la mise en oeuvre du principe de participation du public définie à l'article 7 de la Charte de l'environnement [Law no. 20121460 of Dec. 27, 2012 on the implementation of the principle of public participation defined in Section 7 of the Charter of the Environment], J. OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE [J.O.] [Official Gazette of France], Dec. 28, 2012, No. 302.

<sup>256</sup> *Id.* at art. 2.

<sup>257</sup> *Id.* at art. 3.

### *F. Comments on France and Canada*

Neither Canada nor France has an administrative procedure act that specifies required procedures for the overall production of administrative rules and regulations. Canadian courts have developed a set of procedural requirements for individual adjudications that are flexible and case specific; they reflect an ideal of procedural fairness that includes an unbiased decisionmaker and a requirement to give reasons. France has a less well-specified body of law for adjudications; its law concentrates on official abuses of power that violate individual rights. The strongest protections are for state actions that impose costs on individuals.

Canada does have legally required procedures for formal regulations, but not for rules or for various informal documents. The Canadian government operates under the Directive on Streamlining Regulations that imposes requirements on the ministries to balance costs and benefits and justify their policy initiatives. However, the Directive has no legal force and does not enhance levels of judicial review of the rulemaking process. France does not have even this limited procedural window. Thus, not surprisingly, secondary legislation is seldom challenged on procedural grounds. The courts in Canada and France can review rules; in France the key concept of an “administrative act” applies to both rules and adjudications. However, there is little case law dealing with the policy process, and the few cases that deal with rules, such as the recent French cases, apply the concept of rights to these procedures. The courts in Canada and France lack a vocabulary and a conceptual framework for overtly taking on the task of monitoring the democratic and technical legitimacy of policymaking inside the administration.

Given this history, current developments in French environmental law will be especially important to study. The Conseil Constitutionnel has taken a striking procedural turn in interpreting the Charter for the Environment. The 2012 law is a response to the Conseil Constitutionnel’s decisions and takes tentative steps that give legal force to public participation in government policymaking. However, the law represents a quite modest move toward greater public input, and it risks being a merely symbolic gesture that may satisfy the Conseil but do little to enhance the public accountability of environmental policymaking. The short timelines of three months and four days mean that the process risks irrelevance. Hence, its impact will depend upon the ability of environmental groups and concerned citizens both to use the new procedures and to assure that government actions really do incorporate public input. The timelines are only minimums so that the government could respond to legitimate demands for more in-depth opportunities for public

input. The role of the courts will be important. It remains to be seen whether the Conseil d'État and the Conseil Constitutionnel will engage in review of environmental policymaking processes in a way that could be a spur to democratic accountability.

## CONCLUSION

If courts review government decisions based on technical scientific or economic information, judges are frequently at a disadvantage because of their lack of expertise outside of the law. Yet these decisions require oversight because of the risk of capture and of simple incompetence. Public choices can lack both democratic legitimacy and technical validity, and they can violate rights. However, courts are not equipped to provide in-depth review of regulatory substance. Hence, our first claim is that judicial review of the substance of executive branch policy is likely to be poorly executed, especially in technically complex areas. The French case study illustrates the pathologies that can arise; in contrast, Canada's deferential review for "reasonableness" is a positive model. Concern for the protection of individual rights has motivated the French courts, but they have carried out their aggressive review in a way that could undermine executive policymaking under delegated authority.

The limitations of substantive review lead us to consider judicial review of the policymaking process. Such review needs to recognize that executive policymaking is quite different from deciding individual adjudications in court. Much of the academic discussion of judicial review in administrative law concentrates on what is called "due process" or the processes that the state must follow if it is to impose a cost on an individual by, for example, taking her property, denying him a license, or levying a fine for noncompliance with the law. These are clearly important foundations for the protection of rights, but they are not our primary focus. Rather, as with our discussion of substance, we concentrate on procedures that help determine broad policies, either in the context of individual cases or in rulemakings. Insofar as the courts concentrate only on conventional due process protections and fail to check the adequacy of broader policy processes, they risk limiting the democratic legitimacy of government actions.

Leaving the protection of individual rights to one side, there are two other fundamental reasons for courts to review the administrative policymaking process. First, the administrative process may help the judges themselves to understand what the government or agency has done. In particular, the courts require that rules or adjudications be accompanied

with reasons so that they can judge if the underlying policy is in accord with the legislative text. They act as guardians of the will of the legislature. Second, they monitor the administrative process not to help them decide cases but to ensure that the policymaker is accountable to the public. Here, accountability flows directly to the citizenry rather than indirectly through the legislature to the voters. To the extent that the courts recognize a role for such a direct connection between citizens, on the one hand, and government ministries and independent agencies, on the other, judicial review can emphasize both public participation and reason-giving. Under this second justification, it is not important whether or not the courts approve of the policy, but rather whether the policy has been made in a way that both invites broad public input and is justified in a public and understandable way. Sometimes these alternative views of democratic accountability—aiding the courts to uphold the legislative will and aiding the public to hold government to account—become blurred in practice. However, they represent distinct views of the judicial role, with the latter stressing transparency and direct public involvement in the policymaking process.

Rulemaking procedures are the most obvious place to look for the intersection between policymaking and judicial review. Heavily judicialized processes are inappropriate for multi-faceted policy issues that affect large numbers of people and depend on specialized technical knowledge. These decisions represent political/policy choices, but they are made by cabinet ministers, independent agency officials, or senior bureaucrats, not by the legislature directly. Such processes should take account of public concerns as well as tapping into expertise outside of government. Looking across our cases, administrative law ranges from strictly hands off, on the one hand, to legal requirements close to those followed by the courts, on the other. Judicial review of process tracks these alternatives, ranging from non-existent to a level of scrutiny approaching that of an appellate court reviewing the decision of a lower court.

At the most intrusive pole is formal rulemaking under the United States APA. There the procedures are identical to those for formal, on-the-record adjudications and approximate judicial procedures. Courts can review the agency action for conformity with these processes. This is an extreme example of the U.S. administrative process copying judicial procedures without much recognition of the distinctive nature of rulemaking. In practice, formal rulemaking is seldom used. Instead the “informal” notice-and-comment procedure of the APA is the norm, requiring notice, public input, and reason-giving with judicial review for conformity with these provisions. Even given the extensive gloss given to these barebones provisions by the courts, the emphasis is

on transparency, openness to outside views, accountability, and functional policymaking, not individualized due process rights. None of our other three case studies have the kind of pervasive review of rulemaking procedures common in U.S. administrative law. Rather, they recognize the value of public participation and reason-giving but provide judicial review in only a narrow range of cases, leaving it to political and bureaucratic actors to structure most policymaking exercises absent judicial oversight.

In some countries, courts understand that their decisionmaking template is inappropriate for policymaking. One response is for the courts to refuse to review executive and agency rulemaking. With a few notable exceptions, this is the situation in Canada, Italy, and France. A second response is a limited review that concentrates on whether rulemaking processes further democratic legitimacy and competence. This is the approach, at least in the ideal, under the U.S. APA; although it has obviously led to sharp disagreements among the Supreme Court justices and across the courts of appeal over the application of these principles in individual cases.

Canada appears the most superficially similar to the U.S. In the United States the APA exempts “interpretive rules” and “general statements of policy.”<sup>258</sup> Canada distinguishes between regulations and rules. The former must be issued only after notice and a hearing and with a statement of reasons, and the courts can review the adequacy of the process.<sup>259</sup> However, procedurally protected formal rulemaking is relatively uncommon in Canada. Instead, the government often resorts to soft law. The rarity of formal regulations may be a reflection of Canada’s parliamentary system where most statutes are drafted by the government. Only in very special cases would the government want a statute to include strict procedural protections for public input and reason-giving. They may choose to engage in such practices if they are politically expedient, but if they are not, there is no legal way to constrain the government to act otherwise.

Italy is also a parliamentary system so a similar empirical argument would suggest that Italy would not have judicially enforceable rulemaking procedures, and indeed that is so as a general matter. However, there is one important exception. Under pressure from EU directives, Italy has privatized a number of formerly state-run public utilities. Because these firms retain

---

<sup>258</sup> 5 U.S.C. § 553(b)(3)(A) (2012).

<sup>259</sup> See, e.g., *Enbridge and Union Gas v. Ontario Energy Bd.* (2005), 74 O.R. 3d 147 (C.A.) (where the applicants claimed that the Ontario Energy Board did not comply with the notice-and-comment requirements established in the Ontario Energy Board Act).



considerable monopoly power, the Italian state created independent agencies to regulate these industries. This raised an issue of political accountability. The agencies needed to be independent of the rest of the state because some firms were still partly state-owned and also because of a fear that regulation would be used for political ends. However, the opposite concern was that the agency would be captured by the large firms it was supposed to be regulating with little recourse for the state. One response was to require these independent agencies to be more directly responsive to the public by requiring public consultation and reason-giving. However, because they are understood as a way to compensate for the “deficit of accountability” of independent agencies, these procedural requirements only apply to such agencies. In Italy, rules made by the core executive are exempt from any similar procedural requirements. This option expresses an excessive trust in electoral accountability. Because the rules passed by the core executive are responsive to the political interests of the government in power, incumbents see the pressure for external input as unnecessary to ensure political accountability.

France is similar to Italy and Canada in having no general legally enforceable provisions for public participation and reason-giving. Even in those cases where procedures are legally required, the courts will not enforce them unless they judge that procedural violations could have affected the outcome. Yet, there is increased interest in publicly accountable policymaking in France. One recent law requires ministries to accept comments when they make policy; however, as yet, the process is untested and the role of the courts is unclear. A second sets up participatory processes for environmental policies. The EU is pushing for more participation and openness in the new independent regulatory agencies, much as in Italy.

Less transparent and more difficult to study are situations where broad policies are made through a series of adjudications. Here the procedures are often similar to those used in courts and the broader public policy implications of the individual decisions may be difficult or impossible to raise, either in the agency or in court. The agency may recognize that it is *de facto* making policy, but all it has to do procedurally is protect the rights of individual people and firms by, for example, giving them a hearing and an opportunity to cross-examine opponents. Nevertheless, the parties to a dispute before the agency may not represent the broader public interest. Can the courts require the agency to move beyond court-like adversarial processes to take account of civil society or other interest group concerns? This seldom happens even in the U.S. with its strong commitment to accountable rulemaking processes. To some extent the U.S. Supreme Court dealt with this issue in *Overton Park v. Volpe* where it imposed certain pro-

cedural requirements on informal adjudications not covered by the APA.<sup>260</sup> However, that case dealt with an individual highway siting decision, not overall highway policy.

Putting together the limits of substantive review and the promise of procedural review of policymaking, and considering the goal of balancing the three aspects of state legitimacy through the courts, France appears to have the worst combination of our four cases. It has very aggressive review of substance and weak review of process. Italy comes next. Although its courts also engage in aggressive review of substance, it offers a greater review of process, at least in the context of independent agencies. As noted above, this does not mean that the French and Italian approaches to judicial review are problematic overall. However, they privilege the protection of legal rights to the detriment of other goals, such as administrative efficiency, technical competence, and political accountability. Canada has found a good balance for review of substance but lacks review of rulemaking procedures, except for the cases of formal regulation. The United States has a rather inconsistent record on the review of substance, but its relatively deferential judicial practice places it just behind Canada. On judicial review of the rulemaking process it dominates the other cases in its explicit concern for the democratic legitimacy of delegated policymaking. However, this favorable view is conditioned by the time consuming nature of the process, which delays the implementation of important rules.

The decision to adopt procedural requirements that further state legitimacy is just a first step. A further discussion concerns the actual procedures required. Who should be given the opportunity to participate? If participation is restricted to interested parties, how should they be defined? How can we ensure that some (better organized, better financed) groups will not dominate the consultation process? How can participation be designed to avoid excessive cost and delay? The answer to these and other questions will help to balance democratic responsiveness with the other conflicting goals of administrative law.

---

<sup>260</sup> Citizens to Pres. Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

## ENTRE O PRÊT-À-PORTER E A ALTA COSTURA: PROCEDIMENTOS DE DETERMINAÇÃO DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL NO DIREITO COMPARADO<sup>1</sup>

---

### INTRODUÇÃO

Há vasta literatura jurídica, no Brasil e no exterior, sobre os *critérios substanciais* que pautam (ou deveriam pautar) a determinação da intensidade do controle judicial sobre as decisões da administração pública. Assim, é frequente a sugestão de que a intensidade da intervenção dos tribunais seja modulada em função da natureza das decisões administrativas sob controle: questões jurídicas mereceriam controle mais intenso; questões técnicas ou políticas ensejariam a deferência judicial. A ideia subjacente é a de que a intensidade do controle judicial deve *adaptar-se* às características da decisão administrativa controlada ou da autoridade administrativa que a prolatou.

Mas se há muitos trabalhos acadêmicos que discutem estes *critérios substanciais* mencionados acima, há pouca ou nenhuma literatura sobre os *procedimentos* por meio dos quais seria determinada a específica intensidade do controle judicial num caso concreto. O aspecto procedimental é relevante, porque pouco importaria recomendar atenção à complexidade das decisões administrativas e das autoridades que as prolataram, se o procedimento utilizado no caso concreto para a determinação da intensidade não refletisse esta complexidade ou estivesse aberta a ela, de modo a permitir ponderações ótimas. Naturalmente, sob o ponto de vista da *adaptação* da intensidade do controle judicial à complexidade da administração pública, o ideal seria que abertura fosse absoluta. Assim, realizar-se-ia uma análise profundamente sofisticada, que refletiria a ponderação ideal em função de todas as circunstâncias relevantes do caso concreto. Acontece que este é um projeto bastante ambicioso e sua realização implicaria custos excessivos.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 52, p. 9-44, 2016.

Eis o dilema que informa a escolha do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial: um incontornável conflito entre *precisão* e *operacionalidade*. Quanto maior for a precisão de um procedimento (quanto mais ele seja poroso à complexidade do caso concreto), maior será também a sua complexidade. Em alguns casos, a ambição de precisão pode acarretar procedimento impraticável. Em outros, poderá ter-se um procedimento totalmente operacional (simples, facilmente compreensível e aplicável), mas bastante impreciso, abrindo pouco espaço para as potencialidades da ponderação envolvida na determinação da intensidade do controle.<sup>2</sup>

Neste artigo, pretendo resumir as conclusões a que cheguei sobre este tema durante o meu doutoramento. Utilizarei o exemplo do histórico jurisprudencial de três jurisdições (Itália, Estados Unidos e Canadá) para ilustrar as minhas observações. Este recurso ao direito comparado permitirá a análise de diferentes alternativas e o seu desenvolvimento ao longo do tempo.<sup>3</sup>

São três os procedimentos principais para a determinação da intensidade do controle judicial incidente sobre uma específica ação administrativa: (i) a determinação direta e prévia pelo legislador; (ii) a determinação pelos tribunais através do uso de categorias formais como “discrecionarietà” ou “questão jurisdicional”; (iii) a determinação pelos tribunais mediante ponderação direta das circunstâncias específicas do caso concreto. Para relatar e discutir o tema deste artigo, optou-se por focar nos dois últimos. Afastou-se da análise o procedimento de determinação direta e prévia pelo legislador, porque a sua *precisão* é claramente comprometida pelo fato de que se trata de mecanismo de definição prévia – e, portanto, necessariamente genérica – da intensidade do controle judicial. Os outros dois procedimentos oferecem casos mais ricos e ilustrativos do dilema entre precisão e operacionalidade.

No primeiro deles, a função de determinar a específica intensidade do controle que será aplicado ao caso concreto é atribuída aos tribunais. Entretanto, não lhes é dado ponderar autonomamente, *a cada caso*, os critérios

---

<sup>2</sup> Na metáfora do mundo da moda que dá título a este artigo, dá-se semelhante dilema entre o prêt-à-porter e a alta costura. Esta última promete uma aderência perfeita ao corpo de quem a utiliza, mas a um alto custo; já o prêt-à-porter oferece preços mais em conta, mas não veste tão bem.

<sup>3</sup> Tanto quanto for possível, procurarei eliminar do texto principal os detalhes relativos a cada jurisdição, em benefício da fluidez do texto. Informações mais completas poderão ser encontradas no texto integral da minha tese. O trabalho está no prelo para publicação no Brasil (pela Malheiros) e na França (pela Bruylant). No Brasil, o seu título comercial deverá ser “O controle judicial de uma administração pública complexa”. O capítulo aqui resumido é o de número 2.2.

substanciais mencionados no primeiro parágrafo deste artigo. Ao invés disto, cabe-lhes trabalhar com *estruturas simplificadoras*. Estas estruturas são compostas normalmente por duas ou três categorias formais, cada uma delas ligadas a um controle não deferente ou deferente. A tarefa dos tribunais consiste na *identificação* da hipótese que se verifica no caso concreto, com a aplicação da intensidade do controle a ela correspondente. Em teoria, portanto, o sistema funcionaria de forma silogística e simples: à hipótese X se aplica um controle não deferente; à hipótese Y se aplica um controle deferente. Aos tribunais incumbiria simplesmente identificar a hipótese que se verifica no caso concreto, do que segue “automaticamente” a intensidade do controle judicial a ser aplicada. As três jurisdições estudadas adotam (ou, ao menos, adotaram em determinado período de sua jurisprudência) este procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do manejo de categorias formais. São exemplos os conceitos de: (i) *discricionariedade*, em todas as jurisdições<sup>4</sup>, mas com importância particular na Itália; (ii) *discricionariedade técnica e avaliação técnica complexa*, por um curto período, na Itália, (iii) *ambiguidade legislativa*, nos Estados Unidos; (iv) *questão jurisdicional*, no Canadá.

No segundo procedimento que será objeto de análise neste artigo, dá-se uma ponderação direta, pelos tribunais, das circunstâncias do caso concreto, numa análise *contextualizada*. Este procedimento jamais foi utilizado no direito italiano. Por outro lado, ele caracteriza o modelo atual de controle judicial no Canadá e alguns momentos da jurisprudência dos Estados Unidos.

Ambos os procedimentos mencionados acima serão apresentados e comentados a seguir. Nota-se de logo que, no primeiro deles, privilegia-se a operacionalidade, em detrimento da precisão ou da sofisticação. Mas a análise promovida neste trabalho demonstrará que a simplicidade que caracteriza este procedimento pode ser meramente ilusória e não se sustentar diante da complexização progressiva da administração pública. Daí a relevância de examinar a segunda alternativa, em que se faz a escolha inversa: pretere-se a operacionalidade, em benefício de uma maior precisão do modelo. Busca-se

<sup>4</sup> A categoria mais difundida é a de *discricionariedade*. As três jurisdições estudadas trabalharam ou trabalham com a ideia de que os atos administrativos podem ser classificados como *discricionários* ou *vinculados*. A noção exata de discricionariedade varia de uma jurisdição para a outra, e mesmo de um determinado período histórico para outro. Varia igualmente a sua importância teórica e prática, bem como a rigidez binária da classificação. De modo geral, no entanto, pode-se afirmar que o exercício da discricionariedade corresponde ao âmago da função administrativa. Por esta razão, ela é usualmente reservada à administração pública, sendo o controle judicial, neste caso, relativamente limitado.

a identificação da intensidade *mais adequada*, dadas as específicas circunstâncias do caso concreto. Mas aqui também, a escolha não é sem problemas. As experiências jurisprudenciais dos Estados Unidos e principalmente do Canadá demonstrarão que a busca pela sofisticação pode gerar complexidade excessiva e contraproducente. No fundo, nos dois casos, a questão essencial que se põe é a da medida ideal da precisão: a certo ponto, os ganhos marginais de precisão não compensam o incremento marginal da complexidade.

## 1. A SIMPLICIDADE ILUSÓRIA DA DETERMINAÇÃO DA INTENSIDADE VIA CATEGORIAS FORMAIS

Nesta primeira parte, examina-se a hipótese em que a intensidade do controle judicial é determinada através de recurso a estruturas simplificadoras compostas por duas (ou mais) categorias *formais*.<sup>5</sup> No exemplo mais comum, as decisões administrativas podem ser classificadas em *discricionárias* ou *vinculadas*, aplicando-se às primeiras um controle judicial deferente e às segundas, um controle judicial não-deferente. Caberia aos tribunais apenas identificar a hipótese verificada no caso concreto, fazendo incidir sobre ela o modelo de controle correspondente.

A simplificação é um objetivo evidente deste procedimento. Em tese, o recurso a categorias formais evita a necessidade de ponderação autônoma, pelo juiz do caso concreto, de cada um dos múltiplos aspectos da decisão controlada para determinar a intensidade do controle judicial a ser aplicado em cada caso. Neste sentido, facilitaria o seu trabalho.

Contudo, uma análise da jurisprudência dos países estudados nos períodos em que se adotou este procedimento demonstra que a simplificação não é tão evidente. Confrontados com a complexidade fática, técnica ou política de algumas decisões administrativas e com a riqueza e multiplicidade institucional da administração pública, os tribunais têm dificuldades consideráveis para enquadrar alguns casos no esquema simples com o qual deveriam trabalhar.

O relato a seguir evidenciará a relevância prática destas dificuldades. Será visto que a simplicidade teórica das estruturas lógicas tende a gerar uma de duas consequências: ou os tribunais tentam manter formalmente a adesão à

---

<sup>5</sup> Estas categorias são denominadas “formais” por veicularem a crença na capacidade dos magistrados de aderir a formas prescritas, deduzindo respostas jurídicas objetivas às questões controversas a partir de regras ou princípios jurídicos abstratos, sem recurso a considerações políticas ou de conveniência pública ou individual, por exemplos. Neste sentido, v. H. Wade MacLauchlan. “Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?” (1986), 36 U.T.L.J. 343, 345.

estrutura lógica simples, ao tempo em que promovem considerações outras de forma pouco transparente; ou veem-se forçados a provocar o colapso da estrutura simples, introduzindo novas categorias ou reformando o sistema como um todo. A simplicidade pretendida pelas estruturas simples é, portanto, ou enganosa (item 1.1), ou insustentável (item 1.2).

### 1.1. Simplicidade enganosa: o mundo real da obediência às estruturas simples

Numa primeira hipótese, os tribunais optam por prestar obediência formal à estrutura simples com a qual devem trabalhar. Como consequência, o seu discurso oficial adere a esta estrutura, e as razões dos seus julgados fazem referências às categorias formais (discricionariedade, ambiguidade, etc), e não aos critérios substanciais que lhes subjazem. Ainda mais: de regra não haverá menção aos critérios não contemplados na formação da estrutura simples, ou aos aspectos da decisão controlada a eles relativos. Contudo, um exame mais atento e profundo da jurisprudência das jurisdições estudadas sugere que, embora eliminados do discurso, estes aspectos acabam sendo levados em consideração pelos tribunais para definir a intensidade do controle, ainda que de forma inadmitida e pouco transparente. Dito de outro modo: sem produzir *real* simplicidade, as estruturas simples provocam apenas mais obscuridade.

Os casos de Itália e Estados Unidos são ilustrativos deste argumento. Na Itália (item 1.1.1), a evolução jurisprudencial relativa à chamada discricionariedade técnica indica que o aspecto que *de fato* causava a incidência sobre ela de um controle judicial deferente (sua complexidade técnica) jamais foi admitido no discurso oficial dos tribunais administrativos. Já no controle de interpretações legislativas nos Estados Unidos, sob o pretexto de “identificar ambiguidades”, os tribunais acabam promovendo procedimentos cognitivos de natureza muito diversa – e, por meio deles, conseguem inserir ponderações substantivas essenciais à identificação da intensidade do controle, mas que oficialmente estavam afastadas do teste de *Chevron* (item 1.1.2).

#### 1.1.1. O caso italiano: como enquadrar decisões técnicas opináveis?

A jurisprudência italiana aporta uma ilustração interessante da redução de transparência promovida pelo uso de estruturas simples. Em tese, os tribunais administrativos italianos devem utilizar a estrutura binária de vinculação e discricionariedade para a determinação da intensidade do controle judicial a aplicar. Decisões administrativas tomadas no exercício de competência vinculada estão submetidas a um controle irrestrito, enquanto aquelas tomadas no exercício de competência discricionária se submetem a um controle

limitado às hipóteses de excesso de poder. Ademais, a discricionariedade, no direito italiano, consiste numa situação bastante específica: a ponderação, pela administração pública, de interesses públicos múltiplos e conflitantes.<sup>6</sup>

Pois bem. Munidos deste esquema teórico binário, os tribunais passaram a deparar-se de forma sempre mais frequente com casos em que a administração pública realizara análises técnicas de natureza opinável ou inexata (no italiano, *apprezzamenti opinabili*). Muitas vezes, a autoridade administrativa que prolatara a decisão detinha estrutura, meios financeiros e pessoal especializado para enfrentá-las – o que não era o caso do tribunal generalista. Alheio a tais limitações, os administrados afetados por estas decisões complexas requeriam aos tribunais que as controlassem. Punha-se então a questão: onde enquadrar, no esquema teórico binário, as decisões desta natureza? Nele não parecia haver espaço para considerações relativas à complexidade técnica de uma decisão, à sua inexatidão ou às limitações institucionais comparativas.

Num primeiro momento, os tribunais italianos resolveram este dilema através da criação do conceito de “discricionariedade técnica”. Ela corresponderia ao exercício, pela administração, de análises técnicas para as quais não havia apenas uma resposta correta (a chamada “opinabilidade”). Compreendida neste primeiro momento como uma “espécie” de discricionariedade, estava naturalmente submetida a um controle restrito. As *escolhas técnicas*, consideradas como “mérito” da discricionariedade técnica, viam-se isentas da intervenção judicial. A jurisdição administrativa promovia um controle de razoabilidade e completude destas decisões, examinava se elas estavam bem motivadas e não possuíam contradições, mas não penetrava diretamente no conhecimento dos fatos complexos. Tratava-se, portanto, de um controle exatamente como o que se dá sobre a discricionariedade administrativa (ou “pura”).

Desde o primeiro momento, no entanto, parte da doutrina italiana apressou-se em apontar as diferenças entre a discricionariedade técnica e a discricionariedade administrativa. Embora ambas as categorias impliquem a existência de uma escolha entre algumas soluções possíveis, a *natureza da escolha* é diversa. No caso da discricionariedade técnica, a escolha se opera

---

<sup>6</sup> A mera ambiguidade ou imprecisão normativa, por exemplo, não dá vazão à discricionariedade administrativa no direito italiano. V., por exemplo, Francesco Denozza: “nel nostro ordinamento ‘la sussistenza di un merito amministrativo non può essere affidata al mero riscontro di margini di indeterminatezza normativa’” (in “Discrezione e deferenza: Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti regolatrici”, Mercato, concorrenza, regole, a. II, n. 3, 2000, p. 479).



através de referência a uma disciplina técnica. No caso da discricionariedade administrativa, há uma ponderação dos interesses públicos em jogo.<sup>7</sup> A diferenciação procedida pela doutrina frequentemente vinha acompanhada da crítica à aplicação de um controle limitado para a discricionariedade técnica. Entendia-se que apenas a ponderação de interesse público consistia em exercício reservado à administração – a “identificação de fatos” seria, ao contrário, o próprio da jurisdição administrativa.<sup>8</sup>

Esta crítica foi ignorada por longos anos, até que, na célebre decisão n. 601/99, o Conselho de Estado resolveu alterar sua jurisprudência. Associou-se, assim, à corrente doutrinária que diferenciava discricionariedade técnica e administrativa.<sup>9</sup> Com frases fortes, aparta a “opinabilidade” da “oportunidade”, a discricionariedade técnica do mérito administrativo. E, de forma ainda mais relevante, aproxima a avaliação técnica de uma “questão de fato”. Nas palavras do Conselho de Estado: “uma coisa é a opinabilidade, outra coisa é a oportunidade. A questão de fato, que concerne um pressuposto de legitimidade da medida administrativa, não se transforma – apenas porque opinável – em uma questão de oportunidade”.<sup>10</sup> Identificar fatos, procede o tribunal, é mesmo o “específico” da jurisdição administrativa – não se justificando, assim, que esta atividade seja reservada à administração. A consequência deste raciocínio é que “o controle judicial sobre as avaliações técnicas pode desenvolver-se sobre a base não de um mero controle formal e extrínseco do iter lógico seguido pela autoridade administrativa, mas sim de uma verificação direta da plausibilidade das operações técnicas, em relação à sua correção quanto ao critério técnico e ao procedimento aplicativo”.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Para um relato desta posição doutrinária, veja-se Paolo Lazzara, “Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive”, *Dir. Proc. amm.* 2000, 1, 212 (nota a Consiglio di Stato, 09/04/1999, n. 601, sez. IV); ou Francesco Agnigno, “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza”, nota a Cons. Stato Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, *Urbanistica e appalti*, 2003, 4, 448.

<sup>8</sup> Do ponto de vista da estrutura da norma, a discricionariedade técnica consiste em uma indeterminação relativa ao *pressuposto fático* (antecedente normativo), enquanto a discricionariedade administrativa concerne a prescrição (o conseqüente normativo). Normalmente, a identificação de um estado de coisas descrita em termos técnicos (por exemplo, o “abuso de posição dominante”) dá poder à administração para adotar determinada medida (sanções, etc). Neste mesmo sentido, v. Guido Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, 5. ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 201.

<sup>9</sup> Para um relato deste impulso doutrinário, v. Daria de Pretis, “Discrezionalità tecnica ed incisività del controllo giurisdizionale”, *Giornale di diritto amministrativo*, 12/1999, pp. 1179-1183.

<sup>10</sup> Consiglio Stato, Sez. IV, 09 aprile 1999, n. 601, item 1.

<sup>11</sup> Consiglio Stato, Sez. IV, 09 aprile 1999, n. 601, item 1.2. Seguindo esta orientação, v. ainda Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 febbraio 2000, n. 715; Consiglio Stato, Sez. V, 5 marzo 2001,

A doutrina logo destacou que a revolução jurisprudencial se dera em seguida à introdução, pelo legislador, da possibilidade de recurso ao perito do juízo.<sup>12</sup> Antes vedado de forma genérica para a jurisdição administrativa, o recurso ao perito foi primeiro introduzido para casos específicos como aqueles relativos ao funcionalismo público<sup>13</sup> – e, em seguida, foi generalizado.<sup>14</sup> A alteração jurisprudencial seguiu precisamente o mesmo caminho. Portanto, o aparelhamento técnico da jurisdição administrativa – com a conseqüente redução das limitações institucionais comparativas – conduziu a uma alteração de sua jurisprudência no que concerne à intensidade do controle por ela operado. Este fato permite algumas reflexões importantes.

Parece razoável admitir que a complexidade da questão, aliada à ausência de meios para enfrentá-la, consistia em razão relevante para a autorrestricção judicial que era a regra antes da decisão n. 601/99. Estas razões, no entanto, não constavam (ao menos não de forma tão clara e explícita) nestas decisões que aplicavam a deferência. As decisões faziam referência à natureza opinável (*opinabilità*) das questões técnicas que caracterizavam a discricionariedade técnica, não à sua complexidade.

É possível supor que esta ênfase na natureza opinável das questões possuía o objetivo de aproximar a chamada “discricionariedade técnica” da discricionariedade administrativa – e com isto “legitimar” a autorrestricção judicial, que seguiria obediente ao esquema binário que lhe cabia aplicar. A natureza opinável das questões que geram a discricionariedade técnica produz uma espécie de “inexatidão” ou “inexistência de resposta correta” que também caracteriza a discricionariedade administrativa; e portanto as aproxima. Aliás, o próprio fato de que se denominou esta espécie de competência administrativa com este nome de “*discricionariedade técnica*” sugere que o objetivo era

---

n. 1247; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 28 settembre 2001, n. 5607; TAR Lazio, Sez. I, 5 dicembre 2000, n. 11068.

<sup>12</sup> V., por exemplo, Gian Andrea Chiesi, “Un nuovo mezzo istruttorio nel processo amministrativo. La consulenza tecnica e su rilevanza con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica”, nota a T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 23 maggio 2002, n. 3011, *Corriere Giur.*, 2003, 2, 233; Aldo Fera, “Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo”, Corso di formazione per magistrati amministrativi, Caserta, 6 giugno 200; Silvia Mirate, Silvia, “La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione”, nota a Cons. Stato Sez. IV, 10/02/2000, n. 715, *Giur. It.*, 2000, 12.

<sup>13</sup> Art. 35, comma 3, d. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80. A propósito, v. também a decisão da Corte Costituzionale, 10 aprile 1987, n. 146.

<sup>14</sup> V. art. 16 da lei de 21 de junho de 200, n. 205.

demonstrar um respeito à estrutura binária, que seguiria imaculada: apenas se criava uma “espécie” do gênero discricionariedade.

Mas o fato é que a possibilidade de recurso ao perito não elimina, nem resolve a natureza opinável das questões que eram levadas a juízo. Elas seguem sendo opináveis. E, evidentemente, não se argumentará que a opinião adicional do perito sobre como resolvê-las seja a razão que autoriza a intervenção judicial e que motiva a alteração jurisprudencial.<sup>15</sup> Assim, e a despeito da tentativa dos tribunais italianos de se manterem fiéis à estrutura simples de vinculação-discricionariedade, o que parece ter de fato sido relevante para a alteração judicial foi mesmo a redução da vantagem institucional comparativa detida pela administração pública para o enfrentamento de questões técnicas.

Isso significa que as circunstâncias da complexidade técnica da questão, cominada com a ausência de meios judiciais para enfrentá-las – circunstâncias estas, *a priori*, alheias à estrutura simplificadora – eram, na prática, levadas em consideração pelos tribunais para a determinação da intensidade do controle judicial. Quer dizer: a utilização de uma estrutura simples e binária não impediu que, na prática, os tribunais procedessem a considerações outras para a determinação da efetividade intensidade do controle a ser aplicada.<sup>16</sup>

### 1.1.2. O caso americano: a peculiar compreensão da “ambiguidade”

Nos Estados Unidos, é bastante conhecido o teste estabelecido no caso *Chevron* para a determinação da intensidade do controle judicial incidente sobre interpretações legislativas da administração pública. Os tribunais deveriam perguntar-se se a questão trazida a juízo teria resposta clara na legislação. Neste caso, então a opção legislativa deveria ser concretizada e a interpretação administrativa deveria ser anulada quando não lhe correspondesse. No entanto, se a legislação fosse ambígua (ou silente) sobre a questão trazida a juízo, então não deveriam os tribunais aplicar a solução que entendessem a mais correta: deveriam apenas julgar se a interpretação da administração pública seria *permissível* (razoável).<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Assim também Giovanni D'Angelo, “Sindacato delle valutazioni tecniche e disparità di trattamento”, nota a T.A.R. Puglia Lecce, 22 ottobre 2003, n. 927, Urbanistica e appalti, 2004, 4, 478; Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo”, *Diritto amministrativo*, 4/2008, p. 833.

<sup>16</sup> Sobre ainda outras manipulações judiciais através do conceito de discricionariedade técnica, v. Daria de Pretis, “I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica”, nota a Cons. Stato Sez. IV, 20 ottobre 1997, n. 1212, *Giornale Dir. Amm.*, 1998, 4, 331.

<sup>17</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), 842-843.

Com *Chevron*, portanto, a Suprema Corte americana consagrou um teste simples e binário, baseado na categoria formal “ambiguidade legislativa”: questões em relação às quais a legislação pertinente é ambígua merecem um controle deferente (de razoabilidade ou permissibilidade); as demais merecem um controle não-deferente.<sup>18</sup> Neste esquema binário, não há espaço para outras considerações, nem há espaço para outras formas de controle: ou bem a legislação é ambígua ou é clara; ou bem se aplicará um controle judicial deferente ou um controle não-deferente.<sup>19</sup>

O problema é que, para examinar a clareza ou ambiguidade da lei, não há um método específico que seja prescrito pela Suprema Corte. Na prática, chama a atenção a enorme complexidade do procedimento normalmente utilizado pelos tribunais para a identificação da “ambiguidade legislativa”. Via de regra, eles não se limitam a avaliar a ambiguidade “em abstrato” de um termo legislativo. Ao invés disso, fazem uma leitura mais completa e com-

<sup>18</sup> A doutrina *Chevron* determinaria, portanto, que questões não resolvidas inequivocamente pelo legislador devem ser solucionadas pela autoridade incumbida de administrar o programa regulatório. As decisões tomadas por esta autoridade estão submetidas unicamente a um controle de permissibilidade. A opção judicial resulta da junção de *duas teses*. A primeira tese é a de que ambiguidades legislativas geram oportunidade para a realização de escolhas políticas (*policymaking*), frequentemente através da composição de interesses regulatórios conflitantes. Dito de outro modo, a doutrina *Chevron* consagraria uma presunção de que a interpretação e aplicação de uma legislação ambígua consiste em tarefa política (veicula *policymaking*) e não propriamente jurídica. A ambiguidade legislativa é o índice da aplicação de um controle judicial deferente *porque* é também índice da existência de uma ponderação de natureza política. A segunda tese é a de que estas escolhas políticas devem ser reservadas às autoridades administrativas especializadas, em respeito à sua maior expertise técnica e maior legitimidade democrática. A consequência é a deferência judicial às interpretações administrativas de legislações ambíguas. Vem daí, também, a tese de que *Chevron* teria consagrado a existência de “delegação implícita” nos casos de ambiguidades legislativas. Ao não solucionar de forma clara determinada questão a nível legislativo, o Congresso estaria delegando implicitamente o poder de solucioná-la à autoridade administrativa responsável pela interpretação e aplicação da lei em questão. V. Thomas Merrill, “The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark”, in Peter Strauss (ed.), *Administrative law stories*, New York, Thomsom/West, 2006, p. 401.

<sup>19</sup> Esta era a leitura originariamente feita pelo Ministro Antonin Scalia, tanto em seus votos em decisões judiciais, como em artigos doutrinários. Normalmente referida como compreensão “all-or-nothing” da doutrina de *Chevron*, a leitura foi adotada por vários outros autores. Veja-se, por exemplo, Thomas W. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 *Yale L.J.* 969, 977 (1992). Sobre o “all-or-nothing approach” e a sua consagração no direito administrativo americano em diferentes períodos históricos, v. Keith Werhan, “The Neoclassical Revival in Administrative Law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567, *passim* (1992). Na decisão do caso *United States v. Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001), a Suprema Corte rejeita esta interpretação de *Chevron* – mas é controverso se este caso constitui um *esclarecimento* ou uma *revolução*. Sobre *Mead*, v. mais adiante.

plexa da legislação, buscando identificar a intenção do Congresso. Isto inclui examinar (i) o texto da lei; (ii) as definições de dicionários; (iii) os chamados cânones de interpretação; (iv) a estrutura da lei; (v) o propósito ou intenção legislativa; (vi) a história legislativa.

Esta complexidade, em si, já sugere que a simplificação trazida pela doutrina *Chevron* é meramente aparente. Mas aqui não se pretende demonstrar apenas que o procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do uso de estruturas lógicas formais é, *também ele*, complexo. Ao invés disso, importa demonstrar que a veiculação de uma ponderação específica cristalizada na estrutura simplificadora, na prática, não afasta *outras ponderações* ou a consideração de *outros critérios*. Ou seja, não se trata de afirmar apenas que “identificar uma ambiguidade” é uma empresa complexa. É, mais exatamente, tentar demonstrar que, a rigor, o procedimento posto em prática *não consiste* unicamente na identificação de ambiguidades: ele envolve também ponderações de outra ordem.<sup>20</sup>

O exemplo mais claro desta realidade é o uso dos chamados “cânones substantivos de interpretação”<sup>21</sup> para identificar o que é “realmente ambíguo”. A sua utilização é inevitável – a interpretação de qualquer texto requer pressuposições mínimas. E os cânones são precisamente elaborações mais ou menos profundas destas pressuposições. Não há, afinal, ambiguidade em abstrato, mas num contexto jurídico, cultural e social. Este contexto pode afastar algumas interpretações e levar a “um único significado possível” – o qual, por isto mesmo, não seria ambíguo.

<sup>20</sup> Na doutrina, é frequente a afirmação de que a ideia de ambiguidade legislativa pode ser manipulada pelos tribunais interessados em impor a sua própria interpretação legislativa. Assim, Frank Cross e Emerson Tiller sustentam que “regardless of the merits of *Chevron*, its two-step procedure creates a loophole through which disobedient courts may advance their policy preferences at the expense of sincere application of doctrine. A court that dislikes the outcome of an agency decision can declare that the interpretation is contrary to plain statutory meaning and still claim obedience to doctrine. This loophole enables a lower court to “transform *Chevron* from a deference doctrine to a doctrine of antideference.” Indeed, the two-step test can be a recipe for disobedience, simultaneously providing a command of deference and showing lower courts how to evade it” (in “Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine”, 107 *Yale L. J.* 2155, 2164 (1998)).

<sup>21</sup> Os cânones de interpretação (*canons of construction*) são regras de interpretação que funcionam como guias do sentido das disposições legislativas. Um dos mais conhecidos é o de que as palavras deve ser interpretadas de acordo com o seu sentido corrente, a menos que haja alguma indicação em sentido contrário. Do mesmo modo, são usadas regras gramaticais ordinárias e recorre-se a definições encontradas em dicionários. Entre outros exemplos de cânones interpretativos, podem-se citar ainda os seguintes (i) as expressões devem ser interpretadas de modo a fazerem sentido no contexto legislativo geral; (ii) “o legislador não usa palavras vãs”; (iii) e expressões diferentes não podem ser interpretadas da mesma forma.

O fato é que, além destes cânones dito “textuais”, os tribunais americanos recorrem aos chamados *cânones substantivos*. Ao invés de veicularem convenções linguísticas, eles refletem *valores políticos ou jurídicos* amplamente compartilhados, os quais podem ser usados para clarificar sentido de expressões ambíguas. Há, por exemplo, cânones referentes (i) ao processo democrático; (ii) à proteção de normas constitucionais pouco aplicadas (como a *nondelegation doctrine* ou o cânón segundo o qual a redação legislativa será interpretada de modo a não criar violações constitucionais); (iii) à proteção de certas políticas sociais (como o cânone segundo o qual as isenções a tributos devem ser interpretadas restritivamente, etc).

Ao que aqui importa, cumpre assinalar que a utilização destes cânones substantivos no procedimento de determinação da ambiguidade legislativa permite que nele se insiram ponderações relativas à sensibilidade jurídica de uma determinada questão. O cânone substantivo é, nesta hipótese, o veículo de introdução de ponderações que pareçam estranhas à *Chevron Doctrine*.<sup>22</sup> Adicione-se que a inexistência de um rol *preciso e limitado* de cânones substanciais implica a consagração de um amplo espaço por meio do qual considerações estranhas à ambiguidade textual podem interferir na determinação da intensidade do controle.<sup>23</sup> A rigor, qualquer questão específica que envolva aspectos de peculiar sensibilidade jurídica poderá motivar a intervenção judicial, sob o argumento de que determinações interpretações seriam proscritas pelo direito.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Assim, tome-se o exemplo do cânón voltado a evitar violações constitucionais (*canon of constitutional avoidance*). Ele importa que nem todas as interpretações teoricamente permitidas pela lassidão textual da norma podem ser adotadas pela autoridade administrativa – apenas aquelas que não conflitem com a Constituição. Em teoria, não há nisto nada espantoso. Mas a incidência destas limitações constitucionais deixa claro que a análise real procedida pelos tribunais envolve mais do que um mero exame da ambiguidade da lei a propósito de uma questão específica. Sobre o tema, v. *NLRB v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979) e *DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast*, 485 U.S. 568 (1988). Na doutrina, v. Adrian Vermeule, “Saving Constructions”, 85 *Georgetown Law Journal* 1945 (1997).

<sup>23</sup> Thomas Merrill afirma que os cânones de interpretação podem ser contraditórios uns com os outros, pelo que a sua utilização teria pouco valia para guiar a decisão judicial. A opção por um ou outro cânone pode assim ser informado simplesmente pelo resultado que o tribunal pretende obter. V. Thomas Merrill, “Judicial Deference to Executive Precedent”, 101 *Yale L.J.* 969, 973 (1992).

<sup>24</sup> Neste sentido, a própria Suprema Corte deixa claro que só se falará na existência de ambiguidade após a utilização das “ferramentas de interpretação legislativa” (*tools of statutory construction*). Portanto, os tribunais podem fazer referências a cânones substantivos para impedir determinadas interpretações da autoridade administrativa, sob o argumento de que elas estariam “fora dos limites da ambiguidade” do termo a ser aplicado. Ao assim procederem, terminam por limitar a autonomia da autoridade administrativa.

Estas considerações e estes exemplos permitem concluir que a “ambiguidade” que dá origem à deferência judicial sob a teoria Chevron é uma espécie de “ambiguidade qualificada”, que não se confunde com a mera identificação de uma plurissignificação textual ou abstrata. Também por isso, a simplificação pretendida pela introdução do teste Chevron, na prática, é inefetiva: ponderações outras, além daquelas cristalizadas e veiculadas na estrutura lógica simples, *cumprem um papel importante* na determinação da intensidade do controle judicial sobre determinadas decisões administrativas.

X X X

A este ponto, parece estar demonstrado que a utilização de estruturas simples para a determinação da intensidade do controle judicial não impede que, na prática, os tribunais integrem no seu raciocínio variáveis e ponderações nelas não veiculadas. O problema é que, em respeito a estas estruturas simplificadoras, a integração destas variáveis se dá de forma sub-reptícia, sem o seu total reconhecimento por parte dos tribunais. Quer dizer: o recurso às estruturas simples provoca uma importante restrição no discurso jurídico, com consequentes limitações à transparência judicial.<sup>25</sup>

Assim, os tribunais americanos seguem fazendo referência à identificação de “ambiguidades legislativas”, ainda que a sua real análise seja dificilmente enquadrável neste procedimento. Aliás, é mesmo curioso que os tribunais procedam a uma longa análise com (i) exame do texto da lei, (ii) utilização de definições de dicionário; (iii) utilização dos chamados cânones de interpretação; (iv) análise da estrutura da lei; (v) exame do propósito ou intenção legislativa; (vi) exame da história legislativa – tudo isso para chegar a conclusão, por exemplo, de que *a lei era clara*.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Wade MachLauchlan aponta como uma das consequências do formalismo jurídico a desconexão entre o discurso e a realidade das coisas. Cf. “Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?” (1986), 36 U.T.L.J. 343, 344.

<sup>26</sup> Peter M. Shane observa a ironia existente no fato de que muitas vezes a declaração de clareza legislativa divide fortemente o tribunal. Parece-lhe que a própria existência de dissenso a propósito da clareza legislativa é já um indicativo da sua inexistência. Em outros casos, a divergência é ainda maior e alcança o próprio resultado final do julgamento: a maioria e o dissenso supõem que a lei é clara, mas em direções opostas (v. “Ambiguity and Policy Making: A Cognitive Approach to Synthesizing Chevron and Mead”, 16 Vill. Envtl. L.J. (Spring 2005), p. 24-25).

Do mesmo modo, na Itália, a estrutura binária dominante (discricionariedade-vinculação) parece ter eliminado do discurso dos tribunais a real razão que motivava a sua autorrestrição no caso de controle judicial de decisões técnicas da administração: a dificuldade de reavaliar operações técnicas complexas realizadas por instituições que detinham, elas sim, características institucionais adequadas para tanto. Ou seja, a atenção excessiva à estrutura binária prevalecente evitou referências à complexidade da questão ou às considerações institucionais comparativas (por exemplo, “a administração está mais adaptada institucionalmente para resolver estas questões, por meios mais adequados e pessoal mais qualificado para enfrentá-las”).

Se esta tese procede, tem-se que, em ambas as jurisdições, a utilização e o respeito à estrutura binária contribuiu para reduzir a transparência dos tribunais, sem provocar um ganho *real* de simplicidade. Ora, a prática demonstrou que as *mesmas* considerações (institucionais, pragmáticas, complexas) que seriam realizadas num contexto em que o tribunal não operasse mediante uma estrutura simplificadora foram realizadas também neste contexto. A única diferença foi a de que elas não foram admitidas, mencionadas e tornadas públicas. Não parece, portanto, que a estrutura binária trouxe de fato *redução de complexidade*, mas apenas *redução de transparência* no agir judicial.

## 1.2. Simplicidade insustentável: reformas e abandono das estruturas simples

Numa segunda hipótese, a simplicidade buscada pela estrutura simples termina por sucumbir diante do engrandecimento da complexidade substancial ou institucional das decisões administrativas controladas. Em poucas palavras, a simplicidade da estrutura facilitadora é artificial e *insustentável*. Pressionados pelas dificuldades de enquadrar situações complexas na estrutura simples com a qual devem trabalhar, os tribunais desistem de prestar-lhe obediência. Numa hipótese menos drástica, *adaptam* a estrutura simples, nela introduzindo uma ou mais novas categorias (item 1.2.1). Numa hipótese mais drástica, optam por *reformular* todo o sistema, passando a adotar um sistema de ponderação autônoma dos critérios substanciais de determinação da intensidade do controle (item 1.2.2). A jurisprudência italiana fornece um exemplo do primeiro caso; passagens jurisprudenciais americanas e canadenses ilustram o segundo.

### 1.2.1. A adaptação da estrutura simples: o caso da Itália

Como dito acima, a opção menos drástica de reforma envolve a mera *adaptação* da estrutura simples, com a introdução de uma ou mais novas



categorias formais. O objetivo aqui é diminuir o *gap* entre a complexidade da realidade e simplicidade da estrutura mediadora. A estrutura simples é *tornada mais complexa* para facilitar o enquadramento de algumas situações de fato às quais antes não parecia adaptada. Esta opção foi tomada pela jurisdição administrativa italiana, que criou a noção de “avaliações técnicas complexas” para designar situações que não se confundiam com hipóteses de discricionariedade ou vinculação e que exigiam um repensamento deste sistema binário. A passagem histórica constitui exemplo de mera *adaptação* da estrutura simplificadora, na medida em que a transformação deu-se tão somente de uma estrutura binária para uma estrutura trinária.

O Conselho de Estado fez a primeira referência às tais “avaliações técnicas complexas” no caso *Formambiente*, em outubro de 2001.<sup>27</sup> Utilizando esta nova noção, o tribunal administrativo finalmente forneceu uma explicação para os surpreendentes acórdãos<sup>28</sup> em que aplicava controle judicial deferente a decisões técnicas da administração mesmo depois do *revirement* jurisprudencial que admitira o controle judicial da discricionariedade técnica (com a já mencionada decisão n. 601/99).

A ideia de “avaliações técnicas de natureza complexa” era inédita na jurisprudência administrativa italiana até a decisão do caso *Formambiente*. As suas características, destacadas pelo Conselho de Estado, sugerem que foi precisamente a ampliação da complexidade substancial e institucional das decisões administrativas que levou o Conselho de Estado a elaborar esta terceira categorial formal, a figurar ao lado dos atos discricionários e vinculados. Com efeito, o tribunal observa que estas avaliações se caracterizam pela intrínseca conexão entre juízo técnico e ponderação de interesses públicos conflitantes estão intrinsecamente conectados. Nelas, há uma confusão *lógica e cronológica* entre os juízos de *oportunidade* e de *opinabilidade técnica*.<sup>29</sup> Além desta natureza técnico-política, outros elementos caracterizadores destas avaliações são citados posteriormente, de forma pouco sistemática: (i) a objetiva complexidade das avaliações; (ii) a sua característica usualmente prognóstica e preditiva<sup>30</sup>; (iii) o manejo de interesses de nível primário,

<sup>27</sup> Consiglio Stato, Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287.

<sup>28</sup> Faz-se referência aqui a uma série de acórdãos prolatados entre os anos 2000 e 2001, relativos a decisões da autoridade antitruste. Vejam-se, principalmente: Consiglio Stato, Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348; Consiglio Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; Consiglio Stato, Sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671; e Consiglio Stato, Sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4118.

<sup>29</sup> Consiglio Stato, Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287, item 9.

<sup>30</sup> Consiglio Stato, Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, item 2.

protegidos por normas constitucionais.<sup>31</sup> Finalmente, ainda de acordo com o discurso do Conselho de Estado, as avaliações técnicas complexas são tomadas por entidades administrativas independentes, autônomas e “neutras”<sup>32</sup>, dotadas de uma legitimação peculiar em função de sua composição e de sua qualificação técnica.<sup>33</sup>

Uma decisão com todas estas características destacadas acima não se enquadrava bem na estrutura binária antes prevalecente. Aliás, são vários os indícios retirados das decisões do Conselho de Estado que sugerem uma intenção de afastar-se da estrutura binária dominante anterior. O tribunal fala então que esta categoria de “avaliações técnicas complexas” teria sido “isolada”<sup>34</sup> pela jurisprudência a partir do aprofundamento das considerações sobre o controle judicial das decisões administrativas de natureza técnica.<sup>35</sup> Vincula-os à presença, no antecedente normativo, dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, o que também os afasta da discricionariedade, em que a indeterminação se encontra no consequente normativo. Faz também diversas considerações institucionais, num discurso totalmente diferente do tradicional.

No mais, ao definir o tipo de controle que lhe é aplicável, faz referência à inédita ideia de um “controle fraco” (*sindacato debole*). Explica que este tipo de controle “entra no paradigma do controle por excesso de poder”, tipicamente aplicável aos atos discricionários.<sup>36</sup> Mas o fato de não aplicar o *próprio* controle por excesso de poder – simplesmente, e sem necessidade de criar um novo conceito – demonstra que o tribunal queria afastar-se da ideia de discricionariedade. Dito de outro modo, o discurso do Conselho de Estado deixa transparecer que avaliações técnicas complexas e atos discricionários não são a mesma coisa, ainda que sobre ambos se aplique um controle judicial deferente, voltado à identificação de aspectos irrazoáveis, ilógicos ou incoerentes da decisão administrativa.

De todo modo, percebe-se que, apesar da introdução da nova categoria, a jurisprudência italiana seguiu trabalhando com estruturas facilitadoras. A

<sup>31</sup> Consiglio Stato, Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287, item 9-10.

<sup>32</sup> O argumento da “neutralidade” é referido pela primeira vez em Consiglio Stato, Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, item 9.

<sup>33</sup> Consiglio Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, item 1.3.1.

<sup>34</sup> Consiglio Stato, Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, item 9.

<sup>35</sup> No sentido do texto, v. Mauro Giovannelli, “Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore”, nota a Cons. Stato Sez. V Sent., 20 maggio 2008, n. 2355, Urbanistica e appalti, 2008, 9, 1107”.

<sup>36</sup> Consiglio Stato, Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287, item 10.

partir da criação da categoria formal das avaliações técnicas complexas, o tribunal italiano passa a contar com três possibilidades. A decisão que vem ao seu controle pode configurar ato vinculado, ato discricionário ou ato técnico complexo. No primeiro caso, cabe aplicar um controle não-deferente (ou *forte*). Nos dois últimos casos, cabe aplicar um controle judicial deferente (ou *fraco*). A estrutura simplificadora, antes binária, passa a deter natureza trinária. Mas segue não sendo possível que os tribunais inferiores promovam de forma autônoma e contextualizada a ponderação dos critérios substanciais mencionados no início deste artigo, com relação aos aspectos da decisão sob controle.<sup>37</sup>

### 1.2.2. O abandono da estrutura simples

Numa situação mais drástica, a incompatibilidade entre a estrutura simples e a complexidade substancial e institucional das decisões controladas leva ao colapso integral do sistema. Abandona-se, então, a “simplicidade”, em favor de um enfoque mais realista. Os exemplos de Canadá (item 1.2.2.1) e Estados Unidos (item 1.2.2.2) são ilustrativos deste processo.

#### 1.2.2.1. O abandono múltiplo das estruturas binárias no Canadá

O exemplo mais rico é o do Canadá, já que nele a ilustração é múltipla. Tradicionalmente, este país distinguia dois grandes domínios da ação administrativa que poderiam vir a ser submetidos ao controle judicial. Assim os casos (i) de “interpretação legislativa” (*statutory construction*) eram apartados (ii) das demais ações administrativas. Dentro de cada um destes domínios, a determinação da intensidade do controle dependia ainda de outra verificação binária. Em se tratando de *interpretação de lei* promovida pela administração, cabia aos tribunais a aplicação da chamada “teoria da questão jurisdicional”. Em resumo, às questões jurisdicionais (relativas à própria competência da autoridade administrativa) se aplicava um controle forte; às demais, um controle deferente. Em se tratando de ações outras que não interpretação legislativa, a dualidade aplicável era a de atos discricionários e atos não discricionários.

<sup>37</sup> Um dos casos em que o Conselho de Estado aprofundou as considerações relativas às avaliações técnicas complexas, *RC Auto* passa a ser uma espécie de *leading case* deste período na jurisprudência italiana. Consiglio Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 (RCAuto). Entre 2002 e 2004, a decisão é citada inúmeras vezes e os seus termos são repetidos. No entanto, a partir de 2004, sob o influxo de críticas pela “inefetividade” do chamado controle judicial fraco, ele vai sendo abandonado progressivamente pela jurisprudência, junto com as menções às “avaliações técnicas complexas”.

Aos primeiros, aplica-se um controle deferente; aos segundos, um controle irrestrito. Assim, o sistema canadense de controle judicial da administração pública era tradicionalmente caracterizado por três estruturas binárias. *Todas elas* foram abandonadas ao longo das últimas décadas.

O primeiro passo deu-se em relação ao controle judicial das interpretações legislativas das autoridades administrativas. O enfoque binário e formalista da “teoria da questão jurisdicional” começou a perder força a partir da célebre decisão da Suprema Corte canadense no caso *C.U.P.E.*, em 1979. Neste caso, Suprema Corte recusou-se a limitar a sua análise à natureza jurisdicional ou não da questão. Ao invés disto, fez longas considerações institucionais autônomas, sugerindo razões para a deferência judicial estranhas ao esquema simplificador.<sup>38</sup> A superação da binariedade ganhou contornos mais claros e declarações mais fortes alguns anos depois, na decisão do caso *Bibeault*.<sup>39</sup> Então a Suprema Corte afirma claramente a necessidade de substituir o enfoque “excessivamente formalista” por outro, denominado “pragmático e funcional”. Este novo enfoque seria *funcional* na medida em que atribuiria a última decisão ao juiz ou ao administrador, de acordo com a sua função. Assim, para decidir questões tipicamente jurídicas, a última decisão ficaria com o juiz (pois esta é sua atribuição primordial). Para decidir questões administrativas, a última palavra seria da autoridade administrativa. Já o termo *pragmático* sinalizaria o afastamento do formalismo, além de ressaltar as características “práticas” do enfoque: por exemplo, a de que uma autoridade especializada normalmente está melhor adaptada para tomar uma decisão técnica. Esta análise contextualizada, “pragmática e funcional”, será objeto de análise mais adiante. Neste item, interessava apenas apontar como ela foi adotada a partir de uma superação do modelo simplificado, formalista e binário – modelo que se mostrou insustentável, diante da complexidade da administração pública.

<sup>38</sup> A Suprema Corte observou que o processo decisório das autoridades administrativas difere do processo decisório das cortes, envolvendo inclusive a ponderação e o balanceamento de diferentes interesses públicos conflitantes. Além disso, ressaltou que as decisões das autoridades administrativas muito frequentemente envolvem escolhas igualmente razoáveis, em face da ambiguidade da redação da norma. Tendo em vista esta ambiguidade e a possibilidade de diversas interpretações razoáveis, a pergunta relevante passaria a ser qual instituição é melhor adaptada para decidir entre estas escolhas. Como se vê, o enfoque em *C.U.P.E.* é totalmente diferente da utilização da estrutura binária que caracteriza a teoria da questão jurisdicional. A Suprema Corte, aliás, foi explícita ao afirmar que a teoria não tinha qualquer utilidade no caso, além de ser facilmente manipulável. Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227 at 233.

<sup>39</sup> Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 SCR 1048.

Movimento semelhante se seguiu em relação ao controle judicial dos atos administrativos que não correspondem a interpretações legislativas. Neste particular, a análise tradicional envolvia a identificação da natureza discricionária ou não da decisão a ser controlada.<sup>40</sup> Para determinar a intensidade do controle judicial a ser aplicado sobre uma decisão do Ministério da Cidadania e da Imigração no caso *Baker*<sup>41</sup>, em 1999, a Suprema Corte não se contentou com o argumento de que a lei não previa condições específicas para o exercício da competência administrativa – pelo que ela seria discricionária e o controle seria limitado. Afinal, de acordo com a Corte, seria mesmo “incorreto falar de uma rígida dicotomia entre decisões discricionárias e não discricionárias”<sup>42</sup>, já que todas as decisões administrativas possuem um grau, maior ou menor, de discricionariedade. Sendo assim, também no caso dos chamados atos discricionários, seria mais adequado empregar o teste pragmático e funcional para o fim da determinação da intensidade do controle judicial. Foi justamente o que fez a Suprema Corte, sopesando aspectos substanciais e institucionais da decisão sob controle na aplicação do teste contextualizado. A partir desta decisão<sup>43</sup>, não é bastante concluir que uma decisão administrativa é discricionária ou não discricionária, para ter-se definida a intensidade do controle judicial sobre ela incidente. Esta definição dependerá de uma análise dos múltiplos fatores do teste pragmático e funcional.

Uma vez que a intensidade do controle judicial relativo a todas as decisões administrativas passa a depender da aplicação do teste pragmático e funcional, perde relevância prática a própria distinção entre interpretações de lei, de um lado, e atos discricionários e vinculados, de outro. Ainda no caso *Baker*, aliás, a Suprema Corte denunciou a artificialidade da separação,

<sup>40</sup> No Canadá, a discricionariedade não é um conceito bem definido (como é o caso da Itália). Tradicionalmente, ela se identifica com toda forma de liberdade conferida ao administrador, salvo aquelas decorrentes de indeterminação de um termo legislativo. Usualmente, dizia-se que a administração gozava de discricionariedade quando a lei lhe atribui determinada competência, sem aportar grandes especificações, por exemplo, sobre o modo ou a finalidade em vista da qual ela deveria ser exercida. Precisamente em razão desta ausência de balizas legais, entendia-se tradicionalmente que a discricionariedade estava excluída do controle judicial. Geneviève Cartier, “Keeping a check on discretion”, in Coleen Flood and Lorne Sossin (coord.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 281.

<sup>41</sup> *Baker v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817.

<sup>42</sup> *Baker v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, para. 54.

<sup>43</sup> V., por exemplo, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 SCR 3, e *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342. William Lahey e Diana Ginn relatam que o novo enfoque foi absorvido pelos tribunais inferiores (in “After the Revolution: being pragmatic and functional in Canada’s Trial Courts and Courts of Appeal” (2002) 25 Dal. L.J. 2, p. 309).

na medida em que “a interpretação de regras jurídicas envolve considerável discricionariedade para clarificar, completar lacunas legislativas e escolher entre várias opções”.<sup>44</sup>

No espaço de duas décadas, a Suprema Corte fez ruir as três binariedades formalistas que caracterizavam a jurisprudência canadense.

#### 1.2.2.2. O caso *Mead* e a evolução da doutrina *Chevron* nos Estados Unidos

É possível sustentar que uma revolução semelhante à canadense tenha tido lugar nos Estados Unidos. Como já se afirmou acima, o julgamento do caso *Chevron* permite uma leitura segundo a qual, a partir dele, a definição da intensidade do controle judicial sobre interpretações legislativas da administração pública estaria submetida exclusivamente a um teste binário: questões em relação às quais a legislação pertinente é ambígua merecem um controle de razoabilidade (deferente); as demais merecem um controle de correção (não-deferente). Neste esquema binário, não há espaço para outras considerações, nem há espaço para outras formas de controle: ou bem a legislação é ambígua ou é clara; ou bem se aplicará um controle judicial deferente ou um controle não-deferente.

O fato é que esta regra simples não se sustentou. Aos poucos, os tribunais foram se deparando com casos em que, embora a legislação fosse ambígua, a interpretação administrativa para a qual se pedia deferência não havia sido veiculada em procedimentos formais que contribuíssem para a sua legitimidade. Deveriam os tribunais deferir ainda assim? Deveriam os tribunais ater-se ao teste binário de *Chevron* e ignorar a circunstância nele não contemplada relativa ao grau de formalidade da interpretação em questão?

No caso *Mead*<sup>45</sup>, em 2001, a Suprema Corte deu resposta negativa a estas questões, abandonando o teste binário de *Chevron* em benefício de um enfoque mais complexo.<sup>46</sup> Afirmou que a deferência prevista em *Chevron* só seria

<sup>44</sup> Baker v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration), [1999] 2 SCR 817, para. 54.

<sup>45</sup> V. United States v. Mead Corporation, 533 U.S. 218 (2001). Cf. também Christensen v. Harris County, 529 U.S. 576, 586-587 (2000).

<sup>46</sup> A bom rigor, a superação da leitura simples de *Chevron* pela Suprema Corte foi *amplamente* prevista pela doutrina, que apontava a insustentabilidade da aplicação do teste binário a todas as interpretações administrativas. Para além dos casos de inaplicabilidade mais evidentes (interpretações envolvendo questões constitucionais ou a própria competência da autoridade administrativa), destacou-se a multiplicidade de *formas* por meio das quais as autoridades administrativas interpretam as legislações que administram, sugerindo a implausibilidade de que todas elas mereçam igual deferência judicial. Além disso, foi observado que, se entendida

devida nos casos em que se pudesse identificar a “a intenção do Congresso de que a específica interpretação [da autoridade administrativa] em questão tenha força de lei”. *Mead* reescreve (ou, de acordo com o discurso oficial, esclarece) *Chevron*, nele inserindo o que a doutrina americana chamou de “Passo Zero” (*Step Zero*). A partir de *Mead*, a aplicabilidade do teste binário de *Chevron* depende de uma fase preliminar, em que se examina a intenção do Congresso de que a interpretação da autoridade administrativa tivesse força de lei. Mas como identificar esta intenção? A Suprema Corte não esclareceu e pareceu remeter à discricionariedade dos tribunais para coletar os indícios que julgassem idôneos a este fim. Indicou apenas que se aplicaria a deferência a interpretações adotadas em procedimentos “relativamente formais que tendam a promover a equidade e a deliberação”.<sup>47</sup>

Dito de outro modo, os tribunais devem, a partir de *Mead*, levar em conta todos os aspectos da decisão controlada e da legislação pertinente, para definir se aplicarão ou não o teste de *Chevron*. Em uma emblemática decisão posterior a *Mead*, eis alguns dos critérios que foram levados em consideração: (i) a natureza intersticial da questão jurídica; (ii) a expertise correspondente da agência; (iii) a importância da questão para a administração da legislação pertinente; (iv) a complexidade desta administração e (iv) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo período de tempo.<sup>48</sup> Na prática, a utilização da ambiguidade legislativa como índice da necessidade de deferência judicial perde muito em relevância, na medida em que passa a ser determinante da intensidade do controle a ser aplicado *apenas nos casos em que* já se terá aplicado previamente um exame contextualizado voltado a identificar a intenção do Congresso de que a Administração fale com força de lei.

Há mais. A Suprema Corte afirma que nas hipóteses em que não puder ser identificada esta intenção do Congresso de que a administração fale com força de lei, e que portanto não incidir a doutrina *Chevron*, ainda assim não

---

como uma regra “all-or nothing”, a doutrina *Chevron* ignoraria circunstâncias como a *gradação da clareza da lei* (quão ambígua deve ser uma legislação sobre um tema para desencadear a deferência de *Chevron*?) e mesmo a *gradação da deferência judicial* (*Chevron* levaria sempre a um dos extremos entre deferência *nenhuma* ou *total*). Cf. Kenneth W. Starr; Cass R. Sunstein; Richard K. Willard; Alan B. Morrison, “Judicial Review of Administrative Action in a Conservative Era”, 39 Admin. L. Rev. 353, 374 (1987); Robert Anthony, “Which agency interpretations should bind the Courts?”, 7 Yale J. Reg. (1990), p. 121-122; Stephen Breyer, “Judicial Review of Questions of Law and Policy”, 38 Admin. L. Rev. 363, 373 (1986).

<sup>47</sup> United States v. Mead Corporation, 533 U.S. 218, 232 (2001).

<sup>48</sup> Barnhart v. Walton, 535 US 212, 222 (2002).

cabará aos tribunais decidir diretamente a questão. Nestas hipóteses, incide a chamada *deferência Skidmore*. Trata-se de referência a um caso decidido pela Suprema Corte em 1944 – décadas antes da decisão de *Chevron*. Na passagem clássica em que enuncia a chamada “deferência Skidmore”, a Suprema Corte afirma que os tribunais devem recorrer, para orientação, às autoridades administrativas que detenham experiência no assunto debatido em juízo. E completa: o peso a ser dado à opinião destas autoridades em um caso particular “dependerá 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 persuadir”.<sup>49</sup> Como se percebe, a chamada “deferência Skidmore” não opera de maneira “tudo ou nada”, mas importa a concessão de um peso gradual à opinião da autoridade administrativa em função de seus múltiplos aspectos.

A este ponto, parece evidente que o formalismo que parecia ser a tônica de *Chevron* – em função do acento posto na biade ambiguidade/clareza legislativa – dá lugar a um teste bastante contextualizado e complexo. Há de logo um impreciso “Step Zero”, com atenção aos mais variados aspectos da interpretação administrativa, para definir se havia a intenção legislativa de que a autoridade administrativa falasse, na hipótese, com força de lei. Mas se este não for o caso, há ainda a incidência da também imprecisa “deferência Skidmore”, cuja intensidade depende, ela também, da atenção aos mais variados aspectos do pronunciamento administrativo judicialmente controlado.

A decisão da Suprema Corte no caso *Mead* recebeu contundentes críticas do Ministro Scalia em seu voto de dissenso. Scalia argumenta que a Corte revogou *Chevron*, pondo em seu lugar algo mais confuso e encorajador da litigância. Estas críticas serão mais bem examinadas adiante.<sup>50</sup> Aqui, é suficiente apontar que elas foram respondidas de forma clara pela Suprema Corte, que afirmou *abraçar a complexidade administrativa*. Neste sentido, confirma a sua escolha por “tailor deference to variety” – adequar a deferência à variedade de situações fático-jurídicas que podem gerá-la.<sup>51</sup> Fica claro, assim, a escolha consciente da Suprema Corte americana de abandonar a simplificação do teste de *Chevron* em prol de um procedimento mais complexo de determinação da intensidade do controle judicial da administração pública. A partir de *Mead*, questões trazidas a juízo para a qual já tenha havido um pronun-

<sup>49</sup> *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

<sup>50</sup> Ver a segunda parte deste artigo, em que se examina a complexidade do direito americano pós-*Mead*.

<sup>51</sup> *United States v. Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001).



ciamento administrativo merecerão sempre *algum grau* de deferência pelos tribunais. Esta deferência terá graus variados a depender das circunstâncias do caso concreto – e poderá chegar ao grau máximo (deferência Chevron) nos casos em que for identificada a intenção legislativa de que a autoridade administrativa fale com força de lei.

X X X

O relato acima constitui poderosa ilustração fática e concreta para o argumento de que a simplicidade das estruturas facilitadoras é insustentável. Estas estruturas cristalizam e veiculam uma ponderação específica dos critérios substanciais mencionados no início deste artigo. Pretendem então que a definição da intensidade do controle judicial esteja vinculada a esta ponderação prévia específica – e afastam a relevância de critérios ali não contemplados. Com o tempo, no entanto, esta estrutura tende a mostrar-se progressivamente insuficiente. Como resultado, ou ela é reformada ou abandonada pelos tribunais.

No caso italiano, a “estrutura simples” tradicional, que envolvia as categorias formais de discricionariedade e vinculação, mostrou-se inapta para enfrentar situações fáticas em que as entidades administrativas altamente especializadas e institucionalmente bem desenhadas decidiam questões complexas a partir de conceitos jurídicos indeterminados. Embora estas situações não constituíssem exatamente instâncias de “discricionariedade”, tampouco se assemelhavam aos casos clássicos de “vinculação”. A solução encontrada pelo Conselho de Estado foi fugir da estrutura binária tradicional, reformá-la, criando a figura das “avaliações técnicas complexas”. A adição de complexidade à estrutura simples (que, reformada, passava de binária para trinária) possibilitava uma melhor adaptação à complexidade administrativa.

O exemplo da insustentabilidade das estruturas simples é ainda mais claro no Canadá e nos Estados Unidos, em que elas foram totalmente abandonadas pelos tribunais, em benefício de um procedimento contextualizado (não-formal). No direito canadense, este movimento se fez presente nos dois domínios clássicos do controle judicial. No âmbito das interpretações legislativas promovidas pelo legislador, a Suprema Corte abandonou a teoria formalista da questão jurisdicional para introduzir um teste contextualizado, pragmático e funcional. Ao fazê-lo, afirmou claramente que o teste binário anterior *desviava* a atenção dos tribunais das questões substanciais realmente relevantes para a definição da intensidade do controle judicial. No âmbito das ações administrativas não interpretativas, o mesmo teste contextualizado foi

introduzido progressivamente, em detrimento do enfoque binário baseado nas ideias de vinculação e discricionariedade.

No direito americano, a decisão de *Chevron* parecia estabelecer uma estrutura simples de definição da intensidade do controle judicial, baseada na ambiguidade legislativa. De acordo com esta leitura, a intensidade do controle judicial de interpretações legislativas promovidas pela administração pública dependeria sempre da aplicação do teste bifásico apresentado nesta decisão: nos casos em que a legislação fosse ambígua sobre a questão trazida a juízo, os tribunais deveriam aplicar um mero controle de razoabilidade/possibilidade. Nos casos em que a legislação fosse clara, então cabia um controle não deferente, intenso. Como nos exemplos canadense e italiano, o teste binário não se sustentou. Os tribunais americanos passaram a ser confrontados com situações em que a interpretação administrativa à qual uma das partes pedia deferência judicial fora veiculada em circunstâncias informais. A estrutura binária de *Chevron* não contemplava o fato de que as interpretações legislativas da administração pública podem ser promovidas de diferentes formas. Mas esta circunstância (ignorada no teste bifásico) demonstrou-se relevante. Afinal, ainda quando a legislação não trazia uma resposta clara para questão controversa, não era tão claro que o Poder Judiciário deveria deferir para interpretações administrativas veiculadas em meios informais, que não haviam passado por procedimentos que a legitimariam. O resultado desta reflexão judicial foi a introdução de uma “fase preliminar” (*step zero*) no teste de *Chevron*. Esta fase preliminar é composta, em si, de um teste contextualizado e não-formal. E ainda quando não seja o caso de aplicar o teste de *Chevron*, outros regimes deferenciais poderão incidir.

As experiências concretas de Itália, Canadá e Estados Unidos, portanto, demonstram a insustentabilidade da estrutura simplificadora objeto deste texto. Com o passar do tempo, inexoravelmente, circunstâncias nela não contempladas se mostrarão relevantes para a definição da intensidade do controle judicial – e então a estrutura deverá ser reformada ou abandonada pelos tribunais.

## 2. A COMPLEXA SOFISTICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS CONTEXTUALIZADOS

Nesta segunda parte, será examinada a situação em que a intensidade do controle judicial é determinada com base numa análise dos múltiplos aspectos relevantes da específica questão controlada. Como na hipótese anterior, a determinação da intensidade do controle é *descentralizada*, cabendo ao tribunal que atuará em cada caso concreto. No entanto, ele não mais traba-

lha com conceitos formais ou estruturas dogmáticas facilitadoras. Deve, ao contrário, avaliar diretamente aspectos substanciais da decisão controlada, numa análise complexa e *contextualizada*.

O teste contextualizado para a determinação da intensidade do controle judicial tem um objetivo muito interessante: permitir a identificação do tipo de controle mais adequado para cada específica decisão administrativa questionada em juízo.<sup>52</sup> Para alcançar esta finalidade, ele veicula uma análise institucional comparativa. Pretende-se poroso aos mais variáveis aspectos da questão controlada, para definir, com base nas suas especificidades, a quem deve caber a decisão final sobre ela.<sup>53</sup> O limite evidente de tão ambicioso projeto é a sua praticidade. Considerar cada mínimo aspecto relevante da decisão administrativa e acomodá-lo num teste judicial implica custos e pode resultar em complexidade excessiva.<sup>54</sup> A grande questão é como dosar a contextualização de modo a beneficiar-se das suas vantagens sem comprometer a operacionalidade do procedimento. Eis o dilema da adoção de um teste contextualizado: até onde deve-se encarar a complexidade como positiva e a partir de quando passa ela a ser contraprodutiva?

O relato a seguir leva em conta experiências jurisprudenciais do Canadá e dos Estados Unidos para ilustrar esta questão. Nestes países, o dilema relativo à *gradação* da complexidade foi objeto de debates profícuos. Serão apresentadas e avaliadas as recentes reformas promovidas pela Suprema Corte do Canadá para aumentar a viabilidade prática do procedimento contextualizado adotado neste país (item 2.2). E será visto que, ao tempo em que o Canadá empreendia estas reformas, os Estados Unidos caminhavam na direção inversa, ampliando deliberadamente a complexidade do seu sistema para “adequá-lo à complexidade da administração pública” (item 2.1).

<sup>52</sup> Jeff A. King denomina esta hipótese de “non-doctrinal approach”: “One approach to restraint is to suggest that there should be no doctrine articulated in advance, and that judges should decide upon the appropriate degree of restraint on a case-by-case basis. On this view, restraint may be needed in some cases but we should trust either judges or the existing legal standards to meet this need if and when it arises. The key attribute of this approach is the very broad scope of discretion given to judges. Its chief advantage is judicial flexibility to decide cases in context and on the merits” (in “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 Oxford J. Legal Stud. 409, 411).

<sup>53</sup> Beverly McLachlin, ‘The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law’ (1999) 12 Can.J.Admin.L.Prac. 171.

<sup>54</sup> Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 Oxford J. Legal Stud. 409, 437.

## 2.1. A busca americana pela sofisticação: de *Chevron* a *Mead*

O dilema entre precisão e operacionalidade esteve no centro do debate na Suprema Corte americana, quando da decisão do caso *Mead*. Como já se afirmou, nesta decisão a Suprema Corte reestabelece o enfoque contextualizado que fora afastado a partir da adoção do teste de *Chevron*. Em dissenso, o Ministro Scalia criticou a alteração jurisprudencial, mas a maioria da Corte afirmou explicitamente a sua “opção pela complexidade” (item 2.1.1). O exame da jurisprudência dos tribunais inferiores pós-*Mead*, no entanto, demonstra que a complexidade aportada pode de fato ter sido excessiva (item 2.1.2).

### 2.1.1. A explícita opção pela complexidade no caso *Mead*

Contrário ao complexo teste que a Corte inaugurava em *Mead*, o Ministro Antonin Scalia qualificou a alteração jurisprudencial como um grande erro e afirmou que as suas consequências seriam “enormes e quase uniformemente negativas”. Nas suas palavras: “o que antes era uma presunção geral de autoridade das agências para resolver ambiguidades nas legislações que lhes cabiam aplicar foi alterada para uma presunção de inexistência desta autoridade, superável [apenas] por uma afirmativa intenção legislativa no sentido contrário. E enquanto antes, quando não existia a autoridade da agência para solucionar ambiguidades, os tribunais eram livres para dar à legislação o que eles considerassem a sua melhor interpretação, doravante os tribunais devem supostamente dar à interpretação da agência uma quantidade indeterminada da chamada “deferência *Skidmore*”<sup>55</sup>.

O colapso da simplificação de *Chevron* e a adoção da complexidade através de um teste contextualizado foram assim duramente criticados por Scalia. Também mereceu ácidas críticas a “ressurreição” da doutrina *Skidmore*, chamada ironicamente por Scalia de “th’ol ‘totality of the circumstances’ test”, que ele caracterizou como o “teste mais desejado pelas Cortes que não querem estar limitadas por regras e mais temido pelos litigantes que gostariam de saber o que esperar”.<sup>56</sup> De acordo com Scalia, a complexidade aportada por *Mead* teria as seguintes consequências práticas negativas: (i) confusão para as cortes inferiores em função da imprecisão das orientações de *Mead*; (ii) um aumento artificial dos procedimentos de produção normativa de tipo “notice-and-comment”, para que as agências pudessem gozar de deferência

<sup>55</sup> United States v. Mead Corporation, 533 U.S. 218, 239 (2001).

<sup>56</sup> United States v. Mead Corporation, 533 U.S. 218, 240 (2001).

*Chevron*; (iii) a ossificação de grandes porções do direito legislativo; (iv) confusão e insegurança jurídica devidas à ressurreição de *Skidmore*.

A forte crítica de Scalia não fica sem resposta da maioria. Há toda uma seção voltada a enfrentá-la. A maioria afirma que, subjacente à sua posição, está uma escolha judicial sobre a melhor maneira de enfrentar a grande variedade das leis que investem a administração em discricionariedade e a riqueza de possibilidades em que isso é feito. Embora se aceite a ideia de que o Judiciário deve deferir para ao menos algumas destas ações administrativas, é preciso decidir como tratar o leque de variedades. Diante deste problema, o Ministro Scalia escolheu o caminho da simplificação: apesar da grande quantidade de variações casuísticas, ele escolhe pelo sistema duplo de “*Chevron* ou nada”. Já a escolha da Corte foi a de “*tailor deference to variety*” – adequar a deferência à variedade de situações fático-jurídicas que podem gerá-la. Está aí explicitada uma “opção pela complexidade”. Diante da sofisticação e multiplicidade da administração pública, a Corte opta por oferecer um enfoque também sofisticado e também múltiplo.

O fato é que, enquanto a complexidade da administração pública canadense é absorvida pelos tribunais locais através de um teste formal e sistemático (como será visto a seguir), nos Estados Unidos a Suprema Corte ofereceu orientações muito escassas sobre como identificar a tal delegação legislativa para que a autoridade administrativa fale com força de lei. Se alguma indicação a este respeito pode ser encontrada em *Mead*, ela parece ser a de que a Corte realizou uma valorização procedimental da ação administrativa, talvez como forma de compensar a deferência judicial. Dito de outro modo, a Suprema Corte parece substituir o controle judicial direto pelo reforço procedimental na ação administrativa.<sup>57</sup> Assim, sustentou que a delegação congressual para que a autoridade administrativa falasse com força de lei poderia ser presumida nos casos em que elas utilizassem os procedimentos de adjudicações formais e *notice-and-comment rulemaking*, ambos revestidos de garantias relevantes para os administrados. Nestes dois procedimentos, com efeito, a ação pública é transparente, bem motivada e aberta à participação das partes interessadas.

Mas a Suprema Corte não excluiu que se pudesse identificar a delegação congressual também em outros procedimentos, que não a adjudicação formal e o *notice-and-comment rulemaking*. Em relação a estas hipóteses, no entanto, a sua orientação foi bastante escassa. Estabeleceu-se, assim, um “teste

<sup>57</sup> Sobre o tema, v. Eduardo Jordão e Susan Rose-Ackerman, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*. *Administrative Law Review*, v. 66, p. 1-72, 2014.

contextualizado livre”, em que os aspectos a serem sopesados para identificar a delegação e a intenção congressual de deferência não são claros. Indicou-se apenas a possibilidade de aplicação da deferência a interpretações adotadas em procedimentos “relativamente formais que tendam a promover a equidade e a deliberação”.<sup>58</sup>

### 2.1.2. O período pós-Mead: a confirmação das preocupações de Scalia

No período posterior à decisão do caso *Mead*, a Suprema Corte teve a oportunidade de esclarecer os critérios levados em consideração para a decisão relativa à aplicação ou não da deferência judicial. Nestas manifestações, no entanto, não apenas se aportou muito pouco, como se ampliou a confusão. As incertezas daí decorrentes puderam ser sentidas na jurisprudência vacilante das Cortes inferiores nos últimos anos, que confirmam as preocupações expostas pelo Ministro Scalia.

Tome-se o exemplo do caso *Barnhart*, decidido menos de um ano após *Mead*. Afirmando seguir a orientação de *Mead*, a Suprema Corte sustenta que “a aplicação da deferência de tipo *Chevron* depende, em larga medida, do método interpretativo usado e da natureza da questão”.<sup>59</sup> Concretamente, no entanto, ao invés de aplicar os critérios estabelecidos em *Mead*, a Suprema Corte terminou citando ainda outros. Assim, para concluir pela adequação da deferência do tipo *Chevron*, fez referência aos seguintes critérios: (i) a natureza intersticial da questão jurídica; (ii) a expertise correspondente da agência; (iii) a importância da questão para a administração da legislação pertinente; (iv) a complexidade desta administração e (iv) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo período de tempo.

Alguns anos depois, em *Brand X*, o Ministro Stephen Breyer ampliou a confusão ao afetar um dos únicos pontos que pareciam claros em *Mead*: o de que as interpretações promovidas através do procedimento de produção normativa de tipo *notice-and-comment* mereciam deferência automática. Breyer afirma que a utilização deste procedimento não seria nem necessária, nem suficiente para a incidência da deferência de tipo *Chevron*. Que a sua utilização não era necessária já ficara claro em *Mead*; por outro lado, a tese de que ela não seria *suficiente* contraria a afirmação que a Corte fizera nesta decisão a propósito da possibilidade de presumir a delegação legislativa quando

<sup>58</sup> United States v. Mead Corporation, 533 U.S. 218, 232 (2001).

<sup>59</sup> Barnhart v. Walton, 535 US 212, 222 (2002).

fossem usados tais procedimentos.<sup>60</sup> Ao explicar quais seriam estes casos em que nem a utilização deste procedimento levaria à incidência da deferência de *Chevron*, o Ministro Breyer fez alusão a “questões jurídicas inabitualmente básicas” (*unusually basic legal questions*), sem fornecer esclarecimentos a propósito do que esta expressão poderia significar.<sup>61</sup>

Finalmente, em *Long Island Care at Home*<sup>62</sup>, a Suprema Corte cita algumas circunstâncias que permitem presumir a intenção de delegação de autoridade pelo Congresso, voltando a adicionar elementos novos: (i) quando a autoridade promulga regras importantes sobre direitos e deveres individuais; (ii) quando a autoridade foca completa e diretamente na questão sob sua competência; (iii) quando a autoridade usa o procedimento completo de “notice-and-comment” para promulgar uma regra; (iv) quando a regra resultante se encaixa na delegação legislativa de autoridade; (v) quando a regra é razoável.

Os critérios expostos em *Mead*, *Barnhart* e *Long Island Care at Home* podem até não ser *contraditórios*, mas certamente não são correspondentes. Uma ação administrativa que passa no teste estabelecido num deles não necessariamente passará nos demais. Fundamentalmente, a mensagem enviada pela Suprema Corte para os tribunais inferiores é ainda bastante imprecisa.

Em artigo publicado quatro anos após o caso *Mead*, Lisa Bressman demonstra que a preocupação do Ministro Scalia com a confusão ali criada não era sem fundamento. Através de uma análise das decisões dos tribunais inferiores, Bressman confirma a incerteza gerada pela imprecisão dos critérios que levariam à deferência judicial.<sup>63</sup> A autora reporta que alguns tribunais adotavam critérios próximos aos de *Mead*, outros adotavam critérios inspirados em *Barnhart* e outros simplesmente evitavam aplicar a confusa deferência *Chevron*, recorrendo à formulação de *Skidmore*. Ainda mais problemático, os mesmos tribunais que às vezes adotavam uma orientação, posteriormente vinham a seguir outra.

Em alguns casos, as Cortes inferiores reconheceram as dificuldades do cenário pós-*Mead*. Em uma decisão da Corte do Nono Circuito, afirmou-se ironicamente que “após *Mead*, temos certeza de apenas duas coisas sobre o espectro de deferência devido para as decisões das agências: *Chevron* oferece

<sup>60</sup> United States v. Mead Corporation, 533 U.S. 218, 232 (2001).

<sup>61</sup> National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al., 545 U.S. 967 (2005).

<sup>62</sup> Long Island Care at Home, Ltd. et al. v. Coke, 551 U.S. 158 (2007).

<sup>63</sup> Lisa Bressman, “How *Mead* has muddled Judicial Review of agency action”, 58 Vanderbilt Law Review 1443 (2005).

um exemplo de quando a deferência Chevron se aplica, e Mead oferece um exemplo de quando ela não se aplica”.<sup>64</sup> Já em decisão da Corte do Sétimo Circuito, os juízes Posner e Easterbrook discordaram sobre as orientações da Suprema Corte. Enquanto Posner sugere que a multiplicidade de critérios adotada em *Barnhart* importaria a fusão das deferências de tipo *Chevron* e *Skidmore*, Easterbrook afirma que *Mead* fora claro na distinção existente entre as duas.<sup>65</sup>

Em conclusão, a explícita “opção pela complexidade” da Suprema Corte americana gerou importantes consequências. A ambição pela precisão (i.e., incidência do modelo de controle *mais adequado* às circunstâncias do caso concreto) acabou provocando dificuldades aplicativas nos tribunais inferiores. Disto resultaram incertezas e insegurança jurídica, tal como previsto pelo Ministro Scalia. Além disso, o acréscimo da complexidade do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial termina consumindo parte da atenção e do tempo do juiz numa questão acessória à discussão realmente substancial da validade jurídica da decisão. Ao tema se voltará mais adiante.

## 2.2. A evolução canadense em direção à redução da complexidade

Os Estados Unidos poderiam voltar os olhos ao caso canadense. Precisamente no início deste século, quando a Suprema Corte americana dava estes importantes passos em direção à complexidade, a corte correspondente canadense começava a repensar esta orientação, iniciando o movimento que culminaria com a reforma simplificadora do seu teste contextualizado.

### 2.2.1. O “teste pragmático e funcional” e a motivação da sua reforma

O direito canadense fornece certamente o exemplo mais completo e sofisticado de teste contextualizado para determinação da intensidade do controle judicial. Nesta jurisdição, a superação da fase formalista (com a aplicação da teoria da questão jurisdicional) deu ensejo ao chamado teste pragmático e funcional.

<sup>64</sup> *Wilderness Society*, 316 F.3d, 922 (9th Cir. 2003).

<sup>65</sup> *Krzalic v. Republic Title Co.*, 314 F.3d 875 (7th Cir. 2002). V. parágrafos 877-879 e 882. A sugestão de Posner ilustra a orientação adotada por alguns tribunais como estratégia para evitar o problema da aplicabilidade de *Chevron*: considerar que *Mead* fundira esta espécie de deferência com *Skidmore*. Embora em ambos os casos a agência administrativa tenha a sua interpretação mantida e “vença”, a escolha entre aplicar as deferências de *Chevron* e *Skidmore* não é sem consequências. Sobre o tema, cf. Lisa Bressman, “How Mead has muddled Judicial Review of agency action”, 58 *Vanderbilt Law Review* 1443 (2005), p. 1466-1467.



Este teste foi mencionado pela primeira vez no caso *Bibeault*<sup>66</sup>, em 1988, mas ganhou os seus contornos clássicos apenas nove anos depois, em *Pushpanathan*.<sup>67</sup> A partir de então, e até a reforma promovida em 2008, a tarefa dos tribunais consistia em proceder ao exame de quatro fatores, um a um, sopesá-los autonomamente e identificar, com base neles, o modelo de controle judicial aplicável. Os fatores eram os seguintes: (i) a presença de disposições específicas relativas à disponibilidade do controle na legislação relativa à autoridade sob controle<sup>68</sup>; (ii) o propósito da legislação e da disposição legislativa específica<sup>69</sup>; (iii) a expertise específica da autoridade administrativa em relação à questão sob controle, comparada com a expertise do tribunal controlador<sup>70</sup>; (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 SCR 1048.

<sup>67</sup> Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 SCR 982.

<sup>68</sup> A primeira fase compreende o exame de quaisquer previsões legislativas relativas ao controle judicial constantes da legislação específica à autoridade administrativa. Enquanto algumas buscam limitar o controle judicial incidente sobre a decisão administrativa, outras preveem explicitamente o direito de recurso ao poder judiciário. Numa terceira hipótese, a legislação específica silencia sobre o assunto. Seja qual for a disposição legislativa identificada, ela não importa a necessária adoção do modelo de controle ali estabelecido: constituirá apenas em um fator indicando um controle mais ou menos intenso – a ser sopesado com as demais fases do teste.

<sup>69</sup> A segunda fase do teste contextualizado canadense envolvia o “propósito da legislação e da disposição legislativa específica”. A jurisprudência costumava examinar se o papel que a legislação comete à autoridade se assemelha ou difere do papel tradicional cumprido pelos tribunais. Cf. *Barrie Public Utilities*. Veja também *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999]. Assim, quando a finalidade da lei é a proteção de grupos vulneráveis, a tendência é por um controle não deferente, porque este é o papel habitual dos tribunais. Por outro lado, esquemas administrativos complexos, que requerem o balanceamento de interesses conflitantes e o interesse público são tradicionalmente razões de deferência. *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 36.

<sup>70</sup> O terceiro passo do enfoque pragmático e funcional correspondia ao exame da expertise da autoridade controlada. Em *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 33, a Suprema Corte fez menção às três dimensões sob as quais a expertise da autoridade deve ser avaliada. O tribunal responsável pelo controle judicial deve (i) identificar e caracterizar a expertise detida pela agência; (ii) comparar a sua própria expertise em relação à da agência; (iii) identificar a natureza da questão específica decidida pela agência em confronto com a sua expertise.

<sup>71</sup> O quarto e último passo do teste aplicado pela Suprema Corte tem a ver com a natureza da questão específica decidida pela autoridade administrativa e objeto do controle. Junto com a fase relativa à expertise, sempre foi considerado o fator mais importante do teste multifásico. Assim, por exemplo, questões de direito ou relativas à competência da autoridade administrativa atraem um controle judicial não deferente; já questões técnicas ou de fato normalmente serão submetidas a um controle deferente.

Inaugurado a partir da superação de uma tradição formalista, o enfoque “pragmático e funcional” mereceu grandes elogios em função do seu “realismo”, da sua adaptação à complexidade da administração pública e da transparência que conferia ao procedimento de determinação, pelos tribunais, da intensidade do controle judicial sobre as decisões da administração pública. Ao lado destas menções elogiosas, no entanto, sempre se prostraram críticas à complexidade do modelo.<sup>72</sup> O enfoque contextualizado era acusado de ser pouco prático<sup>73</sup>, excessivamente técnico<sup>74</sup>, custoso e demorado. Afirmava-se, ainda, que ele desviava a atenção dos juizes da questão essencial (o controle judicial em si) para uma questão secundária (a intensidade deste controle).

A Suprema Corte foi se mostrando progressivamente sensível a estas críticas a partir do início da década passada.<sup>75</sup> Esta progressão culminou com a reforma explícita do sistema no caso *Dunsmuir*, julgado em 2008. Em seu voto neste caso, a Ministra Deschamps lamentava como “o processo de responder esta questão preliminar [relativa à intensidade do controle a ser aplicado] se torn[ara] mais complexo do que a determinação das questões substantivas que a Corte é chamada a resolver”.<sup>76</sup> A Corte reconhece que, do período pré-CUPE<sup>77</sup> até então, a jurisprudência passara de um teste altamente formalista, artificial e facilmente manipulável (a teoria da questão jurisdicional) para um substituto bastante flexível, mas pouco previsível. E completa: “o que é necessário é um teste que ofereça alguns direcionamentos, não seja formalista ou artificial, e permita controle onde a justiça o requer, mas não em outros casos. Um teste mais simples é necessário”.<sup>78</sup>

<sup>72</sup> Laverne Jacobs, “Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term – The Impact of *Dunsmuir*”, *Supreme Court Law Review*, Vol. 43, No. 2d, pp. 1-34, 2008, p. 8.

<sup>73</sup> A despeito disso, após pesquisa empírica, William Lahey e Diana Ginn concluíram que, apesar de suas complexidades, o teste pragmático e funcional parecia bem assimilado pelos tribunais inferiores (in “After the Revolution: being pragmatic and functional in Canada’s Trial Courts and Courts of Appeal” (2002) 25 Dal. L. J. 259, 270-271).

<sup>74</sup> Deborah K. Lovett, “That Enigmatic Curial Deference and the Continuing and Most Curious Search for Legislative Intent — What to Do, What to Do?” (2004) 17 Can. J. Admin. L. & Prac. 207, p. 216.

<sup>75</sup> Ver, por exemplo, o manifesto do Ministro LeBel no caso *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 SCR 77.

<sup>76</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, dissenso, voto do J. Deschamps, para. 160.

<sup>77</sup> *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

<sup>78</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 43.

Em outra passagem, a Corte qualifica o procedimento desejável como “coerente e funcional” (*coherent and workable*).<sup>79</sup> O teste é caracterizado como “simples e funcional” em artigo doutrinário publicado por um dos ministros responsáveis pela reforma – que reconhece, ainda, o desejo de retirar o foco da definição da intensidade do controle judicial, para focar o próprio controle.<sup>80</sup>

### 2.2.2. Os aspectos da reforma para redução da complexidade

A reforma operada em *Dunsmuir* importou diversas alterações no procedimento para definição da intensidade do controle a ser aplicável. Uma primeira e menos significativa alteração promovida diz respeito ao nome do teste, que passa de “enfoque pragmático e funcional” para, simplesmente, “análise do modelo de controle”.<sup>81</sup> Os dois aportes mais relevantes são aqueles que veiculam um esforço de simplificação do teste contextualizado. São eles: a criação de uma fase prévia à análise contextualizada e o abandono do caráter fixo de cada uma de suas fases

A mudança mais significativa é sem dúvida a inserção de uma fase preliminar ao teste contextual. Esta fase consiste no exame da jurisprudência, para identificar se já houve decisões anteriores que determinaram o modelo de controle a ser adotado para o tipo específico de questão trazida a juízo. Nesta hipótese, nenhuma análise posterior é devida: basta usar o modelo de controle já identificado previamente. Caso este exame da jurisprudência se mostre infrutífero e o modelo de controle não tenha sido já determinado, então a Corte passará para o segundo passo, que consiste na aplicação de um teste multifásico muito próximo ao anterior enfoque pragmático e funcional. A introdução desta fase preliminar voltada à análise da jurisprudência é salutar, na medida em que evita a repetição de análises já realizadas. Estudos empíricos demonstram a efetividade do mecanismo. Um exame das decisões das Cortes inferiores no período de um ano após *Dunsmuir* apontou que cerca de 40% dos casos foram definidos nesta fase preliminar, em adoção de manifestação jurisprudencial anterior.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 32.

<sup>80</sup> Michel Bastarache, “Modernizing Judicial Review” (2009) 22 Can. J. Admin. L. & Prac. 227, pp. 237.

<sup>81</sup> A Suprema Corte não oferece longas razões para a alteração, limitando-se a afirmar que a denominação anterior “talvez tenha confundido tribunais”. *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 63.

<sup>82</sup> Gerald Heckman, “Substantive Review in Appellate Courts since *Dunsmuir*” (2009) 47 Osgoode Hall L.J. 751, p.766.

Além da fase jurisprudencial preliminar, a reforma de *Dunsmuir* também promoveu o abandono do caráter fixo de cada uma das fases. A partir desta decisão, os tribunais não são mais obrigados a repassá-las mecânica e automaticamente. Em *Khosa*<sup>83</sup>, caso que consolidou e desenvolveu a reforma promovida por *Dunsmuir*, a Suprema Corte foi explícita neste sentido: “nem todos fatores serão relevantes para todos os casos. Um enfoque contextualizado é exigido. Os fatores não precisam ser tomados como um item de uma “checklist” de critérios que precisam ser individualmente analisados, categorizados e balanceados em cada caso para determinar se a deferência judicial é apropriada ou não. O que se exige é uma avaliação geral”<sup>84</sup>.

X X X

O relato acima dá conta da grande quantidade de aspectos levados em consideração pelos tribunais canadenses e americanos para a definição do modelo de controle judicial. A despeito desta multiplicidade nominal, no entanto, estes aspectos são em geral reconduzíveis aos critérios substanciais apresentados no primeiro parágrafo deste artigo.

Assim, há fatores atinentes à proteção de direitos individuais e portanto ligados à sensibilidade jurídica da questão. É o caso de considerações feitas pelos tribunais canadenses no âmbito do quarto passo do teste pragmático e funcional, relativo à natureza da questão trazida a juízo: questões jurídicas (aí incluídas questões relativas a direitos fundamentais ou direitos humanos) merecem menor deferência judicial. Também parece ser este o caso das considerações dos tribunais americanos no âmbito da doutrina *Skidmore* e do teste estabelecido em *Mead* a propósito do grau de formalidade procedimental observado pela decisão controlada. Maiores formalidades procedimentais durante o procedimento administrativo indicam a menor necessidade de

<sup>83</sup> Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, [2009] 1 SCR 339.

<sup>84</sup> Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, [2009] 1 SCR 339, para. 54. A alteração é questionável. O estabelecimento de um iter claro e fixo a ser seguido pelos tribunais possuía dois méritos importantes: (i) forçava-os a percorrer um caminho teórico previamente trabalhado, que supostamente conduziria ao resultado mais adequado; (ii) exigia que ele se reportasse a questões importantes, que terminavam por funcionar como itens de justificação da decisão judicial a propósito da extensão de seus próprios poderes revisionais. Um mérito, portanto, está ligado à *qualidade* da avaliação a ser promovida pelo tribunal; o outro mérito vincula-se a controlar os poderes do juiz e lançar luz sobre o seu exercício. É no mínimo incerto que os ganhos em simplicidade aportados pela “avaliação geral” superarão as perdas na transparência da atividade judicial e na própria qualidade da decisão adotada.

intervenção judicial posterior, tendo em vista que o administrado já teve bem garantido os seus direitos de ser ouvido ou de participar do procedimento administrativo. Finalmente, pode ser citado o fator relativo à coerência com o posicionamento anterior, que também sugere um controle judicial mais fraco, provavelmente em atenção à segurança jurídica.

Igualmente, há fatores ligados às preocupações com a complexidade técnica das questões trazidas ao controle judicial. Daí a importância destacada dos aspectos relativos à análise da expertise da autoridade administrativa. Tanto no âmbito do teste pragmático e funcional canadense, como no âmbito de *Skidmore*, nos Estados Unidos, questões que se inscrevam no campo de expertise da autoridade administrativa estão submetidas a um controle limitado. Finalmente, a fase relativa ao propósito da agência, no teste pragmático e funcional, abre espaço para considerações relativas à natureza política da questão, que levaria a um controle limitado, em função da maior legitimidade democrática das autoridades administrativas.

Isto significa que os fatores levados em consideração nos testes usados no Canadá e nos Estados Unidos abriam aos tribunais possibilidades amplas de contextualização, de modo a que o controle judicial finalmente aplicado fosse o “mais adequado” a estas circunstâncias. No âmbito de cada um dos fatores, é possível ponderar diversas características relevantes das decisões administrativas controladas.

Mas o relato acima também provoca reflexões profundas sobre o dilema de um teste contextualizado. No limite, os pontos positivos deste procedimento coincidem com os seus pontos negativos. Um teste que seja altamente complexo e sensível aos mínimos aspectos da decisão administrativa é a chave para a definição do modelo de controle judicial que lhe seja *perfeitamente* adaptado. Por outro lado, corre o risco de não passar de idealismo e ser pouco operacional ou funcional.

Diante deste contexto, a decisão canadense de simplificar o teste contextualizado importa necessariamente uma limitação da “ambição de complexidade”. O reconhecimento desta limitação não é exatamente inédito. Na prática, a contextualização sempre conheceu limites importantes.<sup>85</sup> No caso canadense, a doutrina criticava especialmente a ausência de considerações

<sup>85</sup> Jared Craig, por exemplo, argumenta que o teste contextualizado canadense não é suficientemente flexível para absorver as peculiaridades das decisões municipais (v. “Defending City Hall after Dunsmuir”, 46 *Alberta L. Rev.* 275, 279).

relativas à “importância da decisão para o administrado”.<sup>86</sup> O critério já é levado em consideração no âmbito do teste estabelecido no caso *Baker* para a definição das garantias procedimentais aplicáveis a cada caso.<sup>87</sup> No caso do teste pragmático e funcional, estas considerações poderiam ser introduzidas no quarto passo, relativo à natureza da questão. Mas, na prática, trata-se de circunstância ignorada. Nos Estados Unidos, por outro lado, não parece ter muita relevância o exame da natureza política da questão trazida a juízo, ou análises relativas à forma de atuar da autoridade administrativa controlada. Estas circunstâncias são consideradas no segundo passo do teste pragmático e funcional, levando a um controle menos intenso.

De todo modo, em nenhuma das jurisdições, a contextualização atinge níveis extremos.<sup>88</sup> Assim, os tribunais canadenses e americanos ainda não se aventuraram – ao menos não explicitamente – a sugerir um controle mais ou menos intenso em função da *reputação* da autoridade controlada.<sup>89</sup> Além disso, embora a expertise seja um fator bastante relevante, ela é entendida em um sentido institucional.<sup>90</sup> Assim, o que importa não é a experiência concreta e específica de cada um dos membros de uma autoridade administrativa, mas a capacitação institucional.<sup>91</sup> No caso que primeiro mencionou

---

<sup>86</sup> V., por exemplo, Lorne Sossin & Colleen M. Flood, “The Contextual Turn: Iacobucci’s Legacy and the Standard of Review in Administrative Law” (2007) 57 U.T.L.J. 581, p. 596”.

<sup>87</sup> Curiosamente, o direito administrativo canadense não tem um rol preciso e bem estabelecido de regras processuais que devem ser seguidas pelas autoridades administrativas para prolatar suas decisões. As salvaguardas processuais de que dispõe o cidadão são flexíveis e dependem de características do caso concreto.

<sup>88</sup> Lorne Sossin, “Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law” (2003) 27 *Advocates’ Q.* 478, 493.

<sup>89</sup> A literatura sugere que este tipo de avaliação é feita inadmitidamente. Assim, uma das explicações mais difundidas para o controle inesperadamente intenso que a Suprema Corte aplicou no caso *Allentown Mack* refere-se à reputação da autoridade administrativa correspondente, o *National Labor Relations Board*. Cf. *Allentown Mack Sales & Services, Inc. v. NLRB*, 522 US 359, 376 (1998). Cf. Richard Pierce, *Administrative Law treatise*, 5. ed, New York, WoltersKluwer, 2010, p. 987.

<sup>90</sup> Esta compreensão mais institucional da expertise é criticada por Wade MacLauchlan, para quem seria conveniente que a análise comparativa fosse mais *real*, incluindo, por exemplo, análise do currículo dos membros envolvidos na decisão administrativa e no controle judicial. V. “Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?” (1986), 36 U.T.L.J. 343, 380.

<sup>91</sup> Em um caso decidido no ano 2000, a Corte americana do 7º Circuito deparou-se com decisão do *Commodity Futures Trading Commission* no sentido de que determinadas transações comerciais complexas por ela analisadas constituíam comércio ilegal, por serem anticoncorrenciais e previamente arranjadas. Um dos juízes responsável pelo controle pretendeu ingressar numa análise profunda da decisão, sob o argumento de que possuía expertise superior à dos membros da comissão em matéria de organização industrial e portanto estava mais apto a tomar a decisão

o teste pragmático e funcional, a Suprema Corte canadense fez referência à “expertise dos membros” da autoridade administrativa como um dos fatores relevantes do texto contextualizado, mas a menção textual não deve ser superestimada.<sup>92</sup> Na sequência da jurisprudência, a análise da expertise se deu sempre no nível institucional.<sup>93</sup>

Apesar destas “limitações à ambição da complexidade” já previamente existentes, o *movimento* da Suprema Corte em direção à simplificação (adicional) reforça o foco sobre a questão de qual seria a “complexidade ótima” de um procedimento de determinação do modelo de controle. Parece essencial apontar para a inexistência de uma solução ideal, que possa valer para todos os casos e em todas as jurisdições. O *trade-off* entre precisão e operacionalidade não permite soluções fáceis ou perfeitas. Cabe a cada jurisdição examinar quando os custos marginais de um sistema em termos de operacionalidade já não se justificam diante dos benefícios gerados em termos de precisão. Cabe-lhes decidir a *natureza* e a *medida* das imperfeições que consagram.

## CONCLUSÃO

Em que medida o procedimento concreto de determinação da intensidade do controle *reflete e está aberto* à complexidade das decisões administrativas e da autoridade que a prolatou? Por um lado, uma abertura total às mínimas características da decisão administrativa controlada poderia levar a uma *precisão ótima* na determinação da intensidade do controle judicial. Por outro lado, ela poderia fazer com que esta empresa se tornasse demasiadamente complexa e pouco operacional. Este artigo valeu-se de dois tipos extremos de procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial para examinar este dilema entre precisão e operacionalidade.

---

correta. Apontou, assim, falhas na análise procedida pela comissão, observando que nenhum dos comissários era especialista em organização industrial, análise estatística ou teoria dos jogos. Cf. *Elliot v. Commodity Futures Trading Commission*, 202 F.3d 926 (7th Cir. 2000). Os demais juízes que formaram a maioria mantiveram a decisão, aplicando o tradicional padrão deferente do modelo de controle de evidência substancial. Argumentaram que a expertise a ser levada em consideração é a expertise institucional. Assim, apontaram que o quadro de funcionários da agência incluía especialistas em cada um destes campos. Observaram, ademais, que cada uma das teorias arroladas pelo juiz do dissenso estavam submetidas a controvérsia na literatura especializada, não sendo as questões resolvíveis em termos de decisão correta ou incorreta. Sobre o tema, v. ainda James O. Freedman, “Expertise and the Administrative Process”, 28 *Admin. L. Rev.* 363, 376 (1976).

<sup>92</sup> *Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 121-122.

<sup>93</sup> Neste sentido, v. William Lahey e Diana Ginn, “After the Revolution: being pragmatic and functional in Canada’s Trial Courts and Courts of Appeal” (2002) 25 *Dal. L.J.* 259, 302.

O primeiro tipo estudado é bastante comum: nele, a intensidade do controle judicial é determinada através do uso, pelos tribunais, de esquemas lógicos simplificados compostos de duas ou três categorias formais. Estas categorias cristalizam e veiculam uma específica ponderação dos critérios substanciais de natureza jurídica, complexidade técnica ou sensibilidade política de uma decisão administrativa. A partir desta cristalização, no entanto, caberia aos tribunais apenas verificar a existência concreta de uma categoria, aplicando-lhe o modelo de controle judicial correspondente. Os méritos deste procedimento seriam a sua simplicidade e operacionalidade: ele evitaria que os tribunais precisassem sopesar todas as circunstâncias do caso concreto, para identificar a mais adequada intensidade do controle judicial.

Mas o recurso ao histórico jurisprudencial de algumas jurisdições mostrou que esta simplicidade é *ilusória*, porque enganosa e insustentável. A simplicidade é *enganosa*, porque, na prática, o uso de esquemas lógicos simples não impede que os tribunais integrem no seu raciocínio variáveis e ponderações nelas não veiculadas. Ela é *insustentável*, porque o engrandecimento da complexidade da administração pública e das decisões administrativas acaba por gerar uma necessidade de adaptar a estrutura simples (tornando-a relativamente mais complexa) ou abandoná-la completamente.

O segundo tipo estudado vai ao outro extremo. Confia aos tribunais a tarefa de ponderar diretamente as características da decisão administrativa controlada. Assim, através de um teste contextualizado e com múltiplos fatores, devem eles identificar a intensidade mais adequada do controle que realizarão. O objetivo da adoção deste procedimento é levar mais realismo, sofisticação e refinamento à determinação da intensidade do controle judicial. A abertura aos múltiplos detalhes da decisão controlada permitiria uma precisão ótima, uma calibragem refinada da intervenção dos tribunais sobre a competência administrativa. Este foi o objetivo declarado das Supremas Cortes americana e canadense, ao consagrarem a adoção deste procedimento: promover um controle judicial perfeitamente *adaptado* (“tailored”) ao objeto do controle.

A realidade das coisas tem se mostrado um pouco menos alvissareira. A ambição de sofisticação revelou seu preço: a pouca operacionalidade do procedimento. Nos Estados Unidos, pesquisas empíricas revelaram a confusão reinante nos tribunais inferiores diante da falta de indicações precisas da Suprema Corte sobre *quais fatores* ponderar para chegar à intensidade adequada do controle judicial. No Canadá, as críticas constantes à complexidade do teste multifásico “pragmático e funcional” levaram a uma reforma com o objetivo de simplificá-lo e fazê-lo mais exequível.



No fundo, a contraposição entre estes dois tipos de procedimentos reflete o embate caro à teoria do direito entre *formalismo* e *funcionalismo*.<sup>94</sup> O formalismo tem a oferecer uma suposta *simplicidade* de suas soluções. Baseia-se na ideia de que a regulação efetiva da sociedade depende de uma redução pragmática das variáveis encontradas no mundo real. Na prática, isso se traduz na consagração de conceitos jurídicos rígidos e polarizantes.<sup>95</sup> Alguns autores sugerem que os conceitos formais seriam preferidos pelos tribunais, habituados a manejá-los. Daí uma resistência de sua parte em transportar-se de um “bright-line world into a messy contingent one”.<sup>96</sup> Os proponentes do funcionalismo, por sua vez, defendem que ele permitiria o enfrentamento das *questões reais*, dos problemas efetivos envolvidos em cada questão jurídica – e não apenas dos problemas fictos e simplificados que se veiculam mediante o formalismo jurídico. É o embate entre *forma* e *substância*.<sup>97</sup> O fato é que a consagração do formalismo é tanto mais insustentável quanto mais complexo for o mundo ao qual ele se reporta. Neste sentido, a complexização crescente da administração pública levaria a uma demanda progressiva pelo funcionalismo.<sup>98</sup>

Aqui como alhures, no entanto, não se exigem escolhas extremas. A rigor, também a diferença entre formalismo e funcionalismo é uma distinção de grau, mais do que uma distinção de natureza.<sup>99</sup> Assim, a real questão que se põe a cada jurisdição não é entre adotar um ou outro modelo extremo, mas o tanto de formalismo e de funcionalismo que pretendem – a exata medida da precisão a que almejam. Há muito espaço para soluções intermediárias. O próprio relato acima revela duas delas. Na Itália, a superação da binariedade deu lugar a um esquema simples e formal trinário, com as categorias vinculação, discricionariedade e avaliações técnicas complexas. Lamentavelmente, o curto período em que esta solução esteve em vigor (entre 2001-2004) não

<sup>94</sup> Cf. John Willis, “Three Approaches to Administrative Law: the Judicial, the Conceptual and the Functional”, (1935/36) 1 U.T.L.J. 53, 75.

<sup>95</sup> Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 Oxford J. Legal Stud. 409, 418.

<sup>96</sup> Martin Loughlin, “Procedural Fairness: A Study of the Crisis in Administrative Law Theory” (1978) 28 U.T.L.J. 215, 220. No mesmo sentido, v. David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, 55 U. Toronto L.J. 691, 696 (2005).

<sup>97</sup> David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the Process/Substance Distinction: Baker v. Canada” (2001) 51 U.T.L.J. 193, 242.

<sup>98</sup> Assim, Wade MachLauchlan sugere que o formalismo é um método de *negação* do *Administrative State* (in “Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?” (1986), 36 U.T.L.J. 343, 350.

<sup>99</sup> Wade MachLauchlan, “Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?” (1986), 36 U.T.L.J. 343, 345.

permitiu maiores possibilidade de análise sobre os seus méritos concretos. No Canadá, parece promissora a retração da complexidade, veiculada na reforma de *Dunsmuir*. A adoção da fase jurisprudencial, por exemplo, reduz o tempo e o esforço empreendido para determinar a intensidade do controle judicial em boa parte dos casos. Por outro lado, a Suprema Corte do Canadá perdeu a oportunidade de consagrar mecanismos simplificadores ainda mais relevantes, ao descartar as propostas de conceder prevalência expressa para um dos fatores ou de estabelecer algumas presunções relativas.

## CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O RESUMO DE UMA TESE DE DOUTORADO<sup>1</sup>

---

Eu queria agradecer ao Ricardo e ao Augusto pelo convite para estar aqui hoje. Vir à PUC é uma grande honra para qualquer acadêmico, já que se trata de um dos maiores centros de Direito Público do país, mas para mim a honra é especial porque venho de fora de São Paulo. Como forasteiro, é muito gratificante que lhe abram as portas para apresentação do seu trabalho. Estou aqui em São Paulo há apenas seis meses, embora continue ensinando na FGV do Rio de Janeiro. Então é uma alegria estar aqui na PUC, é uma alegria ter recebido esse convite muito generoso do professor Ricardo, pelo que lhe agradeço bastante.

Eu vou ter hoje uma tarefa bastante complicada: depois de ter passado seis anos para escrever a minha tese de doutorado, vou resumi-la para vocês em cerca de quarenta minutos... Para tanto, o que eu resolvi fazer foi escolher algumas das questões principais que eu tratei ali, cinco questões, para poder reportar o que eu quis investigar sobre cada um desses temas e o que eu encontrei em relação a cada um deles, todos relacionados com a “modulação da intensidade do controle judicial”. Esse é o tema geral: modulação, escolha, da intensidade do controle judicial que se dará sobre decisões tomadas pela Administração Pública. O artigo que vocês leram, “Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura”, é o resumo de um dos sete capítulos da tese, em que eu trato especificamente do *procedimento* de escolha da intensidade do controle judicial. Os temas que eu apresentarei aqui extrapolam o que vocês leram em casa, embora o inclua. Fiquem à vontade, na sequência da minha exposição, para focar naquela parte que vocês leram em casa, eventualmente, ou para extrapolar junto comigo e conversar também sobre as outras questões.

---

<sup>1</sup> Este texto é uma transcrição da palestra proferida pelo autor e respondida pelo professor Ricardo Marcondes Martins no Seminário “Controle judicial da Administração Pública”, promovido pelo Grupo de Pesquisa “Ponderação de Interesses no Direito Administrativo e Contrafações Administrativas” em 05.10.19, na sala 224-A do prédio OABM da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Os debates foram posteriormente publicados em *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, v. 13, pp. 269-303, 2020.

A maneira mais conveniente de se começar é traçando o pano de fundo que me levou a escrever a tese. O pano de fundo é a constatação do estágio de avançada complexidade material e institucional da Administração Pública contemporânea. Quando falo em “complexidade material”, quero dizer que a Administração Pública é chamada a resolver problemas cada vez mais complexos, mais difíceis; e com implicações muito significativas do ponto de vista jurídico, político, econômico, técnico. Mas há também uma constatação de uma elevada complexidade institucional, que traduz a preocupação do legislador, do Direito, de desenhar cuidadosamente as entidades da Administração Pública que irão tomar essas decisões materialmente complexas. Então, se você olha para o Direito Administrativo atual, você constata que as decisões da Administração Pública são cada vez mais complexas, cada vez têm implicações mais significativas sobre diferentes aspectos da sociedade. E, para tomar essas decisões, o legislador se preocupa em desenhar as autoridades administrativas bem adequadas, bem preparadas. De tal modo que na Itália, por exemplo, já não se fala em “Administração Pública”, mas em “Administrações Públicas”, para ressaltar esse aspecto múltiplo de que existem diferentes entidades administrativas com diferentes características; e que essas características variantes são, em tese, produto de decisões legislativas voltadas a adequar cada entidade às decisões que devem ser tomadas por elas.

No caso, eu estou falando de entidades como as agências reguladoras, que são criadas supostamente com as características mais adequadas para possam tomar aquelas decisões específicas que lhe chegam, como aquelas relacionadas à regulação de telecomunicações, por exemplo. E aí, a grande dúvida genérica por trás da construção da tese é: em que medida o Direito Administrativo está adaptado a essa nova realidade? Se a Administração Pública vai se multiplicando, se a Administração Pública vai se tornando mais complexa, em que medida o Direito Administrativo está acompanhando essa mudança? Ou melhor: ele de fato está acompanhando ou a gente ainda segue aplicando a essa nova Administração Pública um Direito Administrativo de um século atrás? Há uma dúvida sobre isso, e essa dúvida leva a uma série de questões específicas.

Essa dúvida não é original, nem totalmente nova. Vários dos mais importantes trabalhos sobre Direito Administrativo dos últimos vinte, trinta anos, partem de uma preocupação semelhante. E aí visam a reformar diferentes áreas do Direito Administrativo, por exemplo, relativas a bens públicos, a contratos da Administração Pública, entre outros, porque estes autores entendem que o Direito Administrativo que se aplica a essas partes, a essas diferentes atividades da Administração Pública, precisa ser modernizado para acompanhar a modernização da Administração Pública. Portanto, a dúvida não é original,

a dúvida não é nova. O que é realmente novo e específico na minha tese é a aplicação dessa dúvida ao controle judicial da Administração Pública.

Mais especificamente, a pergunta de pesquisa é: como nós devemos fazer para adaptar a intensidade do controle judicial à complexidade da Administração Pública? Será que, porque a Administração Pública muda, será que porque a Administração Pública se complexiza, se transforma em várias Administrações Públicas diferentes, será que isso deve gerar uma correspondente modulação da intensidade do controle judicial? Por exemplo, quando um juiz é chamado a controlar uma decisão da ANATEL, que eu mencionava agora, ou uma decisão do CADE, que é outra autoridade especializada em um determinado tema, será que o juiz, que é generalista, deve modular a intensidade do controle para, por exemplo, controlar menos intensamente as decisões dessa Administração Pública?

A dúvida é como adaptar a intensidade do controle judicial às características da decisão controlada e da autoridade que prolatou aquela decisão. Então, se eu falava de Administração Pública Complexa do ponto de vista material e institucional, agora eu investigo de que maneira a intensidade do controle judicial pode ser modulada em função dessas circunstâncias. Se a decisão é complexa, ou a decisão é política, com implicações políticas relevantes, e se ela é tomada por uma instituição administrativa com características muito particulares, deve o juiz adaptar o seu controle a essas entidades? Essa é a questão que eu me pus no trabalho.

De que modo eu resolvi enfrentar essa questão? Eu me pus o desafio de investigar o Direito Comparado, de ver outras jurisdições e como estas jurisdições reagiram a ela: na jurisdição desse país, na jurisprudência da Suprema Corte desse país, há uma modulação da intensidade em função das características da decisão administrativa controlada, em função das características da autoridade administrativa controlada? E se há, o que isso gerou?

O recurso ao Direito Comparado se justifica por duas razões: em primeiro lugar, porque permite um inventário de soluções diferentes para uma mesma questão. Se se faz uma pesquisa específica sobre diferentes países relativa a uma questão, a tendência é que se encontrem diferentes soluções, diferentes respostas àquele problema. E, com isso, é possível apresentar ao leitor diferentes formas de encará-lo. Nem todos os países, por exemplo, vão concluir que é necessário modular. Em alguns, o entendimento pode ser de que isso é desnecessário, irrelevante; em outros, a modulação pode ser vista como relevante, e por diferentes razões. Eu precisava investigar isso. Então, a primeira razão para o recurso ao Direito Comparado é essa riqueza que ele nos aporta. A segunda razão do recurso ao histórico jurisprudencial de

direitos estrangeiros é a concretude da análise. Isto é, se eu analiso o histórico jurisprudencial de diferentes países, não ficarei discutindo questões teóricas sem implicações práticas. Estarei discutindo questões que foram levadas ao Poder Judiciário, e, portanto, foram efetivamente relevantes para o deslinde da minha dúvida, da minha questão genérica de pesquisa em diferentes países. Portanto, o recurso ao Direito Comparado se justifica pela riqueza e pela concretude que aporta.

Escolhi estudar quatro países: França, Itália, Estados Unidos e Canadá. Estudei o histórico jurisprudencial desses países e tentei comparar, tentei levantar os diferentes dilemas, as diferentes escolhas que eles fizeram relacionados ao meu tema. Por que quatro países, e por que especificamente esses? Essa escolha me pareceu adequada primeiro em relação ao número, porque quatro me pareceu o máximo de países em que eu conseguiria aprofundar a minha análise sem ficar restrito a casos muito episódicos, de um lado, e sem ficar restrito aos Estados Unidos e à França, de outro, permitindo a formação de um inventário de soluções que pudesse enriquecer o meu trabalho. Ao mesmo tempo, fazer cinco ou seis países me exigiria alguns anos a mais de pesquisa, e eu demorei seis anos para fazer essa tese. Em suma, quatro me pareceu o número mais adequado para permitir uma multiplicidade de soluções sem inviabilizar completamente a minha pesquisa.

Quanto a quais países estudar, cheguei a esta escolha específica depois de uma pesquisa preliminar que apontou que dois desses países adotavam uma solução menos interventiva do juiz sobre a Administração Pública, enquanto os outros dois apontavam a uma solução mais interventiva. Naturalmente, era importante conhecer países com posições diferentes para poder compará-las. Os Estados Unidos e o Canadá são os países que demonstram uma certa deferência à Administração Pública, e, portanto, seus juízes intervêm menos nas decisões da Administração Pública. E França e Itália são os países que comparativamente, ao menos, intervêm mais nas decisões da Administração Pública. Outra razão para escolher esses países, é que são países relativamente desenvolvidos, sofisticados nas suas soluções jurídicas, o que permite uma riqueza maior de soluções. Essa é precisamente a razão pela qual eu não tratei do direito brasileiro. Evidentemente, me interessaria ter investigado o caso brasileiro, mas em certo ponto da minha pesquisa eu percebi que a única razão que me levaria a colocar o Brasil entre os países estudados seria o fato de que eu sou brasileiro, e isso não me pareceu suficiente. Afinal, o Brasil não está no mesmo estágio de maturação jurisprudencial sobre esse tema que estão esses outros países, e a comparação das soluções adotadas nesses países com o Brasil tenderia a não se justificar de um ponto de vista científico. É claro que eu quero, ao longo dos próximos anos – e já tenho feito isso –, aplicar

boa parte dos conhecimentos que eu obtive na pesquisa da tese às situações brasileiras, às decisões brasileiras relativas ao mesmo tema.

Metodologia da pesquisa. O que foi que eu efetivamente fiz? O primeiro passo foi ler vários cursos de Direito Administrativo de cada um desses países para tentar identificar, numa visão superficial e inicial, quais eram os temas principais relativos ao controle judicial e quais eram as decisões principais que firmaram a jurisprudência relativa à modulação da intensidade do controle judicial nesses países. Na sequência, li obras mais específicas sobre controle judicial em cada um desses países, com o objetivo de identificar quais eram as decisões que eu precisaria ler. O segundo passo foi levantar todas essas decisões e lê-las. Eu li mais de uma centena de decisões da Suprema Corte americana, mais de uma centena de decisões do Conselho do Estado francês, do Conselho do Estado italiano e da Suprema Corte canadense. Enquanto lia essas decisões, eu anotava tudo aquilo que me parecia relevante. Ao final desse primeiro momento de pesquisa, eu tinha um documento com cerca de duas mil páginas, com todas as observações que eu fiz sobre aquelas leituras que eu realizei e trechos importantes das decisões.

E aí chegou um momento intelectualmente mais desafiador: a tentativa de dar a toda aquela leitura que eu tinha feito alguma racionalidade, isto é, era necessário desenvolver uma narrativa específica sobre a modulação da intensidade do controle judicial no âmbito da qual eu faria referência às decisões que eu li. Eu queria evitar a todo custo fazer o tipo de trabalho de Direito Comparado que a gente encontra muito por aí, do tipo “na França é assim, nos Estados Unidos é assim, na Itália é assim, no Canadá é assim...”. Isso é pobre. O importante para mim era ter uma linha narrativa específica e só fazer menção às diferentes decisões jurisprudenciais na medida em que essas decisões fossem importantes ao menos para diferentes pontos, diferentes dilemas que eu encontrei enquanto as lia. Em alguns pontos da tese, por exemplo, eu não menciono o caso francês, porque ele não é relevante para o assunto específico que estou debatendo: então eu só falo do Canadá, da Itália e dos Estados Unidos, onde houve discussões relevantes na jurisprudência sobre esse tema. Em relação ao outro tema a França era relevante, mas o Canadá não era, ou os Estados Unidos não eram, e assim por diante. O mais importante para mim era ter uma específica tese que eu queria apresentar ao meu leitor, usando os diversos casos que eu tinha lido como ilustrações de diferentes argumentos.

Dito isso, começarei a abordar os cinco temas que eu considero principais na tese de doutorado. Lembrem que a pergunta de pesquisa é: Como adaptar a intensidade do controle judicial às características da decisão administrativa

controlada e da instituição administrativa que prolatou aquela decisão? Tendo essa pergunta em mente você consegue entender cada um dos temas que eu menciono aqui.

O primeiro tema é o seguinte: quais são, nas diferentes jurisdições, os critérios que são adotados pelo juiz para determinar a intensidade do controle judicial? Que tipo de critério, que tipo de circunstância objetiva fará o juiz aplicar um controle mais ou menos intenso? Em diferentes países a orientação judicial diante dessas mesmas circunstâncias objetivas podem ser diferentes. Este é o primeiro ponto: quais são os critérios que são ponderados.

O segundo ponto é: qual é o procedimento que é utilizado pelo juiz para definir qual vai ser a intensidade do controle judicial? Note que o procedimento difere dos critérios; trata-se do procedimento específico no bojo do qual os eventuais critérios serão ponderados. Mas é preciso questionar em que medida o juiz está atento aos diferentes critérios e em que medida o procedimento deixa ele à vontade para ponderar os diferentes critérios. Se a minha grande preocupação envolve a adaptação do controle à riqueza dos fatos, eu preciso verificar em que medida o Direito está preparado para enfrentar essa riqueza dos fatos. É por isso que o primeiro ponto é quais *critérios* levar em consideração; o segundo ponto é qual é o *procedimento* – que pode ser mais ou menos aberto a essa riqueza.

A terceira questão é qual é o *número de modelos de controle* à disposição do juiz. O mais comum é que haja apenas dois modelos de controle: o modelo de controle intenso e o modelo de controle não intenso, que você pode chamar também de modelo de controle *deferente* e modelo de controle *não deferente* à Administração Pública. Mas, países vários, em determinados momentos de sua história jurisprudencial, tentaram oferecer ao juiz mais do que dois modelos específicos de controle. Tentaram oferecer ao juiz, por exemplo, três modelos diferentes, um extremamente deferente, outro só deferente e o outro não deferente. Ou, ainda, quatro, cinco modelos distintos de diferentes intensidades que o juiz deveria aplicar ao controle judicial. Como é que isso deu na prática é o que veremos no terceiro ponto.

O quarto ponto é o seguinte: há vários países que determinam que o juiz, dadas algumas circunstâncias, deve ser deferente às decisões adotadas pela Administração Pública. Em que medida, no entanto, o juiz obedece a essas doutrinas deferenciais? Vocês devem conhecer Chevron, dos Estados Unidos – a mais conhecida das doutrinas deferenciais –, que determina ao juiz americano que se o direito é ambíguo sobre determinadas circunstâncias, ao invés de criar uma solução ele mesmo, o juiz deve deferir à solução que foi criada pela Administração Pública. Ou seja, é a Suprema Corte dizendo



aos juízes de primeira e segunda instâncias que eles precisam ser deferentes às decisões da Administração Pública. Em que medida os juízes obedecem? O juiz de fato é deferente, ou na prática ele faz o controle que quiser? Essa é a quarta questão que nos interessa na tese.

A quinta e última questão que eu trouxe aqui é relativa às razões que explicam as diferentes orientações judiciais de cada jurisdição. Eu falei a vocês que, numa aproximação superficial, França e Itália, de um lado – mais interventivos – e Canadá e Estados Unidos, de outro – menos interventivos. Qual a explicação para isso? Será que há razão para que o juiz da França se sinta mais à vontade para controlar a Administração Pública do que o juiz dos Estados Unidos se sente, por exemplo? A gente precisa discutir esse tema também.

São esses os cinco temas que eu separei para vocês.

Pois bem. O primeiro tema consiste nos critérios substanciais levados em consideração para determinar a intensidade do controle judicial. É facilmente encontrada na doutrina e na jurisprudência de diversos países a seguinte tese: a natureza da decisão administrativa controlada deve influenciar a intensidade do controle que sobre ela se aplica. As relações seriam as seguintes: quando você, juiz, for controlar uma decisão de natureza técnica ou de natureza política, aplique um controle fraco sobre essas decisões, verifique apenas se a decisão foi razoável ao invés de verificar se a decisão foi correta. Essa é uma tese que algumas jurisprudências, alguns tribunais compram; outros não. A tese é que a Administração Pública estaria mais bem desenhada, mais bem adaptada para tomar decisões dessa natureza, por diferentes razões. Por exemplo, a ANATEL, de acordo com essa tese, estaria mais bem adaptada para tomar decisões relativas a regulação de telecomunicações do que o juiz que virá a controlar, depois, as decisões que ela vai tomar, seja porque se trata de decisões técnicas; porque essas decisões são mais bem compreendidas por essa instituição que é especializada naquele tema; porque ela é formada por pessoas que têm expertise naquele tema específico; ou porque ela está acostumada a tratar aqueles temas diuturnamente. Isso em comparação ao juiz, que tem uma formação jurídica mais generalista e que trata de temas mais variados, e, portanto, não é especializado naquele tema específico. É como se o juiz, deparando-se com uma decisão técnica da agência, dissesse “não vou controlar uma decisão apenas porque eu discordo dela, mas apenas quando eu as considerar irrazoáveis”.

O mesmo argumento existe em relação às decisões de natureza política, porque se considera que as entidades administrativas em geral teriam maior legitimidade democrática do que as entidades judiciais. Note bem, não se trata de dizer tão simplesmente que a autoridade administrativa tem legitimidade

democrática. Se trata de dizer que, comparativamente, ela tem maior aptidão ou maior legitimidade democrática, por uma série de características institucionais, por exemplo, relativas ao fato de que os mandatos são temporários, os nomeados são nomeados politicamente, normalmente a Administração Pública atua mais próxima do cidadão, e, portanto, tende a conhecer mais os anseios da população do que o juiz, etc.

Já quando se tratar de decisões de natureza jurídica, de natureza propriamente jurídica, não haveria razão para o juiz deferir para a Administração Pública, porque quem tem conhecimento e quem é bem desenhado institucionalmente para tratar de questões jurídicas, por exemplo, relativas à violação de direitos fundamentais, é o juiz. Assim, o juiz não teria nenhuma razão para, recebendo uma decisão da ANATEL relativa a direitos fundamentais, deferir àquela decisão, já que, comparativamente, a ANATEL não tem maior expertise ou maior conhecimento, ou não está mais institucionalmente bem preparada para enfrentar aquelas questões. Em suma, a tese é a de que quando chegar ao juiz uma determinada decisão administrativa para controlar, ele teria que ver qual a natureza daquela decisão; e dada a natureza daquela decisão, ele modularia a intensidade de acordo com essa natureza.

Bom, por que essa tese é relevante para a minha tese de doutorado? Porque o que está por trás dessa tese é uma tentativa de adaptar a intensidade do controle judicial às peculiaridades do caso concreto. É como se o juiz, ao decidir o hipotético caso da ANATEL mencionado acima com base nessa tese, deixasse de aplicar um controle judicial forte porque as características da decisão e as características das instituições envolvidas apontam para uma solução diferente – apontam para o fato de que o Legislativo teria desejado uma solução diferente. Vê-se que o que está no fundo é um argumento de adaptabilidade da modulação da intensidade do controle judicial. Essa tese tem recepção em diversas das jurisdições estudadas. Na verdade, historicamente, em *todas* as jurisdições estudadas.

Pois bem. No meu estudo do histórico jurisprudencial desses países, eu encontrei, em relação a essa tese, alguns problemas de aplicação. E essa me parece ser a parte mais relevante da minha tese, porque a tese de que decisões técnicas devem ser mais ou menos controladas, em si, é algo mais facilmente encontrável na doutrina do que o passo seguinte, que eu fiz, de analisar de que forma isso se deu na prática e que problemas isso gerou.

O primeiro problema que isso gera, claramente, é a dificuldade que o juiz terá de identificar a natureza de uma determinada decisão administrativa. A tese em si é clara, cristalina – se a natureza da decisão for técnica, aplica-se um controle fraco; se política, o controle é fraco; se for jurídica, é

forte. Mas, na prática, identificar a natureza de uma dada decisão administrativa é muito problemático, porque a maioria das decisões administrativas será caracterizada por uma multiplicidade de aspectos diferentes mais ou menos relevantes.

Imagine a situação, por exemplo, do CADE aplicando uma multa para uma empresa específica. Essa decisão pode ser considerada técnica na medida em que o que leva à aplicação dessa sanção é uma série de considerações técnicas sobre a atuação, a conduta daquela empresa, daquele mercado relevante, os impactos daquela conduta para o mercado etc. Essas são considerações técnicas. Por outro lado, quando você aplica uma sanção a uma empresa você está mexendo com o patrimônio daquela empresa, com circunstâncias jurídicas muito relevantes. Uma sanção implica um atentado ao patrimônio jurídico de uma determinada pessoa jurídica que não é negligenciável. Então, dizer simplesmente que a aplicação de uma sanção a uma empresa específica é uma decisão técnica é negligenciar que ela também pode estar muito marcada por aspectos jurídicos muito relevantes daquela empresa. Isso é importante pelo seguinte: passa a mensagem de que, na prática, o que o juiz terá que fazer quando receber a decisão não é identificar acriticamente a específica natureza de uma decisão administrativa, mas sim ponderar a relevância dos diferentes aspectos substanciais que aquela decisão tem. Ele terá que ponderar se a característica mais relevante é uma característica técnica ou uma característica jurídica. E, notem, esse procedimento é um procedimento muito mais complicado e um muito mais subjetivo do que a tese parece admitir.

Então, o primeiro ponto é mostrar – e eu mostro isso através de diversos casos nas jurisprudências desses diversos países – que a identificação da natureza daquela decisão administrativa controlada não é óbvia. Eu cheguei a encontrar decisões exatamente iguais na jurisprudência do Canadá e na jurisprudência da França, e na França a questão é considerada jurídica; no Canadá a questão é considerada técnica, justamente porque se tratava de uma sanção específica que a autoridade financeira aplicou. Exatamente igual, exatamente a mesma razão de aplicação da sanção, e é entendida por diferentes jurisdições e diferentes tribunais como detentora de uma natureza diferente. Então, se é verdade que as decisões possuem diferentes naturezas, é difícil sustentar a tese de que você tem uma específica intensidade de controle que você deve aplicar em uma determinada decisão sob pena de a intensidade daquele controle judicial não ser adaptada às circunstâncias do caso concreto. Essa é a primeira dificuldade.

Mas há uma segunda dificuldade que tem a ver com o fato de que você pode ter diferentes razões para aplicar uma intensidade diferente mesmo

em atenção às características do caso concreto. Veja bem, a tese diz que quando se tratar de uma decisão técnica você tem que controlar de forma fraca, porque o juiz não teria expertise sobre aquele assunto, entre outros argumentos. Mas, é possível encontrar na jurisprudência de alguns países o argumento contrário, segundo o qual, quando se tratar de decisões técnicas, é preciso que o Judiciário a controle com intensidade ainda *maior*, porque essas decisões, por serem técnicas, fogem ao escrutínio normal do cidadão, que não as compreende. E, portanto, se o cidadão já não controla a ANATEL, porque não entende de regulação de Telecom, se o Judiciário não controlar, ninguém controla. Então, notem bem que esse é um argumento que não desconsidera as circunstâncias do caso concreto, mas apenas pondera as circunstâncias do caso concreto de uma forma diferente da que a tese pondera. Assim, não é possível dizer que o sujeito que decide controlar as decisões técnicas de um modo intenso desconsiderou completamente as características do caso concreto ou aplicou um controle inadaptado – talvez ele apenas pondere que o controle adaptado à decisão administrativa daquela natureza é outro, por outras circunstâncias.

Também se pode justificar o controle técnico, mais intenso sobre decisões técnicas, por outras razões. Em um trabalho anterior que escrevi, a minha dissertação de mestrado, observei as decisões do CADE quando o conselho faz um controle do *lobby* por regulação anticompetitiva, isto é, dos casos em que o regulado faz um lobby para o regulador, para pedir uma regulação que o proteja e que prejudique os seus concorrentes. O CADE tende a ver situações como essas e dizer: “isso deve ser sancionado sob o direito da concorrência”, porque o CADE tem a visão de proteção da concorrência. Acontece que o CADE negligencia outros aspectos da decisão para os quais talvez ele não tenha tanta expertise. Por exemplo, no caso do lobby por regulação de competitiva, se você sanciona esse lobby, você gera um desincentivo a que as diferentes pessoas levem aos reguladores os seus anseios e a suas formas de ver o mundo para que o regulador tenha as informações de que ele precisa para poder regular. Note que o argumento aqui é o seguinte: talvez seja preciso que as instituições especializadas recebam o controle de instituições generalizadas como forma de corrigir a *visão de túnel* que elas têm – no caso do CADE, a visão de túnel que vê o mundo sob as lentes do direito da concorrência; ou a visão que leva a ANATEL a ver o mundo sob as lentes da regulação de Telecom. Há outras coisas relevantes que impactam a regulação de Telecom, ou as matéria relativas ao direito da concorrência.

É dizer, se decisões do tipo são tomadas apenas pela instituição especializada, ela tenderá a aplicar uma decisão que é totalmente enviesada para aquele bem jurídico que ela foi criada para tutelar, mas, ao fazer isso,

ela pode violar outros bens jurídicos que são relevantes. Então, talvez fosse importante que quando o CADE faz um controle sobre o *lobby* por regulação de competitiva, tenha depois um juiz que venha dizer ao CADE, por exemplo, que “isso realmente é ruim para a concorrência, mas é bom para o sistema político.” O *lobby* é, de certa forma, protegido pelo direito brasileiro, na medida em que se trata, para alguns, de uma aplicação do direito de petição, embora isso seja controverso. O ponto é que, por mais que algo gere riscos à concorrência, ele pode ter que ser protegido para a proteção de uma outra finalidade jurídica. Veja que aqui eu estou dando uma outra razão que pode levar você a aplicar o controle forte sobre decisões técnicas, não porque você não atentou às circunstâncias do caso concreto, mas precisamente porque você atentou às circunstâncias do caso concreto e a ponderação dessas circunstâncias são diferentes das considerações que são feitas na tese inicial - e que é bastante difundida.

Essa é a primeira parte da tese, os primeiros dois capítulos são esses. O primeiro capítulo apresenta a tese e as justificativas para ela, e o segundo capítulo apresenta as dificuldades para a aplicação dessa tese. E, com isso, a primeira conclusão é: *não há uma maneira única e específica de adaptar a intensidade do controle judicial às circunstâncias do caso concreto*. As diferentes jurisdições encontram diferentes maneiras de adaptar, e você pode optar por uma, ou por outra, sem que necessariamente se possa dizer que você aplicou uma decisão que não é adaptada ao caso concreto. Esse é o primeiro ponto, talvez o ponto mais amplo, ligado aos critérios que o juiz pondera na hora de decidir a intensidade do controle que ele aplica.

O segundo ponto tem a ver com o procedimento. Qual é o procedimento que o juiz utiliza para definir qual vai ser a intensidade do controle que ele vai aplicar? Qual é a relevância disso? Veja bem, se o que se quer é adequar a intensidade do controle às características do caso concreto, é preciso – pelo menos em tese –, que o procedimento aplicado pelo juiz seja poroso a essa complexidade, esteja aberto à ponderação dessas diferentes características. O juiz, portanto, precisa estar autorizado pelo Direito a ponderar essas diferentes características no âmbito da sua decisão sobre a intensidade do caso concreto, caso contrário, talvez o controle dele não seja tão bem adaptado.

Pois bem. Em relação ao procedimento de definição da intensidade do controle judicial, eu encontrei um dilema no histórico jurisprudencial das jurisdições que eu estudei. Um dilema entre sofisticação e operacionalidade. Algumas jurisdições cederam ao canto da sereia da sofisticação, e obrigaram os seus juizes a passar por esse procedimento sofisticado na hora de definir a intensidade do controle. Outros países, ao contrário, optaram por

um procedimento bastante simples, basicamente binário, normalmente de discricionariedade e vinculação, e, portanto, optaram por uma solução operacional, e não uma solução sofisticada. E o histórico jurisprudencial desses países demonstra que quem tentou ser sofisticado demais ao longo dos anos percebeu que ser sofisticado demais é muito custoso, é muito problemático, demora-se muito para decidir qual é a intensidade do controle. E esses países que adotaram soluções assim terminaram por reformar ao longo do tempo a sua orientação jurisprudencial.

E o que que aconteceu com os países que adotaram a solução mais simples? Aconteceu o problema contrário: eles foram levados a enfrentar a complexidade do mundo com aquele sistema binário simples, e viram que o mundo não se encaixava nele. E aí vários deles reformaram os seus procedimentos de definição da intensidade do controle judicial para adequá-lo, torná-lo mais sofisticado, para poder receber melhor o mundo.

Especificamente, como foi que isso aconteceu? O país que adotava o sistema mais sofisticado era o Canadá. O Canadá tinha, em determinado momento da sua história jurisprudencial, a obrigação, de acordo com a orientação da Suprema Corte, de que os juízes aplicassem um teste chamado pragmático e funcional. Basicamente, consistia em um teste de quatro fases que o juiz devia aplicar para o fim de definir se o controle seria intenso ou não intenso. O teste determinava que se levassem em consideração a natureza da decisão, a expertise da autoridade controlada, entre outros fatores. Ou seja, o juiz passava um tempão só para definir qual era a intensidade do controle. E o que muita gente observava, ironicamente, é que algumas decisões dos juízes eram mais longas na parte de definir qual era a intensidade do controle do que na parte em que efetivamente se controlava a decisão administrativa.

Essa ironia, essas considerações de que aquele procedimento era muito complicado, levou o Canadá, em 2008, a reformar a sua jurisprudência. Naquele ano, o Canadá decidiu que ia para um sistema mais simples. Na decisão *Dunsmuir*, decidiu-se passar para um modelo com apenas dois passos. Então, vejam vocês, quando se tentou adotar um procedimento muito sofisticado e que fosse poroso às diferentes circunstâncias do caso concreto que poderiam implicar um maior ou menor controle, mais intenso ou menos intenso, isso levou a uma situação em que era muito custoso e que, portanto, a orientação jurisprudencial foi adaptada. Esse é o primeiro ponto.

O que que aconteceu nos outros países? Considere-se o caso da Itália. Basicamente, com a chegada de uma decisão administrativa para controle pelo juiz italiano, ele fazia uma pergunta simples: “essa decisão é vinculada ou discricionária?” Se a decisão tivesse sido tomada no exercício de competência

discricionária, o controle era fraco; se tivesse sido tomada no exercício de competência vinculada, aí o controle seria forte.

Aos poucos, foi chegando ao juiz uma série de decisões, especialmente da autoridade antitruste italiana, que não se enquadravam bem no conceito nem de vinculação nem de discricionariedade, ao menos não nos conceitos clássicos italianos de vinculação e discricionariedade. Eram decisões tomadas não porque a lei dizia que a Administração tinha diferentes opções, mas com base em conceitos jurídicos indeterminados que davam espaço ao administrador para tomar diferentes decisões de acordo com a ponderação que ele fizesse do caso concreto e de acordo com a sua expertise técnica. Como forma de tornar o procedimento um pouco mais complexo e melhor refletindo a realidade, os juízes italianos criaram a terceira categoria chamada de *discricionariedade técnica*. Quando a decisão chegasse eles podiam decidir se agora eles iam aplicar o controle como se fosse uma decisão vinculada, uma decisão discricionária ou uma decisão tecnicamente discricionária.

Em 1999, após críticas da doutrina, o Conselho do Estado decidiu acabar com o controle de discricionariedade técnica. Mas passaram-se três, quatro anos e o Conselho viu que não tinha condições de manter o modelo anterior, porque continuavam chegando decisões muito complexas e ele não conseguia decidir sem um terceiro gênero. Ele criou, então, mais um gênero chamado *avaliações técnicas complexas*. Veja, acabou a discricionariedade técnica e chegou a avaliações técnicas complexas, e, de novo, a Itália passou a ter um procedimento trinário. De novo, houve grita da doutrina, da jurisprudência, e acabou que a Itália voltou à binariedade atual, em que, em tese, se continua aplicando apenas discricionariedade e vinculação.

Note que os diferentes esforços que se viram nesses países para simplificar ou para complexizar o procedimento de controle levaram, na prática do histórico jurisprudencial, a problemas, e é o dilema que eu me refiro no artigo que vocês leram antes desta aula como o dilema entre o *prêt-à-porter* e a alta costura. O *prêt-à-porter* é aquela roupa mais simples, mais barata que você faz bilhões de peças e todo mundo veste, ninguém vai vestir perfeitamente, mas a peça é barata. Por outro lado, se você quer uma peça extremamente adequada ao seu corpo você vai ter que pagar mais caro por ela. É exatamente o dilema que há entre o controle mais sofisticado e um procedimento menos sofisticado de controle. Se você quer adequá-lo às circunstâncias do caso concreto, se você quer torná-lo sofisticado a esse ponto, prepare-se para pagar o preço para isso. Significa mais tempo de a questão sendo discutida no Judiciário, mais questões polêmicas que geram sobre isso etc. Então, é preciso estar atento ao tanto de sofisticação que uma determinada jurisdição quer comprar.

O objetivo da tese, aqui, não era dizer que a solução melhor é a solução sofisticada ou é a solução simples, mais operacional. O importante era levantar, nesse momento da tese, a consideração de que a jurisdição precisa fazer uma análise sobre o tanto de complexidade que se quer comprar efetivamente. Essa é a segunda parte da minha tese.

Passo para a terceira, que tem a ver com o terceiro momento de definição da intensidade do controle. Note que o primeiro momento é: quais os critérios que você vai considerar? O segundo momento é: no âmbito de qual procedimento? E o terceiro momento é: quantas diferentes intensidades você terá, como juiz, com as quais você pode trabalhar? Quantos diferentes modelos de intensidades há que você pode escolher aplicar?

Por que isso é relevante? Ora, se a pergunta de pesquisa é “quão adaptado é a intensidade do controle judicial às circunstâncias do caso concreto?”, já que o caso concreto é bastante complexo, em tese você teria que ter uma paleta enorme de possíveis intensidades que o juiz pudesse aplicar. Num mundo perfeito, num mundo altamente sofisticado, o juiz deveria poder aplicar, por exemplo, uma intensidade de 10% dadas as características do caso concreto, ou dadas as características do caso concreto uma intensidade de 37%. Pode parecer exagerado, mas isso foi tentado por algumas jurisdições.

Basicamente, as hipóteses são três: ou se tem a hipótese mais clara, que é o sistema binário, e, portanto, o juiz só poderia ponderar entre o controle forte ou fraco; ou se tem o sistema trinário, que é o controle fraco, o controle muito fraco e o controle forte, e o juiz, depois de ponderar todas as circunstâncias, pode optar entre três modelos de intensidade diferente; ou um sistema sem pontos fixos, um espectro de infinitudes possíveis de intensidades, que também é bastante frequente e chegou a acontecer em diversas jurisdições como Estados Unidos e Canadá. O sistema trinário, por exemplo, no Canadá, era composto pelos modelos de controle de *correção*, pelo qual só seriam mantidas as decisões que os juízes considerassem *corretas* – esse é um controle forte –; *controle de razoabilidade*, com o qual só são controladas e anuladas as decisões irrazoáveis; e o *controle de irrazoabilidade manifesta*, segundo o qual só seriam anuladas as decisões que fossem manifestamente irrazoáveis. Note que o sistema trinário pede ao juiz que, se ele considerar irrazoável aquela decisão específica que ele deve controlar, mas não *manifestamente* irrazoável, ainda assim ele deve deixar a decisão passar, isto é, validá-la. Notem bem as dificuldades de aplicar algo do tipo.

Na prática, nos momentos em que o juiz era instado pela orientação jurisprudencial a aplicar uma paleta de controle maior do que duas possibilidades, ele simplesmente não conseguia. Em uma série de decisões, o juiz admite não



entender a diferença entre manifestamente irrazoável e irrazoável. Então, há uma certa dificuldade do juiz de aplicar essas nuances teóricas sofisticadas. A ideia é que aqui, talvez, algo que é interessante do ponto de vista teórico na prática se revela de impossível aplicabilidade.

Todos os países que tentaram aplicar sistemas mais sofisticados do que o binário falharam, pelo menos na análise que eu fiz. Esse foi o único momento da tese em que eu me permiti fazer uma sugestão peremptória, e dizer: “se a ideia é adaptar a intensidade do controle judicial, não parece ser adequado fazer isso no momento de escolha do modelo de controle específico. Parece que, para esse momento específico, é melhor adotar o sistema binário. E, se você quiser consagrar algo mais complexo, sofisticar a definição do modelo de intensidade de controle, faça isso nas fases anteriores.” Ao menos nas jurisdições que eu estudei, não se verificou nenhuma vantagem em se adotar um modelo trinário, ou um modelo de diferentes intensidades ou infinitas possibilidades de intensidade. Esse foi o único momento da tese em que eu dei uma sugestão – em todos os outros, meu objetivo era dizer às pessoas que me lerem o que eu encontrei, possibilitando a quem for o responsável por tomar a decisão relativa à intensidade do controle judicial, como juízes e políticos, tomarem uma decisão.

O quarto ponto é uma análise empírica sobre a obediência dos juízes aos modelos deferenciais de controle. Por exemplo, a doutrina Chevron dos Estados Unidos, que é a mais conhecida, é uma decisão da Suprema Corte de 1984 que diz ao juiz: “se lhe chegar uma questão, uma decisão administrativa tomada com fundamento em uma legislação que não definiu aquela questão previamente, então o que você juiz vai fazer ao controlar não é fingir que existe uma solução específica no Direito para aquela questão, mas apenas ver se a solução que a Administração Pública adotou com base naquele direito indeterminado é razoável.” Então, segundo a decisão Chevron, a primeira coisa que o juiz deve se perguntar é: o direito é claro? Se está claro o que o direito queria com aquela decisão e a decisão administrativa diferir do que o direito queria, é possível anular. Se o direito não for claro, e se, portanto, a Administração criou a solução a partir de um direito indeterminado, aí o juiz não deve impor a sua própria criação, mas respeitar a criação que foi feita pela Administração Pública e apenas anulá-la se ela for irrazoável. Note, portanto, que é uma orientação que a Suprema Corte passa para os juízes inferiores no sentido de ser deferente às decisões da Administração Pública tomadas no contexto de indeterminação jurídica.

Em que medida o juiz de fato respeita isso? Os juízes aplicam esse controle deferente ou simplesmente desconsideram essa orientação jurisprudencial e

aplicam o tipo de controle que eles quiserem? Há, em primeiro lugar, uma objeção teórica sobre o assunto. Há quem diga que as pessoas e os juízes não são capazes de fazer essas análises tão sofisticadas, relativas à razoabilidade de uma determinada decisão. De acordo com essas pessoas, não é possível pedir a um juiz que avalie se uma decisão que ele considera correta é, ainda assim, razoável. Argumenta-se que esse é um juízo psicológico impossível, pois o sujeito que acha que a decisão é incorreta não seria capaz de validá-la em um juízo de razoabilidade. E, portanto, de acordo com essas objeções teóricas, o sujeito seria levado a controlar todas as decisões com as quais ele discorde independentemente de qual era a orientação jurisprudencial.

As objeções empíricas são mais interessantes. Tem-se, por exemplo, um estudo específico do professor William Eskridge Jr., da Universidade Yale, em que ele reuniu todos os casos da Suprema Corte de 1984, que é a data da decisão *Chevron*, até 2007, que é o ano em que ele publicou o artigo, e analisou todas as decisões que estavam no âmbito da orientação doutrinária de *Chevron*, para definir como é que os juízes se comportavam.<sup>2</sup> Então, ele analisou, se eu não me engano, cerca de mil e cem decisões, leu todas elas e as codificou, além de classificar todos os ministros da Suprema Corte (*justices*) de acordo com as suas ideologias. De que forma ele fez isso? Ele verificou quem foi que nomeou esses sujeitos; aqueles juízes que foram nomeados por presidentes republicanos eram considerados juízes conservadores; aqueles juízes que eram nomeados por presidentes democratas, eles eram considerados liberais. Por exemplo, o Anthony Kennedy e o Scalia, que foram nomeados pelo Reagan, foram considerados conservadores; o Breyer, que foi nomeado pelo Obama, é considerado liberal. Além disso, ele pegou todas as decisões tomadas pelas agências e as classificou como mais próximas de uma posição política conservadora ou mais próximas de uma posição política liberal, codificando-as. Ele fez isso para verificar se o sujeito que é conservador tende a manter decisões mais conservadoras, e se o sujeito que é liberal tende a manter mais decisões liberais, e o que ele encontra é exatamente isso. Então, por exemplo, o Brennan, que é liberal, tende a considerar que as decisões liberais tomadas pelas agências reguladoras são razoáveis em 81% dos casos, e as mantêm. Quando se trata de decisões conservadoras, ele só acha que são razoáveis 36% das decisões.

<sup>2</sup> V. ESKRIDGE JR., William; RASSO, Connor. *Chevron as a Canon, Not a Precedent: An Empirical Study of What Motivates Justices in Agency Deference Cases*. *Columbia Law Review*, v. 110, pp. 1727-1810, 2010.

O que o Eskridge está querendo apontar aqui? Ele está querendo demonstrar que, por mais que exista uma orientação para ser deferente às decisões administrativas, quando a decisão administrativa vai contra as nossas convicções ideológicas, não conseguimos identificar se ela é razoável ou não; simplesmente aplicamos a nossa ideologia. A régua que aplicamos para definir se as decisões do Bolsonaro são razoáveis, ou não, tem muito a ver com o que a gente pensa do próprio Bolsonaro e com a posição ideológica que nós temos. Enquanto um sujeito que se identifique ideologicamente com ele pode considerar que certa decisão foi razoável, outros, com visões de mundo diferentes, podem entender que não foi razoável. A pesquisa de Eskridge revelou que a diferença entre as porcentagens de um e de outro ministro chega a ser 46% em relação ao que eles consideraram.

E por causa de estudos desse tipo, que mostram o impacto da ideologia sobre as decisões e sobre as identificações de razoabilidade de uma decisão administrativa, há autores que defendem abandonar teorias deferenciais como *Chevron*, abandonar a ideia de dizer ao juiz que mantenha decisões razoáveis. Essa é a posição, por exemplo, de Adrian Vermeule, de Harvard, que defende que simplesmente se diga aos juízes: “tome a decisão que você considera mais correta”, e será possível ser mais ou menos deferente à agência estabelecendo uma regra diferenciada de votação.<sup>3</sup>

Então, por exemplo, para a Suprema Corte, que são nove ministros, a gente pode considerar que quando se tratar de controle de agências especializadas, para anular a decisão serão necessários sete votos, e não apenas cinco, que é a maioria. O que o Vermeule está dizendo é: dado que os juízes não conseguem, eles mesmos, dizer quando a decisão é razoável, a gente vai extrair a razoabilidade a partir do agregado de votos relativos à aquela decisão. Quando uma decisão atinge sete votos dizendo que ela é irrazoável, é porque provavelmente ela é irrazoável. Então, diz o Vermeule, ao invés de dizer ao juiz: “anule quando for irrazoável”, diga a ele: “faça o que você quiser; a gente vai conseguir ser deferente, pelo agregado de votos”. É essa a posição do Vermeule, que vocês podem considerar positiva ou negativa. Tem um artigo dele chamado “*Chevron as a Voting Rule*”, que é um artigo em que ele e um outro autor (Jacob Gersen) apresentam essa tese, que é bastante polêmica. Basicamente, esse tipo de teoria deferencial com base em regras diferenciadas de votação só funcionaria em tribunais com muitos juízes. É que aí é possível modular sete votos, seis votos, dependendo do tanto de deferência que você

<sup>3</sup> VERMEULE, Adrian; GERSEN, Jacob. *Chevron as a voting rule*. *The Yale Law Journal*, v. 116, pp. 676-731, 2007.

queira. Se se trata de painéis de três juízes, não tem muita modulação possível; a única modulação possível é você passar de exigência de dois votos - que é a exigência de maioria - para exigência de três votos. Então, há pouco espaço para fazer essa sofisticação que o Vermeule propõe.

Por outro lado, não é muito evidente que Chevron não tenha de fato uma aplicabilidade relevante, porque, se você vir as faixas de manutenção das decisões administrativas especializadas, elas são razoavelmente altas para todos os ministros. Então, por mais que seja verdade que um ministro ou outro vai pender um pouco mais para a decisão que é concordante com a sua própria ideologia, na prática, os juízes são relativamente deferentes; a maioria das porcentagens de deferência dos juízes são altas. E, veja bem, os casos que chegam à Suprema Corte são os casos mais difíceis e mais relevantes. Então, Chevron também pode ter atuado no momento anterior, com um efeito dissuasório importante. Muita gente pode deixar de levar uma questão à Suprema Corte americana ou ao Tribunal Supremo de qualquer país, porque sabe que, dada a orientação deferencial daquele país, aquela decisão não vai passar. Meu ponto é: parece um pouco forçado olhar para esses números e dizer “Chevron não é relevante”; o importante é que você seja menos exigente com Chevron. Chevron não vai acabar com toda a subjetividade sobre a aplicação do controle judicial, ele vai atuar na margem. E é isso mesmo que o Direito faz, o Direito atua sempre na margem: produz sempre soluções não totalmente ótimas, mas que podem ser consideradas melhores do que um estado de coisas sem aquela decisão específica.

Essas são as considerações que eu faço para teorias deferenciais, e aí eu passo para o último ponto, que tem a ver com as razões para as diferentes orientações judiciais de cada jurisdição. Eu disse lá no início que o Canadá e os Estados Unidos têm orientações comparativamente mais deferenciais, menos interventivas da Administração, enquanto França e Itália, comparativamente, intervêm mais sobre a Administração Pública. Qual é a razão para isso? Eu analisei algumas diferentes explicações. Essa é a parte da tese em que eu admito que eu estou sendo completamente ensaísta: não tem como de fato chegar a uma conclusão precisa sobre isso, mas me pareceu relevante levantar algumas considerações sobre o tema.

A primeira é que a explicação mais difundida para essa diferença de orientação não me parece se sustentar. A explicação mais difundida é a seguinte: França e Itália são menos deferentes à Administração Pública porque eles possuem uma jurisdição administrativa específica, possuem juízes administrativos, pessoas que tiveram a mesma formação que tiveram os administradores públicos e que atuam diuturnamente controlando a Administração Pública.

É natural que esses juízes administrativos, portanto, se sintam mais à vontade para intervir nas decisões administrativas do que juízes generalistas, que são chamados, entre outras coisas, a solucionar questões relativas ao Direito Administrativo. Essa é a explicação mais corrente. Então, quando as pessoas querem explicar por que a França é bastante interventiva eles vão dizer: “é natural que seja interventivo se tem um juiz administrativo que só faz isso da vida, se ele normalmente foi formado do mesmo jeito que o administrador público foi”. A França tem uma formação acadêmica bastante rígida. Normalmente, o juiz administrativo faz *École Nationale d'Administration* (ENA), que é a mesma formação que o sujeito que faz Administrativo, que depois vai ser administrador público, ou vai ser diretor de agência, faz. Então, não sendo uma formação diferente, não teria muitas razões para ele deferir para aquele sujeito se ele tem o mesmo conhecimento, digamos assim.

Eu acho que essa razão, embora seja a mais difundida, não se sustenta, por duas razões. A primeira razão é a seguinte: por mais que esses sujeitos tenham a mesma formação, eles não têm a mesma atuação prática. O sujeito que está o dia inteiro tratando com regulação de telecomunicações, e só vê isso, tem a visão da regulação de telecomunicações que o juiz não tem, mesmo que seja um juiz que trata bastante de Administração Pública. Além disso, as características institucionais da agência, por exemplo, de telecomunicações, – que é mais próxima do público, dos problemas daquele setor –, faz dele pelo menos relativamente mais bem informado do que o juiz. E meu ponto é, portanto, que, se é verdade que quando se tem um juiz administrativo, uma jurisdição administrativa, reduzem-se as razões pelas quais teoricamente seria importante defender a deferência à Administração, não se as elimina; essas razões seguem existindo. Essa é uma objeção teórica.

A objeção empírica me parece mais relevante, e ela é a seguinte: se de fato a explicação para a França e para a Itália serem mais interventivas fosse o fato de que ali o controle é realizado por juízes administrativos, nas hipóteses em que o controle da Administração Pública é realizado nesses países pelos juízes ordinários, eles deveriam ser mais deferentes. A legislação prevê uma série de hipóteses em que o controle da Administração Pública na França se dá não pelos juízes administrativos, mas pelos juízes ordinários, ou juízes judiciários, como eles chamam. E, nessas hipóteses, o juiz é ainda mais interventivo do que o juiz administrativo. Então, a explicação não pode ser a de que você tem um controle mais intenso porque o controle é feito por juízes administrativos. Essa é a minha objeção.

E eu levantei uma outra hipótese – que eu também não tenho como provar, mas me parece interessante que seja discutida –, que é o fato de que as

diferentes orientações jurisprudenciais do país são a função, são o resultado do tipo de Direito e do tipo de formação jurídica que é feita naqueles países. Então, eu especulo que, por exemplo, a importância do realismo jurídico em algumas jurisdições tende a fazer os juizes mais conscientes de suas limitações, e que, portanto, tendem a ser mais deferentes à Administração Pública. Essa é uma especulação que é largamente baseada no fato de que as decisões que estabeleceram as orientações jurisprudenciais deferentes nos Estados Unidos e no Canadá tiveram uma clara marca realista. No Canadá, por exemplo, o ministro da Suprema Corte mais relevante para fins de estabelecimento dessa orientação, que foi o Frank Iacobucci, era um dos mais famosos realistas canadenses, e foi o responsável pela decisão que disse “precisamos saber que em alguns momentos o Direito não decide algumas questões, e que, portanto, dizer que o Direito decide é manipular a verdade das coisas e não ser honesto com o público”. Nesses casos em que o Direito não decide e que a Administração está criando uma solução, a gente não deve criar a nossa solução, mas apenas ver se a decisão tomada pela Administração Pública é razoável. Esse mesmo pendur realista é muito claro nas decisões americanas que estabeleceram a orientação deferencial. É muito claro ver traços disso, frases de Chevron que demonstram essa orientação realista; e o realismo teve um impacto mais forte nesses países do que teve na França e na Itália.

Já na França e na Itália, a gente tem uma tradição jurídica muito mais próxima da tradição jurídica brasileira, por exemplo, que é uma tradição mais dogmática, mais fechada no próprio Direito. Mais pura, por assim dizer. A formação jurídica mais jurídica, e menos multidisciplinar. E isso tenderia a gerar juizes menos conscientes das limitações da sua visão do mundo e, portanto, menos deferentes às soluções que são dadas por quem tem uma formação diferente. Isso é só uma especulação, eu não sou a favor dessa tese, mas eu a apresento como uma alternativa à explicação mais difundida, que me parece falha.

No todo, a minha intenção com a tese não era dizer quais eram as melhores soluções relativas à intensidade do controle judicial. Eu não queria sugerir que um determinado tipo de controle deve ser aplicado em determinado caso. O que eu queria oferecer ao leitor era um inventário de soluções e um inventário de consequências dessas diferentes soluções que eu achei na minha pesquisa, para que as pessoas que serão em última análise responsáveis, por exemplo, no Brasil, pela definição do tanto de controle que se deve aplicar em diferentes decisões, possam tomar essa decisão de modo informado. Então, menos do que dizer ao juiz brasileiro ou ao legislador brasileiro “é assim que você deve controlar a Administração Pública complexa”, o que eu quis dizer a ele foi: “diferentes países adotaram diferentes estilos de

adaptação na intensidade do controle às características do caso concreto, e essas diferentes soluções produziram diferentes consequências. Agora, dado que você sabe disso, tome a decisão que parecer mais adequada ao contexto brasileiro, dado o direito brasileiro e dadas as circunstâncias específicas históricas e sociais brasileiras.”

Notem bem que circunstâncias históricas específicas podem justificar que se aplique sobre a Administração Pública um controle mais intenso do que o que se aplicaria em outros países com outras circunstâncias históricas. Por exemplo, é possível que você justifique o controle mais intenso da Administração Pública no Brasil sob o argumento de que é um país recém-saído de um período de abusos frequentes da Administração Pública, e que, portanto, teria que estar sob uma lupa maior do poder judiciário. Isso é uma justificativa baseada em uma ponderação histórica e, portanto, baseada também na análise de circunstância do caso concreto. Então, e para finalizar, minha intenção era menos dizer como deve ser, e mais expor o que eu encontrei na minha pesquisa para que quem vá definir como vai ser possa tomar essa decisão de modo informado. Muito obrigado.





## LA DYNAMIQUE DE LA DÉFÉRENCE: CRÉATION ET ÉVOLUTION DES MODÈLES AUTO-RESTRICTIVES DE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DANS LE DROIT COMPARÉ<sup>1</sup>

### INTRODUCTION

De nombreuses études comparent l'intensité du contrôle des juges de différentes nationalités sur les décisions de l'administration publique.<sup>2</sup> Les données produits permettent d'identifier une variation dans le degré du « déférence »<sup>3</sup> juridictionnel aux décisions administratives, en révélant des orientations plus ou moins interventionnistes des juges d'un pays donné, face à ses collègues étrangers.

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 2, p. 111-135, 2015.

<sup>2</sup> V., par exemple, O. Essens et alli, *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009; Z. Li, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine: éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Bruxelles, Bruylant, 2010; R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration: Etude de droit administratif comparé*, Paris, Dalloz, 2005; B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti: il judicial review sulle amministrative agencies*, Padova, Cedam, 2005.

<sup>3</sup> Dans ce travail, le terme « déférence » dénote une *attitude ou un positionnement respectueux*, une *orientation auto-restrictive* de juges ou juges spécifiques. Dans ce sens, affirmer qu'un juge a appliqué la « déférence » dans le contrôle juridictionnel d'une décision de l'administration publique signifie que le juge a considéré la solution administrative avec du *respect*. Plus précisément, cela signifie que le juge n'a pas considéré *directement* la question juridique (ou, par exemple, qu'il n'a pas interprété *directement* la législation en cause), mais qu'il a considéré uniquement le *caractère raisonnable, cohérent, logique*, de la décision ou interprétation adoptée par l'autorité administrative. Cela se produit (ou du moins devrait se produire) lorsque les juges appliquent des modèles déférents de contrôle juridictionnel, comme celui du caractère raisonnable au Canada, ou le contrôle faible en Italie, le contrôle restreint en France, ou la doctrine Chevron aux Etats Unis. Dans le sens ici déployé, la déférence n'implique pas nécessairement le maintien de la décision administrative: en utilisant n'importe quel des modèles énumérés ci-dessus, il est possible que le juge conclue au final que la décision administrative *n'a pas été*, par exemple, raisonnable, ou permmissible, ou cohérent, ou logique – et qu'il décide de l'annuler. Même dans ces cas, il y aurait eu de la déférence juridictionnelle, du moins selon ce sens d'« attitude respectueuse ».

Le fait est que la majorité de ces études adopte une perspective *statique* : elles révèlent des différences *actuelles, courantes* des orientations jurisprudentielles. Cet article propose une perspective différente pour affronter la même problématique : l'examen de la *dynamique* de l'intensité du contrôle juridictionnel, par le biais d'une approche historique sur la *création* et l'*évolution* des modèles déférentiels de contrôle de quatre systèmes juridiques (France, Italie, Etats-Unis et Canada). La perspective historique ou dynamique permet une compréhension plus complète (et plus fiable) de l'orientation adopté par chaque pays en ce qui concerne la relation entre le juge et les autorités administratives.

D'un côté, l'attention à l'évolution jurisprudentielle, surtout dans les droits canadiens et français, laisse transparaître que la position juridictionnelle auto-restrictive peut avoir des *significations historiques* très distinctes. La création d'un modèle de contrôle déférent ne sert pas toujours à exprimer un mouvement de rétraction juridictionnelle; elle peut aussi (contra-intuitivement) servir à rendre viable un *élargissement* de l'intervention juridictionnelle, dans des domaines qui ne relevaient d'aucun contrôle auparavant.

D'un autre côté, la perspective dynamique accentue la façon par laquelle le modèle de contrôle déférent a fait l'objet d'évolutions différentes dans les systèmes juridiques étudiés: dans certains, il a été fortement disséminé, au point de constituer le modèle de contrôle juridictionnel « standard »; dans d'autres, il se trouve en plein déclin, en laissant de la place au contrôle juridictionnel non déférent.

L'article est consacré à ces deux analyses. En premier lieu, nous traiterons des raisons historico-jurisprudentielles de la *création* du modèle de contrôle juridictionnel déférent (2.1). En second lieu, nous nous pencherons sur l'analyse de l'*évolution* du modèle (2.2).

## 1. LES CIRCONSTANCES HISTORIQUES DE LA CRÉATION DES MODÈLES DÉFÉRENTS

Tout d'abord, il convient d'exposer les circonstances qui, dans chaque juridiction, ont conduit à la création d'un modèle de contrôle déférent. Dans l'hypothèse la plus intuitive, ce modèle de contrôle implique un mouvement de *rétraction juridictionnelle*. Dans ce sens, sa création permettrait de restreindre un contrôle juridictionnel qui était trop intense auparavant (1.1.1). Mais il existe une seconde hypothèse, moins évidente: celle selon laquelle la création d'un modèle de contrôle juridictionnel déférent sert à permettre l'*élargissement* de l'intervention juridictionnelle, dans des domaines qui n'étaient soumis à aucun contrôle auparavant (1.1.2).

## 1.1. L'hypothèse intuitive: le modèle déférent comme instrument de rétraction juridictionnelle

L'hypothèse intuitive trouve une illustration très claire au Canada (1.1.1.1) et des illustrations un peu moins évidentes aux États Unis et en Italie (1.1.1.2).

### 1.1.1. L'illustration parfaite du droit canadien

En droit canadien, la création du premier modèle déférent de contrôle (le modèle du caractère manifestement déraisonnable) traduit un mouvement évident de *rétraction* juridictionnelle; elle implique un développement dans la direction d'un contrôle *moins intense* que celui qui avait lieu précédemment. Ce modèle de contrôle a été créé sous l'affaire CUPE, en 1979<sup>4</sup>. L'initiative correspond à une réaction de la Cour suprême vis-à-vis d'une attitude progressivement interventionniste des organes juridictionnels inférieurs<sup>5</sup>.

La situation avait conduit à une claire insatisfaction de l'administration publique et du Parlement. En guise de réponse, le Parlement avait renforcé la promulgation de législations contenant les dénommées « clauses privatives », qui sont des dispositions tendant à restreindre l'intervention juridictionnelle. Ces clauses établissaient, par exemple, que les décisions d'une autorité administrative donnée étaient « finales et conclusives » ou les excluaient de façon directe et explicite du contrôle juridictionnel. Mais cette intervention du Parlement n'avait pas engendré l'effet souhaité. Les juges se sont mis à contourner cet obstacle par le biais de l'interprétation selon laquelle les clauses privatives ne couvraient pas des « questions juridictionnelles », lesquelles seraient toujours soumises à un contrôle juridictionnel non déférent<sup>6</sup>. Par la suite, les questions juridictionnelles ont été interprétées de manière large, servant de fondement théorique dont le mouvement juridictionnel avait besoin.

<sup>4</sup> Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227.

<sup>5</sup> D. J. Mullan, « Recent Developments in Administrative Law--the Apparent Triumph of Deference! » (1998) 12 Can. J. Admin. L. Prac. 191, 192.

<sup>6</sup> B. Langille, « Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility » (1986), 17 R.G.D. 169, 189-190: « Insofar as a privative clause stood in the way of the Court's inflicting their own views upon the parties the « comforting conceptualism of jurisdiction » offered a right of passage into forbidden territory. (...) What is crucial is that the bottom line was a major invasion by the courts of the decisionmaking processes established by national labour law policy, and the thwarting of those processes and of that policy as a result. Thus we became witnesses to a familiar and recurring bit of institutional choreography - a labour board or arbitration decision - judicial review quashing the decision - legislative overruling of the judges ».

Ainsi, la situation d'un haut interventionnisme a subsisté, accompagnée également de l'insatisfaction des pouvoirs exécutif et législatif.<sup>7</sup> Dans l'affaire CUPE, la Cour suprême a décidé de mettre une fin à une telle situation, en annonçant et en inaugurant une ère nouvelle reposant sur davantage de restrictions pour les juges. Bien entendu, dans ces décisions précédentes, la Cour suprême avait déjà suggéré que l'auto restriction juridictionnelle pourrait être préférable<sup>8</sup>. Mais, dans ce cas, cela est fait de manière explicite pour la première fois. Il y a un extrait célèbre du juge Dickson affirmant que les juges ne doivent pas chercher à faire passer comme étant juridictionnelles des questions qui le sont de manière incertaine, dans le seul but d'exercer un contrôle plus intense<sup>9</sup>. Il s'agit d'une condamnation explicite des manœuvres qui étaient faites par les juridictions inférieures afin d'attirer un contrôle plus intense.

<sup>7</sup> D'un point de vue théorique, la période d'hostilité juridictionnelle vis-à-vis de l'administration publique était liée à une forte influence de l'individualisme et de la méfiance vis-à-vis de l'État administratif. V. J. Willis, « Three Approaches to Administrative Law: the Judicial, the Conceptual and the Functional », (1935/36) 1 U.T.L.J. 53, 60 ; R. C. B. Risk, « In Memoriam: John Willis » (1997) 47 U.T.L.J. 301, 303; et D. Dyzenhaus. « The logic of the rule of law: lessons from Willis », 55 U. Toronto L.J. 691, 691 (2005). Ces tendances ont significativement pris corps dans la doctrine de Albert Venn Dicey, professeur de l'Université d'Oxford et ardent opposant de l'existence d'un « droit administratif ». L'objection de Dicey au droit administrative et sa phrase classique sont bien connues: « In England we know nothing of administrative law, and wish to know nothing about it ». Pour cet auteur, l'administration publique devait être soumise au même droit qui régissait l'action des personnes privées. La soumission à un droit spécial serait une forme injustifiée de privilège. Dans une affaire, le juge Wilson de la Cour suprême du Canada a classifié Dicey comme « remarkably influential » en droit administratif canadien (v. *American Farm Bureau Federation v. Canadian Import Tribunal* (sub nom. *National Corn Growers Association v. Canada (Import Tribunal)*), [1990] 2 S.C.R. 1324 at 1332). Dicey concentrait entre les mains du Pouvoir Judiciaire le rôle de grand défenseur de l'État de droit et proclamait la pertinence d'une forte intervention juridictionnelle afin d'éviter des arbitrarisés administratives. I. Holloway fait mention du « Diceysm » qui conduirait les juges canadiens vers la direction d'un « inflated sense of their own importance to the preservation of social justness » (in I. Holloway, « A Sacred Right: Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon » (1993) 22 Man.L.J. 28, 29).

<sup>8</sup> *Service Employees, International Union, Local 333 v. Nipawin District Staff Nurses' Assn.*, [1975] 1 SCR 382; *Jacmain v. Canada (Attorney General)*, [1978] 2 SCR 15.

<sup>9</sup> *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at 233: « With respect, I do not think that the language of « preliminary or collateral matter » assists in the inquiry into the Board's jurisdiction. One can, I suppose, in most circumstances subdivide the matter before an administrative tribunal into a series of tasks or questions and, without too much difficulty, characterize one of those questions as a « preliminary or collateral matter ». [...] The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so ».

Le jugement en soi est un libellé en faveur de la déférence juridictionnelle à l'administration publique. La Cour suprême fait d'importantes considérations sur la manière dont la procédure décisionnelle des agences diffère de la procédure décisionnelle des organes juridictionnels, en comprenant notamment la mise en balance de différents intérêts publics conflictuels<sup>10</sup>. Elle souligne encore la façon par laquelle les décisions des agences comprennent souvent des choix également raisonnables, face à l'ambiguïté de la rédaction de la norme<sup>11</sup>. Étant donné cette ambiguïté et la possibilité d'en dégager différentes solutions raisonnables, la question pertinente devient celle de savoir quelle est l'institution la mieux adaptée pour effectuer des tels choix.

L'affaire CUPE avait trait à l'interprétation d'une disposition de la législation du travail contrôlée par une agence administrative, relevant du « cœur » de sa compétence. Pour cette raison, conformément à la Cour suprême, l'agence avait même le « droit de se tromper<sup>12</sup> ». En ayant un tel « droit de se tromper », la seule situation qui permettrait les juges d'annuler la décision serait dans le cas d'une mesure « manifestement déraisonnable » (*patent unreasonableness*). Il s'est créé ainsi un nouveau modèle de contrôle, bien moins interventionniste que le modèle de la correction (*correctness*), qui jusqu'alors était le seul existant.

<sup>10</sup> Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227 at 235-236: « The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers—broader than those typically vested in a labour board—to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met ».

<sup>11</sup> Telle était d'ailleurs la situation dans l'affaire même. La Cour examine le caractère raisonnable de chaque interprétation contenue dans les pièces du procès. Elle procède de cette manière non pour démontrer qu'une interprétation est plus correcte que l'autre, mais pour montrer que l'interprétation de l'agence est au moins aussi raisonnable que l'interprétation alternative suggérée par la Cour d'appel. Cf. Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227 at 242.

<sup>12</sup> Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227 at 236: « The interpretation of s. 102(3) would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board. In that case, not only would the Board not be required to be « correct » in its interpretation, but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause in s. 101 ».

Le contexte historique de la décision et son argumentation ont permis de clarifier que l'objectif de la Cour suprême était celui de faire passer un message clair afin de réduire l'interventionnisme juridictionnel<sup>13</sup>. Dans ce sens, le vote du juge Dickson, qui a emporté l'adhésion de la majorité des membres du jugement, fait mention de la nécessité de respecter le choix du législateur et de laisser aux seuls soins des agences spécialisées la charge d'adopter certaines décisions. Ensuite, il fait référence à la « considérable sensibilité et expertise unique » des membres de la direction des agences, outre l'importance d'une prise de décisions rapide<sup>14</sup>. Selon les mots d'Audrey Macklin, « CUPE a transformé la base conceptuelle du contrôle substantif par le biais d'une reformulation de la relation institutionnelle entre les juges et l'état administratif (...) [la décision] signale une rupture radicale par rapport aux modes de contrôle juridictionnel existants, en plaidant en faveur d'un recul de l'interventionnisme du passé<sup>15</sup>».

<sup>13</sup> CUPE a été décidé à la même année que *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Reg. Police Comms.*, [1979] 1 S.C.R. 311, qui instaurait une ère de contrôle procédural plus intense. Mais au lieu de les considérer comme des messages contradictoires, il est possible de les concilier autour d'une interprétation selon laquelle la Cour suprême commandait un moindre contrôle substantiel et un plus grand contrôle procédural. Dans ce sens, v. D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy » in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997), p. 287.

<sup>14</sup> *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at 235-236.

<sup>15</sup> A. Macklin, « Standard of review: the pragmatic and functional test », in C. Flood and L. Sossin (coord.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 206. L'autuer va au-delà: « Most importantly, [CUPE] conveyed a spirit of curial deference, a recognition that administrative decision-makers are not merely 'inferior tribunals', but specialized bodies that possess a legislative mandate to apply their expertise and experience to matters that they may be better suited to address than the 'ordinary court' » (*idem*, p. 204). Pour une vision contraire, en soulignant ce qui serait une renaissance de l'interventionnisme à partir des années 1980, v. I. Holloway, « A Sacred Right: Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon » (1993) 22 *Man.L.J.* 28, 29; B. Langille, « Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility » (1986), 17 *R.G.D.* 169. Dans une perspective plus générique, la consécration d'une orientation déférentielle au Canada, implique une victoire de l'État Administratif. Elle constitue une valorisation des autorités administratives décentralisées, qui ont proliféré rapidement surtout à partir des années 40 du dernier siècle. La décision de la Cour suprême sous l'affaire CUPE est, ainsi, informée par une vision spécifique anti-individualiste et transmet l'intention de faciliter l'intervention étatique dans le domaine social et de promouvoir l'efficacité administrative. Dans ce sens, v. D. Dyzenhaus, « The logic of the rule of law: lessons from Willis », 55 *U. Toronto L.J.* 691, 694 (2005) ; D. Dyzenhaus et E. Fox-Decent, « Rethinking the Process/Substance Distinction: Baker v. Canada » (2001) 51 *U.T.L.J.* 193, 203: « The same basic urge that led to CUPE - the urge on the part of progressive judges to install within the Court's jurisprudence a recognition of the legitimacy of the administrative state ».

### 1.1.2. *Les illustrations moins claires des droits américain et italien*

Aux États Unis et en Italie, on trouve des exemples de l'hypothèse la plus intuitive, selon laquelle la création du modèle déferent de contrôle traduit un mouvement de *rétraction* juridictionnelle. Cependant, l'illustration fournie par ces deux autres systèmes juridiques n'est pas si évidente. Cela se doit au fait que, dans ces cas, le contexte qui a précédé ces initiatives n'était pas d'interventionnisme clair et polémique, comme c'était le cas au Canada. En tout cas, la lecture de leurs décisions juridictionnelles les plus importantes rend évidents les appels à l'auto restriction.

#### 1.1.2.1. Le droit américain et la doctrine Chevron

Dans le cas américain, la référence nécessaire est toujours la doctrine *Chevron*. Elle constitue un exemple d'initiative tendant à instituer un standard jurisprudentiel de respect aux options de l'administration publique – et, donc, un standard de l'auto restriction juridictionnelle. Au contraire du cas canadien, cependant, le contexte qui précédait *Chevron* n'était pas exactement celui d'une grande intervention juridictionnelle, mais d'*inconsistance* jurisprudentielle<sup>16</sup>. Les juges appliquaient de manière désordonnée un contrôle tantôt intense, tantôt restreint des interprétations législatives de l'administration publique, sans consacrer aucun critère précis<sup>17</sup>. Ainsi, *Chevron* ne vient pas mettre fin à une ère de contrôle intense de l'administration publique, à l'instar de CUPE.

<sup>16</sup> Il convient de noter toutefois l'opinion de K. Werhan. Cet auteur interprète *Chevron* comme étant l'une des évidences les plus significatives du mouvement néoclassique du droit administratif américain – et considère que ce mouvement constitue une réaction aux excès de l'activisme juridictionnel des années 1960 et 70: « I argue that the *Chevron* decision's primary importance lies in its leading role in the Supreme Court's recent rejection of the traditional model of administrative law and its ongoing experiment to fashion a replacement paradigm. (...) I label this new paradigm the « neoclassical model », in order to suggest its apparent appeal to the Court. The neoclassical model seeks to unite the classical distinction between law and policy with a postmodern skepticism about the competence and integrity of courts to oversee agency decisionmaking. [...] The model surfaced in the late 1970s and gained momentum during the 1980s. This followed a period of intense judicial activism, roughly from the mid-1960s to mid-1970s, when courts assumed a major responsibility for ensuring the openness of agency decisionmaking processes and the soundness of the decisionmaking itself. The neoclassical model represents not only a reaction to the excesses of that activism, but also a severe overreaction that aims to overturn and replace the traditional model of administrative law as well » (in « The Neoclassical Revival in Administrative Law », 44 Admin. L. Rev. 567, 567-568 (1992)).

<sup>17</sup> Sur le sujet, v. T. Merrill, « The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark », in P. Strauss (ed.), *Administrative law stories*, New York, Thomsom/West, 2006, p. 413.

Son objectif est de mettre fin aux incertitudes relatives à l'intensité précise du contrôle juridictionnel qui devait avoir lieu dans ces hypothèses.

Sous cette réserve, il est clair que la célèbre décision de la Cour suprême américaine a un penchant pour l'auto restriction juridictionnelle, en transmettant une détermination aux juges américains afin qu'ils évitent les excès au moment d'effectuer leur contrôle. C'est la raison pour laquelle, dans son extrait le plus classique, il est affirmé que dans les hypothèses dans lesquelles une question donnée n'aura pas été déjà clairement résolue par la législation pertinente (en raison d'une ambiguïté ou du silence législatif), « le juge ne doit pas *simplement imposer* sa propre interprétation de la loi »<sup>18</sup>, mais seulement évaluer si l'interprétation fournie par l'autorité administrative est permmissible. Le choix de mots laisse évidente l'exhortation à la retenue juridictionnelle<sup>19</sup>.

Ce penchant est clair aussi dans les différents passages où la Cour suprême considère les avantages institutionnels des autorités administratives dans la résolution de certaines questions, en fonction principalement de leur expertise et leur légitimité démocratique plus grande<sup>20</sup>. À la rigueur, une des contributions les plus importantes de *Chevron* a été de redéfinir le lien entre les juges et les autorités administratives, et d'éclaircir la distribution de compétences<sup>21</sup>. Elle a éclairci ainsi que, dans le cas des législations administrées par

<sup>18</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-843 (1984).

<sup>19</sup> Dans ce sens, T. Merrill affirme que « in the pre-*Chevron* period, deference to executive interpretations required special justification; independent judgment was the default rule. Under *Chevron*, the court must initially establish whether the issue is suitable for independent judicial resolution; if it is not, the court automatically shifts into a deferential mode. As a result, independent judgment now requires special justification, and deference is the default rule » (« Judicial Deference to Executive Precedent », 101 *Yale L.J.* 969, 977 (1992)).

<sup>20</sup> Voir, par exemple, *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984): « Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices - resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities ».

<sup>21</sup> C. R. Sunstein, « Law and Administration after *Chevron* », 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2078-2079 (1990): « Before the rise of the regulatory state, the allocation of authority between the executive branch and the judiciary was relatively clear: it was for the courts, not the executive, to « say what the law is », at least in litigated cases. This understanding extended to interpretation of statutes no less than to interpretation of the Constitution. Most statutory disputes did not



les agences, le rôle des juges est limité. Dans les cas d'ambiguïté législative, il n'est pas nécessaire que l'interprétation administrative soit la « seule possible ou même la meilleure », dès lors qu'il lui suffit d'être *permissible* pour que le juge soit empêché d'y interférer<sup>22</sup>.

### 1.1.2.2. Le « contrôle faible » des évaluations techniques complexes en Italie

En Italie, la meilleure référence est certainement celle du contrôle dit faible (*sindacato debole*). La création de ce modèle de contrôle peut être bien identifiée dans le temps, contrairement à ce qui se passe dans les cas du modèle de contrôle déférent encore aujourd'hui applicable à la discrétionnalité administrative, et du modèle de contrôle déférent qui s'appliquait auparavant aux cas de la discrétionnalité dite technique. Effectivement, le premier registre de référence du *Consiglio di Stato* au modèle de contrôle « faible » a eu lieu en 2001. Lors de jugements ultérieurs, le *Consiglio di Stato* a éclairci qu'il fallait l'appliquer aux hypothèses d'« évaluations techniques complexes » (*valutazioni tecniche complesse*) – concept nouveau également. Cette détermination plus précise dans le temps permet une analyse plus riche et exacte des circonstances qui ont motivé la création du modèle déférentiel.

Cela dit, il convient de reconnaître que la situation jurisprudentielle confuse que l'Italie a connue entre 1999 et 2001 rend difficile d'affirmer quel type de contrôle était appliqué aux dites évaluations techniques complexes avant les décisions rendus sous l'affaire *Fornambiente*<sup>23</sup>, qui a créé le modèle de contrôle faible, et sous l'affaire *RC Auto*<sup>24</sup>, qui l'a développé. La première raison provient du fait que cette catégorie (évaluations techniques complexes) n'existait même pas dans le vocabulaire juridictionnel administratif. Elle sert à désigner les cas dans lesquels la décision administrative comprend,

---

involve the executive branch as a party. Since government almost always acted without the mediation of a policy-making, fact-finding administrative agency, it was only natural that questions of statutory meaning would be decided by the courts. (...) All this was changed by the creation in the twentieth century of a massive administrative apparatus, which was of course a self-conscious repudiation of regulation through the judiciary. For the twentieth century reformers, courts lacked the flexibility, powers of coordination, initiative, democratic accountability, and expertise necessary to deal with complex social problems ».

<sup>22</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 n.11 (1984): « 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 ».

<sup>23</sup> Cons. St., Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287.

<sup>24</sup> Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

conjointement, des éléments de discrétionnalité pure (dans le sens classique de la mise en balance d'intérêts publics conflictuels) et ce qui est appelé discrétionnalité technique. Le problème réside sur le fait que la discrétionnalité pure était (et l'est toujours) soumise à un contrôle juridictionnel limité, tandis que la surnommée discrétionnalité technique paraissait se trouver, depuis le *revirement* de 1999, soumise à un contrôle illimité. Dans ce sens, à l'instar du cas américain, la décision du *Consiglio di Stato* sous l'affaire *Formambiente* ne vise pas à réformer la jurisprudence en vigueur, mais à l'éclaircir. Malgré cela, comme aux États-Unis, cet éclaircissement suffit à démontrer un penchant en faveur de l'exhortation à la retenue juridictionnelle.

La première mention du contrôle faible a eu lieu sous l'affaire *Formambiente*<sup>25</sup>. Il s'agissait de la contestation juridictionnelle d'une décision du Comité technique forestier, qui avait empêché l'édification sur des zones soumises à des restrictions pour des raisons hydrogéologiques. La décision a été annulée par le Tribunal Administratif Régional, qui a suivi l'avis de l'expert de la justice pour conclure que, contrairement à ce que l'autorité administrative supposait, la zone en cause était propre à l'édification. Le *Consiglio di Stato* a annulé la décision du Tribunal Administratif Régional et a rétabli la décision administrative. Il a affirmé que la décision comprenait une *évaluation technique complexe* et que, dans ces cas, le contrôle juridictionnel est « faible », en se limitant à évaluer le caractère raisonnable des choix effectués par l'administration<sup>26</sup>. L'argumentation du *Consiglio di Stato* inclut une réprimande au Tribunal Administratif Régional pour être allé au-delà de ce qu'il aurait

<sup>25</sup> Cons. St., Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287.

<sup>26</sup> Cons. St., Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287, point 8: « Il giudice è stato qui chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di una delibera di autorizzazione che era stata presa sulla base di una valutazione di natura complessa, che ha abbracciato la consistenza del vincolo idrogeologico gravante sull'area, l'estensione e la specifica collocazione del terreno della società e le possibili conseguenze che sarebbero derivate dal disboscamento a scopo edificatorio: in breve, sia considerazioni collegate ad un giudizio tecnico opinabile sia considerazioni di opportunità amministrativa. Nel dirimere una controversia annoverabile, secondo tradizione, in quelle collegate al controllo della c.d. discrezionalità tecnica, il giudice non si è limitato a censurare le valutazioni tecniche (non giuridiche) che erano apparse sicuramente inattendibili ed irragionevoli, ma ha direttamente sostituito la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall'amministrazione. Si è compiuto, a ben vedere, un controllo di tipo « forte », che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione. Mentre il controllo di tipo « debole » avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa. Ebbene, nel caso di specie, un controllo di tipo « forte » non poteva legittimamente svolgersi ».

dû faire. Tel est sans doute le premier aspect pertinent vis-à-vis des buts de la présente section.

Quant au second aspect pertinent, il convient d'attirer l'attention sur le fait que le *Consiglio di Stato* a justifié la nécessité de l'application d'un contrôle déferent (qu'il a dénommé de « faible ») en fonction des avantages institutionnels comparatifs de l'administration publique, par rapport aux juges. Le *Consiglio di Stato* observe alors que la difficulté à séparer conceptuellement les considérations d'opportunité et les discussions techniques subjectives s'accroît dans les cas pour lesquels les évaluations présentent une nature d'objective complexité, liées à l'importance des intérêts en jeu. Dans ces cas, le législateur attribue normalement du pouvoir décisif à des entités de l'administration « dotées d'une particulière légitimation, à la lumière de leur composition et de leur qualification technique<sup>27</sup> ». Il convient de noter que le *Consiglio di Stato* parle de « particulière légitimation », afin de souligner également une plus grande légitimation de l'Administration que celle du juge, en ce qui concerne la prise de ces décisions importantes. Tel était aussi le cas du Comité technique forestier.

Les considérations institutionnelles qui ont justifié cette restriction juridictionnelle ont été développées dans plusieurs affaires ultérieures. Dans ces affaires, l'argumentation a toujours été dans le sens d'expliquer pourquoi un contrôle déferent serait préférable ou plus opportun<sup>28</sup>. Il devient donc

<sup>27</sup> Cons. St., Sez. IV, 06 ottobre 2001, n. 5287, point 9-10: « In secondo luogo, deve tenersi in debito conto che la difficoltà di separare concettualmente tra opinabilità ed opportunità amministrativa è accentuata proprio nei casi in cui la valutazione presenta caratteri di obiettività complessità, collegata alla rilevanza di interessi di rango primario; interessi protetti da norme costituzionali destinate a prevalere nel giudizio di bilanciamento che le contrappone all'interesse dedotto dal ricorrente, anch'esso di sicura ascendenza costituzionale grazie al disposto dell'art.113 Cost.. L'emersione di siffatti interessi, inoltre, induce il legislatore primario ad affidare il potere di provvedere ad articolazioni dell'amministrazione che si assumono dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica. (...) E', infine, univoca la scelta legislativa che, in coerenza col principio di buon andamento dell'attività amministrativa, demanda la valutazione ad un organo che si configura come dotato di una specifica competenza, funzionale alla corretta salvaguardia del vincolo. In questo settore la legge ha assunto al rango di interesse pubblico un interesse che ha anche valenza tecnico-scientifica e ne ha attribuito la cura ad una particolare autorità amministrativa ».

<sup>28</sup> Voir, par exemple, Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, point 1.3.1, dans lequel le *Consiglio di Stato* affirme que l'autorité de la concurrence a une composition et une qualification technique particulières, outre le fait de bénéficier d'un haut degré d'autonomie et d'indépendance, raisons pour lesquelles le contrôle juridictionnel exercé sur ses évaluations techniques complexes devait se limiter à une évaluation de leur caractère raisonnable. Voir aussi Cons. St., Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, points 6 et 9, dans lesquels le *Consiglio di Stato* reproche au TAR de Lazio d'avoir effectué un contrôle fort sur l'existence de position dominante, évaluation qui

évident qu'en Italie, le contrôle faible a été créé pour *limiter* l'intervention juridictionnelle sur certaines décisions administratives.

## 1.2. L'hypothèse contre-intuitive: le modèle déférent pour l'élargissement de l'intervention

La section ci-dessus a démontré que la création d'un modèle de contrôle déférent peut servir à faire passer un mouvement de rétraction juridictionnelle. La perspective du droit français en est totalement distincte. Dans ce pays, le modèle déférent de contrôle juridictionnel (appelé contrôle minimum ou restreint) a été créé pour permettre une intervention juridictionnelle réduite aux matières qui auparavant n'étaient soumises à aucun contrôle juridictionnel. Cela signifie que la fonction historique du contrôle restreint en France est celle de permettre une *augmentation* du contrôle juridictionnel, bien que cette augmentation n'implique pas l'adoption d'un contrôle non déférent. En d'autres mots, la création du modèle de contrôle déférent en France ne traduit pas un mouvement de rétraction, mais d'*avance*, d'*intensification* ou d'*élargissement* du contrôle exercé par le juge sur l'administration publique.

### 1.2.1. La création du modèle de contrôle restreint en 1961 en France

Le modèle de contrôle restreint a été adopté pour la première fois sous l'affaire *Lagrange*, en 1961<sup>29</sup>. Sa création a permis au Conseil d'État de soumettre les décisions administratives relatives à l'équivalence de fonctions exercées par des agents publics à un *certain* contrôle juridictionnel. La matière relevait auparavant d'une large discrétionnalité administrative, en n'étant soumise à aucune surveillance juridictionnelle. À partir de l'affaire *Lagrange*, la jurisprudence administrative peut au moins censurer les erreurs les plus grossières ou les plus évidentes de l'administration publiques – appelées « erreurs manifestes d'appréciation ».

Les deux décennies suivantes ont été marquées par des mouvements similaires dans des divers domaines de l'action administrative. Quelques exemples peuvent illustrer cette affirmation. En 1973, le Conseil d'État a

---

doit être réservée à l'autorité de la concurrence, autorité « neutre » et « légitime », dotée de caractéristiques institutionnelles qui la rendent mieux adaptée que les juges pour effectuer des jugements techniques et des pronostics.

<sup>29</sup> CE, 15 février 1961, *Lagrange*. R. Odent conteste cette information dominante, en affirmant que ce contrôle avait déjà été appliqué lors de la décision CE 13 novembre 1953, *Denizet* (in *Contentieux administratif*, Paris, Institut d'Études Politiques de Paris, 1971, pp. 1560 et suivantes).

décidé de soumettre à un contrôle restreint les interdictions administratives de publications étrangères<sup>30</sup>. Ces mesures étaient considérées avant comme l'expression de la *haute police administrative* et, par conséquent, échappaient à tout contrôle juridictionnel. Le changement de cette jurisprudence a suivi l'exhortation du commissaire du gouvernement Braibant. Dans ses conclusions, il a observé qu'à l'époque déjà, le contrôle restreint paraissait totalement disséminé, et a suggéré au Conseil d'État d'étendre cette solution à la police administrative relative aux publications étrangères, notamment en fonction du risque de violation de libertés fondamentales<sup>31</sup>. Deux années plus tard, le contrôle restreint a également commencé à atteindre les appréciations d'existence d'une menace à l'ordre public dans le cas de la présence d'un étranger, d'origine non communautaire, sur le sol français<sup>32</sup> – situation qui elle-aussi échappait à la surveillance juridictionnelle<sup>33</sup>. En 1978, en revenant sur une extensive jurisprudence dans le sens contraire<sup>34</sup>, le Conseil d'État admet pour

<sup>30</sup> CE, 2 nov. 1973, SA Librairie François Maspero, Requête n° 82590.

<sup>31</sup> Après avoir commenté le stage dans lequel se trouvait la jurisprudence en la matière (échappant jusqu'alors au contrôle juridictionnel), le commissaire du gouvernement M. Braibant a conclu à ceci : « Le moment nous paraît venu d'aller au delà de cette jurisprudence traditionnelle. Sans doute ne peut-il être question pour le juge de substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative lorsque cette autorité dispose d'un pouvoir discrétionnaire, que vous définissez précisément comme un pouvoir d'appréciation. Mais il y a déjà douze ans que vous avez étendu votre contrôle en la matière en utilisant la notion d'erreur manifeste d'appréciation : le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper, mais non celui de commettre une erreur manifeste c'est-à-dire à la fois apparente et grave. Le champ d'application de cette jurisprudence nouvelle c'est [sic] peu à peu étendu aux domaines les plus variés, de sorte que l'on peut se demander si elle n'a pas aujourd'hui un caractère général. Vous l'avez appliqué à des appréciations aussi difficiles que celles de la valeur d'un fonctionnaire ou de la nocivité d'un produit. Mais vous ne l'avez pas encore employé dans le domaine des mesures de police sinon seulement vous n'avez jamais annulé une telle mesure sur ce terrain, mais vous n'en avez même pas réservé expressément la possibilité. Seul le tribunal administratif de Paris s'est jusqu'à présent engagé dans cette voie en évoquant l'éventualité d'une annulation pour une erreur manifeste d'appréciation à propos de l'interdiction faite à un étranger de pénétrer sur le territoire français (...) Nous vous proposons de faire vôtre cette solution. Le domaine de la police est sans doute celui dans lequel le contrôle du juge est le plus nécessaire parce qu'il touche à des libertés fondamentales ». V. conclusions du commissaire du gouvernement Braibant sous la décision CE, 2 nov. 1973, SA Librairie François Maspero, Requête n° 82590.

<sup>32</sup> CE, 3 fév. 1975, Min. intérieur c. Pardov, Requête n° 94108.

<sup>33</sup> V., dans ce sens, par exemple, CE 13 juin 1952, Meyer.

<sup>34</sup> L'arrêt de principe était CE 22 nov. 1967, Dlle Chevreau, décidé après la création du modèle de contrôle restreint en 1961. En l'espèce, le Conseil d'État a refusé de vérifier l'adéquation de la sanction disciplinaire maximum appliquée par l'*Assistance Publique de Paris* à une faute prétendument non lourde d'un infirmier. L'application d'un contrôle restreint avait été suggérée par le commissaire du gouvernement Kahn, mais n'a pas été acceptée par le Conseil d'État.

la première fois l'analyse de l'erreur manifeste en cas de sanction disciplinaire<sup>35</sup>. Dans ce cas, le commissaire du gouvernement Bruno Genevois a repris les raisons qui avaient été écartées dans les affaires précédentes par le Conseil d'État, afin d'élargir son contrôle, en suggérant que « le refus d'exercer tout contrôle n'était pas en harmonie avec l'évolution général du [contrôle du Conseil d'État] sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par l'administration<sup>36</sup> ».

Dans ces premières affaires, il est possible de voir clairement le penchant historique du modèle de contrôle restreint : une forme de rendre viable l'*élargissement* de la surveillance juridictionnelle. Dans les cas canadien, américain et italien cités ci-dessus, l'adoption d'un modèle de contrôle déferent a exigé de l'effort et de l'énergie des juges afin de justifier *pourquoi un contrôle plus fort, non déferent* n'était pas adopté. Toute l'argumentation des juges a été bâtie dans ce sens. Au contraire, en droit français, le modèle de contrôle restreint a été créé pour permettre une plus grande intervention de juge dans les cas qui échappaient auparavant au contrôle juridictionnel. Pour cette raison, l'effort argumentatif des commissaires du gouvernement était dirigé entièrement vers la fin de *convaincre* qu'il fallait opérer *davantage de contrôle*, dès lors que cela était opportun et juridiquement possible. En d'autres mots, au Canada, aux États-Unis et en Italie, il a été nécessaire d'expliquer pourquoi il fallait adopter un contrôle déferent, *au lieu d'un contrôle non déferent*; en France, il a été nécessaire d'expliquer pourquoi adopter un contrôle déferent, *au lieu d'absence de contrôle*. Dans ce contexte, un modèle de contrôle dans lequel l'intervention des juges est *limitée* sert comme instrument pour faciliter l'introduction de la surveillance juridictionnelle, en la rendant plus légère, moins abrupte – et, donc, plus facilement acceptable. La stratégie s'est révélée couronnée de succès. La surveillance juridictionnelle (par le biais du contrôle normal ou restreint) est aujourd'hui totalement disséminée en droit français. Les cas d'insubor-

---

L'orientation a été confirmée ultérieurement dans la décision CE 28 avril 1976, Gorin T.; CE 2 juin 1976, Dame de Robert; CE 1er octobre 1976, Soucasse.

<sup>35</sup> CE Sect. 9 juin 1978, Lebon, Requête n° 05911. Il s'agissait de l'examen de la proportionnalité de la sanction de la mise en retraite obligatoire d'un instituteur accusé de comportements contraires à la morale et aux bonnes moeurs à l'encontre d'élèves de sa classe.

<sup>36</sup> En affirmant que le modèle de contrôle de l'erreur manifeste se trouvait à stade très généralisé, le commissaire a conclu que le Conseil d'État devait commencer à l'adopter: « Le refus d'exercer tout contrôle n'est pas en harmonie avec l'évolution générale de votre contrôle sur l'exercice par l'administration d'un pouvoir discrétionnaire. (...) À l'époque ou vous avez rendu la décision Demoiselle Chevreau, la notion d'erreur manifeste était encore peu développée. (...) Mais, depuis 1967, la théorie de l'erreur manifeste a été généralisée et s'applique dans les domaines les plus divers (...) On s'explique dès lors assez mal le maintien de votre jurisprudence traditionnelle » (Conclusions du commissaire du gouvernement Bruno Genevois sous la décision CE Sect. 9 juin 1978, Lebon, Requête n° 05911).

dination de décisions administratives au contrôle juridictionnel se trouvent réduits à des hypothèses très rares et quasi anecdotiques<sup>37</sup>.

## 2. L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DU MODÈLE DE CONTRÔLE DÉFÉRENT

La section précédente a examiné les circonstances historiques et les arguments des juges dans des jugements-clé afin d'identifier le penchant historique des modèles déferents de contrôle dans chacun des systèmes juridiques étudiés. Dans ce second pas, l'idée est d'examiner l'évolution connue par chacun de ces modèles au cours des décennies ultérieures à leur création.

Les droits canadien et américain offrent des illustrations du succès du modèle déferentiel (1.2.1). Au Canada, le modèle du caractère raisonnable a connu une ascension progressive, au point de devenir aujourd'hui le modèle de contrôle le plus commun. Un peu moins clairement, aux États-Unis, l'orientation déferente de *Chevron* subsiste comme règle, même devant des réformes (ou éclaircissements) apportés par la doctrine au jugement de l'affaire *Mead*.

Les droits italien et français, pour leur part, offrent des exemples contraires, de situations dans lesquelles les modèles de contrôle déferentiels ont perdu progressivement leur prestige au fil du temps (1.2.2). En France, après une phase initiale de diffusion, le modèle de contrôle déferentiel a perdu progressivement son prestige en bénéfice d'un contrôle plus intense, appelé contrôle normal, non déferent. Le cas italien est le paradigme le plus flagrant de l'échec : le contrôle dit faible a été abandonné trois ans seulement après avoir été créé.

### 2.1. L'hypothèse de dissémination du modèle déferent

Encore une fois, le Canada apporte l'exemple le plus clair d'une tendance. Ici, l'illustration concerne l'ascension du modèle de contrôle déferentiel. Inexistant jusqu'en 1979, l'orientation déferente s'est disséminée rapidement et, malgré les réformes internes, s'est établi comme dominant (1.2.1.1). Aux États-Unis, l'illustration du succès est moins claire, mais paraît être perceptible aussi (1.2.1.2).

<sup>37</sup> Le « contrôle infra-minimum » s'applique aujourd'hui à des décisions telles que la concession d'honneurs (CE 27 nov. 2000, Ass. comité tous frères; CE, 10 déc. 1986, Loredon; AJDA 1987, p.91.); le mode de gestion de services publics (CE, 27 nov. 2002, Sté d'intérêt collectif agricole d'électricité (SICAE) de la région de Péronne; AJDA 2003, p. 575; CE, 10 jan. 1992, Assoc. des usagers de l'eau de Peyreleau, RFDA 1992, p.346) et les décisions des jurys de concours publics (CE 16 mai 2001, de Nale; CE 03 nov. 1982, Goure; CE 15 avril 1983, Bannay; CE 20 mai 1994, Mlle Semetey; CE 22 févr. 1995, Girardot).

### 2.1.1. *L'illustration claire du droit canadien: le déclin du modèle de la correction*

Au long de son histoire jurisprudentielle, le droit canadien a connu différents modèles déférents de contrôle. Le premier à être créé a été le modèle du caractère manifestement déraisonnable, en 1979, dans le cas CUPE<sup>38</sup>. Pendant presque 20 ans, les seuls modèles de contrôle ont été le modèle non déférent de la correction et le modèle ultra-déférent du caractère manifestement déraisonnable. En 1997<sup>39</sup>, un troisième modèle de contrôle a été créé, celui du caractère raisonnable simple. Enfin, en 2008<sup>40</sup>, la Cour suprême a réformé le système, en mélangeant les deux modèles de contrôle restreint en un seul modèle déférentiel, en l'appelant simplement modèle du caractère raisonnable.

Indépendamment d'un tel va-et-vient quant au *nombre* de modèles déférents, la déférence juridictionnelle en soi a fait l'objet d'une forte évolution en droit canadien<sup>41</sup>. Selon les mots de David Mullan, elle est aujourd'hui une « valeur transcendante » en droit administratif canadien<sup>42</sup>. Aujourd'hui, il subsiste très peu de choses du contexte fortement interventionniste qui a motivé la révolution sous l'affaire CUPE, en 1979. Les hypothèses d'application des différents modèles déférents de contrôle juridictionnel se sont multipliées et les cas d'application du modèle de la correction ont été drastiquement réduits. Aujourd'hui, ce-dernier ne s'applique que quasi exclusivement pour le contrôle de décisions administratives qui comprennent une forte sensibilité

<sup>38</sup> Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.), [1979] 2 SCR 227 at 235-236.

<sup>39</sup> Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 SCR 748, para. 54-56.

<sup>40</sup> Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 SCR 190, para. 45.

<sup>41</sup> Il ne semble pas correct d'interpréter l'élimination du modèle de contrôle du caractère manifestement déraisonnable comme un pas en direction d'un plus grand interventionnisme juridictionnel. La Cour suprême même a cherché à éviter ce raisonnement. V. Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 SCR 190, para. 48: « The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism ». Dans le même sens, v. aussi J. Craig, « Defending City Hall after Dunsmuir », 46 Alberta L. Rev. 275, 292.

<sup>42</sup> D. J. Mullan, « Recent Developments in Administrative Law--the Apparent Triumph of Deference! » (1998) 12 Can. J. Admin. L. Prac. 191, 192. L'auteur affirme aussi: « the Supreme Court of Canada in a substantial number of its recent prominent administrative law judgments has been prepared to accord a significant degree of autonomy to and respect for the operational imperatives of administrative tribunals. Moreover, this philosophy or approach has extended beyond typical standard of review cases to a broad range of other situations involving the relationship between the courts and the administrative process » (*ibidem*, p. 204).



juridiques, comme celles de nature constitutionnelle ou relatives à des droits fondamentaux ou de l'homme<sup>43</sup>.

En tant que l'une des expressions les plus claires du prestige du modèle de contrôle juridictionnel déferent, il est possible de citer la proposition du juge Binnie, de la Cour suprême canadienne, sous l'affaire *Dunsmuir*. De manière générale, la réforme apportée dans cette affaire visait à optimiser le système de contrôle juridictionnel au Canada, en réduisant sa complexité et en élargissant son aspect opérationnel. La réforme a fortement impacté la procédure contextuelle de détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel – appelée avant « analyse pragmatique et fonctionnelle » et, à partir de *Dunsmuir*, seulement « analyse du modèle de contrôle juridictionnel ». En tant qu'élément additionnel pour la simplification du système, le juge Binnie a suggéré l'adoption de quelques présomptions. Cela éviterait d'aborder des analyses complexes dans l'ensemble des cas. Ces analyses ne seraient nécessaires que lorsque l'une des parties intéressées cherchait à démontrer que la présomption ne s'appliquait pas à l'espèce<sup>44</sup>.

La présomption principale, conformément à la proposition du juge Binnie, devait être celle prévoyant que le modèle de contrôle serait en général celui du caractère raisonnable, lorsqu'il s'agirait d'une décision d'une autorité administrative spécialisée<sup>45</sup>. La partie qui plaiderait en faveur de l'application

<sup>43</sup> V. L. Jacobs, « Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir* », *Supreme Court Law Review*, Vol. 43, No. 2d, 2008, p. 17.

<sup>44</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 145: « The present incarnation of the « standard of review » analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the « real » nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn't be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case ».

<sup>45</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 146: « The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness (« contextually » applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is no single « correct » outcome ».

du modèle de la correction devrait alors démontrer que la décision contrôlée se revêtait d'une sensibilité juridique particulière<sup>46</sup>.

Bien que cette proposition n'ait pas été adoptée par la majorité de la Cour suprême, il semble légitime d'admettre que, en soi, elle offre déjà un témoignage au sujet de la grande dissémination (et même la prédominance) du modèle du caractère raisonnable. L'idée consistait justement à *officialiser* cette prédominance, avec l'objectif de simplifier la tâche de détermination de l'intensité du contrôle juridictionnel applicable dans un cas concret.

### 2.1.2. *L'illustration moins claire du droit américain: le mouvement pendulaire*

Dans le cas des États Unis, la dissémination du modèle déférentiel de contrôle juridictionnel n'est pas aussi claire. Dans le cas de la doctrine *Chevron*, le grand point de référence de son évolution jurisprudentielle repose sur la restriction de ses termes originels sous l'affaire *Mead*. Dans cette affaire, la Cour suprême affirme que le test de *Chevron* est applicable uniquement aux hypothèses dans lesquelles il est possible d'identifier une délégation législative afin que les autorités administratives se prononcent avec force de loi.

L'avènement de *Mead* n'a pas besoin nécessairement d'être interprété comme une rétraction de la doctrine *Chevron*, mais plutôt comme un éclaircissement de ses réelles hypothèses d'application. Dans ce sens, la doctrine *Chevron* reste en vigueur presque 30 ans après son élaboration. En outre, même dans les cas dans lesquels elle n'a pas à s'appliquer, une autre doctrine issue de l'affaire *Skidmore* peut s'appliquer, laquelle détermine que soit donné du poids aux décisions administratives dans la mesure de leur pouvoir de persuasion. Cela signifie une expansion de l'orientation déférentielle (selon des gradations variées) pour presque toutes les interprétations législatives réalisées par les autorités administratives.

En dehors du champ étroit des interprétations législatives, l'orientation déférentielle est dominante aussi. L'*Administrative Procedure Act* (APA) réserve à des hypothèses très exceptionnelles le modèle de contrôle non déférentiel

---

<sup>46</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 147: « An applicant urging the non-deferential « correctness » standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto ».

(dit *de novo*). Bien plus nombreuses, en revanche, ces sont les hypothèses d'application des modèles d'évidences substantielles et du caractère arbitraire – tous les deux déférents, à un point tel de rendre commun la demande doctrinale pour qu'ils soient fusionnés avec le second pas du test de Chevron.

Il faut en conclure que, bien que n'étant pas aussi claire que le cas canadien, dans l'expérience des États-Unis il paraît exister aussi une dissémination et la prédominance des modèles déférents de contrôle juridictionnel<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Dans une perspective plus générique, la doctrine américaine souligne le caractère *pendulaire* de la gradation de l'intervention juridictionnelle dans les décisions de l'administration publique. En tournant le regard vers les 100 dernières années du droit administratif de ce pays, il est possible de noter que les mouvements de rétraction juridictionnelle se succèdent à des périodes d'un plus grand activisme. Pour un approfondissement historique, v. K. Werhan, « The Neoclassical Revival in Administrative Law », 44 Admin. L. Rev. 567 (1992). Dans un résumé rapide, la première mention à faire est celle qu'il appelle « early modern approach ». En vigueur dans les premières décennies du XX<sup>ème</sup> siècle, il se caractérise par le formalisme juridictionnel et par le penchant contraire à l'administration publique – d'où la tendance vers l'accentuation du contrôle juridictionnel. Ce premier moment est dépassé par la suite en fonction de la consolidation du *New Deal*, programme qui multiplie la quantité d'autorités administratives décentralisées, leur importance et leur prestige. En se fondant sur l'institutionnalisme réaliste, a lieu alors le mouvement que Werhan appelle de « Legal Process ». Cette période se caractérise par une forte rétraction juridictionnelle, fondées sur une plus grande expertise et sur l'adaptation institutionnelle des autorités administratives. À partir des années 1960 et pendant environ vingt ans, se produit une nouvelle oscillation du pendule, donnant lieu au mouvement du « Interest Representation ». Caractérisé par une forte mé croyance dans un *gouvernement d'experts* et poussé par la grande préoccupation avec le phénomène de la capture des autorités administratives par les industries régulées, le mouvement donne lieu à une nouvelle période d'activisme juridictionnel. Cette orientation est particulièrement visible dans le contrôle procédural, dans lequel il est fait allusion à une « hard look doctrine ». V. P. M. Garry, « Judicial review and the 'hard look' doctrine », 7 Nev. L.J. 151; C. R. Sunstein, « Deregulation and the Hard-Look Doctrine », 1983 Sup. Ct. Rev. 471. À partir de la fin des années 1970 – et principalement dans les années 1980 – il y a la période néoclassique, qui reprend la distinction entre *law* et *policy* qui était chère au modèle classique et rétablit la tendance déférentielle. Des affaires comme *Chevron* et *Heckler v. Chaney* et les restrictions réalisées dans les règles relatives à l'intérêt à agir sont quelques unes de leurs expressions majeures. Sur la renaissance du néoclassicisme, voir aussi C. R. Sunstein, « Law and Administration after Chevron », 90 Colum. L. Rev. 2071, 2073 (1990). À la suite de ce résumé de la nature pendulaire de la rétraction juridictionnelle aux États Unis, il n'est pas totalement claire qu'il soit possible de souligner le succès de l'orientation déférente. Cependant, cette orientation est clairement dominante aujourd'hui. Pour une image pendulaire dans l'histoire jurisprudentiel américain du XIX<sup>ème</sup> siècle également, v. Ann. Woolhandler, « Judicial Deference to Administrative Action - A Revisionist History », 43 Admin. L. Rev. 197 (1991). Sur le thème du penchant relatif au contrôle juridictionnel, v. aussi L. L. Jaffe, « The Right to Judicial Review I », 71 Harv. L. Rev. 401, 421-422 (1957).

## 2.2. L'hypothèse de déclin ou d'abandon du modèle déferent

Dans d'autres systèmes juridiques, le modèle déferent de contrôle n'a pas mérité un pareil destin. En Italie, le contrôle dit faible n'a duré que trois ans, en étant très vite abandonné par le *Consiglio di Stato* (1.2.2.1). En France, le contrôle restreint cède progressivement de la place au contrôle normal, même s'il est encore utilisé dans certaines hypothèses (1.2.2.2).

### 2.2.1. L'abandon total du contrôle faible en droit italien

Créé en 2001 sous l'influence du droit américain, le modèle de contrôle faible a eu une existence très éphémère en droit italien. Depuis sa conception, il a fait l'objet de fortes critiques de la doctrine, qui y voyait une mise en cause de la protection juridictionnelle. En 2004, avant de compléter ses courts 3 ans, le modèle de contrôle faible a été abandonné par le *Consiglio di Stato*. À partir de la décision du *Consiglio di Stato* sous l'affaire *Buoni Pasto*<sup>48</sup>, les évaluations techniques complexes ont commencé à être soumises non plus à un contrôle « faible », mais à un contrôle « plein et particulièrement pénétrant ». Initialement, la plus haute juridiction administrative italienne a voulu faire croire qu'il s'agissait d'une simple modification nominative : ses décisions précédentes ayant été mal interprétées, le contrôle faible signifierait simplement un contrôle non substitutif. En raison justement d'un tel « malentendu », il serait opportun de ne plus faire référence aux dénominations « fort » et « faible<sup>49</sup> ».

<sup>48</sup> Cons. St., Sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, *Buoni Pasto*. Il s'agissait de la condamnation imposée par l'autorité de la concurrence italienne à différentes entreprises du marché du coupon-déjeuner, accusées de former un cartel dans l'appel d'offres réalisé par la Consip (entreprise publique) pour l'achat de tickets pour les agents de l'administration publique. Les entreprises auraient réalisé des ententes afin de fixer le niveau de réduction et la répartition des objets de l'appel d'offres.

<sup>49</sup> Cons. St., Sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, 3.3: « Tale impostazione esclude ogni vulnus alla tutela giurisdizionale e le stesse censure proposte dalle imprese sembrano incentrarsi maggiormente sulla (criticata) limitazione del controllo giurisdizionale ad un sindacato « di tipo debole », emergente dai principi in precedenza affermati dalla Sezione, senza la verifica in concreto del controllo svolto dal giudice amministrativo. In realtà, con l'espressione sindacato « di tipo debole » la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve

Des décisions ultérieures ont précisé que la rupture était beaucoup plus grave. Tandis qu'auparavant la déférence était justifiée au moyen d'arguments institutionnels (comme la neutralité, l'autonomie et l'indépendance des autorités de régulation), à partir de 2004 les mêmes arguments servent à justifier un contrôle non déférent<sup>50</sup>. Tandis qu'auparavant il était fait mention d'un contrôle limité en fonction de l'interprétation de « concepts juridiques indéterminés », à partir de 2004 il est fait affirmation explicite d'un contrôle plein *aussi* à leur égard<sup>51</sup>. Tandis qu'auparavant il était fait mention d'un contrôle sur le caractère raisonnable, à partir de 2004 il est affirmé que les juges peuvent « réévaluer les choix techniques réalisés ». En résumé, l'orientation déférente antérieure est dépassée. Le contrôle restreint redevient applicable uniquement aux décisions administratives prises dans l'exercice d'une *discrétionnalité administrative pure* (non technique).

### 2.2.2. *Le modèle de contrôle restreint français comme « rituel de passage »*

En droit français, le déclin du modèle de contrôle juridictionnel déférent (appelé restreint ou minimum) est plus subtil, mais non moins intéressant. Au cours des premières décennies de son existence (après la création, sous l'affaire *Lagrange*, en 1961), le modèle de contrôle restreint a connu une grande expansion, en réduisant les cas d'absence de contrôle juridictionnel

---

solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di « contestualizzazione » della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro « contestualizzato ».

<sup>50</sup> Cons. St., Sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, 3.3: « Il fatto che si tratti di un'Autorità posta al di fuori del circuito dell'indirizzo politico rende ancor più necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all'Autorità nell'esercizio del potere ad essa spettante ».

<sup>51</sup> V. Cons. St., Sez. VI, 02 marzo 2004, n. 926, 3.3; Cons. St., Sez. VI, 03 febbraio 2005, n. 280, point 2.1; Cons. St., Sez. VI, 08 febbraio 2007, n. 515, 4. Dans cette dernière décision, il est possible de lire: « Infatti, con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. « concetti giuridici indeterminati », la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione (Cons. St., VI, n. 2199/2002 Rc Auto; n. 5156/2002 Enel/Infostrada). Il sindacato del giudice amministrativo, è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame (Cons. St., VI, n. 926/2004, Buoni pasto Consip) ». Au contraire de ce que les mentions des décisions de 2002 mènent à croire, elles n'appuient pas les affirmations qui y sont exposées.

(appelé *contrôle infra-minimum*) à quelques rares hypothèses. Toutefois, par la suite, le contrôle restreint a cédé peu à peu de la place au contrôle normal. Plusieurs domaines d'action administrative ont fait l'objet d'une intensification du contrôle juridictionnel, en passant sous le régime du contrôle normal. Cela a conduit plusieurs auteurs à soutenir la nature « transitoire » du modèle de contrôle restreint, constituant un premier pas en direction de l'adoption ultérieure d'un contrôle non déférent.

Déjà dans les années 70, ce caractère transitoire du modèle de contrôle restreint s'est fait remarquer. En 1976, le Conseil d'État a transféré vers le modèle de contrôle normal le contentieux relatif aux décisions du ministre ou des inspecteurs du travail d'autoriser le licenciement des salariés qui jouissent d'une stabilité en raison de la fonction représentative qu'ils exercent. Le sujet avait été soumis au contrôle restreint huit années auparavant seulement<sup>52</sup>. D'autres cas classiques ont tardé un peu plus. Le contentieux relatif à l'interdiction de publications étrangères, qui avait été déplacé vers le champ du contrôle juridictionnel restreint sous l'affaire *Maspéro*, en 1973<sup>53</sup>, alors qu'auparavant il ne faisait l'objet d'aucun contrôle, a été soumis au modèle de contrôle normal sous l'affaire *Association Ekin*, en 1997<sup>54</sup>. Il s'agissait d'une évolution surprenante dans une matière considérée auparavant comme relevant de la *haute police administrative* et, par conséquent, réfractaire à l'intervention juridictionnelle. Un dernier et curieux exemple de la transition du modèle de contrôle restreint vers celui du contrôle normal, est celui de l'équivalence de fonctions publiques – objet de l'affaire *Lagrange*, dans laquelle le modèle de contrôle restreint a été créé. Depuis une décision du Conseil d'État en 1994, cette matière est soumise au modèle de contrôle juridictionnel non déférent, dit normal<sup>55</sup>.

Afin de compléter le tableau, il convient d'ajouter une circonstance surprenante: *dans aucun cas* de l'histoire jurisprudentielle française, le contrôle restreint n'a été adopté dans des domaines qui originellement étaient soumises à un contrôle normal, non déférent. C'est-à-dire : l'adoption d'un contrôle déférent n'a *jamaï*s signifié, dans l'histoire jurisprudentielle française, un mouvement de rétraction juridictionnelle. Il s'agissait toujours et invariablement d'une action d'intensification du contrôle juridictionnel

<sup>52</sup> V. CE Ass. 29 mars 1968, Manufacture française des pneumatiques Michelin, p. 214, AJ 1968, p. 335.

<sup>53</sup> CE, 2 nov. 1973, SA Librairie François Maspéro, Requête n° 82590.

<sup>54</sup> CE Sect. 9 juill. 1997, Assoc. Ekin, RFDA 1997.1284, concl. Denis-Linton.

<sup>55</sup> CE 29 avril 1994, Cougrand, p. 219, DA 1994, n. 382.

réalisé antérieurement. Cela démontre que l'évolution historique du contrôle juridictionnel en France est clairement *unidirectionnelle*, en allant toujours dans le sens de l'élargissement de la surveillance des juges<sup>56</sup>. Ce mouvement d'intensification progressive du contrôle a été si intense que des nombreux auteurs commencent à se référer à un déclin ou même à la mort imminente du modèle de contrôle restreint<sup>57</sup>.

De toute façon, l'idée du modèle de contrôle restreint en tant que « rituel de passage », tendant à avoir un aspect temporaire, rencontre toujours une certaine résistance. Sous l'affaire *Touzard*, en 2006, le commissaire du gouvernement Terry Olson a affronté le thème de manière explicite<sup>58</sup>. Il s'agissait de contrôle juridictionnel de l'adéquation entre une sanction disciplinaire appliquée et la faute commise par un agent public – matière qui, depuis l'affaire *Lebon*, en 1978, était soumise au contrôle restreint. Olson examinait s'il était le moment d'abandonner cette jurisprudence et d'avancer vers un contrôle normal. En répondant négativement à cette question – dans ses conclusions qui ont été suivies par le Conseil d'État – il ratifie les raisons par lesquelles il ne faudrait pas transférer la matière en cause vers le contentieux non déférent. En particulier, le commissaire du gouvernement souligne l'existence d'un fort élément politique ou administratif en matière disciplinaire: il comprend des considérations sur quelles seraient la meilleure organisation du service administratif, la meilleure politique de sanction à un moment donné de l'histoire et même des aspects relatifs à l'historique fonctionnel de l'agent public en cause – toutes ces considérations étant alors envisagées comme pouvant être mieux accomplies par l'autorité administrative, plutôt que par les juges<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Le mouvement exprime le penchant général du droit administratif français vers le renforcement toujours plus grand de la protection juridictionnelle de l'administré. Cela est vérifié dans tous les domaines. Ch. Bréchon-Moulènes, par exemple, commente la manière par laquelle le juge administratif s'est progressivement senti plus à l'aise pour contrôler les actions administratives en matière économique (v. « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », AJDA 2000 p. 679). M. Kaluszynski, pour sa part, commente l'avancée juridictionnelle dans le domaine politique également (v. « La fonction politique de la justice: regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation », in J. Commaille et M. Kaluszynski (Ed.), *La fonction politique de la justice*, (2007) 9-23).

<sup>57</sup> Cf. D. Truchet, *Droit administratif*, 3. ed., Paris, PUF, 2010, p. 217.

<sup>58</sup> CE 1er février 2006, *Touzard*, n° 271676.

<sup>59</sup> Selon les mots du commissaire du gouvernement Terry Olson: « Un autre élément nous semble militer en faveur d'une certaine retenue dans la matière qui vous occupe. Comme on l'a vu, dans le choix de la sanction disciplinaire, l'administration fait entrer en ligne de compte des facteurs qui vont au-delà des manquements fondant la poursuite: il s'agit des antécédents de l'agent et de son attitude générale dans le service. Ces facteurs peuvent conduire à déplacer le curseur, dans le sens de la rigueur ou de la mansuétude. Il en va de même des considérations

Ce qui est plus important ici, le commissaire du gouvernement rejette énergiquement l'idée selon laquelle le contrôle restreint aurait vocation à ne constituer qu'un stage temporaire précédant l'évolution jurisprudentielle en direction d'un contrôle plus intense<sup>60</sup>. Olson promet ainsi une longue et bien fondée défense d'un modèle de contrôle restreint en tant que modèle intermédiaire entre l'absence totale de contrôle et le modèle de contrôle non déférent. À l'instar de l'adéquation de la sanction disciplinaire aux faits qui la motivent, ce modèle de contrôle serait adéquat pour les cas pour lesquels les juges auraient à effectuer une surveillance quelconque, mais sans devoir aller jusqu'au point de refaire le raisonnement réalisé par l'administration. Dans ce sens, il serait voué à la pérennité. D'ailleurs, la solution que le commissaire du gouvernement a proposée et qui a été acceptée par le Conseil d'État est toujours en vigueur, dès lors qu'elle a été confirmée lors de décisions prononcées ultérieurement<sup>61</sup>.

X X X

Cet article a voulu promouvoir un examen de la déférence juridictionnelle dans une perspective *dynamique*. Plutôt que de s'interroger sur la manière par laquelle les modèles de contrôle juridictionnel déférent dans chaque juridiques *sont actuellement*, l'idée était de s'interroger sur *la manière par laquelle ils y*

---

tirées de l'intérêt général qui s'attache, à un moment donné, à sanctionner tel manquement avec rigueur ou, au contraire, indulgence. Ces deux séries de facteurs nous semblent avoir en commun de ne pas se prêter aisément à une substitution par le juge de son appréciation à celle de l'administration. Ceci est particulièrement vrai des considérations de politique disciplinaire générale qui, à vrai dire, ne concernent pas directement le juge en ce qu'elles renvoient non à un contrôle de légalité mais à des choix de pure opportunité. Le juge de l'excès de pouvoir est-il vraiment apte et légitime pour se placer sur ce terrain ? A notre avis, rien n'est moins sûr » (in CE 1er février 2006, Touzard, n° 271676).

<sup>60</sup> Le commissaire du gouvernement Terry Olson affirme: « Tout d'abord l'argument selon lequel le contrôle d'erreur manifeste d'appréciation ne serait qu'une sorte de transition, de « sas » entre une absence de contrôle et un entier contrôle ne nous convainc nullement. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un type de contrôle qui se veut adapté à ce que le juge de l'excès de pouvoir veut et peut contrôler. Or il existe des cas dans lesquels le juge demeure en deçà d'un contrôle même restreint et l'on parle alors parfois d'un contrôle « infra minimum ». Tel est le cas, par exemple, de certains domaines que le juge entend laisser dans un espace absolument discrétionnaire. (...) Il est donc a fortiori logique et justifiable que certains choix faits par l'administration demeurent régis en excès de pouvoir par un contrôle d'erreur manifeste » (in CE 1er février 2006, Touzard, n° 271676).

<sup>61</sup> V., par exemple, CE 2 sept. 2009, req. n. 310932, Centre hospitalier Fernand-Langlois; et CE 12 janv. 2011, req. n. 338461, Matelly.



*sont parvenus*, ou comment ont-ils *évolué* au fil des décennies. Ainsi, ont été analysé le contexte historique et jurisprudentiel de leur création et des aspects relatifs à leur évolution ultérieure.

Cette perspective a révélé des circonstances très intéressantes. La con-traposition de l'histoire de la création du modèle de contrôle juridictionnel déférent, avec d'un côté le Canada, les États-Unis et l'Italie, et de l'autre la France, a démontré que la limitation de l'intervention juridictionnelle peut servir à des propos différents. Dans l'hypothèse la plus intuitive, elle implique un mouvement de rétractation juridictionnelle, consistant en l'exhortation de l'auto restriction des juges. Mais, contre-intuitivement, l'initiative peut signifier également un mouvement opposé, dans le sens de l'élargissement de l'intervention juridictionnelle. Ce fût le cas de la France, où les juges administratifs ont fait valoir le modèle de contrôle déférent afin d'introduire une surveillance juridictionnelle *minimum* dans des domaines qui jusqu'alors échappaient à tout contrôle.

Les différences d'approche peuvent être senties clairement à la lecture des jugements les plus importants. Dans ceux relatifs aux trois premiers systèmes juridiques mentionnés plus haut, l'effort argumentatif vise à convaincre qu'il est nécessaire *moins de contrôle*. Une bataille doit être menée contre les partisans d'une intervention juridictionnelle plus large – ces sont eux les perdants au final. Au contraire, dans les jugements français qui ont consacré la création du modèle de contrôle déférent, l'effort argumentatif vise à justifier l'apport de *plus de contrôle, plus d'intervention juridictionnelle*, dans des domaines qui avant leur étaient réfractaires.

L'examen de l'évolution des modèles de contrôle juridictionnel déférent, pour sa part, a démontré que, dans quelques systèmes juridiques, ils se sont trouvés en nette ascension; dans d'autres, en net déclin. Le Canada est le plus grand exemple du premier cas: le modèle de contrôle du caractère raisonnable est aujourd'hui appliqué à la majorité des cas relatifs aux autorités administratives spécialisées. Le modèle non déférent de la correction s'applique uniquement à des hypothèses dans lesquelles la décision administrative contrôlée est particulièrement sensible du point de vue juridique.

Aux États-Unis, la situation n'est pas si claire, mais il paraît exister aussi une dissémination de l'orientation déférentielle. En cas de contrôle d'interprétations législatives, la doctrine *Skidmore* pourra s'appliquer, même à défaut d'application de la doctrine *Chevron* – toutes les deux étant de nature déférentielle. En dehors du champ des interprétations législatives, les hypothèses d'application du contrôle non déférent (sous le modèle *de novo*) sont très rares au sein du règlement générique de l'*Administrative Procedure Act*.

La situation contraire peut être vérifiée dans les systèmes juridiques étudiés en Europe. En Italie, l'un des modèles déferents de contrôle, appelé contrôle faible, n'a duré que trois ans et a été abandonné à la suite de fortes critiques mettant en cause son inefficacité juridictionnelle. En France, après avoir été disséminé dans des domaines qui préalablement échappaient à tout contrôle juridictionnel, le contrôle restreint a cédé progressivement de la place en faveur du contrôle non déferent, dit « normal ». La situation a conduit quelques auteurs à décréter la « mort imminente » du modèle de contrôle restreint, tandis que d'autres ont souligné sa prétendue nature transitoire.

Cela paraît constituer une nouvelle évidence de la juridictionnalisation forte et croissante du droit administratif français. Même dans hypothèses de plus en plus rares d'application du contrôle juridictionnel restreint, il pourrait ne pas refléter proprement une attitude respectueuse des juges vis-à-vis de l'administration publique, dans des matières qui lui sont réservées. Au lieu de cela, une telle application du contrôle restreint pourrait indiquer une sorte de mouvement *incomplet* d'intervention. C'est l'idée propagée par certains auteurs, selon laquelle le contrôle restreint en France consisterait en un simple « rituel de passage » en direction d'un contrôle plus intense.

Cette proposition est mise en cause par le fait que quelques matières résistent encore au passage vers un contrôle normal – et d'autres échappent toujours à tout contrôle. Dans ce sens, l'article a présenté aussi les conclusions rendues par le commissaire du gouvernement Terry Olson sous l'affaire *Touzard*, dans lesquelles il a soutenu le maintien d'une alternative intermédiaire entre le contrôle normal et l'absence de contrôle, en fournissant notamment des raisons institutionnelles, selon lesquelles les juges devaient se tenir à distance de certaines matières plus appropriées au corps administratif.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONNARD, Roger. *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration: Étude de Droit Administratif Comparé*. Paris, Dalloz, 2005.
- BRÉCHON-MOULÈNES Christine. “La place du juge administratif dans le contentieux économique public”. *AJDA* 2000 (p. 679).
- CRAIG, Jared. “Defending city hall after Dunsmuir” (2008). 46 *Alberta L. Rev.* 275.
- DYZENHAUS, David. “The politics of deference: judicial review and democracy”. In: TAGGART, Michael (ed.). *The Province of Administrative Law*. Oxford, Hart Publishing, 1997.

- . “The logic of the rule of law: lessons from Willis”. 55 *U. Toronto L. J.* 691 (2005).
- DYZENHAUS, David, e FOX-DECENT, Evan. “Rethinking the process/substance distinction: Baker versus Canada” (2001). 51 *T. L. J.* 193.
- ESSENS, Oda (ed.), GERBRANDY, Anna, e LAVRIJSEN, Saskia. *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*. Groningen, Europa Law Publishing, 2009.
- GARRY, Patrick M. “Judicial review and the ‘hard-look’ doctrine”. 7 *Nev. L. J.* 151.
- HOLLOWAY, Ian. “A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993). 22 *Man. L. J.* 28.
- JACOBS, Laverne. “Developments in administrative law: the 2007-2008 term – The impact of Dunsmuir”. *Supreme Court Law Review* 43(2d)/1-34 (2008).
- JAFFE, Louis L. “The right to judicial review I”. 71 *Harv. L. Rev.* 401 (1957).
- KALUSYNZKI, Martine. “La fonction politique de la Justice: regards historiques. Du souci d’historicité à la pertinence de l’historicisation”. In: COMMAILLE, Jacques, e KALUSZYNSKI, Martine (dirs.). *La Fonction Politique de la Justice*. Éditions La Découvert, col. “Recherches”, 2007 (pp. 9-23).
- LANGILLE, Brian. “Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986). 17 *R. G. D.* 169.
- LI, Zhang. *Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes Administratifs en Chine: Éléments d’Analyse Comparée des Contentieux Administratifs Chinois et Français*. Bruxelles, Bruylant, 2010.
- MACKLIN, Audrey. “Standard of review: the pragmatic and functional test”. In: FLOOD, Coleen, e SOSSIN, Lorne (eds.). *Administrative Law in Context*. Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- MARCHETTI, Barbara. *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti: il Judicial Review sulle Administrative Agencies*. Padova, CEDAM, 2005.
- MERRILL, Thomas W. “Judicial deference to Executive precedent”. 101 *Yale L. J.* 969 (1992).
- . “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”. In: STRAUSS, Peter (ed.). *Administrative Law Stories*. New York, Thomson/West, 2006.
- MULLAN, David J. “Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference!” (1998). 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 191.

- ODENT, Raymond. *Contentieux Administratif*. Paris, Institut d'Études Politiques de Paris, 1971.
- RISK, Richard C. B. "In Memoriam: John Willis" (1997). 47 *U. T. L. J.* 301.
- SUNSTEIN, Cass R. "Deregulation and the hard-look doctrine". 1983 *Sup. Ct. Rev.* 471.
- , "Law and administration after Chevron". 90 *Colum. L. Rev.* 2071 (1990).
- TRUCHET, Didier. *Droit Administratif*. 3<sup>a</sup> ed. Paris, PUF, 2010.
- WERHAN, Keith. "The neoclassical revival in administrative law". 44 *Admin. L. Rev.* 567 (1992).
- WILLIS, John. "Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional" (1935/1936). 1 *U. T. L. J.* 53.
- WOOLHANDLER, Ann. "Judicial deference to administrative action – A revisionist history". 43 *Admin. L. Rev.* 197 (1991).

## JUDICIAL REVIEW IN A CONTEXT OF LEGAL INDETERMINACY<sup>1</sup>

---

Contents: 1. Introduction. - 2. Canada. - 3. United States of America. - 4. Italy. - 5. France. - 6. Conclusions.

### 1. INTRODUCTION

Judicial review is an activity directed to guaranteeing that administrative authorities will comply with the law. But what happens when it is not clear what the law actually commands in a given case? How should the courts decide whether the administrative action was lawful? If the law is not clear, should the courts just defer to the decision taken by the public administration? Or should they impose their own views on the issue at hand?

Comparative law provides us with interesting examples of different orientations towards this dilemma. I will try to sketch four of them (France, Italy, Canada and the United States), underlining their differences.

My interest today is drawn specifically to the domain of the judicial review of statutory construction of ambiguous legislation. This seems like an interesting domain for my inquiry. First, because ambiguity is increasingly present in statutes in our highly complex and dynamic society. Second, because the indeterminacy of the law in such cases is debatable. We will then be able to see differences in the identification and acknowledgment of indeterminacy by different courts – and also in the attitudes they take thereafter. And through this domain we will then have a strong indication of the nature of the institutional relationship between courts and public administration in each of these countries.

### 1. CANADA

Let me start with Canada. Of particular interest to our inquiry is the Supreme Court's contextual approach to determining the standard of review. Canadian administrative law has developed a workable two-stage structure.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, p. 879-890, 2018.

First, the Court determines the standard of review that it will apply. Second, it decides the case using that standard. The analytical framework used for the first stage was first called the “pragmatic and functional” approach (see *Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, 1081). Since the Supreme Court decision in *Dunsmuir*, the reformed test is called “standard of review analysis” (see *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008], 1 S.C.R. 190, 192).

This analytical framework is relevant especially because, under the prongs of the test, courts weigh substantial and institutional aspects of the agency’s decision. The framework requires the courts to assess which institution is better constituted to decide the issue under review. As a result, if the interpretation of an ambiguous statute entails policymaking of if it requires a technical evaluation, Courts will defer to the construction put forth by the agency.

So, for example, the Canadian Supreme Court often bases its deference on an understanding of the policymaking process in agencies and executive departments, and it developed the concept of polycentricity. A polycentric issue is one that involves delicate balancing among different interests. If agencies are competent to resolve polycentric issues, courts should usually defer to their decisions. The Canadian Supreme Court first used the concept in *Pushpanathan v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. Courts will defer also on issues involving complex and technical assessments that the agency seems better placed to address, such as antitrust litigation or financial market regulation. See *Canada (Director of Investigation & Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, 774–775; and *Pezim v. B.C. (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, 598–99. The Supreme Court referred to three important dimensions of expertise: (i) the court must characterize the expertise of the agency in question; (ii) it must consider its own expertise relative to that of the agency; and (iii) it must identify how the specific issue before the administrative decisionmaker relates to this expertise. See *Pushpanathan v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, 1007.

Courts seldom apply the non-deferential standard of correctness to strike down administrative actions, and the few cases where they do are ones that raise general questions of law, human rights, constitutional issues, or jurisdictional concerns (for example, *Dr. Q v. Coll. Of Physicians & Surgeons of B.C.*, [2003] 1 S.C.R. 226). That is: Canadian courts are prone to identify ambiguity in the law and then move to a discussion on which is the best institution to resolve the ambiguity. In so doing, they will most often then not find that it is

the administrative agencies, and not the courts, the better suited to resolve the ambiguity – and their interpretation will be subjected to a deferential review.

## 2. UNITED STATES OF AMERICA

In American Law, judicial review of statutory construction is officially very deferential too – but in practice, that is not always the case. In reviewing agencies' statutory constructions, Courts claim to apply deferential doctrines, such as *Chevron* or *Skidmore*, but many decisions are based on quite strong judicial readings of statutory language. The actual impact of the *Chevron* doctrine is debated. It is among the most heavily cited cases of all time, and some empirical studies show that the percentage of administrative decisions that the federal courts affirmed rose after *Chevron*. Others, however, have found that the Supreme Court continues to impose its own interpretations of the law on agencies, often without even citing *Chevron*.

Even when courts nominally apply *Chevron*, the deferential orientation is not clear. Under step one of *Chevron*, Courts are supposed to assess whether “Congress has directly spoken to the precise question at issue” (see *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842 (1984)). In practice, courts use the so-called “traditional tools of statutory construction” to decide this issue, and sometimes they reach out to find and resolve ambiguity against agency interpretations.

Courts frequently conclude that a given text is not ambiguous, but only after a rather long analysis of the purpose of the statute or its legislative history. In other words, sometimes courts seem to use the traditional tools of construction in step one to regain the powers of statutory construction that they lost with *Chevron*. An example is *FDA v. Brown & Williamson*, 529 U.S. 120 (2000).

In short: when acknowledging the ambiguity of a given statute, courts will usually defer to the construction of the administrative authority. However, Courts are not always ready to admit the existence of an ambiguity.

## 3. ITALY

In Italian case law judicial review has a very curious and inconsistent history. It moved from intensive review to deference and then back again.

Traditionally, Italian courts work within a binary framework, giving limited review to discretionary decisions and stronger review to non-discretionary decisions. Administrative discretion (*discrezionalità amministrativa*), however, has a very specific meaning in Italian Law: it corresponds to the balance of

competing public interests. Only in cases requiring balancing do courts engage in limited review; traditionally, judges do not defer to agencies' construction of ambiguous statutory terms.

In this binary context (discretion/non discretion), thus, pure statutory constructions would always give rise to a non-deferential review. However, during two different periods, judges challenged this binary orientation to accommodate some decisions of regulatory and antitrust authorities that did not seem to fit in the binary tradition. Before 1999, using the concept of "technical discretion" courts applied limited review to cases where the terms interpreted were "technical" and "debatable" (see, for example, Cons. Stato, sez. iv, 12 dicembre 1992, n. 1055; and Cons. Stato, sez. iv, 30 novembre 1992, n. 986). In 1999, after a landmark decision, technical discretion became reviewable on non-deferential terms (Cons. Stato, sez. iv, 9 aprile 1999, n. 601).

Between 2001 and 2004, courts deferred also to "complex technical assessments", claiming they involved both complex technical expertise and policymaking that was better performed by agencies (See, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 14 marzo 2000, n. 1348; Cons. Stato, sez. vi, 12 febbraio 2001, n. 652; Cons. Stato, sez. vi, 20 marzo 2001, n. 1671; Cons. Stato, sez. vi, 26 luglio 2001, n. 4118).

These two periods brought Italian law closer to American and Canadian practice. During them, Italian courts explicitly admitted that the construction of ambiguous legislative terms can give rise to policymaking and, hence, to limited, "weak" review. However, heavily criticized by scholars and practitioners, the Consiglio di Stato abandoned these concepts, and went back to the binary tradition. Arguing that its reference to "weak review" in cases of complex technical assessments" had been misinterpreted, the Consiglio di Stato abandoned the concept and began to stress that review had only one limit: the judge could not substitute the decision of the authorities with its own, and the court must annul the administrative decision and remand the case back to the agency. See Cons. Stato, sez. vi, 02 marzo 2004, n. 926. This decision sought to incorporate the new approach into the older doctrines. Later cases completely abandoned the previous language, rejecting "weak review" and characterizing their standard as "full and particularly penetrating" (*pieno e particolarmente penetrante*) and "certainly not weak" (*certamente non debole*).

The Consiglio di Stato presented no justification for its change of direction. The judges provided no theoretical explanation to why it was now possible to review aspects of the decision that were beforehand deemed to include policymaking. They just started to ignore the institutional difficulties of review that they had themselves brought up some years before. The



Consiglio di Stato introduced its new approach by claiming that it was just an explanation of its previous case law—in fact, it represented a complete change of direction. Whereas it previously invoked indeterminate legal concepts to justify limited review, it now uses “full review also in regard to indeterminate legal concepts.” Whereas it previously highlighted the agencies’ institutional positions to suggest the need for judicial deference, it now states that a full review is needed because independent agencies are insulated from the political arena (*fuori del circuito dell’indirizzo politico*). In 2002 the Consiglio di Stato very explicitly affirmed that cases of “complex technical discretion” involved a combination of technical and administrative discretion, and hence only limited review was possible. When it decided to change its orientation and to provide “complete and effective review,” it did not reconsider the degree of pure discretion embedded in regulatory decisions—it just ignored the issue.

#### 4. FRANCE

Finally, France has had a consistent pattern of non-deferential review of administrative construction of statutes over its recent legal history. Judicial review has become progressively less deferential (under the standard of *contrôle normal*), and some authors talk about the decline, or the death, of the deferential standard of review (*contrôle restreint*).

Theoretically, French administrative courts apply a deferential standard of review to highly technical or politically sensitive cases. For examples of judicial review of technical administrative decisions, see, e.g., CE Ass., Apr. 27, 1951, Rec. Lebon 236 (applying restricted review on whether a hair lotion was poisonous); Conseil d’État (CE) Oct. 14, 1960, Rec. Lebon 529, Syndicat Agricole de Lalande-de-Pomerol (applying restricted review to determine whether a wine was worthy of an appellation contrôlée). More recently, some telecommunication regulation cases have also received restricted review due to their complexity. See, e.g., Conseil d’État (CE) July 10, 2006, Requête n. 274455 (applying restricted review to determine the distribution of the costs of the universalization of the service); CE, Dec. 5, 2005, Requête n. 277441, 277443–277445 (applying restricted review to the establishment of a price floor regulation to dominant companies). For examples of judicial review of politically sensitive cases, good examples are the cases on the so-called *mesure de haute police*. See Conseil d’État (CE) July 25, 1985, Requête n. 68151; Conseil d’État (CE), Feb. 3, 1975, Requête n. 94108. These cases dealt with measures against foreigners on French soil and refusals to apply an administrative sanction due to the principle of prosecutorial discretion (*opportunité*

des poursuites). See Conseil d'État (CE), Dec. 30, 2002, Requête n. 216358; Conseil d'État (CE), July 28, 2000, Requête n. 199773.

In practice, however, French courts are clearly less prone to find instances of highly technical or politically sensitive cases when compared to their Canadian and American counterparts. A good example of this tendency to overlook technical complexities is the case law on mergers. The Conseil d'État has reviewed for correctness the identification of the relevant market and the evaluation of anticompetitive effects, assessed the very existence of a merger, and established the criteria under which making an "exception for a failing firm" could be accepted (See, respectively, Conseil d'État (CE), Oct. 6 2000, Requête n. 216645; CE Sect., Apr. 9, 1999, Requête n. 201853; CE Sect., May 31, 2000, Requête n. 213161; CE Sect., Feb. 6, 2004, Requête n. 249267).

Likewise, the political component of many constructions of statutes is not officially recognized in courts. French courts usually claim legitimacy to interpret ambiguous terms in statutes. See Conseil d'État (CE), June 7, 1999, Requête n. 193438 (broadcasting authority's domain); Conseil d'État (CE), May 18, 1998, Requête n. 182244 (same); Conseil d'État (CE), July 30, 1997, Requête n. 153402 (same). They view such concepts as "legal" because they are in the statutory text; therefore, the courts can interpret them. French courts define the realm of law broadly, allowing for far-reaching review. Thus, in cases where Canadian and American courts would claim that agencies are better suited to interpret the statutes, French courts would disagree and impose their own construction.

## 6. CONCLUSIONS

Our comparative account suggests that courts can adopt different orientations when reviewing administrative construction of ambiguous statutes. Some will defer to administrative constructions, on the grounds that the interpretation of statutory terms may require technical knowledge or entail choices of policies – and that this is better done by the agencies. Others will impose their own constructions, either by *denying* the existence of any ambiguity (saying, thus, that the law is clear) or by claiming that judges are the proper constructor of statutes.

Having Canada and the United States as the somewhat more deferent jurisdictions and France and Italy as the somewhat less deferent, we may want to reflect upon the reasons why they have adopted these divergent options.

The first temptation might be to associate the options with the existence or inexistence of administrative courts in a given country. Being more used to deal with administrative issues and having a somewhat more similar in-

stitutional configuration to the public administration, administrative courts might feel more comfortable to dig into administrative issues. This is however countered by the fact that in Italy they had periods of deference and also by the fact that both in Italy and in France, the non deferential patterns hold even in instances where the judicial review is put forward by civil courts, such as, in France, the review of the acts of the former antitrust agency, le Conseil de la Concurrence (See, for example, Cour d'Appel Paris, 30 mars 2004, SAS Novartis Pharma v. Conseil de la Concurrence and Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 29 juin 2007, Bouygues Télécom. See also Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 31 janvier 2006, Colas Midi Méditerranée/ Bonna sabla et autres).

A second explanation might be related to the diffusion and influence of the movement of legal realism in the legal education of a given country. Legal realists tend to be skeptical about the limits of the law – and they were more influential in Canada and the US than in France and Italy. Their influence in academia might have something to do with the education of judges that are more prone to identify issues of policymaking in the mere interpretation of statutes. But this intuition would certainly require further investigation.

## REFERENCES

The author is Professor of Law at FGV Law School in Rio de Janeiro, Brazil. Email: eduardo.jordao@fgv.br This paper corresponds to his intervention in a panel on judicial review of administrative action at the ICON-S 2017 Annual Conference on Courts, Power and Public Law, in Copenhagen. Footnotes were added on a later stage. The intervention and the paper draw from an article the author had previously published with Professor Susan Rose-Ackerman, “Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review” (2014) 66 *Administrative Law Review* 1. For a longer reflection of the author on the issue of judicial review in a comparative perspective, see Eduardo Jordão, *Le juge et l'administration: entre le contrôle et la déférence*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

As of February 2011, *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 had been cited 10,720 times by the federal courts. The number greatly exceeds the mentions of other important public law cases. See Stephen Breyer, Richard Stewart, Cass Sunstein, Adrian Vermeule and Michael Herz, *Administrative Law and Regulatory Policy* 287 (7<sup>th</sup> ed. 2011). For papers debating the actual impact of *Chevron*, see Peter H. Shuck & E. Donald Elliott, *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*, 1990 *Duke L.J.* 984, 1026 (1991); Orin S. Kerr, *Shedding*

Light on Chevron: An Empirical Study on the Chevron Doctrine in the U.S. Court of Appeals, 15 *Yale J. on Reg.* 1, 1–4 (1998); William N. Eskridge, Jr. & Lauren E. Baer, The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan, 96 *Geo. L. J.* 1083 (2008).

In France, technically complex decisions reviewed for correctness are also common outside the realm of antitrust. In the regulation of telecommunications, see, e.g., Conseil d'État (CE) May 19, 2008, Requête n. 311197 and Conseil d'État (CE) Dec. 29, 2006, Requête n. 288251.

On the influence of the movement of legal realism on the judicial deference to administrative decisions, see Frank Iacobucci, "Articulating a rational standard of review doctrine: a tribute to John Willis", 27 *Queen's LJ* 859 (2002), and Stephen Breyer et alii, *Administrative Law and regulatory policy: problems, text and cases*. 6. ed. Aspen, 2006, p. 250: "Consider the view that Chevron is, in a sense, an ultimate triumph of legal realism. The legal realists believed that 'law' was not autonomous, in the sense that judgments of both policy and principle lie behind any real-world judgment about 'what the law is'. If the realists were right, perhaps it follows, post-New Deal, that administrative agencies should have a large role in saying what the law is because they are better than courts at the relevant judgments at policy and principle. Their comparative advantages stem from their better democratic pedigree and their immersion in the facts and policies of particular areas of law".

On the case of the United States: ANDERSEN, William R. "Against Chevron - A Modest Proposal", 56 *Admin. L. Rev.* 957 (2004); BARRON David J.; KAGAN, Elena. "Chevron's Nondelegation Doctrine", 2001 *Sup. Ct. Rev.* 201 (2001); BRESSMAN, Lisa Schultz. "Chevron's Mistake", 58 *Duke Law Journal* 549 (2009); BRESSMAN, Lisa Schultz. "How Mead has muddled Judicial Review of agency action", 58 *Vanderbilt Law Review* 1443 (2005); BREYER, Stephen. "Judicial Review of Questions of Law and Policy", 38 *Admin. L. Rev.* 363 (1986); BREYER, Stephen. "On the uses of legislative history in interpreting statutes", 65 *S. Cal. L. Rev.* 845 (1992); BYSE, Clark. "Judicial Review of Administrative Interpretation of Statutes: an analysis of Chevron's Step Two", 2 *Admin. L.J.* 255 (1988); CROSS Frank B.; TILLER, Emerson H. "Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine", 107 *Yale L. J.* 2155 (1998); ELLIOT, E. Donald. "Chevron Matters: How the Chevron Doctrine Redefined the Roles of Congress, Courts and Agencies in Environmental Law". 16 *Vill. Envtl. L.J.* 1 (2005); ELLIOTT, E. Donald; SCHUCK, Peter H. "To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law", 1990 *Duke L.J.* 984 (1991); ESKRIDGE Jr., William; BAER, Lauren E.

“The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan”. 96 *Georgetown Law Journal* 1083 (2008); GERSEN, Jacob E.; VERMEULE, Adrian. “Chevron as a Voting Rule”, 116 *Yale L. J.* 676 (2007); HERZ, Michael. “Deference Running Riot: Separating Interpretation and Lawmaking under Chevron”, 6 *Admin. L.J. Am. U* 187 (1992); KERR, Orin S. “Shedding Light on Chevron: An Empirical Study on the Chevron Doctrine in the U.S. Court of Appeals”, 15 *Yale J. on Reg.* 1 (1998); MERRILL, Thomas W. “Textualism and the future of the Chevron Doctrine”, 72 *Washington University Law Quarterly* 351 (1994); MERRILL, Thomas W. “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, in Peter Strauss (ed.), *Administrative law stories*, New York, Thomsom/West, 2006; SCALIA, Antonin. “Judicial Deference to Agency Interpretations of Law”, 1989 *Duke L. J.* 511; SCHUCK, Peter; ELLIOTT, Donald. “To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law”, 1990 *Duke L.J.* 984 (1991); SHANE, Peter M. “Ambiguity and Policy Making: A Cognitive Approach to Synthesizing Chevron and Mead”, 16 *Vill. Envtl. L.J.* (Spring 2005); SUNSTEIN, Cass R. “Law and Administration after Chevron”, 90 *Colum. L. Rev.* 2071 (1990); VERMEULE, Adrian. “Mead in the Trenches”, 71 *Geo. Wash. L. Rev.* 347 (2003).

On the case of Italy: AGNINO, Francesco. “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza”, nota a Cons. St. Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, *Urbanistica e appalti*, 2003, 4, 448; BERTOLDINI, Antonio. “La consulenza tecnica d’ufficio nella giurisdizione del Consiglio di Stato, la ricerca della prova attenersi ai limiti posti al sindacato giurisdizionale sul merito dell’azione amministrativa”, *Foro Amministrativo*: CDS, 2003, pp. 225-231; CAGNO, Maurizio di. “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza”, nota a Cons. Stato Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, *Urbanistica e appalti*, 2003, 4, 448; CARBONE, Vincenzo, “Grana padano tra antitrust e giurisdizione”, nota a Cass. civ. Sez. Unite, 20 gennaio 2006, n. 1064, *Corriere Giur.*, 2006, 2, 169; CARINGELLA, Francesco. “La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti”, in *Società*, 2001, p. 523; CHIESI, Gian Andrea. “Un nuovo mezzo istruttorio nel processo amministrativo. La consulenza tecnica e su rilevanza con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica”, nota a T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 23 maggio 2002, n. 3011, *Corriere Giur.*, 2003, 2, 233; D’ALBERTI, Marco. “Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici”, *Diritto amministrativo*, 1/2008, p. 52; DELSIGNORE, Monica. “Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato”, *Dir. proc. amm.* 2000, 1, 185 (nota a Consiglio di Stato, 09/04/1999, n. 601, sez. IV); DENOZZA, Francesco.

“Discrezione e deferenza: Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti regolatrici”, *Mercato, concorrenza, regole*, a. II, n. 3, 2000; DI CAGNO, Maurizio, “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza”, nota a Cons. Stato Sez. VI, 01 ottobre 2002, n. 5156, *Urbanistica e appalti*, 2003, 4, 448; DI PATTI, Domenico Bonaccorsi. Il consiglio di Stato si pronuncia nuovamente in tema di sindacato giurisdizionale, (nota a Cons. Stato Sez VI, 30/08/2002, n. 4362), *Giurisprudenza italiana*, 2004, n. 1, UTET, p. 199; GIOVANNELLI, Mauro. “Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore”, nota a Cons. St. Sez. V Sent., 20 maggio 2008, n. 2355, *Urbanistica e appalti*, 2008, 9, 1107; GIUNTA, Monica. “Il sindacato del giudice amministrativo si estende fino all’analisi compiuta dall’Autorità”, *Guida al diritto*, Vol. 9, 2005, pp. 103-109; LALLI, Angelo. “Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 4, 358; LAZZARA, Paolo. *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001; LIGUORI, Fiorenzo. “Il sindacato “debole” sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti”, *Gior. Dir. Amm.* N. 6/2003 p. 609; LOMBARDI, Letizia. “Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni tecniche tra vecchie e nuove istanze”, nota a Cons. Stato Sez. IV Sent., 21 maggio 2008, n. 2404, *Urbanistica e appalti*, 2008, 10, 1164; MIRATE, Silvia. “La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione”, nota a Cons. Stato Sez. IV, 10/02/2000, n. 715, *Giur. It.*, 2000, 12; PAOLANTONIO, Nino. “Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica”, (nota a CDS, VI°, 3 luglio 2002 n. 3637), *Foro Amministrativo: CDS 2002*, pp. 2587-2597; PRETIS, Daria de. “Discrezionalità tecnica ed incisività del controllo giurisdizionale”, *Giornale di diritto amministrativo*, 12/1999, pp. 1179-1183; TASSONE, Antonio Romano. “Sulle vicende del concetto di ‘merito’”, *Diritto amministrativo*, 3/2008, p. 517; TRAVI, Aldo. “Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni”, *Dir. Pubbl.*, 2004, 439; TRAVI, Aldo. “Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia ‘amministrativa?’”, nota a T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 09 agosto 2005, n. 6157, *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 3, 304; VOLPE, Francesco. “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, *Diritto amministrativo*, 4/2008, pp. 791-837.

On the case of France: BAZEX Michel; BLAZY, Sophie. “Le juge doit-il contrôler la pertinence de l’analyse économique servant de base à une décision?”, *Droit Administratif*, no2, Février 2005, comm. 26.); BONNARD, Roger. *Le contrôle juridictionnel de l’administration: Etude de droit administratif comparé*, Paris, Dalloz, 2005; BRECHON-MOULENES Christine. “La

place du juge administratif dans le contentieux économique public”, *AJDA* 2000 p. 679; CHÉROT, Jean-Yves. “Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence”, *AJDA* 2000 p. 687; COLLET, Martin. *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*. Paris, LGDJ, 2003; DELVOLVÉ, Pierre. “La cour d’appel de Paris, juridiction administrative”, in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992; FLAUSS, Jean-François. “Vers une extension du contrôle normal dans le contentieux de la police administrative”, *LPA* 19 mai 1989, p. 19; LIÉBER, Sophie-Justine; BOTTEGHI, Damien. “L’étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore?”, *AJDA* 2009, p. 583; LOCHAK, Danièle. “Le conseil d’État en politique”, *Le Seuil - Pouvoirs*, 2007/4, n. 123; LOMBARD, Martine. “Les analyses économiques dans le contrôle juridictionnel des actes pris sur proposition des agences de régulation”. *Droit Administratif* no 1, Janvier 2005, comm. 12; MARIMBERT, Jean. “L’ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur”, *Petites affiches*, 23 janvier 2003 n° 17, P. 41; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. “Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes”, *LPA*, 12 septembre 2003 n° 183, P. 6; QUILICHINI, Paule. “Réguler n’est pas juger: Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique”, *AJDA* 2004 p. 1060; SIBONY, Anne-Lise. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008; TCHEN, Vincent. “Contrôle par le juge administratif des attributions de fréquence décidées par le Conseil supérieur de l’audiovisuel (CSA)”, *AJDA* 1994 p. 74; WOEHLING, Jean-Marie. “Le contrôle du pouvoir discrétionnaire en France”, *Rev. Administration. n. spécial*, 1999, n. 7, p. 75.

On the case of Canada, CARTIER, Geneviève. “Keeping a check on discretion”, in Coleen Flood and Lorne Sossin (coord.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008; DYZENHAUS, David. “The logic of the rule of law: lessons from Willis”. 55 *U. Toronto L.J.* 691 (2005); EVANS, J. M. “Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism” (1991), 48 *Admin. L.R.* 255; LAHEY, William; GINN, Diana. “After the Revolution: being pragmatic and functional in Canada’s Trial Courts and Courts of Appeal” (2002) 25 *Dal. L.J.* 274; LOVETT, Deborah K. “That Enigmatic Curial Deference and the Continuing and Most Curious Search for Legislative Intent — What to Do, What to Do?” (2004) 17 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 207; MACKLIN, Audrey. “Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Coleen Flood and Lorne Sossin (coord.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008; MACLAUCHLAN, H. Wade. “Transforming Administrative Law: the didactic role of the Supreme Court of Canada” (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 281; MULLAN, David J. “Establishing the standard of review: the struggle for complexity”, 17 *Canadian*

*Journal of Administrative Law* 59 (2004); MULLAN, David J. “Dunsmuir v. New Brunswick, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let’s Try Again!” (2008), 21 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 117; SOSSIN Lorne; FLOOD, Colleen M. “The Contextual Turn: Iacobucci’s Legacy and the Standard of Review in Administrative Law” (2007) 57 *U.T.L.J.* 581.



## GLOBALIZATION AND CONVERGENCE IN JUDICIAL REVIEW: WHAT CAN WE LEARN FROM THE CASE OF BRAZIL?<sup>1</sup>

---

### 1. INTRODUCTION

Globalization and convergence between legal orders is a hot topic for the field of comparative law. Its central question is: to what extent *are* jurisdictions across the globe *adopting* (or to what extent *will* they *adopt*) the same legal solutions to social problems? In the process of increased exchange of goods and information, one could intuitively expect to spot fewer differences among jurisdictions. They would tend to converge to one (best?) solution, the acquaintance of which is increasingly accessible through the various channels of information.

To the extent that it is happening, legal convergence represents both *a product of* and *a menace to* comparative law. It is a product of comparative law, because it is mostly through studies of this field of law that differences between jurisdictions are revealed and that convergence is suggested. It is a menace to comparative law, because it tends to diminish the relevance of this field of research. After all, there is little to compare if differences between jurisdictions are rare.

Legal convergence could be the result of at least two different processes. First, it could indicate the dominance of a given jurisdiction in the global market of legal ideas, the solution of which is exported to several others. Second, it could represent a mix of different solutions, consolidated somewhat spontaneously or through the intervention of an intermediate body, such as a supranational or multinational entity. The former possibility would represent a *unilateral dominance*, whereas the latter indicates a *multilateral dominance*.

The first process has been widely observed by the literature of comparative administrative law. One could point out, for instance, the convergence

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 17, p. 23-31, 2017.

processes that emerged by opposition of different legal systems by a group of thinkers. In the beginning of the 19<sup>th</sup> century, French liberals tried to make their case for a change in French administrative law by sharply contrasting the administrative legal orders of England and France – the latter still marked by traces of absolutism – and indicating the bright spots of the former. With time, it could be argued that this thinking gained space in the market of legal ideas, and French administrative law acquired prerogatives that were in compass with what those liberals defended (the liability of the administration by damages caused to individuals is an example).<sup>2</sup>

Regarding the second process, there are several factors that entail multilateral legal convergence. These could be, for instance, the spread in the use of foreign and international law in national courts as a response to the possibility of review by international and transnational courts,<sup>3</sup> the economic pressure to compete in a globalized market,<sup>4</sup> the sharing of basic values and principles of administrative law that are materialized in rules of global governance,<sup>5</sup> and so on. An example of legal convergence promoted by a supranational body is the changes in continental Europe's regulatory framework in the 1990s. EU directives pushed countries that traditionally explored natural monopolies by public-owned companies to a model in-

---

<sup>2</sup> Sabino Cassese, "Le problème de la convergence des droits administratifs: vers un modèle administratif européen?", in *L'État de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996.

<sup>3</sup> Mads Adenas and Duncan Fairgrieve, "Intent on making mischief: seven ways of using comparative law", in Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 28.

<sup>4</sup> The globalization of trade fosters "regulatory harmonization" and "regulatory competition", potentially leading, in both cases, to legal convergence of administrative law. In some cases, harmonization is chosen as a way to reduce costs of trade by imposing similar requirements. In others, the competition for businesses forces countries to reform their administrative rules and processes in order to reach international standards. See George Bermann, "Comparative Law in Administrative Law". In *L'État de Droit: Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*. Ed. Dalloz, 1996.

<sup>5</sup> Anthony, Auby, Morison and Zwart sustain that it is possible to identify core values to global administrative law, such as "accountability, transparency, rationality and legality". These values are, according to them, reflected in the processes of supranational institutions: "We also suggest that EU law should be regarded as an integral part of the global administrative law regime precisely because globalization entails decision-making processes that are overlapping rather than mutually exclusive and in which regional standards exist as important elements of the broader global dynamic", in Gordon Anthony, Jean-Bernard Auby, John Morison and Tom Zwart. "Introduction to the collection", in Gordon Anthony et alli (ed.), *Values in global administrative law*, Oxford and Portland, Hart, 2011.

spired by that of the United States, where private companies are overseen and regulated by autonomous government agencies.

There is no easy way to demonstrate the actual existence of a convergence process, or to identify one of the instances of dominance mentioned above. The analysis of convergence processes is usually done in countries with established legal traditions. The pressures in market of legal ideas that favored the Anglo-American legal influences, for example, can explain the evolution of French administrative law in the 19th. However, some of the typical problems that fall upon the comparative administrative law scholar might be more intense in the analysis of such countries. Because of the fact that there are fewer changes to be analyzed, it is difficult to say if the changes observed are really a part of the convergence process: the fact that French law opened space to some more individual prerogatives could also be explained as an internal phenomenon of an evolving system, and not as an “anglicization” process. Moreover, in the mentioned case of the creation of independent regulatory agencies in continental Europe, it is possible to observe influences other than supranational regulation that might have led to this result.<sup>6</sup> In fact, different institutions can produce the same legal solutions<sup>7</sup>, and it is necessary to look at the broader picture of reforms to confirm the existence of such legal trends.

In one further example of how difficult it is to observe such legal trends in countries with established legal traditions, Marco D’Alberti identifies the broad reduction of discretionary administrative power as global trend of the public regulation of markets, as a way of facilitating access to markets and lessening political influence over administrative actions that concern economic regulation. As France has a legal tradition of administrative independence from courts, this global trend cannot be well observed there, where it faces strong resistance.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> As Dominique Custos points out, “The French independent network industry regulator emerged from the interweaving of European Union encouragement, American inspiration, the UK example, deliberate or unconscious mimicry among Member States and the constraints of the administrative tradition of France.” In Dominique Custos, “Independent administrative authorities in France: structural and procedural change at the intersection of Americanization, Europeanization and Gallicization”, in Susan Rose-Ackerman and Peter Lindseth (ed.), *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar Pub., 2011.

<sup>7</sup> See Sabino Cassese, “Le problème de la convergence des droits administratifs: vers un modèle administratif européen?”, in *L’État de Droit, Mélanges en l’honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 47-48.

<sup>8</sup> Marco D’Alberti, “Administrative law and the public regulation of markets in a global age”. In Susan Rose-Ackerman, Peter Lindseth (ed.), *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar Pub., 2011, p. 75.

This paper offers one alternate possibility to the verification of dominant convergence trends in the market of legal ideas. By looking through the history of judicial review in Brazil, I will try to sketch some intuitions on the changing influences that can be spotted in the market for legal ideas.<sup>9</sup> A jurisdiction with longer and more relevant legal tradition, such as France, is intuitively more refractory to external influences, holding more stable legal orientations. Being a peripheral jurisdiction and a traditional importer of legal ideas and doctrines, Brazil is relatively open to foreign influences and international trends. It is, in this sense, a good proxy of any domination occasionally being exerted. In other words, precisely because it is an importing country, Brazil is relatively porous to legal innovations and therefore can be a good barometer of global trends. Thus, paying attention to the evolution of judicial review in Brazil can be a way to identify global developments.

## 2. THE ERA OF FRENCH DOMINANCE

A stroll through the history of the judicial review of administrative action in Brazil reinforces this intuition. From the beginning of last century to the 1980's, the influence of French law and the decisions of its Conseil d'État were very strong and virtually sovereign. Almost all the developments that took place in Brazilian Administrative law throughout this period can be traced to similar developments that had occurred a few years before - or a few decades before - in French Administrative law. From the 1980's, however, the picture gets much more nuanced. Not only because Brazil starts to receive influences from several other countries, but also because the influence from French Law declines rapidly. This story may also reflect the very global circumstances: the global dominance of French law was recently replaced by the influx of other jurisdictions - and especially of the United States.

Especially during the first half of the 20th century, Brazilian courts would very often look up to the Case Law of the French Conseil d'Etat to decide their own cases. Interested parties would wield French administrative law concepts when pleading for a change in the practice of Brazilian courts. Invariably, the use of such concepts led to a *more intrusive* review of administrative action. Thus, for example, the idea of "détournement de pouvoir" (*abuse of power*) –

---

<sup>9</sup> For a longer account on the History of Judicial Review in Brazil in Portuguese, see Ricardo Perlingeiro, Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43658>.

created by the Conseil d'Etat in 1875<sup>10</sup> – was first accepted in Brazilian Law in a regional court judgment of 1941.<sup>11</sup> The judge that was responsible for the case was Miguel Seabra Fagundes, a well-known scholar who would acknowledge the French inspiration in his most famous book.<sup>12</sup> The book itself is an evidence of the French influence in Brazilian Law. Citations of French scholars and Conseil d'Etat cases are ubiquitous.

The *Supremo Tribunal Federal* (STF) did not differ from this pattern. For instance, in two judgments in 1944, Brazilian highest federal court imported the ideas of “qualification juridique des faits” and of “exactitude matérielle des faits”<sup>13</sup>. Both concepts were used to extend the reach of judicial review to the factual basis of an administrative decision. While admitting to review the facts that led to the dismissal of a public servant, the STF stated that such a review was then for 30 years admitted by the Conseil d'Etat.

At least two further French constructions were incorporated to Brazilian administrative law somewhat less consistently: (i) the doctrine of the “*erreur manifeste d'appréciation*”<sup>14</sup> (manifest error of assessment), that allows for a superficial review of discretionary decisions, in cases of patently unreasonable choices; (ii) and the review based on “general principles of law”, that became mainstream in Brazil especially after the 1988 Constitution.

Brazilian deference to French legal constructions would sometimes even create curious anecdotes. Gaston Jèze's understanding of French Case Law was imported by Brazilian courts and gave rise to the so-called “*teoria dos motivos determinantes*” (the doctrine of the determinant grounds), according to which the grounds stated by the public administration for the enactment of a decision binds its further actions.<sup>15</sup> The funny part is that the doctrine is still valid in Brazil, but does not express the current state of French Law, in which administrative courts allow for the substitution, before the judge, of the reasons given by the public administration at the time of its decision.

Throughout the whole century up until the beginning of the 90's, it was not that Brazilian law did not suffer influences from other jurisdictions.

<sup>10</sup> Conseil d'Etat, 26 novembre 1875, Pariset.

<sup>11</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Acórdão de 28/07/1948, RF, 121: 209-19.

<sup>12</sup> Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, pp. 89-90.

<sup>13</sup> Supremo Tribunal Federal, Francisco de Assis Brasil vs. União Federal, Embargos na Apelação Cível n. 7.307, Relator Min. Castro Nunes, j. 20/12/1944.

<sup>14</sup> The leading case is CE, 15 février 1961, Lagrange.

<sup>15</sup> José Vicente Santos de Mendonça, “*Conceitos inventados de direito administrativo*”, *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 14, n. 53, abr/jun 2016. Belo Horizonte, Forum, 2016.

One may point out, for example, the Italian concept of “merito” or the German considerations on legal certainty and judicial review. However, French contributions were until then far more numerous and more important than those coming from any other country.

It is from the 90’s on that the picture becomes slightly more nuanced and Brazilian law goes on to incorporate many clear strong influences also from other countries. The most important examples of foreign contributions to Brazilian Law on judicial review in the last 25 years include (i) the “principle of proportionality”, from German Law; (ii) the concept of “technical discretion”, from Italian Law; (iii) the idea of judicial deference to public administration in the event of technical or political decisions under review, mostly from American Law.

Meanwhile, no big news came in from French Law. These facts suggest a decline of the influence of French Law in Brazilian Administrative Law, along with a rise of the influence of other jurisdictions. French scholars themselves share this intuition about the decline of influence of French administrative law. Fabrice Melleray, for example, talks about “three ages” of French administrative law, from the golden era to the days of decadence.<sup>16</sup>

Naturally, the fact has not escaped from the perception of the members of Conseil d’Etat. In 2008, while I was pursuing the second year of my PhD researches in Paris, I was hired by the Conseil d’Etat to take part in the creation of a comparative law center inside the highest administrative court. The diagnosis that led to this initiative was precisely that the influence of French administrative law was in decline. The idea of the vice president of the Conseil d’Etat with the creation of the center was twofold. On the one hand, to gather information on the Case Law of foreign jurisdiction related to issues that would later be addressed by the Conseil d’Etat itself. On the other hand – and more importantly to this essay –, the center would be a mechanism to rebuild the importance of French Administrative law globally. Thus, among its tasks were: (i) the translation to English of Conseil d’Etat main rulings, which would then be sent to key scholars and Courts around the world and made available online; (ii) the establishment of partnerships with courts in other countries, the members of which would sometimes do research stages in Paris.

---

<sup>16</sup> Fabrice Melleray, «Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l’argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français», in Fabrice Melleray (dir.), *L’argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

### 3. THE STATE OF AFFAIRS AFTER THE DECLINE OF THE FRENCH DOMINANCE

In such a context of decline of the French influence, the question remains of whether another jurisdiction has taken the hegemony and whether this new dominance can point to a convergence. As for the jurisdiction that would now be hegemonic, the probable answer is the American. One of the most widely cited and exported doctrines of administrative law in the last three decades is the Chevron Doctrine, which results from a 1984 decision of the American Supreme Court and predicates judicial self-restraint in the case of review of administrative agencies' constructions of unclear legislation.

An even more complicated question would be whether this American hegemony has led (or has been leading) to an international convergence on questions related to the judicial review of the administrative action – if a trend can be spotted that other jurisdictions would turn (or are turning) to the American example. In the context of a largest circulation of ideas and in face of the process of globalization, a trend towards convergence is intuitive and expected, as it was said in the beginning of this text. Despite this, however, I cannot say that I have been able to identify this convergence in the research I conduct on the subject of judicial review in a comparative perspective. On the contrary, there is a noticeable resistance especially from the most traditional jurisdictions to adopt the American model.

I turn to the examples of Italy and France. In Italy, after having dropped in 1999, the idea of technical discretion<sup>17</sup>, the Consiglio di Stato has come closer to the American orientation. In a series of cases between 2001 and 2004, it created the concept of “complex technical assessments” that would lead to judicial deference to administrative options.<sup>18</sup> The reasoning and the rationale of such a doctrine was exactly the same of the American Chevron doctrine.<sup>19</sup> But this approach did not prevail. After internal criticism pointing

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. iv, 9 aprile 1999, n. 601.

<sup>18</sup> See, especially, Cons. Stato, sez. iv, 06 ottobre 2001, n. 5287 (Formambiente), item 9; Cons. Stato, sez. vi, 23 aprile 2002, n. 2199 (RC Auto).

<sup>19</sup> First, the cases confirmed the changes brought about by the 1999 decision: actions involving mere “technical discretion” could be reviewed. However, where technical decisions were intertwined with real administrative discretion, such as the balance of multiple public interests, the courts would use “weak review.” Instances where “technical discretion” and administrative discretion were mixed together and inseparable were called “complex technical assessments” (valutazione tecniche complesse). Examples are the evaluations performed by the antitrust agency when it interpreted and applied indeterminate legal concepts, such as “relevant market” and “abuse of dominant position.”

to a violation of the Italian Constitution, the Consiglio di Stato stepped back, claiming that its decisions had been misunderstood and simply abandoned the idea of complex technical assessments.<sup>20</sup>

In France, the resistance is even clearer. The judge-led modulation of the intensity of the review is only a possibility in the case of “legal classification of facts” (*qualification juridique des faits*), and even so, in limited cases. In the classic domain of the Chevron doctrine (administrative agencies’ construction of unclear statutes), the guidance is very clear in French law: this is the typical domain for the judges. They are the masters of statutory interpretation and deference is not even considered in such cases.<sup>21</sup>

Even in Brazil, which I qualified before as more porous to global trends, the adoption of Chevron orientation is still unclear. The doctrine has seduced the academia and many articles have been written on the topic, most of which urging Brazilian courts to adopt a similar doctrine.<sup>22</sup> But empirical studies have shown that actual judicial deference to administrative agencies’ decisions is still rare.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Arguing that its reference to “weak review” had been misinterpreted, the Consiglio di Stato abandoned the concept and began to stress that review had only one limit: the judge could not substitute the decision of the authorities with its own, and the court must annul the administrative decision and remand the case back to the agency. See Cons. Stato, sez. vi, 02 marzo 2004, n. 926. Later cases completely abandoned the previous language, rejecting “weak review” and characterizing their standard as “full and particularly penetrating” (*pieno e particolarmente penetrante*) and “certainly not weak” (*certamente non debole*, see, e.g., Cons. Stato, sez. vi, 3 febbraio 2005, n. 280; Cons. Stato, sez. iv, 8 febbraio 2007, n. 515; Cons. Stato, sez. vi, 17 dicembre 2007, n. 6469. Whereas the Consiglio di Stato previously invoked indeterminate legal concepts to justify limited review, it now uses “full review also in regard to indeterminate legal concepts.” (See Cons. Stato, sez. vi, 3 febbraio 2005, n. 280, item 2.1). Whereas the Consiglio di Stato previously highlighted the agencies’ institutional positions to suggest the need for judicial deference, it now states that a full review is needed because independent agencies are insulated from the political arena (*fuori del circuito dell’indirizzo politico*, see Cons. Stato, sez. vi, 2 marzo 2004, n. 926, item 3.3).

<sup>21</sup> French administrative judges will assess the “correctness” of administrative agencies’ construction of statutes. If they disagree with such construction, they will claim that there is an “error of law” (*erreur de droit*) and that the construction can be annulled. On this topic, see Eduardo Jordao and Susan Rose-Ackerman, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*. Administrative Law Review, v. 66, p. 1-72, 2014.

<sup>22</sup> See, for example, Gustavo Binenbojm and André Rodrigues Cyrino, *Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto and Daniel Sarmiento (coord.) *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 739-760.

<sup>23</sup> See Fabricio Antonio Cardim de Almeida (coord.), *Revisão judicial das decisões do conselho administrativo de Defesa Econômica (CADE)*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.



## 4. CONCLUSION

In summary and in conclusion, the evolution of judicial review in Brazilian law provides an interesting illustration of the evolution of global trends on the topic and of the succession of dominant doctrines. But albeit intuitive and expect, the convergence of legal doctrines in the domain of the judicial review of administrative action seems still far to have materialized.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan. “Intent on making mischief: seven ways of using comparative law”, in, Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 28.
- ALMEIDA, Fabricio Antonio Cardim de (coord.), *Revisão judicial das decisões do conselho administrativo de Defesa Econômica (CADE)*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.
- ANTHONY, Gordon; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom. “Introduction to the collection”, in Gordon Anthony et alli (ed.), *Values in global administrative law*, Oxford and Portland, Hart, 2011.
- BERMANN, George. “Comparative Law in Administrative Law”. In *L’État de Droit: Mélanges en l’honneur de Guy Braibant*. Ed. Dalloz, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: Cláudio Pereira de Souza Neto and Daniel Sarmiento (coord.) *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 739-760.
- CASSESE, Sabino, “Le problème de la convergence des droits administratifs: vers un modèle administratif européen?”, in *L’État de Droit, Mélanges en l’honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996.
- CUSTOS, Dominique. “Independent administrative authorities in France: structural and procedural change at the intersection of Americanization, Europeanization and Gallicization”, in Susan Rose-Ackerman and Peter Lindseth (ed.), *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar Pub., 2011.
- D’ALBERTI, Marco. “Administrative law and the public regulation of markets in a global age”. In Susan Rose-Ackerman, Peter Lindseth (ed.), *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar Pub., 2011, p. 75.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, pp. 89-90.

- JORDÃO, Eduardo, *Le juge et l'administration: entre le contrôle et la déférence*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- JORDÃO, Eduardo; ROSE-ACKERMAN, Susan, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*. *Administrative Law Review*, v. 66, p. 1-72, 2014.
- MELLERAY, Fabrice. «Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français», in Fabrice Melleray (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Conceitos inventados de direito administrativo”, *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 14, n. 53, abr/jun 2016. Belo Horizonte, Forum, 2016.
- PERLINGEIRO, Ricardo. *Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

## IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELL'AUTORITÀ FRANCESE DELLA CONCORRENZA<sup>1-2</sup>

---

### 1. INTRODUZIONE

Innanzitutto vorrei ringraziare l'Università di Napoli Federico II, e in particolar modo il Professor Lucarelli, per l'amichevole accoglienza che ha riservato a noi studenti dell'Università di Parigi.

Come avrete visto nel programma, il tema della mia relazione è "Il controllo giurisdizionale dell'Autorità francese della concorrenza". Per quale motivo mi interessa questo tema? Capirete certamente che qui siamo di fronte ad un caso estremo della complessa questione del controllo giurisdizionale delle Autorità indipendenti.<sup>3</sup> Infatti, tutti gli elementi peculiari di queste nuove strutture sono presenti nel caso dell'Autorità della concorrenza. Si tratta innanzitutto di un'Autorità a cui si attribuiscono caratteristiche istituzionali d'indipendenza; e poteri di natura sia politica che tecnica.

Questi tre elementi, però, non agiscono in senso unico a favore o contro l'intensità del controllo dell'Autorità. Anzi, a questo proposito i loro effetti sono contraddittori. Ognuno di questi elementi (le caratteristiche istituzionali relative all'indipendenza, la detenzione di poteri politici, la detenzioni di poteri tecnici) può essere interpretato in modo tale da richiedere un controllo più forte o meno forte sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza.

Così, se prendiamo, in primo luogo, le caratteristiche istituzionali di tale Autorità, alcuni elementi ci suggeriscono la necessità di un forte sindacato

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado em *Diritto pubblico europeo dell'economia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, v., p. 139-152.

<sup>2</sup> L'autore ringrazia Salvatore Prinzi per la revisione del testo in italiano. Tutti gli errori rimanenti sono comunque di responsabilità esclusiva dell'autore.

<sup>3</sup> Il principale studio sul controllo giurisdizionale delle autorità indipendenti in Francia è la premiata tesi di Martin COLLET, *Le controle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003.

giurisdizionale. Per esempio, sarebbe necessario notare che si tratta di una Autorità amministrativa, i cui atti sono atti amministrativi – e dunque essa sarebbe normalmente soggetta alle regole tradizionali del controllo dell'amministrazione pubblica. Inoltre, questa Autorità riguarda libertà economiche fondamentali; eppure a volte i suoi membri non sono giudici, e ciò raccomanderebbe che i suoi atti siano rivisti dai tribunali. Altri elementi invece evocherebbero un controllo meno intenso: si pensi ad esempio alla garanzia di indipendenza, ai mezzi finanziari e tecnici a disposizione, così come al tipo di nomina dei membri di queste Autorità.

Allo stesso modo, anche la natura politica del Diritto della concorrenza può essere considerata come un fattore a favore o contro un intenso controllo giurisdizionale. Da un lato, il sindacato da parte del giudice è necessario per compensare la mancanza di responsabilità politica (di *accountability*) delle Autorità amministrative indipendenti, i cui membri prendono importanti decisioni politiche senza essere stati eletti dai cittadini. Dall'altro, il giudice deve rispettare almeno la maggior parte delle scelte di politica economica, a pena di sostituire completamente l'Autorità garante della concorrenza nell'esercizio dei poteri che la legge le ha assegnato.<sup>4</sup>

Infine, bisogna notare che la natura estremamente tecnica delle decisioni dell'Autorità della concorrenza fa che sfuggano ai controlli ed alle restrizioni politiche e democratiche tradizionali (ossia alla comprensione da parte dei cittadini dei suoi meriti, con le conseguenti risposte elettorali).<sup>5</sup> Quindi anche qui il sindacato giurisdizionale può colmare una lacuna di *accountability* e fare in modo che le competenze tecniche non siano usate indiscriminatamente. Ma è anche chiaro e giusto che la natura tecnica del Diritto della concorrenza – così come le conoscenze specifiche che la sua applicazione richiede – scoraggino un forte intervento da parte del giudice non specializzato.<sup>6</sup>

È precisamente tale questione relativa all'intensità del sindacato giurisdizionale che mi interessa in questa relazione – anche se il tema del controllo giurisdizionale può giustificare altre prospettive d'analisi. Dopo questa piccola

<sup>4</sup> In questo senso, per esempio, cfr. Marçal JUSTEN FILHO, *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo, Dialética, 2002.

<sup>5</sup> Secondo Michael KOHL, "economic regulation is highly complex and therefore likely to escape normal democratic controls. Thus, it must be subject to court scrutiny to ensure constitutionally required democratic accountability" (in Giuliano AMATO e Lauraine LAUDATI (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. 419).

<sup>6</sup> Su questo tema, è imprescindibile consultare Anne-Lise SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

introduzione, la mia relazione è quindi divisa in due parti. La prima parte servirà a presentare il caso francese fino all'anno scorso, quando il sistema nazionale di protezione della concorrenza è stato riformato. Nella seconda parte, tratterò del futuro, di che cosa ci si può aspettare a partire da quest'anno, con il sistema già riformato.

## 2. PRIMA PARTE

Il sistema francese di tutela della concorrenza era fino all'anno scorso caratterizzato da una peculiarità: le competenze antitrust erano ripartite tra l'Autorità garante della concorrenza, chiamata Consiglio della Concorrenza ed il Ministro dell'Economia. Grossomodo, al primo competeva l'analisi delle intese e degli abusi di posizione dominante, mentre al secondo competeva l'esame delle operazioni di concentrazione.

Anche le competenze per il controllo giurisdizionale dei provvedimenti antitrust erano ripartite: il giudice ordinario controllava il Consiglio della Concorrenza ed il giudice amministrativo controllava le decisioni ministeriali.<sup>7</sup>

Il fatto che al giudice ordinario, cioè alla Corte di Appello di Parigi e alla Corte di Cassazione, competesse il controllo di un'Autorità amministrativa, ha sollevato diverse perplessità relative ad un'eventuale violazione della separazione dei poteri. Il legislatore ha dovuto quindi esplicitare che i poteri del giudice ordinario includevano non soltanto l'annullamento delle decisioni del Consiglio della Concorrenza, ma anche la sua riforma. Questo perché non è abituale che il giudice ordinario, quando chiamato a pronunciarsi sulle decisioni amministrative, possa anche sostituire quelle decisioni con le sue.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Cfr. l. n. 87-499, del 6 luglio 1987, "transférant le contentieux des décisions Du Conseil de la concurrence à La juridiction judiciaire", e l'art. 15 dell'ordinanza 86-1243 del 1° dicembre 1986 (poi diventato Codice del Commercio, art. 464-8). Cfr. anche la decisione in cui il Consiglio di Stato ha affermato che "seule la Cour d'appel de Paris est compétente pour statuer sur les sanctions prononcées par le Conseil de la Concurrence" (CE, 6e et 2e sous-sections réunies, 21 oct. 1998, n. 174803, Union des coopératives agricoles – Union laiterie normande, D. 1998, IR, p. 253). Secondo Alain-Serge NESCHERIAKOFF, questa attribuzione di competenza alla giurisdizione ordinaria "est fondée sur un alignement aussi poussé que possible du droit de la concurrence sur le droit commun, désormais la liberté est la règle et la réglementation, l'exception. (...) Le nouveau régime se situe donc dans une logique de droit privé et de protection judiciaire de la liberté. Le fait que les appels contre les décisions du Conseil de la concurrence soient portés devant la cour d'appel de Paris et non devant le Conseil d'Etat comme le gouvernement l'avait envisagé d'abord est exemplaire" (in Droit public économique, PUF, 1996, p. 99).

<sup>8</sup> Cfr. Rev. Lamy Droit économique, n. 1388, p. 535.

Con l'esplicita autorizzazione legale, però, la Corte di Appello ha fatto valere i suoi poteri ed ha spesso affermato la possibilità di modificare le decisioni contestate. In casi recenti, la Corte di Cassazione l'ha addirittura ripresa per non avere modificato alcune decisioni, scegliendo invece di rinviarle all'Autorità della Concorrenza affinché prendesse una nuova decisione.<sup>9</sup>

Spetta poi al giudice ordinario decidere in ultimo grado le questioni concorrenziali, ciò che lo rende un vero "giudice della concorrenza". Per evitare i problemi legati alla natura tecnica del diritto antitrust, la legge si è orientata verso la specializzazione, affidando sempre alla Prima Camera della Corte di Appello gli esami dei casi antitrust. Il giudice ordinario può poi riesaminare tutto il ragionamento dell'Autorità della concorrenza tenendo conto delle condizioni del mercato, delle caratteristiche delle imprese concorrenti o del prodotto in questione.

Anche i valori delle sanzioni applicate dall'Autorità della Concorrenza sono state oggetti di riforma da parte del giudice ordinario. In un caso, per esempio, un'ammenda di 12 milioni di euro è stata addirittura annullata<sup>10</sup>, mentre in un altro, un'ammenda di 20 milioni è stata portata a 40 milioni di euro.<sup>11</sup> Il più delle volte, quello che fa il giudice è un'analisi della proporzionalità delle sanzioni oppure delle misure comportamentali ordinate dall'Autorità.<sup>12</sup>

Queste attuazioni presentano differenti rischi. È però necessario riconoscere che, malgrado gli ampi poteri che detiene e che può teoricamente usare, il giudice ordinario ha agito in maniera abbastanza prudente. Certo, c'è sempre stato un esame delle valutazioni economiche fatte dall'Autorità della concorrenza, ma il più delle volte queste valutazioni sono state confermate dal giudice ordinario. Infatti, delle circa 300 decisioni esaminate dal 2000 in poi, l'80% è stato sostanzialmente confermato, anche se con un'eventuale maggiorazione o riduzione delle sanzioni comminate.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Cfr. Cass. com., 31 janv. 2006, n. 04-20.360, Rapp. C. cass. 2006, p. 389, BOCCRF 26 sept., p. 844. Sul tema, vedi anche Yves GAUDEMET, *Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, JCP G 1999, I, n. 188.

<sup>10</sup> CA Paris, 9 déc. 2003, BOCCRF 12 mars 2004, p. 178, Rev. Lamy dr. Aff. 2004, n. 68, n. 4235, obs. David R.

<sup>11</sup> CA Paris 11 janv. 2005, n. 2004/11023, RLC 2005/2, n. 134, obs. Sélinisky V., rejet du pourvoi par Cass. Com., 14 mars 2005, n. 05-11.232.

<sup>12</sup> Sull'applicazione della "proporzionalità" dalla giurisdizione ordinaria francese, cfr. gli articoli di Christine PÉNICHON, "Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour d'appel de Paris en droit de la concurrence" e di Carole CHAMPALAUNE, "Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour de cassation" nel libro diretto da Guy CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006.

<sup>13</sup> Cfr. *Rev. Lamy Droit économique*, n. 1389, p. 536.

### 3. SECONDA PARTE

In Francia una nuova ed importante fase del controllo giurisdizionale dell'Autorità della concorrenza si apre da adesso in poi. La legge sulla modernizzazione dell'economia, del 4 agosto 2008, ha promosso infatti una riforma nel sistema francese di tutela della concorrenza. È stata così creata la nuova Autorità garante, da ora in poi chiamata semplicemente "Autorità della Concorrenza", in sostituzione dell'antico Consiglio della Concorrenza.<sup>14</sup>

La novità principale è rappresentata dal fatto che questa nuova Autorità garante della concorrenza possiede anche il potere di esaminare le operazioni di concentrazione.<sup>15</sup> Vi ricordo che, nel regime anteriore, questi poteri appartenevano precipuamente al Ministro dell'Economia. Il Consiglio della Concorrenza trattava soltanto delle questioni legate alle intese o agli abusi di posizione dominante, avendo competenze meramente consultive ed eventuali per quanto riguarda i casi di concentrazione.

Questa precedente ripartizione delle competenze evidenziava che, almeno in Francia, il diritto delle concentrazioni economiche ha un forte contenuto politico.<sup>16</sup> Questa vocazione del controllo di concentrazione ad essere utilizzata con fini politici deriva del fatto che, usandolo, l'autorità può definire le strutture dei mercati. Così, una concentrazione potrebbe essere permessa o rifiutata per ragioni di politica industriale, ad esempio per mantenere il pieno impiego o per creare "campioni nazionali".

La Riforma promossa l'anno scorso, però, non ha modificato le competenze giurisdizionali che erano previste nella legge precedente. Rimane così il sistema sui generis creato dall'ordinanza del Dicembre 1986. Il controllo giurisdizionale delle decisioni relative alle intese e ai comportamenti anticoncorrenziali rimane affidato alla giurisdizione ordinaria.<sup>17</sup> Il controllo

<sup>14</sup> Vedi art. 461-1, I, del Codice di Commercio francese.

<sup>15</sup> Vedi art. 430-3 e 430-4 del Codice di Commercio francese.

<sup>16</sup> In questo senso, Marie-Anne FRISON-ROCHE e Sébastien BONFILS affermavano che *"cette attribution de compétence traduit la philosophie même du contrôle des concentrations. En effet, si l'on estime que le contrôle des concentrations n'est jamais qu'un déplacement des temps de la lutte contre les comportements anticoncurrentiels, passage de l'aval de la sanction à l'amont de la prévention, la compétence devrait alors en revenir au Conseil de la concurrence. Si la compétence ministérielle persiste, cela signale que le contrôle porte sur la conception que l'on peut avoir de bienfaits de la structure du marché en cause, voire profiter du mouvement entre entreprises importantes pour influencer sur cette structure. Nous passons alors dans une dimension de politique de la concurrence, voire de politique industrielle, que le pouvoir politique continue d'exercer"* (in *Les grandes questions du droit économique*: introduction et documents, Paris, PUF, 2005, pp. 399-400).

<sup>17</sup> Vedi art. 464-7 et 264-8 del Codice di Commercio francese.

giurisdizionale delle decisioni relative alle concentrazioni, invece, appartiene alla giurisprudenza amministrativa, più precisamente al Consiglio di Stato.<sup>18</sup>

Quest'immutato affidamento delle competenze giurisdizionali precedenti solleva diverse domande; qui vorrei evidenziarne due. La prima: ci sarà una differenza di intensità tra il controllo che il Consiglio di Stato attuava nei confronti del Ministro, rispetto a quello che attuerà nei confronti della nuova Autorità della concorrenza? La seconda: poiché una medesima Autorità amministrativa sarà controllata da due differenti tribunali, come evitare i rischi di contraddizione fra le loro indicazioni, e come fare in modo che non ci sia una frammentazione della politica della concorrenza?

Per ciò che riguarda il primo punto, c'è da aspettarsi un *aumento* nella intensità del controllo del Consiglio di Stato. E ciò esattamente perché dalla nuova Autorità della Concorrenza ci si può aspettare un controllo più tecnico e *meno politico* delle concentrazioni. Secondo l'articolo 430 del Codice del Commercio francese, il Ministro dell'Economia può ancora avocare i casi che sono a cura dell'Autorità della Concorrenza per ragioni di interesse pubblico esterne alle preoccupazioni concorrenziali.<sup>19</sup> Il Codice esemplifica le ragioni che possono condurre a questa avocazione: lo sviluppo industriale, la competitività delle imprese francesi alla luce della concorrenza internazionale e la creazione o la tenuta dei posti di lavoro.

L'immutato affidamento di queste competenze nelle mani del ministro può essere interpretato nel senso che le scelte più politiche e meno tecniche per accettare o rifiutare una concentrazione devono continuare ad essere fatte da lui. L'Autorità della concorrenza, invece, dovrebbe esercitare un controllo, se non esclusivamente, almeno prevalentemente tecnico. Ebbene, poiché si

---

<sup>18</sup> Per quanto concerne il controllo giurisdizionale delle decisioni relative alle concentrazione economiche (per il quale adesso è competente la nuova Autorità della Concorrenza) la legge non si è pronunciata. Questo silenzio normativo indica, secondo me, che viene mantenuta la competenza del giudice amministrativo (il Consiglio di Stato). E ciò proprio perché il controllo giurisdizionale degli atti amministrativi (le decisioni delle autorità amministrative indipendenti hanno la natura di atti amministrativi) compete, in linea di principio, alla giurisdizione amministrativa. La legge può cambiare questa regola generale per facilitare "l'amministrazione della giustizia", attribuendo la competenza alla giurisdizione ordinaria, come è stato fatto nel caso delle condotte anticoncorrenziali. La mancanza di una previsione legislativa che promuove il cambiamento, però, fa prevalere il principio della competenza del giudice amministrativo.

<sup>19</sup> Secondo l'art. 430-7-1 del Codice di Commercio francese, "*Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'économie peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération*".



tratta di un'attuazione meno politica, ci sarebbero minori problemi per il suo sindacato giurisdizionale. Dunque ci si potrebbe aspettare un sindacato più intenso e più penetrante.

Tuttavia, questo controllo è già ora abbastanza intenso. Da quasi dieci anni, infatti, il Consiglio di Stato si permette di addentrarsi nei dettagli tecnici ed economici dei casi relativi al diritto della concorrenza.<sup>20</sup> Nell'aprile del 1999, il Consiglio di Stato ha sorpreso molti commentatori con la sua decisione sul caso *The Coca Cola Company*, in cui non si è limitato agli aspetti procedurali ma si è spinto fino ad esaminare con rigore e nei dettagli tutto il ragionamento economico seguito dal Ministro dell'Economia per rifiutare questa concentrazione. Infatti, in questo caso il Consiglio ha esaminato per esempio la definizione del mercato rilevante, gli effetti anticoncorrenziali della concentrazione, ed ha anche esaminato se gli eventuali benefici dell'operazione superavano i problemi concorrenziali da essa causati.<sup>21</sup>

La stessa intensità di controllo è stata impiegata in decisioni successive, come nel caso *Pernod Ricard* nel 2000<sup>22</sup> e in quello *Société Royal Philips*, nel

<sup>20</sup> Cf. Jean Mathieu COT e Jean-Patrice de LA LAURENCIE. *Le contrôle français des concentrations*, 2. ed., Paris, LGDJ, 2003, p. 445 et seq.

<sup>21</sup> Per quanto riguarda la definizione di «mercato rilevante», per esempio, il Consiglio di Stato ha ritenuto che: «*Considérant en deuxième lieu que, pour définir le marché national des produits substituables à prendre en compte pour la détermination des parts de marché détenues par les entreprises parties à l'opération de concentration projetée par la société The Coca-Cola Company, les ministres ont, d'une part, relevé qu'au sein du marché des boissons rafraîchissantes sans alcool, les eaux embouteillées, les boissons non gazeuses et les «colas» n'étaient que très partiellement substituables aux autres boissons en raison de leurs caractéristiques physiques, des habitudes de consommation ainsi que des données relatives aux prix ou de l'image du produit et qu'il convenait dès lors de retenir l'existence d'un marché des boissons gazeuses sans alcool «hors colas»; qu'en procédant ainsi et en se fondant sur l'existence, à l'intérieur du marché ainsi déterminé, de deux circuits de distribution, celui de la distribution «alimentaire» et celui de la distribution «hors foyer», ce dernier circuit devant être distingué du premier en raison des prestations qui l'accompagnent et des contraintes particulières d'espace aux distributeurs qui y opèrent, les ministres ont correctement analysé les marchés pertinents à prendre en compte, et procédé à une exacte appréciation des faits de l'espèce*» (V. CE, 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*).

<sup>22</sup> È significativa la valutazione del Consiglio di Stato rispetto agli eventuali benefici dell'operazione: «*Considérant, en premier lieu, que ces engagements apportent des garanties plus importantes que ceux qui avaient été souscrits par la société The Coca-Cola Company lors de la présentation du premier projet d'acquisition notifié le 11 février 1998; que, toutefois, les modalités des relations envisagées entre la société The Coca-Cola Company et ce tiers indépendant - sur lequel la société The Coca-Cola Company exercerait le contrôle du propriétaire d'une marque sur son distributeur et notamment, aux termes mêmes des engagements souscrits par la société The Coca-Cola Company, le contrôle de qualité des produits, l'emballage et la publicité, - seraient de nature à créer le risque que les échanges entre la société The Coca-Cola*

2004.<sup>23</sup> In quest'ultima occasione, il Consiglio di Stato ha annullato la decisione ministeriale che motivava la concentrazione con l'argomento della "failing company". Dopo un'analisi dettagliata, il Consiglio ha affermato che le preoccupazioni ministeriali non erano giustificate date le caratteristiche tecnologiche del prodotto in causa e le condizioni del mercato in questione.

Il grande dubbio del futuro è se il controllo giurisdizionale sarà ancora più intenso d'ora in avanti. Un intervento giurisdizionale ancora più intenso (ad esempio per contestare direttamente la scelta di teorie economiche o di concezione politica del diritto della concorrenza utilizzate dall'Autorità garante) è possibile, ma solleverebbe problemi importanti relativi alla definizione dello spazio di libertà di azione che essa detiene.

Venendo, per finire, alla seconda domanda, vorrei dire qualcosa sul rischio di contraddizioni dovuti al fatto che una medesima Autorità amministrativa sarà controllata da due differenti tribunali. È abbastanza curioso che questo problema di cui parlo oggi sia stato lo stesso che ha influenzato il Consiglio Costituzionale ad autorizzare l'attribuzione di competenza alla giurisdizione ordinaria. Infatti, in una decisione del 1987, il Consiglio Costituzionale osservava che la giurisdizione ordinaria trattava già del contenzioso della concorrenza nelle materie civili e penali, e parlava dell'importanza di concentrare il contenzioso della materia e di evitare il rischio di contraddizione.<sup>24</sup>

Questo rischio però non è mai stato eliminato, visto che il controllo sulle decisioni intorno alle operazioni di concentrazione è sempre stato assicurato dalle giurisdizioni amministrative. E d'ora in poi, rappresenterà un rischio ancora più forte. Questo perché la nuova Autorità della concorrenza riceverà indicazioni dirette da due fonti diverse su temi così complessi e così controversi come la definizione del mercato rilevante e la scelta dei parametri per esaminare gli eventuali effetti benefici che potrebbero superare le restrizioni concorrenziali prodotte da una concentrazione o da un comportamento commerciale.

---

*Company et le distributeur sur le marché «hors foyer» conduisent, soit à une concertation dans la gestion de leurs marques concurrentes «Fanta» et «Orangina», soit à un affaiblissement de la marque «Orangina», et avec elle de l'offre de boissons gazeuses sans alcool concurrente de celle présentée par la société The Coca-Cola Company avec sa marque «Fanta» » (Vedi CE, 10 octobre 2000, Société Pernod-Ricard).*

<sup>23</sup> Vedi CE, 6 février 2004, Société Royal Philips.

<sup>24</sup> Cfr. CC, 23 janvier 1987, Décision n° 86-224, "Conseil de la Concurrence".

Visto che le due giurisdizioni si accordano la libertà di interferire negli aspetti tecnici e politici delle decisioni dell'Autorità della concorrenza, questo rischio di contraddizione è reale. In questo senso, per dare solo un esempio e citare le Scuole più influenti in materia di antitrust, l'idea di barriera all'ingresso per un adepto di Chicago è molto diversa da quella che ha un adepto di Harvard – e questo tipo di disaccordo può causare differenti delimitazioni del mercato rilevante.<sup>25</sup> Un espediente non molto ragionevole sarebbe quello di limitare l'intensità del controllo giurisdizionale, lasciando all'Autorità della concorrenza più libertà.

Un'altra soluzione, più fattibile, è che le due giurisdizioni si mettano d'accordo su alcune idee e concetti fondamentali del Diritto della concorrenza.

#### 4. CONCLUSIONE

In conclusione, vorrei soltanto evidenziare che malgrado l'evoluzione che si può notare verso un controllo giurisdizionale ogni volta più intenso, la complessità teorica di questo tema non è stata ancora pienamente affrontata dai giudici francesi. Questi hanno sistematicamente ignorato in particolare gli aspetti politici delle decisioni relative al diritto della concorrenza, facendo finta di trattare di questioni esclusivamente giuridiche.

Come ho evidenziato prima, però, i concetti giuridici indeterminati utilizzati nei testi di diritto della concorrenza permettono molteplici interpretazioni e, a secondo dell'ideologia dell'applicante, conducono a differenti risultati. La dottrina americana, per esempio, ha potuto notare come l'applicazione del diritto della concorrenza da parte della *Federal Trade Commission* era molto più liberale sotto i governi repubblicani, come quello di Reagan, rispetto alla sua applicazione sotto i governi democratici.<sup>26</sup> Nello stesso senso, la dottrina comunitaria ha visto un'evoluzione verso un'applicazione "più economica, più tecnica" del diritto della concorrenza da parte della Commissione Europea - e ciò a causa della forte influenza della Corte di Giustizia Europea,

<sup>25</sup> Vedi Richard POSNER, "The Chicago School of Antitrust Analysis" (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925, 947. Cf. anche Giorgio MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge, 2007, ch. 3.

<sup>26</sup> Per esempio, William KOVACIC, "Reagan's Judicial Appointees and Antitrust in the 1990s" (1991) 60 *Fordham Law Review* 49; e Lawrence WHITE, "Antitrust Activities during the Clinton Administration" in R.W. Hahn (ed) *High-Stakes Antitrust - the Last Hurrah?* (Washington DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2003) pp.11-12. Nel primo testo si può leggere: "a president can determine how economics and particular economic views affect antitrust litigation by his choice of judicial nominees".

che è intervenuta in alcune decisioni, ritenendo che la Commissione aveva utilizzato teorie economiche “non adeguate”.<sup>27</sup> Tutti questi cambiamenti, tutte queste evoluzioni sono stati fatti senza nessuna alterazione nei testi di legge.

C'è, dunque, ancora tutto un campo da esplorare da parte della dottrina nell'analisi delle decisioni relative al controllo dell'Autorità della concorrenza. Il tema è veramente appassionante, ma il tempo è breve. Quindi mi fermo qui, ringraziandovi ancora una volta per l'accoglienza e per avermi ascoltato con tanto interesse.

## 5. BIBLIOGRAFIA

### 5.1 Articoli

AMATO, Giuliano; LAUDATI, Lauraine (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001.

CHAMPALAUNE, Carole. “Le contrôle de la proportionnalité de la sanction para la Cour de cassation” in Guy CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006.

COLLET, Martin. *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003.

COT, Jean Mathieu; e LA LAURENCIE, Jean-Patrice de. *Le contrôle français des concentrations*, 2. ed., Paris, LGDJ, 2003.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne ; BONFILS, Sébastien, *Les grandes questions du droit économique: introduction et documents*, Paris, PUF, 2005.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne; PAYET, Marie-Stéphane. *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006.

GAUDEMET, Yves. *Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, JCP G 1999, I, n. 188.

---

<sup>27</sup> Cfr. Marie-Anne FRISON-ROCHE e Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 330 : “Les entreprises, mécontentes non pas tant des refus opposés par la Commission mais plutôt de la motivation elliptique de ses décisions ou du recours à des théories économiques contestées, ont tenté leur chance devant le juge communautaire, qui a annulé avec fracas les décisions de la Commission, par les arrêts Airtours, Schneider, Tetra Laval. Ces arrêts ont souvent été présentés comme des « leçons » donnés à la Commission, explicitant les marges de discrétion que les juridictions lui tolèrent ou non, comme une preuve de maturité du système rendant plus facile la réforme en 2004, et comme un rapprochement avec le système nord-américain”. Cfr. T-342/99, Airtours c/ Commissione, Racc. [2002] II-2585 ; T-5/02 Tetra Laval c/ Commissione, Racc. [2002] ECR II-4381.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo, Dialética, 2002.
- KOHL, Michael. “Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality”, in Giuliano AMATO e Lauraine LAUDATI (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001.
- KOVACIC, William. “Reagan’s Judicial Appointees and Antitrust in the 1990s” (1991) 60 *Fordham Law Review* 49.
- MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*, Cambridge, 2007, ch. 3.
- NESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit public économique*, PUF, 1996.
- PÉNICHON, Christine. “Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour d’appel de Paris en droit de la concurrence” in Guy CANIVET, *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006.
- POSNER, Richard. “The Chicago School of Antitrust Analysis” (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925.
- SIBONY, Anne-Lise. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.
- WHITE, Lawrence. “Antitrust Activities during the Clinton Administration” in R.W. Hahn (ed) *High-Stakes Antitrust – the Last Hurrah?* (Washington DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2003).

## 5.1 Decisioni.

- CA Paris 11 janv. 2005, n. 2004/11023, RLC 2005/2, n. 134, obs. Sélinisky V., rejet du pourvoi par Cass. Com., 14 mars 2005, n. 05-11.232.
- CA Paris, 9 déc. 2003, BOCCRF 12 mars 2004, p. 178, Rev. Lamy dr. Aff. 2004, n. 68, n. 4235, obs. David R.
- Cass. com., 31 janv. 2006, n. 04-20.360, Rapp. C. cass. 2006, p. 389, BOCCRF 26 sept., p. 844.
- CC, 23 janvier 1987, Décision n° 86-224, “Conseil de la Concurrence”.
- CE, 10 octobre 2000, *Société Pernod-Ricard*.
- CE, 6 février 2004, *Société Royal Philips*.
- CE, 6e et 2e sous-sections réunies, 21 oct. 1998, n. 174803, Union des coopératives agricoles – Union laiterie normande, D. 1998, IR, p. 253.
- CE, 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*.
- T-342/99, *Airtours c/ Commissione*, Racc. [2002] ECR II-2585.
- T-5/02 *Tetra Laval c/ Commissione*, Racc. [2002] ECR II-4381.



## **2.2. CONTROLE LEGISLATIVO**





## A PRODUÇÃO LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS<sup>1</sup>

---

*Em coautoria com:*

Leandro Molhano Ribeiro<sup>2</sup>

Natasha Schmitt Caccia Salinas<sup>3</sup>

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio<sup>4</sup>

### INTRODUÇÃO

As agências reguladoras são entidades da Administração Pública indireta que ingressaram no cenário brasileiro no contexto da reforma do Estado empreendida ao longo dos anos 1990. Embasando-se num modelo de Estado pluricêntrico e na possível distinção entre políticas de Estado e de governo, às agências reguladoras foram outorgados poderes de normatização e fiscalização sobre setores variados da economia. No âmbito federal, foram criadas agências para regular o comportamento de agentes econômicos inseridos em setores variados como infraestrutura, gestão de recursos naturais, produção audiovisual, planos de saúde e vigilância sanitária.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na RIL, Brasília a. 56 n. 222 abr./jun. 2019 p. 75-107.

<sup>2</sup> Leandro Molhano Ribeiro é doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

<sup>3</sup> Natasha Schmitt Caccia Salinas é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

<sup>4</sup> Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Em pouco mais de vinte anos da instituição da primeira agência reguladora no Brasil,<sup>5</sup> construiu-se um ambiente regulatório<sup>6</sup> no qual as agências federais assumiram papel de destaque. Ao longo desses anos, inclusive, elas editaram atos normativos em número superior ao das leis editadas pelo Congresso Nacional.<sup>7</sup> A produção dessas normas é acompanhada da realização de milhares de audiências e consultas públicas,<sup>8</sup> garantindo-se à população o direito de participar do processo de sua elaboração. As agências também conduzem processos licitatórios e celebram contratos de concessão dos serviços por elas regulados, além de fiscalizar a sua execução, apurar infrações, impor sanções e mediar conflitos entre agentes regulados e usuários/consumidores.

Coube ao Congresso Nacional, por meio das leis que edita, atribuir autonomia financeira, administrativa e decisória às agências reguladoras federais. Essas leis introduziram inovações que, ao menos inicialmente, visavam propiciar maior efetividade à sua atuação. Como se verá, a atuação do Congresso é profícua na tentativa de discipliná-las e não se restringe a criar as agências e definir as regras basilares de sua estrutura e funcionamento.

Diversas são as estratégias legislativas das quais se vale o Congresso Nacional para interferir no funcionamento das agências reguladoras federais. Tais estratégias oscilam entre ampliar e diminuir a autonomia das agências reguladoras frente aos demais Poderes. O Legislativo tem editado, por exemplo, normas que afetam a autonomia financeira das agências, ora restringindo-as, ora ampliando-as, bem como busca interferir no rol de suas competências, ampliando-o, restringindo-o ou modificando-o. A estrutura organizacional e os processos de tomada de decisão das agências também são alvos das tentativas reformadoras do Congresso Nacional; a depender da configuração dada à sua estrutura e funcionamento, determinada agência agirá de forma mais ou menos independente dos interesses dos órgãos políticos que supervisionam seu trabalho.

<sup>5</sup> A Aneel foi a primeira agência instituída no País, por meio da edição da Lei nº 9.427/1996 (BRASIL, [2018b]).

<sup>6</sup> Um ambiente regulatório é constituído por uma pluralidade de regras e um conjunto de instituições encarregadas de implementá-las. A expressão “ambiente” ou “espaço” foi adotada metaforicamente por Hancher e Moran (1998) para dar ênfase às organizações que ocupam o ambiente regulatório e disputam, portanto, posições centrais nesse espaço.

<sup>7</sup> Nos últimos vinte anos, a Anatel e a Aneel produziram, sozinhas, 1.523 atos normativos, número contabilizado manualmente com base nas informações disponíveis em Resoluções... ([200-]) e Biblioteca... ([200-]).

<sup>8</sup> Até a presente data, tem-se registro da realização de 5.140 audiências/consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras federais, número obtido por contagem manual em seus sites.

Foge aos propósitos deste artigo analisar normativamente as estratégias adotadas pelo Congresso para fortalecer ou enfraquecer a autonomia organizacional e decisória das agências. Tem-se aqui um objetivo mais modesto, porém necessário, inclusive para embasar análises normativas futuras: trata-se da apresentação de um diagnóstico que permita conhecer a extensão da intervenção do Poder Legislativo nessas agências.

Para esse fim, o artigo estrutura-se da seguinte forma: na primeira seção, apresenta-se a metodologia utilizada para selecionar as proposições legislativas que compõem o presente estudo; no item seguinte, descrevem-se as categorias construídas pelos autores para classificar e analisar estas proposições legislativas; na terceira parte, analisam-se empiricamente as proposições legislativas envolvendo agências reguladoras que até hoje tramitaram na Câmara dos Deputados, convertidas ou não em lei; na quarta seção, são apresentadas considerações finais sobre os achados de pesquisa.

Espera-se, com este estudo descritivo-exploratório, lançar as bases para a construção de uma agenda de pesquisa sobre o tratamento conferido pelo Congresso Nacional às agências reguladoras no Brasil.

## 1. A SELEÇÃO DE DADOS

A seleção dos projetos de lei analisados neste artigo é resultado de uma busca realizada na base de dados de proposições legislativas da Câmara dos Deputados disponível pública e gratuitamente na internet.<sup>9</sup> Essa base contém todas as modalidades de proposições legislativas<sup>10</sup> atualmente em trâmite ou que já tramitaram naquela Casa. Não inclui, portanto, as proposições originárias do Senado cuja tramitação se encerrou nesta Casa sem que fossem remetidas à Câmara. Estão excluídas, também, as proposições legislativas em trâmite no Senado no momento da realização da pesquisa e que ainda não tinham sido enviadas para a apreciação da Câmara dos Deputados.

As ferramentas de busca da base de dados consultada permitem localizar proposições por meio de pesquisa livre, com a digitação de palavras-chave. O sistema de pesquisa livre apresenta como resultados proposições legislativas cujas ementas ou indexação contenham os termos digitados pelo usuário-pesquisador. Neste trabalho, foram utilizadas as seguintes palavras-chave para a seleção das proposições legislativas: “Agências reguladoras”, “Regulação”,

<sup>9</sup> Ver base de dados (PESQUISA..., [200-]).

<sup>10</sup> Neste artigo, entende-se por proposições legislativas as matérias sujeitas à deliberação do Congresso Nacional que tenham caráter normativo.

“Anatel”, “Aneel”, “Ancine”, “Anac”, “Antaq”, “ANTT”, “Anvisa”, “ANA”, “ANS”, “ANM” e “ANP”.

Observe-se que as ementas (que correspondem à síntese do conteúdo da proposição legislativa), bem como a indexação (que apresenta palavras ou expressões que resumem este mesmo conteúdo), são elaboradas pelos funcionários que alimentam a base de dados da Câmara dos Deputados. Desse modo, eventuais projetos legislativos sobre agências reguladoras, mas cujo ementário e indexação não façam referência a esse objeto, não figuraram como resultado desta pesquisa livre.

A busca por palavras-chave produziu inicialmente um resultado de 892 proposições,<sup>11</sup> caracterizadas pelas seguintes modalidades de atos legislativos: Projeto de Decreto Legislativo (PDC)<sup>12</sup>, Projeto de Lei (PL), Projeto de Lei Complementar (PLP)<sup>13</sup>, Projeto de Medida Provisória (MPV)<sup>14</sup>, Projeto de Lei de Conversão (PLV)<sup>15</sup> e Proposta de Emenda à Constituição (PEC).<sup>16</sup>

As proposições legislativas que resultaram dessa pesquisa foram lidas na íntegra e classificadas em categorias apresentadas na seção seguinte<sup>17</sup>. A análise do conteúdo e da classificação das proposições legislativas com base em categorias permitiu a exclusão adicional de 203 proposições que fugiam ao escopo do presente artigo. Em virtude dessas exclusões, chegou-se ao número

<sup>11</sup> Inicialmente foram identificadas 1.052 proposições, das quais, no entanto, 150 eram duplicadas.

<sup>12</sup> Decreto Legislativo é um ato normativo de competência exclusiva do Poder Legislativo que tem por objetivo tratar das matérias previstas no art. 49 e 62, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017b]). Para os propósitos da presente pesquisa, interessam especialmente os Projetos de Decreto Legislativo (PDCs) que têm por objetivo sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites do poder regulamentar ou da delegação legislativa.

<sup>13</sup> O PLP deve tratar das matérias previstas no art. 146 da CRFB. Para os propósitos da presente pesquisa, interessam especialmente os PLPs que tratam de matéria orçamentária, garantindo, restringindo ou ampliando a autonomia financeiro-orçamentária das agências.

<sup>14</sup> O MPV, de iniciativa do Poder Executivo, trata de matérias que devem ser aprovadas em caráter de urgência e que não se enquadram nas hipóteses previstas no art. 62 da CRFB. Para os propósitos deste artigo, interessam especialmente os MPVs que abrem créditos extraordinários em favor de agências, criam e modificam estruturas administrativas das agências, bem como criam cargos e estruturam planos de carreiras dos servidores das agências.

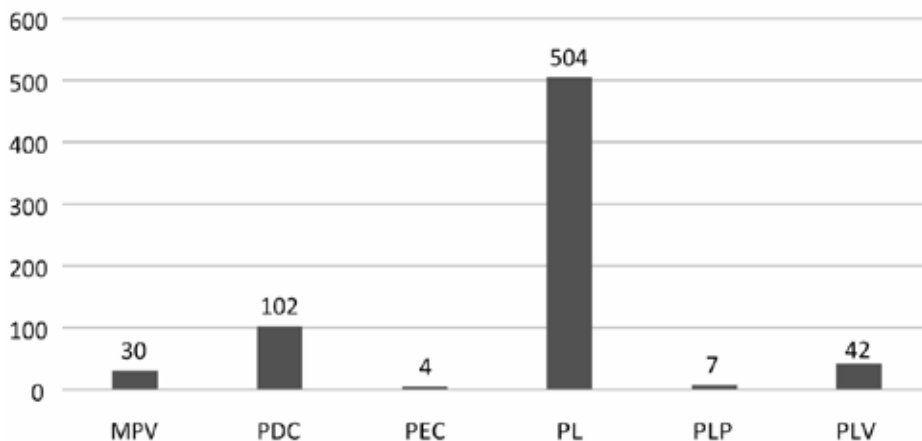
<sup>15</sup> PLV corresponde ao texto de uma Medida Provisória que porventura tenha seu conteúdo modificado na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal. O PLV, conforme prevê o art. 62, § 12, da CRFB, deve ser sancionado pelo presidente da República depois de aprovado definitivamente pelo Senado ou pela Câmara.

<sup>16</sup> A PEC pode versar sobre qualquer tema, exceto os previstos no art. 60, § 4º (forma federativa de Estado, separação de Poderes etc.).

<sup>17</sup> Essa etapa contou com o auxílio inestimável dos pesquisadores Vinícius Reis e Ana Cardoso. Agradecemos a ambos pelo esforço empreendido em seu trabalho.

de 689 proposições legislativas, o qual corresponde ao universo de projetos analisados neste trabalho.

**Gráfico 1**  
Tipos de proposições legislativas examinadas



Fonte: elaborado pelos autores.

## 2. AS ESTRATÉGIAS LEGISLATIVAS ADOTADAS PELO CONGRESSO NACIONAL

As proposições legislativas analisadas neste trabalho foram classificadas em cinco categorias: “orçamento”, “institucional”, “pessoal”, “controle” e “competências/ regulação”. A leitura integral das proposições selecionadas permitiu a construção dessas cinco categorias, apresentadas a seguir.

### 2.1. Orçamento

Foram inseridas nessa categoria todas as iniciativas legislativas que impactam diretamente o orçamento das agências reguladoras. A maior parte delas visa assegurar ou ampliar a autonomia financeira das agências, livre de ingerências e de contingenciamentos realizados por outras entidades (item 2.1.1), mas também há alternativas que reduzem essa autonomia, impactando negativamente os orçamentos das agências (item 2.1.2).

### 2.1.1. *Iniciativas que favorecem a autonomia financeira das agências*

Entre as iniciativas que favorecem a autonomia financeira das agências, há aquelas cujo objeto consiste em prover-lhes ou alocar-lhes recursos específicos, para o seu funcionamento e a manutenção das suas atividades. Nessa categoria enquadram-se, por exemplo, os projetos que destinam os valores de multas e outras fontes de receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) para a Anatel (BRASIL, 2015d); aqueles que buscam estabelecer uma gradação no valor da taxa de fiscalização de vigilância sanitária destinada a financiar a Anvisa (BRASIL, 2003d); ou os projetos que cuidam de prover recursos para a ANP (BRASIL, 2003b). Também se enquadram nessa primeira hipótese os diversos projetos que abrem créditos extraordinários para os ministérios a que as agências reguladoras estão vinculadas, prevendo o posterior repasse parcial ou integral (BRASIL, 2005a).

Esses projetos correspondem a reações de congressistas a uma distorção. No projeto inicial de criação das agências reguladoras, a autonomia orçamentária e financeira era uma das características mais relevantes. As agências seriam autossustentáveis (mediante cobrança de taxas de fiscalização, multas, outorgas dos seus regulados) e teriam orçamentos independentes dos ministérios aos quais se vinculam.<sup>18</sup> A rigor, o próprio conceito de entidade independente suporia sua autonomia financeira. Acontece que, no âmbito da União, desde o governo de Fernando Henrique Cardoso (1º/1/1995-1º/1/2003), o “princípio da unidade orçamentária” tem sido interpretado como exigência de que todos os recursos arrecadados pela agência voltem para a conta única da União. Assim, ficam dependentes de realocação orçamentária para retornar à agência. Na prática, as despesas orçamentárias previstas para custear as agências reguladoras somam valores menores que os arrecadados. Na sequência dessa previsão inicial já minorada, têm ocorrido ainda sucessivos contingenciamentos com o objetivo de cumprir metas de superávit primário (XAVIER, 2011) que comprometem o orçamento das agências reguladoras e o desempenho das suas atividades.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Para um inventário completo dos instrumentos previstos na legislação para garantir a independência orçamentária das agências, ver Guerra e Sampaio (2016).

<sup>19</sup> Segundo levantamento da entidade Contas Abertas, entre 2010 e 2015, anos do governo de Dilma Rousseff, o orçamento total previsto para as agências era de R\$ 57 bilhões. No entanto, apenas R\$ 19,3 bilhões foram efetivamente liberados e gastos. Em 2016, a Aneel havia estimado orçamento de R\$ 200 milhões. O governo aprovou a metade: R\$ 100 milhões. Na sequência, dois decretos reduziram ainda mais o valor: primeiro para R\$ 90 milhões e depois para R\$ 44 milhões – ou seja, menos de um quarto do valor inicialmente proposto pela agência e cerca de um décimo do que a própria agência arrecadara no ano anterior. No caso da Aneel, o

Nesse contexto têm sido apresentadas proposições legislativas que cuidam especificamente de *vedar* práticas nocivas à autonomia financeira das agências. Uma das estratégias adotadas pelo Congresso Nacional tem sido estabelecer rubricas orçamentárias próprias para as agências reguladoras federais, distintas das dos ministérios aos quais estão vinculadas (BRASIL, 2016c). Além disso, o Congresso tem reagido contrariamente a práticas de contingenciamento de dotações das agências reguladoras (BRASIL, 2007a), ainda que para cumprimento das metas orçamentárias estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2009a, 2011b, [2018a]).

Por fim, um projeto específico foi contabilizado nessa subcategoria de “favorecimento à autonomia financeira das agências” por consistir numa autorização para gasto específico – e, nesse sentido, ampliar o espectro de suas aplicações orçamentárias possíveis. Trata-se do projeto que autoriza as agências reguladoras a remunerar os Conselhos de Consumidores pertinentes às suas áreas de atuação, para fomentar a participação dessas entidades em audiências públicas (BRASIL, 2004b).

### 2.1.2. *Iniciativas que reduzem a autonomia financeira das agências*

Ao lado dessas iniciativas que favorecem a autonomia financeira das agências, existem outras, em número inferior<sup>20</sup>, que produzem impacto negativo sobre o orçamento das agências e podem dificultar ainda mais a sua flexibilidade orçamentária.

É o caso do projeto de lei que destina parte dos recursos da Aneel ao financiamento do Fundo Nacional de Fomento à Pesquisa e Desenvolvimento de Energias Limpas (BRASIL, 2009b). Ou do projeto que desloca dos cofres da ANS para o Fundo Nacional de Saúde os produtos de arrecadação de multas resultantes das ações fiscalizadoras dessa agência (BRASIL, 2015f). Esses projetos têm em comum o fato de que vinculam receitas arrecadadas pelas agências para a execução de políticas públicas específicas consideradas prioritárias pelo Poder Legislativo.

---

orçamento foi reestabelecido para R\$ 120 milhões; mas, com o contingenciamento, as agências precisaram cortar gastos e até mesmo descontinuar serviços e atividades essenciais, como a fiscalização dos serviços. Foi o que aconteceu recentemente com a Anac, a Anatel e a Aneel (JORDÃO; RIBEIRO, 2016).

<sup>20</sup> Das 37 iniciativas analisadas, apenas 10 visavam a reduzir a autonomia financeira das agências reguladoras.

## 2.2. Pessoal

Numa segunda categoria estão as iniciativas parlamentares classificadas como relativas a “pessoal”. Considerando-se o universo de iniciativas legislativas examinadas, o número referente a essa categoria representa apenas 4,1% do universo de proposições legislativas analisadas. São principalmente projetos de leis que provocam alterações nos cargos ou nos sistemas de remuneração dos servidores das agências.

A maior parte dessas iniciativas visa à criação e transformação de cargos, ou criação/reestruturação do quadro de pessoal de alguma agência ou de várias agências. As iniciativas destinam-se a aparelhar o pessoal das agências reguladoras, a reorganizar os seus recursos humanos ou a regularizar uma situação de fato em que as agências estejam se valendo excessiva ou recorrentemente de terceirizações para suprir déficit de pessoal (BRASIL, 2008a). Os projetos de leis costumam trazer a denominação dos cargos criados, a sua quantidade, as suas atribuições<sup>21</sup>; dispor sobre os concursos públicos para ingresso no cargo ou requisitos de escolaridade; estabelecer padrões de vencimentos básicos, as estruturas de remuneração (incluindo, por exemplo, os vencimentos básicos e uma gratificação) ou subsídios fixados em parcela única; dispor sobre os critérios para gratificação ou sua contagem. Alguns projetos são específicos sobre apenas um ou dois desses aspectos.

Há também projetos inseridos nessa categoria que cuidam de regras específicas para os mandatos e as nomeações dos dirigentes das agências reguladoras ou que preveem a possibilidade de requisição, pelas agências, de servidores e empregados de órgãos e entidades integrantes da administração pública, entre outras medidas mais genéricas.

Um passeio pelas iniciativas relativas a “pessoal” revela que elas normalmente são “pró-agência”<sup>22</sup>, no sentido de que se destinam a facilitar o cumprimento das suas missões e o desempenho de suas atividades reguladoras. Assim, por exemplo, no caso de uma das iniciativas que veicula questões remuneratórias, o objetivo declarado é o de “suprir a demanda da Administração Pública federal por pessoal especializado, valorizar os servidores públicos e atrair e reter profissionais cuja qualificação seja compatível com a

---

<sup>21</sup> A Lei nº 10.871/2004 contém o Anexo I, que explicita os cargos existentes em cada uma das agências e a sua quantidade. As novas leis que criam novos cargos costumam atualizar esse anexo (BRASIL, [2016f]).

<sup>22</sup> Em sentido contrário, sobre o poder que o Legislativo detém para controlar agências reguladoras por meio de iniciativas legislativas que interferem em suas carreiras, ver Chafetz (2017, p. 78-151).



natureza e o grau de complexidade das atribuições das carreiras” (BRASIL, 2016d, p. [25]).

Há, no entanto, algumas iniciativas elencadas nesta categoria que mais se aproximam de uma preocupação de legitimidade. Por exemplo, a proposta de revisão da estrutura remuneratória para subsídios fixados em parcela única tinha como objetivo a simplificação e a transparência do sistema remuneratório, bem como a harmonização interna das remunerações. Outros projetos chegam inclusive a reduzir a autonomia das agências, e assim se aproximam de iniciativas que poderiam estar classificadas na categoria “controle”. Nesse sentido, chama a atenção o projeto de lei que dispõe que todos os cargos em comissão das agências reguladoras sejam ocupados privativamente por servidores efetivos de carreira. O objetivo evidente dessa proposição é evitar o loteamento de cargos por nomeações políticas. Na mensagem de encaminhamento da proposta, fala-se em resgatar “a tecnicidade e a profissionalização necessária[s] para o funcionamento das Agências Reguladoras” (BRASIL, 2011e). No entanto, ao reduzir o leque de pessoas potencialmente elegíveis a integrar o corpo decisório das agências, essa espécie de norma pode reduzir a sua autonomia ao permitir a prevalência de interesses de caráter corporativo dos servidores efetivos de seus quadros.

### 2.3. Controle

Chama a atenção que boa parte das iniciativas parlamentares relativas às agências reguladoras se destina a ampliar o controle exercido sobre elas. De um total de 689 iniciativas parlamentares, 148 têm como objetivo alguma forma de limitação ou condicionamento do poder que será ou está sendo exercido por esses órgãos reguladores (um total de 21%). Essa circunstância é particularmente importante porque o desenho inicial dessas entidades incluía e pressupunha *algum grau* de autonomia.

Um dos debates públicos mais significativos no contexto da celebração dos vinte anos do Estado regulador diz respeito ao balanço da experiência brasileira relativa a esse aspecto. Parte da doutrina sustentou que alguns dos problemas de afirmação institucional das agências nas duas primeiras décadas se deviam a uma autonomia incompleta no projeto de Estado regulador brasileiro. Reclamava, assim, que maior liberdade e independência lhes fossem concedidas em matérias como gestão de recursos e nomeação de dirigentes para suas diretorias (GUERRA; SAMPAIO, 2016; FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2016; SALAMA; BARRIONUEVO, 2016).

O grande número de proposições legislativas voltadas ao controle das agências pode indicar que o Congresso discorda desse diagnóstico e filia-se

ao entendimento contrário, o de que a autonomia inicialmente conferida às agências teria sido excessiva. Assim, o resultado observado na prática legislativa resultaria de um diagnóstico de que seria necessário limitar a autonomia dessas entidades.<sup>23</sup> Os números são indicativos dessa hipótese, embora não sejam suficientes para que se atinja uma conclusão definitiva nesse sentido.

Para compreender e assimilar melhor as iniciativas parlamentares relacionadas com o controle das agências reguladoras, é conveniente valer-se da classificação tradicional entre (i) controle interno e (ii) controle externo, com as subdivisões apresentadas a seguir.

### 2.3.1. *Controle interno*

As iniciativas classificadas sob a rubrica “controle interno” preveem mecanismos de controle exercidos por meio de regras e procedimentos a serem observados pelas próprias agências ou pelos seus membros.

Uma primeira hipótese relaciona-se às iniciativas que preveem restrições incidentes sobre o pessoal das agências. Foram encontradas duas iniciativas que tratavam especificamente dessa hipótese. Uma delas destinava-se especificamente aos diretores de Aneel, Anatel, ANP e ANS e proibia-lhes o exercício de atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária (BRASIL, 2003c). A outra previa uma ampliação da quarentena para ex-dirigentes de quaisquer agências (BRASIL, 2014).

A segunda hipótese compreende as iniciativas que disciplinam o procedimento de atuação das agências. O controle pelo procedimento é uma das formas de condicionamento da atuação administrativa. A ideia é que a decisão final será impactada pelo procedimento por meio do qual ela é produzida (MCCUBBINS; NOLL; WEINGAST, 1987). Sob certo ângulo, o controle procedimental apresenta algumas vantagens sobre o controle de resultado, na medida em que concede maior autonomia e flexibilidade decisória para a agência. O requisito é apenas para que se passe por determinado procedimento antes de produzir a decisão final. Por outro lado, a literatura, especialmente a estrangeira, registra diversas críticas aos obstáculos que regras procedimentais excessivas podem causar na eficiência da atuação. Nos Estados Unidos, há importante debate sobre uma suposta *ossificação* das agências em função dos requisitos procedimentais para a sua atuação (MCGARITY, 1992, 1997;

---

<sup>23</sup> Os autores deste trabalho não concordam com essa hipótese, aqui referida apenas a título argumentativo.

PIERCE JUNIOR, 1995). Algumas agências optariam pela inércia em função do custo para realizar qualquer atividade nova. Outras tentariam atuar, mas seriam paralisadas pelas regras procedimentais.

No caso das iniciativas encontradas nesta pesquisa, o controle procedimental assume diferentes formas. Uma delas seria na forma de obrigação de realização de Análise de Impacto Regulatório (BRASIL, 2015b). Outra forma de controlar procedimentalmente as agências consiste em disciplinar a transparência da sua atuação. Um projeto de lei específico, por exemplo, pretende divulgar ao usuário de transportes públicos informações relativas à composição tarifária desses serviços (BRASIL, 2015a). Outro, de aplicabilidade mais ampla, trata diretamente da transparência na tomada de decisão no âmbito das agências (BRASIL, 2013b).

Alguns projetos preveem a obrigação de realização de audiências públicas no caso de aumentos nas tarifas ou preços praticados pelas empresas prestadoras de serviços públicos antes que sejam autorizados pelas respectivas agências reguladoras (BRASIL, 2000a). Note-se que o projeto não *impede* tais aumentos – apenas exige que eles sejam realizados após a oitiva de interessados. Outra iniciativa específica sobre a Aneel prevê que as audiências sejam obrigatórias no caso de qualquer decisão que afete os direitos dos agentes envolvidos, concessionários e consumidores (BRASIL, 1997).

### 2.3.2. Controle externo

Estão classificadas sob a rubrica de “controle externo” todas as iniciativas que estabeleçam oportunidade de controle para instituições ou órgãos *fora* das agências. O controle externo pode ser prévio ou posterior, a depender do momento em que for realizado, em relação à própria ação controlada.

#### 2.3.2.1. Controle prévio

As iniciativas que estabelecem controle prévio externo sobre as agências têm a ver com a disciplina das nomeações de dirigentes. Foram quatro os projetos encontrados sobre esse tema. Um deles tem perspectiva mais genérica e visa inserir dispositivo sobre a nomeação de membros do Conselho Diretor ou Diretoria de agências reguladoras federais na Lei nº 9.986/2000, que trata da gestão de recursos humanos das agências reguladoras (BRASIL, [2007f], 2013a). Outro trata especificamente da Anatel, propondo a modificação do critério de escolha dos seus conselheiros, com introdução da lista tríplice para posterior escolha e nomeação do presidente da República (BRASIL, 2006b). Os dois últimos projetos cuidam especificamente da hipótese de livre nomeação do presidente do conselho diretor da Anatel e da ANA (BRASIL, 2001c, 2002).

### 2.3.2.2. Controle posterior

A hipótese de controle posterior é muito mais complexa. Há casos relativos a controle posterior pelos Poderes Executivo e Legislativo e pela sociedade civil. No primeiro caso, encontrou-se apenas uma iniciativa, que visa autorizar o presidente da República a exonerar diretores da Aneel, da Anatel e da ANP.

No segundo caso, das iniciativas relativas ao controle operado pelo Poder Legislativo, há duas hipóteses. Há, em primeiro lugar, os projetos que visam ampliar as oportunidades de controle parlamentar das agências, como o que determina que as agências reguladoras de serviços públicos descentralizados prestem contas de suas atividades à Comissão de Infraestrutura do Senado Federal e às Comissões Técnicas da Câmara dos Deputados de conteúdo temático correspondente (BRASIL, 2003e). Ou os que pretendem criar Conselhos de Julgamento de Recursos interpostos contra decisões das agências reguladoras, nos casos em que as próprias agências não os julguem definitivamente no prazo de 90 dias (BRASIL, 2013c).<sup>24</sup> Contudo, entre as iniciativas relativas ao controle operado pelo poder público estão também catalogados os numerosos projetos de decretos legislativos que visam sustar diretamente uma norma específica emanada de alguma das agências reguladoras. Trata-se aqui não de tentativa de ampliar as hipóteses e oportunidades de controle, mas de exercício concreto de hipótese prevista constitucionalmente para o controle (art. 49, V, da CRFB).<sup>25</sup>

No terceiro caso, encontram-se diversas iniciativas legislativas estabelecendo ou ampliando o controle *social* incidente sobre as agências reguladoras. Essa hipótese é relativamente numerosa. Em geral, as iniciativas consistem em tentativas de dar voz e representatividade aos usuários dos serviços regulados. Isso pode ser feito mediante previsão de representante dos consumidores entre os diretores da agência (BRASIL, 2012) ou ocupando a sua ouvidoria, criada no próprio projeto de lei (BRASIL, 1998). Esses exemplos de iniciativas voltadas à ampliação do controle social das agências reguladoras são ilustrativos do fato de que as categorias mencionadas neste item foram construídas com finalidade meramente didática e não são estanques ou autoexcludentes. Assim,

---

<sup>24</sup> Essas iniciativas estão aqui classificadas no espaço reservado ao controle externo pelo Poder Legislativo porque, na forma do projeto, os Conselhos estariam organizados e estruturados no âmbito do Poder Legislativo. O projeto previa, no entanto, que os Conselhos seriam compostos por uma comissão mista de deputados, senadores, representantes das agências reguladoras e da sociedade civil organizada.

<sup>25</sup> Por exemplo, Brasil (2011a), relativo à Aneel, e Brasil (2016b), relativo à Anac.

seria possível elencar estas hipóteses de controle social dentro das categorias de *controle interno procedimental*, na medida em que estes representantes da sociedade civil atuarão dentro da própria agência.

## 2.4. Institucional

A categoria que denominamos “institucional” abrange três tipos de iniciativas legislativas: (i) as que propõem a criação de uma agência reguladora, (ii) as que buscam alterar a sua estrutura e (iii) as que visam à alteração da sua sede.<sup>26</sup>

No primeiro grupo estão os diversos projetos de lei que se converteram posteriormente nas leis criadoras das agências reguladoras nacionais. A última agência a ser criada foi a Agência Nacional de Mineração (ANM), pela Medida Provisória nº 791/2017, que tramitou no Congresso Nacional e foi aprovada na forma do Projeto de Lei de Conversão nº 37/2017 (BRASIL, 2017c, 2017d).

Dois projetos de lei anteriores, de 2013 e 2016, já haviam proposto a sua criação. Entre as proposições de criação de agência que não obtiveram sucesso está a da Agência Nacional de Serviço Bancário (Ansban), que teria o objetivo de “assegurar a prestação legítima do serviço bancário” (BRASIL, 2015c, p. [2]). Também está a da Agência Nacional de Desenvolvimento de Portos e Indústria de Construção Naval, que receberia parte da competência da Antaq (BRASIL, 2005b).

No segundo grupo estão os projetos que buscaram alterar a estrutura das agências. De forma exemplificativa, podem ser citados três projetos similares que buscavam inserir na estrutura das agências reguladoras uma diretoria de meio ambiente. O objetivo era “fazer com que a questão ambiental seja uma constante preocupação na atividade fiscalizadora desempenhada pelas Agências Reguladoras, que trará, certamente, enormes benefícios para a população brasileira” (BRASIL, 2007b, p. 3).

Finalmente, há as iniciativas legislativas destinadas a alterar a sede das agências reguladoras. Quatro projetos do então deputado federal Eduardo Paes buscavam transferir as sedes da Anatel e da Aneel de Brasília para o Rio de Janeiro, sob o argumento de que nesta cidade sempre estivera “situada a inteligência” dos setores de telecomunicações e energia elétrica. Caminho

<sup>26</sup> Há uma corrente na literatura internacional que classifica arranjos institucionais e organizacionais como instrumentos de controle político (MCCUBBINS; NOLL; WEINGAST, 1987). Neste trabalho, no entanto, optou-se por atribuir a essas iniciativas uma categoria de análise própria, separada de controle.

inverso foi proposto pelo então deputado federal José Roberto Arruda, também em 2003, com três projetos de leis destinados a transferir a ANP e a ANS do Rio de Janeiro para Brasília. O argumento, nesse caso, era o de risco à eficiência regulatória, já que “as agências nacionais e órgãos reguladores do governo devem ter sua sede na capital do país, equidistante de pressões regionais” (BRASIL, 2003a, p. 1).

## 2.5. Competências/regulação

A categoria “competências/regulação” concentra mais de dois terços das iniciativas legislativas do Congresso Nacional. Foram classificadas nessa categoria todas as iniciativas que criam, ampliam, modificam ou reduzem competências normativas e fiscalizatórias de uma ou mais agências reguladoras. Além disso, proposições legislativas que criam ou alteram parâmetros e condições para o exercício de competências previamente estabelecidas às agências também foram nela inseridas.

Em essência, essas iniciativas visam definir o campo de atuação das agências reguladoras. As tentativas de intervir nos limites desse campo variam conforme o setor regulado e são constantemente revistas. Algumas iniciativas legislativas são propostas com o objetivo de ampliar o rol de competências das agências. Exemplos de proposições nesse sentido são as que atribuem competência para a agência regular a concorrência de determinado setor, como ocorre com a proposição legislativa que confere essa competência à Anvisa (BRASIL, 2000d). Há também as iniciativas que visam ampliar o rol de bens e serviços regulados pelas agências, como a proposição legislativa que visa atribuir à Ancine competência para supervisionar a atuação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos (Ecad) (BRASIL, 2011c) ou a iniciativa que confere à Anvisa a atribuição de regular a propaganda e publicidade de medicamentos (BRASIL, 2009c). Proposições legislativas que tratam de cooperação técnica entre agências e outros órgãos também se enquadram nessa categoria (BRASIL, 2001b).

Além das iniciativas que tratam de competências, existem as que estabelecem parâmetros procedimentais e substantivos para o exercício das competências das agências reguladoras. Essas iniciativas têm em comum o fato de que limitam, de alguma forma, a discricionariedade dessas entidades. No que diz respeito aos parâmetros procedimentais, o Congresso Nacional por vezes estabelece prazos para que as agências desempenhem suas funções regulatórias, como ocorre com as iniciativas que determinam prazos para a Anvisa registrar e renovar o registro de medicamento (BRASIL, 2000e). A Casa legislativa intervém também no processo administrativo sancionador

das agências, estabelecendo as sanções cabíveis em caso de infrações administrativas dos agentes regulados sujeitas a sanções (BRASIL, 2004a).

Quanto aos parâmetros substantivos, o Congresso Nacional apresenta, por exemplo, propostas legislativas em que procura definir critérios para a fixação de preços de serviços regulados, como os serviços aéreos, por exemplo (BRASIL, 2006a), ou de medicamentos (BRASIL, 2015e). Em grau ainda maior, propõe iniciativas envolvendo gestão tarifária de serviços concedidos. Há, nesse sentido, projetos que estabelecem isenção ou valores diferenciados para grupos específicos de consumidores ou usuários em situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2007c).

No que diz respeito à regulação do comportamento de agentes econômicos regulados, destacam-se as proposições em que o Congresso Nacional exige, proíbe e estimula certos comportamentos de agentes econômicos regulados. Há, nesse sentido, projetos de lei que estabelecem requisitos para autorização ou registro de grupos de agentes econômicos regulados (BRASIL, 2006b). Em diversas iniciativas, propõem-se expressamente obrigações (BRASIL, 2008b), proibições (BRASIL, 2009f), restrições (BRASIL, 2000c) e estímulos (BRASIL, 2007d) ao modo de agir dos agentes econômicos regulados. Em outros, o Poder Legislativo dispensa (BRASIL, 2016e) ou autoriza (BRASIL, 2007d) o agente regulado a agir de determinada forma, limitando, assim, o poder da agência reguladora para proibir tal conduta. Há também os casos em que o Congresso decide por si próprio estabelecer as condições e os parâmetros sob os quais tais bens e serviços deverão ser realizados (BRASIL, 2010).

O Congresso Nacional propõe ainda, com alguma frequência, iniciativas que versam sobre direitos dos consumidores e usuários de serviços (BRASIL, 2017a), bem como dos próprios agentes regulados (BRASIL, 2009e).

Por fim, há também iniciativas esparsas para regular o investimento estrangeiro em setores regulados (BRASIL, 2007e), bem como projetos de lei que visam consolidar a legislação de um determinado setor (BRASIL, 2011d).

### 3. INICIATIVAS LEGISLATIVAS EM NÚMEROS

Como se observou no item anterior, os projetos de lei objeto do presente estudo foram classificados nas categorias “orçamento”, “pessoal”, “controle”, “institucional” e “competências/regulação”.

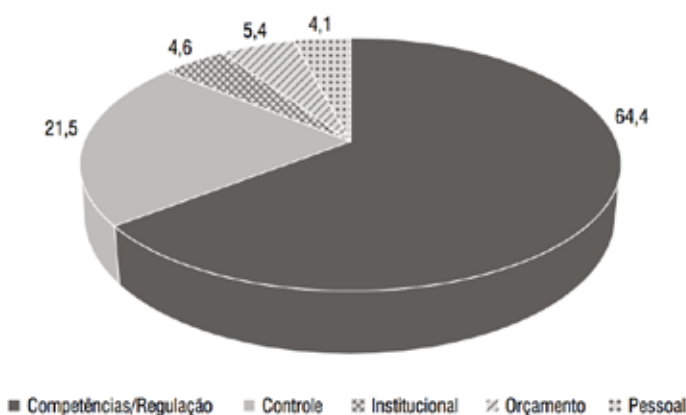
A categoria “competências/regulação” foi a que concentrou o maior número de projetos de lei (64,4%). Com efeito, das 689 iniciativas legislativas, 444 foram introduzidas com o objetivo de criar, ampliar, modificar ou reduzir as competências normativas e fiscalizatórias de uma ou mais agências

reguladoras, ou de estabelecer parâmetros procedimentais e substantivos para o exercício dessas mesmas competências.

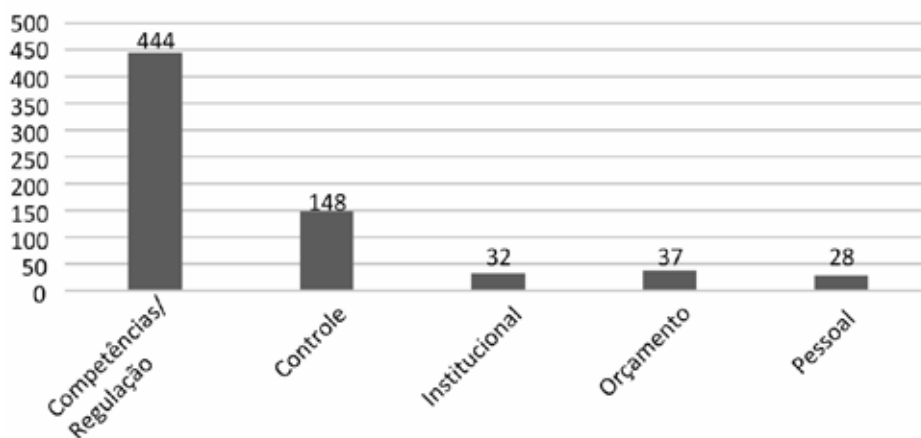
A segunda categoria mais recorrente foi a de “controle”, concentrando 21,5% das iniciativas legislativas. As categorias “institucional”, “orçamento” e “pessoal” aparecem com menor frequência, conforme se vê nos gráficos 2 e 3.

**Gráfico 2**

Percentual de iniciativas legislativas por categoria (%)



Fonte: elaborado pelos autores.



Fonte: elaborado pelos autores.

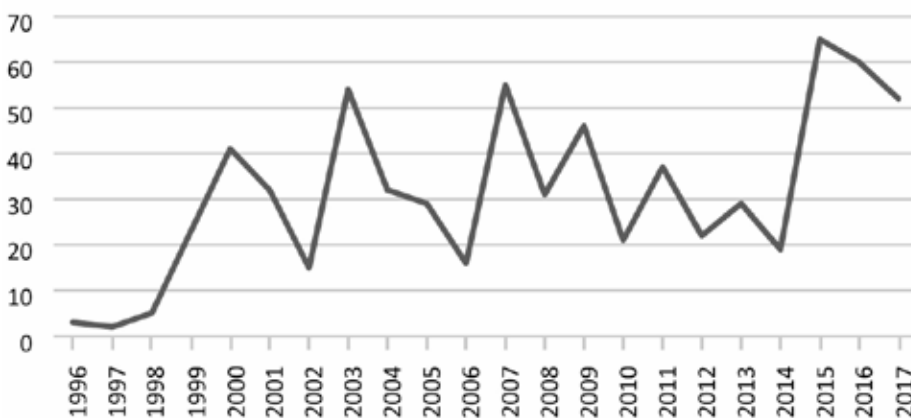


A atuação legiferante do Congresso Nacional em relação às agências reguladoras foi permanente desde a criação da primeira agência reguladora. De 1996 a 2017, não houve um ano sequer em que não fossem propostos novos projetos de lei envolvendo essas entidades.

Uma análise da distribuição dessas iniciativas legislativas no tempo permite verificar que a atuação do Congresso Nacional cresce no início dos mandatos presidenciais. Na administração de Luiz Inácio Lula da Silva (1º/1/2003-1º/1/2011) e de Dilma Vana Rousseff (1º/1/2011-31/8/2016), o primeiro ano de cada mandato foi aquele em que houve a submissão do maior número de iniciativas sobre agências reguladoras.

**Gráfico 4**

Iniciativas legislativas ao longo do tempo



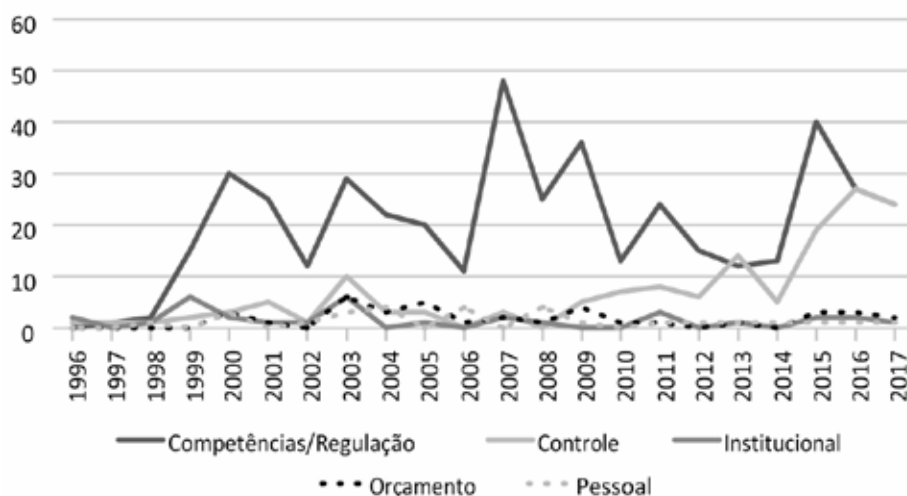
Fonte: elaborado pelos autores.

Diferentemente, no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, a maior concentração de projetos de lei foi no segundo ano, um ano depois da criação da Anvisa, tendo a propositura de diversos projetos de lei sido impulsionada pelos trabalhos da CPI dos Medicamentos.

As iniciativas apresentadas no início dos mandatos presidenciais concentram-se na temática “competências/regulação”, conforme se pode ver no gráfico 5. Os projetos envolvendo “controle” das agências, segunda temática mais recorrente, observam esse padrão apenas no primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva e no segundo mandato de Dilma Rousseff.

Gráfico 5

Iniciativas legislativas por categoria ao longo do tempo



Fonte: elaborado pelos autores.

Verifica-se, para ambas as categorias, um crescimento expressivo no número de proposições em 2015, correspondente ao primeiro ano do segundo mandato de Dilma Rousseff. O crescimento coincidente de iniciativas legislativas sobre “competências/regulação” e “controle” em 2015 contribuiu para que fosse o ano em que houve o maior número de iniciativas legislativas sobre agências reguladoras em toda a série histórica.

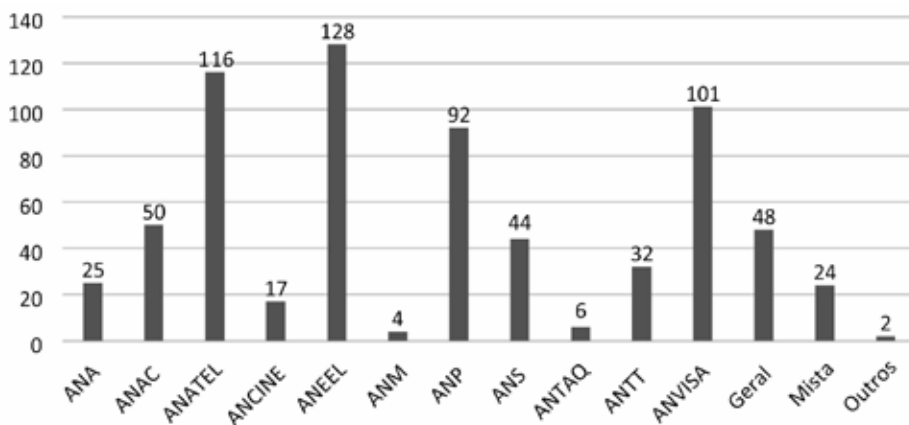
O crescimento do número de iniciativas legislativas sobre “controle” em 2015 e 2016 deveu-se sobretudo à propositura de Projetos de Decreto Legislativo (PDCs), que têm por objetivo sustar atos normativos das agências reguladoras. Em 2015, 12 dos 19 projetos legislativos iniciados na Câmara eram PDCs, e o número aumentou para 23 num total de 24 projetos legislativos iniciados em 2016. Enquanto em 2015 houve uma concentração de PDCs visando sustar atos normativos da Aneel, em 2016, o uso desse instrumento legislativo voltou-se especialmente para a anulação de atos normativos da Anac. O crescimento quantitativo de PDCs ao longo do tempo merece ser destacado, pois denota que o Poder Legislativo tem ampliado o seu controle sobre as normas produzidas no âmbito das agências reguladoras, entendendo que elas estariam usurpando competências privativas do Poder Legislativo. Uma hipótese que merece ser objeto de futura investigação é se o aumento de PDCs tem alguma correlação com a observação de fenômenos que têm sido associados à redução de autonomia das agências reguladoras, como a

nomeação de diretores interinos e o contingenciamento orçamentário, e se haveria razões específicas para a sua concentração em atos da Aneel e da Anac, respectivamente, em 2015 e 2016.

O gráfico 5 mostra que 2007 foi o ano que concentrou o maior número de iniciativas legislativas, somente superado por 2015. Isso se deve, sobretudo, ao grande número de iniciativas legislativas sobre “competências/regulação” apresentadas naquele ano. Das 55 iniciativas legislativas apresentadas no período, 48 tratavam de competências das agências reguladoras.

Das onze agências federais até hoje constituídas, a Aneel, Anatel, Anvisa e ANP – nessa ordem – são as agências que mais frequentemente aparecem como objeto de iniciativas legislativas. Reunidas, concentraram 63,5% das propostas examinadas.

**Gráfico 6**  
Número de iniciativas legislativas por agência



Fonte: elaborado pelos autores.

Aneel, Anatel, Anvisa e ANP são também as agências reguladoras que mais concentraram iniciativas legislativas sobre competências. Mais de 70% de todas as iniciativas enquadraram-se nessa categoria.<sup>27</sup>

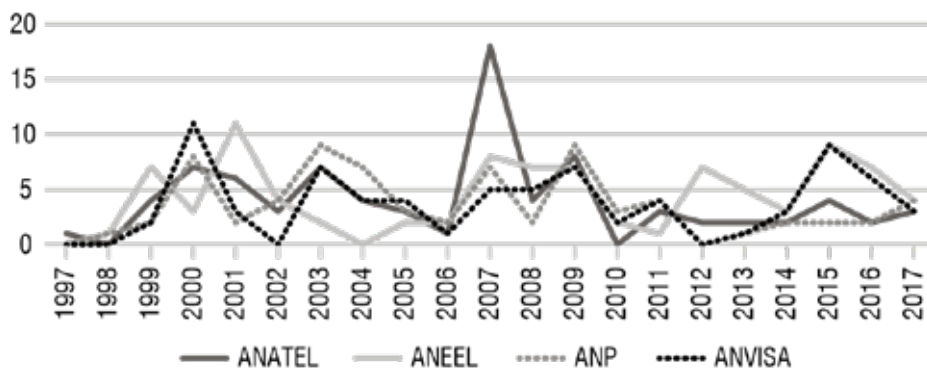
Como já explicitado no item anterior, iniciativas legislativas que tratam de competências têm por objetivo definir o escopo de atuação das agências

<sup>27</sup> De todos os projetos envolvendo essas agências, os percentuais sobre competências foram os seguintes: ANP – 80%, Anvisa – 76,2%, Anatel – 72,4% e Aneel – 71,8%.

e os limites de sua autonomia administrativa e decisória. Restará a futuras investigações testar hipóteses sobre por que o Legislativo teria com mais frequência o ímpeto de modificar o espectro de atuação dessas agências.

**Gráfico 7**

Iniciativas legislativas sobre competências/regulação por agência



Fonte: elaborado pelos autores.

Há grande variação nos temas das proposições legislativas envolvendo competências. Tomando o exemplo da Anatel, 2007 foi o ano que concentrou o maior número de proposições sobre competências dessa agência. Os temas tratados nesses projetos foram variados, incluindo regulação do serviço de TV a cabo, imposição de novas obrigações às operadoras de serviço de telefonia e gestão tarifária. Por sua vez, em 2003 a ANP foi a agência que mais demandou atenção dos congressistas, com projetos de lei tratando de direitos dos consumidores de combustíveis e diversas obrigações das concessionárias de produção e comercialização de petróleo e derivados.

Temas conjunturais também parecem afetar o comportamento do Congresso Nacional em relação às competências das agências reguladoras. Esses projetos de lei costumam ser propostos com o objetivo de instituir políticas ou responder a crises dos setores regulados. Em 2000, ano dos trabalhos da CPI dos Medicamentos, diversos projetos de lei foram propostos, inclusive pela própria CPI, visando regular a produção e comercialização de medicamentos (BRASIL, 2000d). Em 2001, ano do programa de racionamento de energia elétrica, um número expressivo de projetos de lei sob a alçada da Aneel foi proposto pela base governista para estimular a produção de fontes alternativas de energia (BRASIL, 2001a). Em 2009, logo após a Petrobras iniciar a

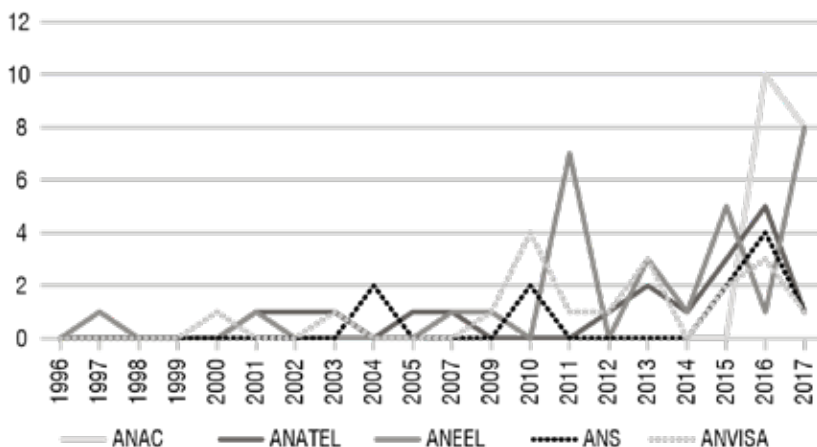
extração de óleo no Pré-sal, diversos projetos de lei foram propostos pela base governista para regular o tema (BRASIL, 2009d).

Quanto às iniciativas sobre controle, as agências Aneel, Anatel, Anac, Anvisa e ANS foram as mais visadas pelos congressistas.

Conforme se pode ver no gráfico 8, os anos de 2003, 2013 e de 2015 em diante foram os que concentraram maior número de iniciativas legislativas sobre “controle”. Quase dois terços das iniciativas sobre “controle” concentraram-se nesses anos.

**Gráfico 8**

Iniciativas legislativas sobre controle por agência



Fonte: elaborado pelos autores.

Em 2003, foram propostos três PDCs visando, cada um, anular atos normativos da Anatel, Anvisa e ANP. Além disso, em 2003 os parlamentares submeteram projetos de lei de caráter mais geral, com o objetivo de instituir instrumentos de controle a um grupo ou à totalidade das agências reguladoras. Foram propostos, nesse sentido, projetos de lei que versavam sobre limitações ao exercício profissional de diretores de agências, obrigatoriedade da realização de audiências públicas para certas matérias, deveres de prestação de contas das agências ao Congresso Nacional, exoneração de dirigentes das agências e criação de instâncias recursais para as decisões das agências. Uma hipótese para futura investigação reside em observar que o ano de 2003 marca o início do primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva como chefe do Poder Executivo, com a ascensão do Partido dos Trabalhadores ao poder.

Tratava-se inicialmente de um governo crítico às agências reguladoras<sup>28</sup>, o que pode ter suscitado um movimento tendente a um maior controle das agências pelo Poder Legislativo.

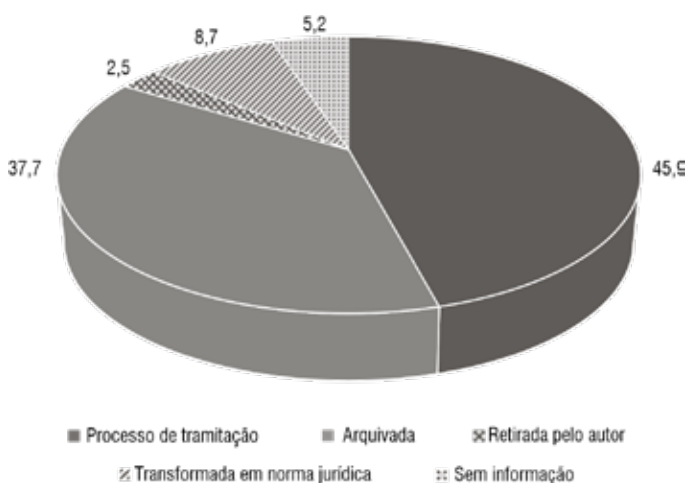
Em 2013, o Congresso Nacional apresentou oito PDCs que visavam anular atos da Aneel, Anatel, Anvisa e ANP. Naquele ano também foram propostos projetos de caráter geral versando sobre nomeação de diretores e sobre transparência, gestão, organização e controle social das agências.

De 2015 em diante, o Congresso Nacional passou a fazer uso extensivo dos PDCs para sustar atos das agências reguladoras. Foram propostos 15 PDCs em 2015, 23 em 2016 e 21 em 2017. Embora nesse período tenham sido propostos PDCs com o objetivo de sustar atos de oito agências, a Anac<sup>29</sup> e, em segundo lugar, a Aneel, foram as agências reguladoras mais visadas.

De todo o rol de iniciativas legislativas, apenas 8,7% foram transformadas em normas jurídicas; 45,9% ainda seguem tramitando, 37,7% foram arquivadas e 2,5% foram retiradas pelo autor, sendo que não foi possível identificar a situação processual de 5,2% dos projetos examinados.

### Gráfico 9

Situação processual das iniciativas legislativas examinadas



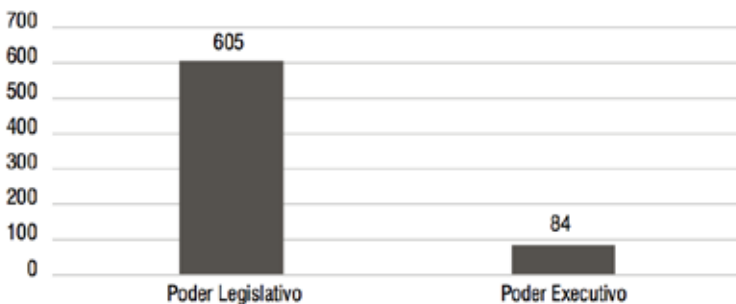
Fonte: elaborado pelos autores.

<sup>28</sup> Ver, nesse sentido, reportagens sobre o tema: Vinhas (2007) e Scolese (2002).

<sup>29</sup> A Resolução nº 400/2016 (BRASIL, 2016a), da Anac, que dispõe sobre condições gerais do transporte aéreo, foi o principal ato normativo impugnado.

Quando a situação processual das proposições legislativas é analisada por categorias, verifica-se que, até o presente momento, as iniciativas sobre “controle” são aquelas com menor propensão para se transformarem em normas jurídicas. Das 148 proposições legislativas apresentadas, apenas uma – equivalente a 0,67% das iniciativas – transformou-se em norma jurídica. Esse resultado mostra que a grande maioria dos projetos legislativos que visam ampliar o controle sobre atos das agências reguladoras não tem logrado êxito. De todo modo, o crescimento recente da utilização de PDCs como instrumento de controle do Congresso Nacional pode estar apontando para uma nova era na relação entre o Poder Legislativo e as agências reguladoras, a merecer análise mais aprofundada no futuro.

O Poder Legislativo é o principal autor das proposições que versam sobre agências reguladoras. Apenas 12,2% dos projetos foram originários do Poder Executivo, conforme se verifica no gráfico 10.

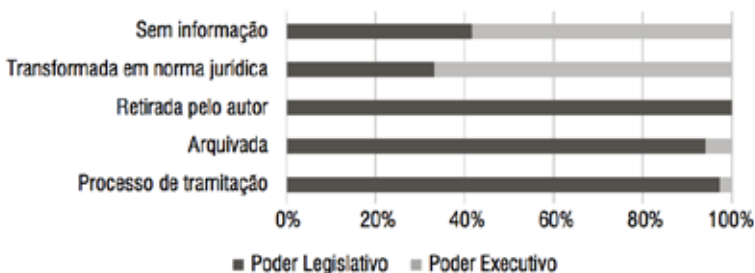
**Gráfico 10****Poder originário das iniciativas legislativas**

Fonte: elaborado pelos autores.

No entanto, dois terços das proposições legislativas que se transformaram em norma jurídica são originários do Executivo, conforme o gráfico 11.

### Gráfico 11

Situação processual das proposições conforme o poder originário dos projetos

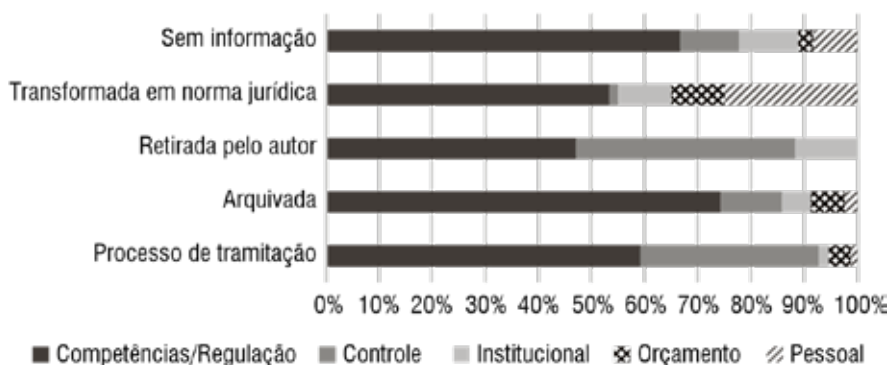


Fonte: elaborado pelos autores.

O Poder Executivo, portanto, embora seja autor de um número muito menor de proposições legislativas sobre agências reguladoras, é mais eficaz na aprovação desses projetos. Isso pode ser mais bem evidenciado quando se analisa a situação processual das iniciativas legislativas por categoria.

### Gráfico 12

Situação processual por categoria



Fonte: elaborado pelos autores.

As proposituras sobre “controle”, com uma exceção, foram todas propostas pelo Poder Legislativo. Como já observado, parte significativa dos projetos

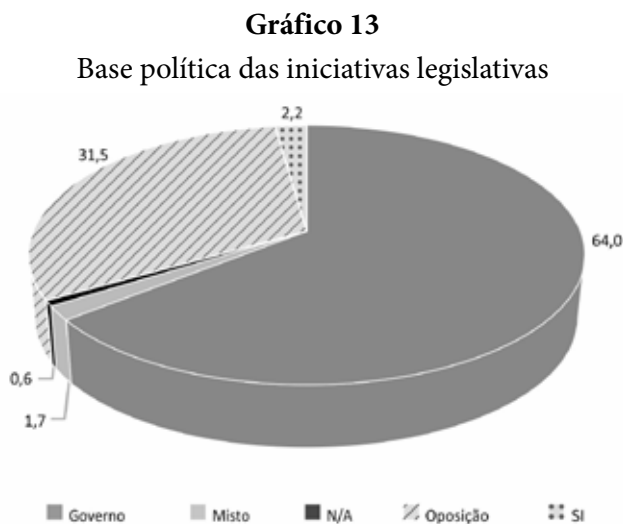


de lei sobre controle correspondem a tentativas do Congresso Nacional de sustar atos normativos das agências reguladoras. Dos 99 PDCs submetidos, 27 (cerca de 29%) foram arquivados ou retirados pelo autor e o restante se encontra em processo de tramitação.

Observem-se, no entanto, as iniciativas legislativas da categoria “orçamento”. Das 37 proposições legislativas submetidas à apreciação do Congresso, apenas oito (21,62%) foram iniciadas pelo Poder Executivo. No entanto, cinco dos seis projetos (83,3%) sobre “orçamento” até hoje convertidos em norma jurídica são originários do Poder Executivo.

A base parlamentar governista é autora de 64% dos projetos de lei sobre agências reguladoras, conforme se visualiza no gráfico 13<sup>30</sup>.

Esse número mantém-se constante em todas as categorias, exceto na categoria “pessoal”, em que 87,8% das iniciativas legislativas provém da base governista.<sup>31</sup>



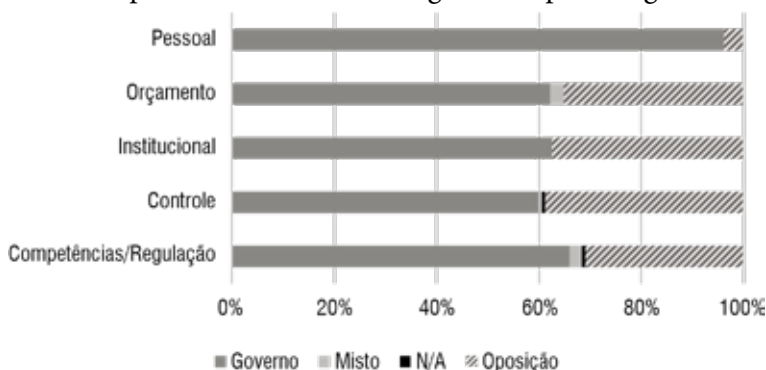
Fonte: elaborado pelos autores.

<sup>30</sup> A classificação dos partidos como pertencentes à coalizão de governo para todo o período considerado foi extraída de duas fontes: de 1995 a 2010, em Lameirão (2015); e, de 2011 em diante, em Pereira (2017).

<sup>31</sup> Isso se explica pelo fato de que o Poder Executivo é o principal autor dos projetos de lei da categoria pessoal.

**Gráfico 14**

Base política das iniciativas legislativas por categoria

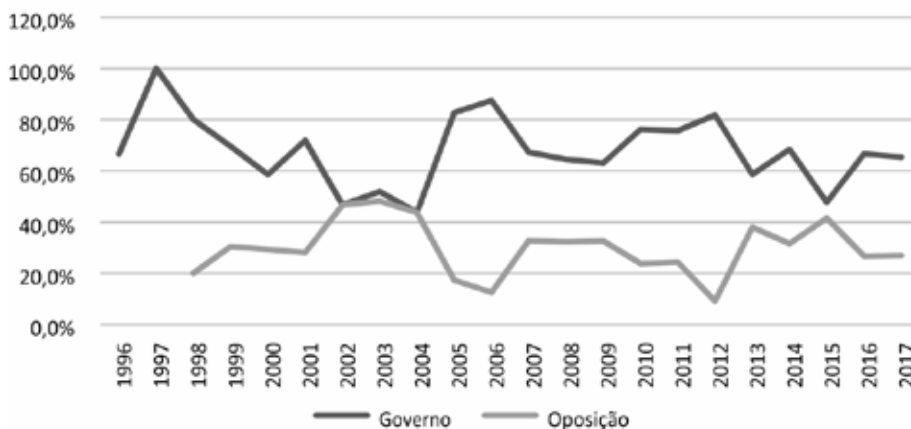


Fonte: elaborado pelos autores.

Em todos os anos, a base governista foi responsável pela propositura de, pelo menos, 50% das iniciativas legislativas propostas em cada ano. De 2005 a 2012, esse número manteve-se acima de 60%, com uma ligeira queda em 2015, primeiro ano do segundo mandato de Dilma Rousseff.

**Gráfico 15**

Percentual de iniciativas legislativas da base política por ano

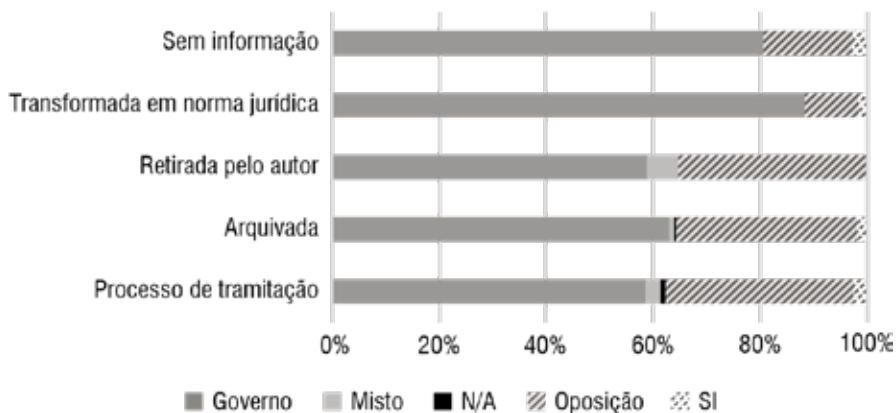


Fonte: elaborado pelos autores.

No total, 441 projetos de lei foram apresentados pela base governista, o que corresponde a 64% das iniciativas legislativas analisadas. No entanto, 88,3% dos projetos transformados em norma jurídica são da base governista, sendo esta mais eficaz no processo legislativo.

**Gráfico 16**

Situação processual das iniciativas legislativas por base política por autor



Fonte: elaborado pelos autores.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que respostas, este artigo apresenta os resultados de uma análise exploratória que buscou colher subsídios para a descrição do panorama do processo legislativo em âmbito federal voltado ao tema das agências reguladoras federais.

Neste estudo, foi possível confirmar a existência de um número considerável de iniciativas legislativas que buscam modificar a atuação das agências reguladoras federais, seja do ponto de vista procedimental, seja do ponto de vista substantivo. O número elevado de projetos de lei reunidos sobre as categorias “competências/regulação” e “controle”, com base na definição dessas categorias realizada pelos autores, permite confirmar isso.

O levantamento realizado também permitiu constatar que essas iniciativas legislativas, que buscam estruturar a organização e funcionamento das agências, não são estanques. Elas se modificam ao longo do tempo, intensificando-se em períodos pós-eleitorais e em situações de crise institucional ou econômico-financeira. Além disso, modificam-se em suas estratégias. A

intensificação do uso do PDCs para anular atos de agências a partir de 2015 é apenas um exemplo.

Neste estudo foi possível mapear quem são os proponentes das iniciativas legislativas envolvendo agências reguladoras. Foi possível identificar também quais são as principais estratégias legislativas adotadas pelos parlamentares para disciplinar as agências.

O levantamento da situação processual das iniciativas legislativas permitiu ainda levantar hipóteses, a serem futuramente testadas, de que projetos de lei iniciados pela base parlamentar governista ou pelo Poder Executivo têm mais chance de ser aprovados. No entanto, esse desempenho parlamentar varia conforme a categoria da iniciativa legislativa, o que deverá ser mais bem explorado em estudos futuros.

Não se tem conhecimento, até a elaboração deste artigo, de estudo prévio que tenha codificado e mensurado a produção do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. Desse modo, entende-se que a pesquisa cumpriu o seu objetivo de suprir essa lacuna, ao trazer os resultados de estudo descritivo-exploratório sobre a atuação do Congresso Nacional na estruturação das agências reguladoras. Nesse sentido, o artigo lança as bases para a construção de uma agenda de pesquisa ainda não desenvolvida no Brasil e aponta para a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o uso estratégico dos instrumentos de controle das agências reguladoras federais.

## REFERÊNCIAS

- BIBLIOTECA virtual. *Agência Nacional de Energia Elétrica*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <http://biblioteca.aneel.gov.br/index.html>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016*. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. [Brasília, DF]: Agência Nacional de Aviação Civil, 2016a. Disponível em: [http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo\\_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf](http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo nº [311], de 2011*. Susta a aplicação do disposto no Art. 218 da Resolução Normativa da ANEEL nº 414, de 09.09.2010. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2011a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/>

prop\_mostrarintegra?codteor=889797&filename=PDC+311/2011. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo nº [576], de 2016*. Susta o Art. 13 da Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2016b. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1519184&filename=PDC+576/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1519184&filename=PDC+576/2016). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº [68], de 2007*. Veda o contingenciamento de dotações das agências reguladoras. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=465046&filename=PLP+68/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=465046&filename=PLP+68/2007). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº [73], de 2011*. Inclui as despesas com combate ao uso de drogas, incluindo o tratamento de seus usuários, entre as protegidas dos contingenciamentos orçamentários na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2011b. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=895925&filename=PLP+73/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=895925&filename=PLP+73/2011). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº [471], de 2009*. Modifica o parágrafo 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=649211&filename=PLP+471/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=649211&filename=PLP+471/2009). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara, de 2003*. Dispõe sobre a sede da Agência Nacional do Petróleo – ANP e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=163738](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=163738). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei de Conversão nº 16, de 2005*. Abre, em favor da Presidência da República, dos Ministérios dos Transportes, da Cultura e do Planejamento, Orçamento e Gestão e de Encargos Financeiros da União, crédito extraordinário no valor global de R\$ 393.323.000,00, para os fins que especifica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2005a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=317437&filename=PLV+16/2005+%3D%3E+MPV+245/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=317437&filename=PLV+16/2005+%3D%3E+MPV+245/2005). Acesso em: 17 jan. 2019.

- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [845], de 2015*. Altera a Lei nº 12.587, de 2012, e a Lei nº 10.233, de 2001, para tratar da informação ao usuário sobre a composição tarifária dos serviços de as passagens do transporte. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1311483&filename=PL+845/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1311483&filename=PL+845/2015). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [906], de 2007*. Altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007b. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=455355&filename=PL+906/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=455355&filename=PL+906/2007). Acesso em: 11 fev. 2019.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.178], de 2007*. Cria benefícios sobre tarifas dos serviços públicos de energia elétrica, de água e de telefonia, para consumidores de baixa renda a desempregados, enfermos e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007c. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=464630&filename=PL+1178/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=464630&filename=PL+1178/2007). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.539], de 2015*. Estabelece a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR pelas Agências Reguladoras no âmbito da Administração Federal. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015b. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1334093&filename=PL+1539/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1334093&filename=PL+1539/2015). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.601], de 2011*. Modifica a natureza jurídica do escritório central de arrecadação e distribuição de direitos de que trata o art. 99 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2011c. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=889231&filename=PL+1601/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=889231&filename=PL+1601/2011). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.666], de 2003*. Altera a Lei nº 9.782, de 1999, para estabelecer valor da taxa de fiscalização de vigilância sanitária nos casos que especifica. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003b. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=153621&filename=PL+1666/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=153621&filename=PL+1666/2003). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.721], de 2007*. Estimula a adição de ácido fólico na produção de pães. [Brasília, DF:

Câmara dos Deputados], 2007d. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=489092&filename=PL+1721/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=489092&filename=PL+1721/2007). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.760], de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 7.565, de 1986, e da Lei nº 11.182, de 2005, para extinguir a limitação à participação do capital estrangeiro nas empresas concessionárias de serviços públicos de transporte aéreo. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007e. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=490953&filename=PL+1760/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=490953&filename=PL+1760/2007). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.006], de 2011*. Consolida a legislação brasileira de telecomunicações e de radiodifusão. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2011d. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=907275&filename=PL+2006/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=907275&filename=PL+2006/2011). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.057], de 2003*. Altera dispositivos das Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; nº 9.472 de 16 de julho de 1997; nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 e nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003c. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=166550&filename=PL+2057/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166550&filename=PL+2057/2003). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2.315, de 2000*. Torna obrigatória a realização de audiências públicas sobre os aumentos propostos nas tarifas ou preços praticados pelas empresas prestadoras de serviços públicos antes que os mesmos sejam autorizados pelas respectivas agências reguladoras setoriais e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2000a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17943>. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.450], de 2003*. Institui taxas de autorização, registro e fiscalização relativas às atividades integrantes da indústria do petróleo e às atividades integrantes do abastecimento nacional de combustíveis. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003d. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=179359&filename=PL+2450/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=179359&filename=PL+2450/2003). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.594], de 2003*. Determina que as agências reguladoras de serviços públicos descentralizados prestem contas de suas atividades à Comissão de Infra-estrutura do

Senado Federal e às Comissões Técnicas da Câmara dos Deputados cujo conteúdo temático abranja os serviços regulados. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003e. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=184318&filename=PL+2594/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=184318&filename=PL+2594/2003). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.670], de 2015*. Institui a Agência Nacional de Serviços Bancário – ANSBAN, nos termos que requer. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015c. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1373578&filename=PL+2670/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1373578&filename=PL+2670/2015). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.811], de 2011*. Altera o art. 3º e revoga o art. 13 e o art. 16, todos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências [...]. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2011e. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=945242&filename=PL+2811/2011](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=945242&filename=PL+2811/2011). Acesso em: 11 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.860, de 1997. Dá nova redação ao art. 4º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que “institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências”. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 52, n. 77, p. 11.908-11.909, 9 maio 1997. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09MAI1997.pdf#page=36>. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [3.041], de 2015*. Acrescenta parágrafo ao artigo 3º da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, para destinar valores de multas e outras fontes de receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015d. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=74C4FD2A8A99B8947B92E7D839A5010F.proposicoesWebExterno2?codteor=1387647&filename=PL+3041/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=74C4FD2A8A99B8947B92E7D839A5010F.proposicoesWebExterno2?codteor=1387647&filename=PL+3041/2015). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3.156, de 2000*. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 55, n. 99, p. 29.441-29.444, 2



jun. 2000c. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02JUN2000.pdf#page=35>. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.320, de 2000*. Altera dispositivos da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2000d. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3320&intAnoProp=2000&intParteProp=1#](http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3320&intAnoProp=2000&intParteProp=1#/)/. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.325, de 2000*. Dispõe sobre o prazo de pronunciamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária às solicitações de registros de medicamentos genéricos. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2000e. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3325&intAnoProp=2000&intParteProp=1#](http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3325&intAnoProp=2000&intParteProp=1#/)/. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [3.811], de 2015*. Altera a Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, para coibir a prática de preços abusivos de combustíveis. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015e. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1419577&filename=PL+3811/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1419577&filename=PL+3811/2015). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei [nº 3.946, de 2008]*. Cria cargos no Quadro de Pessoal Permanente da Agência Nacional de Cinema – ANCINE, de que trata a Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2008a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=595186&filename=PL+3946/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=595186&filename=PL+3946/2008). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.030], de 2012*. Estabelece que uma das vagas da diretoria da ANEEL, ANATEL, ANP, ANAC e ANS será preenchida por representante dos consumidores. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=999616&filename=PL+4030/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=999616&filename=PL+4030/2012). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.113], de 2015*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que “dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde” e a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que “cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências” [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015f. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_)

mostrarintegra?codteor=1425353&filename=PL+4113/2015. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4.285, de 1998*. Dispõe sobre a criação da figura do ouvidor, como representante dos consumidores junto à ANEEL e a ANATEL, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 1998. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=220291>. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.301], de 2004*. Dispõe sobre o selo de qualidade de combustíveis e sobre penalidades para os revendedores varejistas que comercializarem combustíveis automotivos adulterados. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2004a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=246279&filename=PL+4301/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246279&filename=PL+4301/2004). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.393], de 2008*. Dispõe sobre a obrigatoriedade de ressarcimento das operadoras de planos de saúde ao Sistema Único de Saúde e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2008b. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=618742&filename=PL+4393/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=618742&filename=PL+4393/2008). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.560], de 2004*. Autoriza as Agências Reguladoras a remunerar os Conselhos de Consumidores pertinentes às suas áreas de atuação nas condições que especifica. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2004b. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=256385&filename=PL+4560/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256385&filename=PL+4560/2004). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.708], de 2016*. Estabelece rubricas orçamentárias próprias para as agências reguladoras federais, distintas das dos ministérios aos quais estão vinculadas. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2016c. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1442219&filename=PL+4708/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1442219&filename=PL+4708/2016). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.086], de 2005*. Dispõe sobre o aprimoramento dos portos para incremento do comércio exterior e sobre a exportação no âmbito da indústria de construção naval, cria a Agência Nacional de Desenvolvimento de Portos e Indústria de Construção Naval e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2005b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes>

Web/prop\_mostrarintegra?codteor=298192&filename=PL+5086/2005. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.210, de 2001*. Cria o Programa de Incentivos a Energias Renováveis – Pier, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2001a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5210&intAnoProp=2001&intParteProp=1#/>. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.514], de 2009*. Dispõe sobre o incentivo a energias limpas e renováveis, objetivando fomentar e integrar as regiões brasileiras no mercado de energias limpas, proporcionando o incentivo a investimentos e coeficientes na geração de energia. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009b. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=668403&filename=PL+5514/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=668403&filename=PL+5514/2009). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.729], de 2009*. Acrescenta parágrafo ao art. 7º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009c. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=676658&filename=PL+5729/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=676658&filename=PL+5729/2009). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.737], de 2013*. Acrescenta o art. 5º-A à Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, dispondo sobre a nomeação de membros do Conselho Diretor ou Diretoria de agências reguladoras federais. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2013a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1097516&filename=PL+5737/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1097516&filename=PL+5737/2013). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.810], de 2013*. Dispõe sobre a transparência na tomada de decisão no âmbito das agências reguladoras. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2013b. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1101985&filename=PL+5810/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1101985&filename=PL+5810/2013). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.825], de 2013*. Cria os Conselhos de Julgamento de Recursos interpostos contra decisões das Agências Reguladoras, e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2013c. Disponível em: <http://www.camara.gov>.

br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra?codteor=1102952&filename=PL+5825/2013. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei [nº 5.865, de 2016]*. Altera a remuneração de servidores públicos, estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho às aposentadorias e pensões e dá outras providências. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2016d. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1479178&filename=PL+5865/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1479178&filename=PL+5865/2016). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.919, de 2001*. Dispõe sobre o repasse de recursos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para as Universidades mediante convênios de cooperação técnica. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2001b. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5919&intAnoProp=2001&intParteProp=1#](http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5919&intAnoProp=2001&intParteProp=1#/)/. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei [nº 5.938, de 2009]*. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009d. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=686063&filename=PL+5938/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=686063&filename=PL+5938/2009). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.987, de 2001. Substitui parágrafo do artigo 9º da Lei nº 9.984 de 17 de julho de 2000 que “Dispõe sobre a Criação da Agência Nacional de Água – ANA”. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 57, n. 29, p. 11.676-11.677, 2 abr. 2002. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02ABR2002.pdf#page=78>. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5.988, de 2001*. Altera redação do Art. 31 da Lei nº 9.472, de 1997 que “Dispõe sobre a Organização dos Serviços de Telecomunicações”. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2001c. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=42545>. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.994], de 2016*. Altera a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que “define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências”, para fixar os requisitos a serem observados para a dispensa de registro [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2016e. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_)

mostrarintegra?codteor=1482190&filename=PL+5994/2016. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [6.263], de 2009*. Revoga os dispositivos da Lei nº 11.775, de 17 de setembro de 2008. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009e. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=705142&filename=PL+6263/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=705142&filename=PL+6263/2009). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.388, de 2009*. Dispõe sobre proibição de utilização de substância tóxica que especifica, na confecção de garrafas e copos descartáveis de plástico, fora dos limites estabelecidos, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2009f. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1273258&filename=PL+6388/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1273258&filename=PL+6388/2009). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [7.395], de 2006*. Define critérios para fixação dos valores das passagens aéreas nacionais. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2006a. Disponível em: [https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=412727&filename=PL+7395/2006](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=412727&filename=PL+7395/2006). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. [*Projeto de Lei nº 7.419, de 2006*]. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2006b. Disponível em: [https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=FC56ACA9FE97CD76EACE6F1D470A0280.proposicoesWebExterno2?codteor=413919&filename=PL+7419/2006](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FC56ACA9FE97CD76EACE6F1D470A0280.proposicoesWebExterno2?codteor=413919&filename=PL+7419/2006). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [8.961], de 2017*. Altera o art. 49 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para regular o exercício do direito de arrependimento na contratação de serviços de transporte aéreo de passageiros. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017a. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1614517&filename=PL+8961/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1614517&filename=PL+8961/2017). Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm). Acesso em: 17 jan. 2019.

- \_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007f]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004*. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016f]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.871.htm). Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 791, de 25 de julho de 2017*. Cria a Agência Nacional de Mineração e extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral. Brasília, DF: Presidência da República, 2017c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv791.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv791.htm). Acesso em: 14 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei de Conversão nº 37, de 2017*. Cria a Agência Nacional de Mineração e extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral. [Brasília, DF: Senado Federal], 2017d. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7240639&disposition=inline>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. [*Projeto de Lei do Senado nº 8.218, de 2014*]. Altera o art. 8º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que “dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências”, para estender, de 4 (quatro) meses para 6 (seis) meses, o período de quarentena a que está sujeito o ex-dirigente de agência reguladora. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1291907&filename=PL+8218/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1291907&filename=PL+8218/2014). Acesso em: 17 jan. 2019.

- \_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei 7.173, de 2010*. Altera a Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007, que “dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980” [...]. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2010. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=758560&filename=PL+7173/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=758560&filename=PL+7173/2010). Acesso em: 16 jan. 2019.
- CHAFETZ, Josh. *Congress's Constitution: legislative authority and the separation of powers*. New Haven: Yale University Press, 2017.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Autonomia financeira das agências reguladoras dos setores de infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18341/autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-deinfraestrutura-no-brasil-2016%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia (org.). *Autonomia financeira das agências reguladoras*. Curitiba: Juruá, 2016.
- HANCHER, L.; MORAN, M. Organizing regulatory space. In: BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher (org.). *A reader on regulation*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1998. p. 148-172.
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em 3 passos simples. *Jota*, [São Paulo], 1º nov. 2016. Disponível em: [https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-desestruturar-uma-agencia-reguladora-em-3-passos-simples-01112016](https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-desestruturar-uma-agencia-reguladora-em-3-passos-simples-01112016). Acesso em: 17 jan. 2019.
- LAMEIRÃO, Camila Romero. *O papel da presidência na gestão da coordenação política governamental: arranjos e dinâmicas de poder com a coalizão (1995-2010)*. Brasília, DF: Ipea, 2015. (Texto para Discussão, v. 2.041). Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2041.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2041.pdf). Acesso em: 17 jan. 2019.
- MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative procedures as instruments of political control. *Journal of Law, Economics, and Organization*, [Oxford, UK], v. 3, n. 2, p. 243-277, 1987.

- Disponível em: [http://mccubbins.us/mccubbins\\_files/Administrative-ProceduresInstrumentsPoliticalControl.pdf](http://mccubbins.us/mccubbins_files/Administrative-ProceduresInstrumentsPoliticalControl.pdf). Acesso em: 17 jan. 2019.
- MCGARITY, Thomas O. Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process. *Duke Law Journal*, [Durham, NC], v. 41, p. 1.385-1.462, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3189&context=dlj>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. The courts and the ossification of rulemaking: a response to professor Seidenfeld. *Texas Law Review*, [Austin, TX], v. 75, p. 525-558, 1997.
- PEREIRA, Celina. *Medindo a governabilidade no Brasil: o presidencialismo de coalizão nos governos FHC, Lula e Dilma*. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2017. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23942/1/2017\\_CelinaPereira.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23942/1/2017_CelinaPereira.pdf). Acesso em: 17 jan. 2019.
- PESQUISA avançada. *Câmara dos Deputados*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvançada>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- PIERCE JUNIOR, Richard. Seven ways to deossify agency rulemaking. *Administrative Law Review*, [Chicago], v. 47, n. 1, p. 59-95, 1995. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/40709769?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/40709769?seq=1#page_scan_tab_contents). Acesso em: 17 jan. 2019.
- RESOLUÇÕES da Anatel. *Agência Nacional de Telecomunicações*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (coord.). *Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva*. [São Paulo]: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: [https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP\\_arquivos/sumario\\_executivo\\_grp\\_-\\_pep\\_01.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf). Acesso em: 17 jan. 2019.
- SCOLESE, Eduardo. PT quer diminuir poder de agências reguladoras do setor de transportes. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 9 dez. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0912200207.htm>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- VINHAS, Guilherme. O presidente e as agências reguladoras. *Estadão*, [São Paulo], 7 jul. 2007. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-presidente-e-as-agencias-reguladoras,26179>. Acesso em: 17 jan. 2019.



XAVIER, Erison Honda. Estudo sobre a autonomia financeira e orçamentária da Agência Nacional de Energia Elétrica, analisada a partir do contingenciamento e da vinculação de despesas no orçamento público federal no período compreendido entre 2000 e 2009. *Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, DF, n. 11, p. 113-135, dez. 2011. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/arquivos-gerais/arquivo.2014-05-21.1470162729>. Acesso em: 17 jan. 2019.



## SUSTAÇÃO DE NORMAS DE AGÊNCIAS REGULADORAS PELO CONGRESSO NACIONAL: PESQUISA EMPÍRICA SOBRE A PRÁTICA DO ART. 49, V, DA CRFB<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

Natasha Schmitt Caccia Salinas<sup>2</sup>

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio<sup>3</sup>

Beatriz Scamilla Jardim de Moraes Oliveira<sup>4</sup>

### INTRODUÇÃO

Em 6 de outubro de 2011, a Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) editou a Resolução n. 52/2011, que vedou expressamente a fabricação, importação, exportação, distribuição, manipulação, prescrição e uso de medicamentos ou fórmulas medicamentosas para emagrecimento que fizessem uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol. Essa resolução limitou também o uso da substância sibutramina nesses medicamentos a uma dose diária de 15 mg. Inconformados com as implicações da norma editada pela Anvisa, os parlamentares a sustaram por meio do Decreto Legislativo n. 273/2014. A Resolução n. 52/2011 foi o pri-

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na Revista Direito GV, São Paulo, v. 19, e2315, 2023. Este artigo foi desenvolvido por pesquisadores do projeto Regulação em Números, da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), com apoio financeiro da Rede de Pesquisa Aplicada da Fundação Getúlio Vargas. Informações adicionais sobre o projeto podem ser acessadas em: <https://regulacaoemnumeros-direitorio.fgv.br/>.

<sup>2</sup> Natasha Schmitt Caccia Salinas é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

<sup>3</sup> Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

<sup>4</sup> Beatriz Scamilla Jardim de Moraes Oliveira é graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Cofundadora da Destro Consultoria Jurídica. Pesquisadora em Laboratório de Estudos Institucionais (LETACI). Assistente de pesquisa do projeto “Regulação em Números” da Escola de Direito da FGV-Rio.

meiro, e até hoje único, ato normativo sustado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, desde que as agências reguladoras foram criadas na década de 1990.

A esse episódio seguiu-se uma série de reações de cada uma das partes. Logo após a aprovação do Decreto Legislativo que sustou a referida norma, a Diretoria Colegiada da Anvisa respondeu editando a Resolução n. 50/2014, que estabeleceu limites de uso para as quatro substâncias mencionadas. Em seguida, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 13.454/2017, que contém um único artigo, com o seguinte teor: “Art. 1º Ficam autorizados a produção, a comercialização e o consumo, sob prescrição médica no modelo B2, dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol” (BRASIL, 2017a).

A Anvisa, no entanto, adotou o entendimento de que a autorização do legislador “*não dispensa de registro os medicamentos por ela mencionados* (grifo nosso), mas apenas impede a Anvisa de proibir sua produção, comercialização e consumo por ato próprio” (CRM-PR, 2018). Ou seja, a Agência manteve a referida regulação sobre limites de doses diárias de uso das mencionadas substâncias anorexígenas.

A inconstitucionalidade da lei em questão veio a ser declarada no âmbito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.779, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) destacado a necessidade de se preservar a competência técnica da Anvisa.<sup>5</sup>

O relato anterior ilustra a tensão existente entre a extensão e os limites do poder normativo das agências reguladoras,<sup>6</sup> de um lado, e o poder do Congresso de fiscalizá-lo e limitá-lo, de outro, seja pela edição de Projetos de Decreto Legislativo (PDLs), seja pela aprovação de projetos de lei.

A possibilidade de sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional está prevista no art. 49, V, da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB). Esse dispositivo estabelece que podem ser sustados atos normativos do Executivo “que exorbitem do poder regulamentar

<sup>5</sup> A ação foi julgada em 14 de outubro de 2021, em que se declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 13.454/2017.

<sup>6</sup> Para fins deste trabalho, consideram-se “agências reguladoras” apenas as onze entidades listadas na Lei n. 13.848/2019, que dispõe sobre gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras. O presente trabalho não abrange, portanto, todas as tentativas do Congresso Nacional de sustar normas regulatórias, mas somente as normas editadas pelas agências previstas na Lei n. 13.848/2019.

ou dos limites de delegação legislativa” (BRASIL, 1988). Todavia, a CRFB foi promulgada alguns anos antes da criação das agências reguladoras, de modo que há controvérsias sobre a aplicabilidade do art. 49, V, aos atos normativos de agências reguladoras – inclusive porque o poder regulamentar propriamente dito seria exercido apenas pelo chefe do Poder Executivo, a teor do art. 84, IV, da CRFB.

Desde 2000, no entanto, parlamentares vêm propondo PDLs com o objetivo de sustar atos normativos das agências. Até o final de 2019, marco temporal final da pesquisa que embasa este artigo, já haviam sido propostos 158 PDLs nesse sentido: 144 de iniciativa de deputados e 14 de iniciativa de senadores. Além disso, esse uso tem se intensificado bastante. Como se verá mais adiante, cerca de 70% desses projetos foram propostos a partir de 2014, quando ocorreu a sustação da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Anvisa n. 52/2011, anteriormente mencionada.

Dos 158 PDLs já propostos para sustação de normas das agências, apenas um foi aprovado, o que revela um índice de sucesso de apenas 0,6% dessa modalidade normativa. Esse dado poderia sugerir uma reduzida eficácia do referido instrumento para sustar atos normativos de agências reguladoras. Contudo, o fato de apenas um PDL ter sustado uma norma de uma agência reguladora não significa que a proposição dessas iniciativas legislativas seja um instrumento de controle político ineficaz. A proposição de um PDL pode também surtir o efeito desejado pelos parlamentares se a agência revogar ou alterar a norma atacada durante o processo de tramitação desse instrumento legislativo, antecipando-se à sua potencial suspensão. Essa é, portanto, uma hipótese que merece ser investigada.

Este artigo pretende revelar, por meio de dados empíricos, como os parlamentares têm usado os seus poderes de policiar a (alegada) exorbitância de poderes normativos das agências reguladoras. O objetivo consiste em contribuir para a ampliação do conhecimento sobre as relações, nem sempre harmoniosas, entre Congresso Nacional e agências reguladoras.

Para esse fim, será seguida a seguinte estrutura. Na próxima seção, apresenta-se a discussão doutrinária relativa à interpretação do art. 49, V, da CRFB, que dispõe sobre a competência do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo. Essa discussão será útil para avaliar em que medida os argumentos utilizados pelos congressistas para propor PDLs com o objetivo de sustar atos das agências estão embasados na legislação e na doutrina pátrias. Na segunda seção, apresenta-se a metodologia utilizada neste trabalho. São então informados os critérios utilizados para coleta, seleção e análise dos dados. Na terceira seção, destacam-se características como

a frequência de propositura dos PDLs ao longo do tempo, a origem parlamentar das proposições e a temática dos atos normativos questionados pelos congressistas. Na quarta seção, analisam-se os principais tipos argumentativos adotados pelos congressistas na propositura de PDLs com o objetivo de sustar atos das agências, o que permitirá examinar como os parlamentares interpretam sua competência e se há consenso entre os parlamentares acerca dos motivos que ensejam essa sustação. Na quinta seção, analisa-se a tramitação legislativa desses projetos. Na sexta e última seção antes da conclusão, detalham-se os resultados do teste empírico sobre eventuais reações das agências à propositura de projetos contra suas normas.

## 1. INTERPRETAÇÃO DO ART. 49, V, DA CRFB

O art. 49, V, da CRFB atribui ao Congresso o poder de fiscalizar, em caráter extravagante da atividade típica desempenhada pelo Legislativo, o exercício de competência normativa pelo Poder Executivo. Esse dispositivo possibilita a *sustação* dos atos normativos do Executivo “que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (BRASIL, 1988). Trata-se, portanto, de eventual sustação de atos em plena vigência e com produção de efeitos.

A edição de decreto legislativo para sustar um ato regulamentar constitui prerrogativa de *controle jurídico*, na medida em que pressupõe uma atividade cujo objetivo é identificar desvios do padrão de legalidade e restaurar a ordem normativa. Por mais que se trate de competência de uma instituição política (Congresso Nacional), a característica jurídica do controle decorre (ou deveria decorrer) da necessária subordinação da medida sustatória à identificação de um vício de juridicidade (ROMERO, 2019, p. 17).

A aplicação desse dispositivo constitucional às normas das agências reguladoras é controversa na doutrina jurídica. Diverge-se quanto à exclusividade de sua aplicação aos atos do Presidente da República ou à possibilidade de expansão para atos emanados de outros órgãos ou entidades do Poder Executivo.

A primeira corrente, hoje minoritária, vislumbra que somente decretos regulamentares e atos de delegação legislativa em sentido estrito seriam objeto de controle compatível com a prerrogativa constitucional – ou seja, somente atos emanados do chefe do Poder Executivo. Desse modo, atos administrativos oriundos de outras autoridades não estariam abarcados pela prerrogativa de sustação por parte do Congresso Nacional. Esse entendimento advém da

interpretação literal dos arts. 84, IV, e 68, *caput*, da CRFB,<sup>7</sup> que dispõem, respectivamente, ser o exercício do poder regulamentar função privativa do Presidente da República, bem como ser a delegação legislativa pelo Congresso Nacional, em caráter primário, do poder de editar normas legais, igualmente uma possibilidade constitucionalmente permitida tão somente ao chefe do Executivo.

Já a corrente em sentido contrário entende que a função regulamentar é exercida tanto pelo chefe do Poder Executivo quanto pelos demais órgãos da administração, considerando que leis ordinárias podem atribuir poder normativo (e, assim, uma competência regulamentar, se entendida em sentido amplo) a outras esferas do Poder Executivo (DANTAS, 1953, p. 203-205; TÁCITO, 1997, p. 1079; MARQUES NETO, 2000, p. 93; ARAGÃO, 2013, p. 415-416; FRANCISCO, 2013, p. 1212-1225). Nesse sentido, se a finalidade do art. 49, V, da CRFB/1988 é viabilizar a proteção, pelo Poder Legislativo, da sua competência típica contra eventual ânimo legiferante do Poder Executivo – o que se revela, *a priori*, uma atividade arbitrária, pois o Executivo não tem competência, como regra geral, para editar atos com força de lei, somente o fazendo de forma excepcional (como as leis delegadas e medidas provisórias) –, então não haveria por que restringir sua incidência a atos do Presidente da República. Nessa visão, a interpretação que atende à finalidade constitucional dessa atribuição constitucional ao Congresso Nacional seria permitir-lhe sustar todo e qualquer ato normativo, de qualquer instância do Poder Executivo, que possa caracterizar usurpação de competências privativas do Poder Legislativo ou excessos em face de uma competência normativa que a lei pudesse ter atribuído, de forma sempre limitada (com *standards*), a uma entidade da Administração Pública indireta.

Por se tratar de norma constitucional originária, prevista na Constituição desde a sua promulgação, em 1988, o art. 49, V, da CRFB não poderia ter feito referência explícita a entidades que só vieram a ser criadas posteriormente. Esse é o caso das agências reguladoras, cuja existência e poder normativo só ganharam assento no ordenamento jurídico brasileiro a partir da segunda metade da década de 1990.

A despeito dessa divergência doutrinária, no entanto, o recurso ao dispositivo constitucional por parlamentares irredimidos com normas emitidas por agências reguladoras é uma realidade que não pode ser ignorada, sendo objeto de análise nas seções seguintes.

<sup>7</sup> Villela Souto (2001) é um dos autores contemporâneos que entende que apenas o chefe do Poder Executivo tem poder regulamentar.

## 2. COLETA E ANÁLISE DOS DADOS

A seleção dos PDLs analisados neste artigo é resultado de uma busca realizada na base de dados de proposições legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, disponível pública e gratuitamente na internet.<sup>8</sup> Essas bases contêm todas as modalidades de proposições legislativas atualmente em trâmite ou que já tramitaram nas respectivas Casas.

As ferramentas de busca das bases de dados consultadas permitem localizar proposições por meio de pesquisa livre, com a digitação de palavras-chave. O sistema de pesquisa avançado pelo tipo de proposição “Projeto de Decreto Legislativo” apresenta como resultados projetos cujas ementas, indexação ou inteiro teor contenham os termos digitados pelo usuário-pesquisador. Dado o já mencionado escopo da pesquisa realizada, que analisou apenas os PDLs que têm por objeto sustar atos normativos editados pelas agências reguladoras listadas na Lei n. 13.848/2019, foram utilizadas as seguintes palavras-chave para a seleção das proposições legislativas: “Agências reguladoras”, “Anatel”, “Agência Nacional de Telecomunicações”, “Aneel”, “Agência Nacional de Energia Elétrica”, “Ancine”, “Agência Nacional do Cinema”, “Anac”, “Agência Nacional de Aviação Civil”, “Antaq”, “Agência Nacional de Transportes Aquaviários”, “ANTT”, “Agência Nacional de Transportes Terrestres”, “Anvisa”, “Agência Nacional de Vigilância Sanitária”, “ANA”, “Agência Nacional de Águas”, “ANS”, “Agência Nacional de Saúde Suplementar”, “ANM”, “Agência Nacional de Mineração” e “ANP”, “Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis”.

A busca foi realizada por PDLs entre janeiro de 1997 e dezembro de 2019. O marco temporal inicial justifica-se porque a Lei de criação da primeira agência reguladora brasileira foi aprovada em 26 de dezembro de 1996 (Lei n. 9.427, que criou a Aneel), de modo que não poderia haver PDLs relevantes para a presente análise anteriores à referida data. De fato, o primeiro PDL encontrado na pesquisa data de 2000. A data final consiste no último ano completo anteriormente ao momento da análise apresentada neste artigo. A última consulta às bases de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para fins da pesquisa ora apresentada foi realizada em dezembro de 2019.

A consulta realizada produziu inicialmente um resultado de 273 proposições. Todas elas foram lidas na íntegra e classificadas nas categorias apresentadas nas seções seguintes. A análise do conteúdo permitiu a exclusão

<sup>8</sup> Na Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>; e no Senado Federal: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>.



adicional de 110 proposições que fugiam ao escopo do presente artigo. No total, 163 PDLs tramitaram até 2019 no Congresso Nacional. No entanto, se desconsiderarmos os PDLs que adquirem nova numeração porque chegaram à casa revisora para conclusão da tramitação do projeto, o número cai para 158 propostas de sustação de atos normativos de agências reguladoras, sendo esse o universo da análise realizada. Desse total, 144 foram originários da Câmara dos Deputados e apenas 14 do Senado Federal.

As bases de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal permitiram analisar quantitativamente variáveis essenciais para os propósitos deste trabalho, como frequência de propositura dos PDLs ao longo do tempo, origem parlamentar e temática, bem como tempo de tramitação desses processos. A leitura na íntegra dessas proposições oportunizou também identificar os tipos argumentativos principais adotados pelos congressistas na propositura de PDLs.

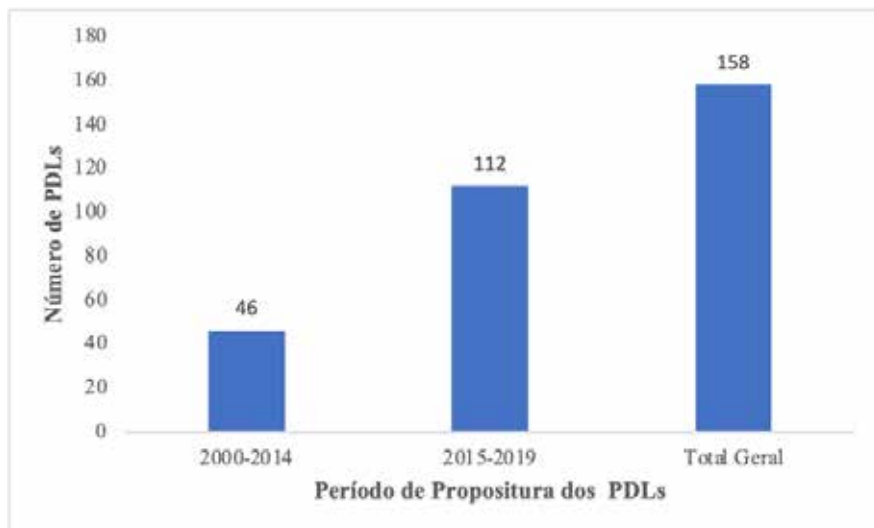
Por fim, com o objetivo de investigar *se e como* as agências reagem quando suas normas são contestadas pelos parlamentares, foi consultado, individualmente, no *site* das agências que tiveram suas normas contestadas por meio de PDLs, o *status* de cada uma delas.

### 3. FREQUÊNCIA, ORIGEM E DESTINO DOS PDLs

A distribuição desses projetos ao longo dos anos revela uma circunstância, no mínimo, curiosa. De 1997 a 2013, haviam sido apresentados apenas 45 projetos. No ano seguinte, em 2014, ocorreu a primeira (e única) efetiva sustação de ato normativo de agência reguladora, tendo por objeto a mencionada Resolução n. 52, de 6 de outubro de 2011, da Anvisa, que vedava a utilização de medicamentos inibidores de apetite.<sup>9</sup> A partir de então, o recurso aos PDLs cresceu vertiginosamente. Foram 112 de 2015 até 2019, conforme mostra o Gráfico 1. Verifica-se, assim, que mais de 70% dos PDLs foram propostos nos últimos cinco anos cobertos pela pesquisa. O número médio anual de PDLs apresentados no período entre 2015 e 2019 supera em mais de oito vezes a média dos PDLs apresentados entre os anos de 1997 e 2013, o que denota uma tendência de crescimento do uso desse instituto após o êxito logrado com a suspensão da RDC da Anvisa.

<sup>9</sup> Antes da promulgação do PDL n. 273/2014, que sustou ato normativo da Anvisa, seis outros PDLs destinados a sustar atos normativos do Poder Executivo (não de agências reguladoras) foram promulgados. Para um inventário dos demais PDLs aprovados, ver Souza e Meneguini (2020).

Gráfico 1 – Número de PDLs ao longo do tempo

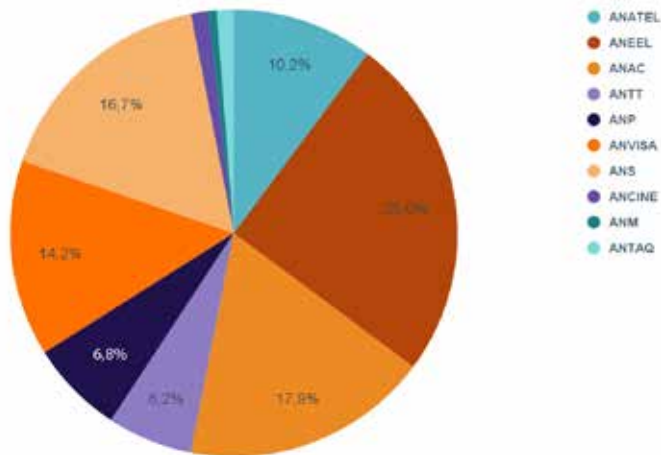


Fonte: Elaboração própria.

Uma possível explicação para esse aumento reside na ideia de que os parlamentares não tinham certeza de que poderiam utilizar essa competência para sustar normas de agências reguladoras. Com a edição do Decreto Legislativo n. 273/2014, o qual segue em vigor até a presente data, tem-se que, pela primeira vez, a competência do art. 49, V, da CRFB foi exitosamente exercida em face de um ato regulatório, embora a fronteira entre as competências do Poder Legislativo e da Anvisa sobre os medicamentos inicialmente proibidos, e que ensejaram a sustação da RDC n. 52/2011 (já revogada pela própria Anvisa), tenha sido implicitamente disputada na ADI 5.779, tendo sido privilegiada a competência técnica da agência reguladora na referida decisão.

Chama a atenção ainda a distribuição dos PDLs entre as agências ao longo dos anos. O Gráfico 2 mostra que a Aneel foi a agência que mais sofreu com projetos de sustação de seus atos. Dos 158 projetos apresentados no período examinado neste artigo, 40 (25%) tratavam de atos normativos expedidos por essa agência.

Gráfico 2 – Distribuição de PDLs entre agências



Fonte: Elaboração própria.

Uma norma relativa à transferência dos ativos de iluminação pública das distribuidoras para o poder público municipal (Resolução Normativa n. 414/2010 da Aneel) e outra concernente ao ressarcimento dos consumidores pelo erro na metodologia do cálculo de revisão da tarifa de energia elétrica (Despacho n. 3.872/2010 da Aneel) foram objeto, conjuntamente, de sete PDLs (17,5% do total de PDLs em face de atos normativos da Aneel). Outro exemplo diz respeito à homologação de quotas anuais definitivas da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) pela Aneel (Resolução Homologatória n. 1.857/2015 da Aneel), a qual foi, por sua vez, objeto de cinco PDLs (12,5% do total relativo à Aneel).

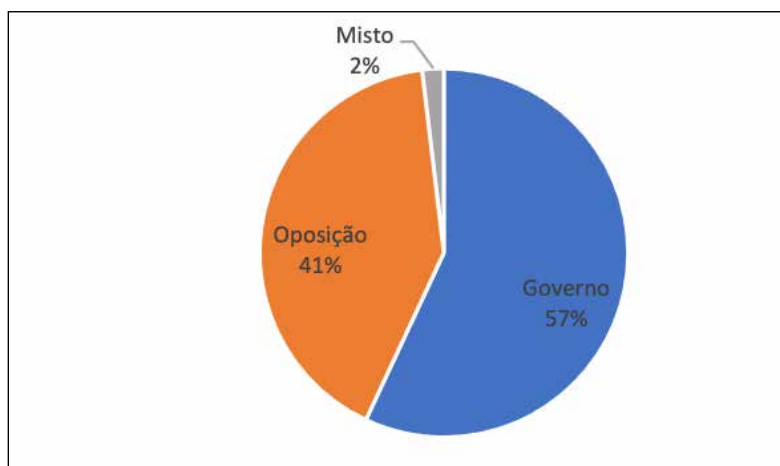
O segundo e o terceiro lugares foram ocupados, respectivamente, por atos normativos da Anac (28 PDLs) e da ANS (27 PDLs). Mais de 82% dos PDLs que visavam sustar atos da Anac tiveram por objeto atacar uma única resolução normativa (Resolução n. 400/2016 da Anac), que, entre outras coisas, dispunha sobre as bagagens de mão e bagagens despachadas dos passageiros no transporte aéreo.

No que tange à ANS, mais da metade dos PDLs tinha por objeto uma mesma resolução normativa (Resolução Normativa n. 433/2018 da ANS), relativa à autorização de reajuste dos valores das mensalidades cobradas pelas operadoras de planos de saúde individuais e familiares.

Sobre a origem parlamentar dos PDLs, verifica-se que a maioria deles (57% do total de proposições) foi proposta por congressistas da base gover-

namental.<sup>10</sup> Os parlamentares da oposição apresentaram PDLs em 41% dos casos, mas chama a atenção o fato de que PDLs originários da base de apoio ao governo tramitam em maior número, conforme se extrai do Gráfico 3.<sup>11</sup>

Gráfico 3 – Origem parlamentar dos PDLs



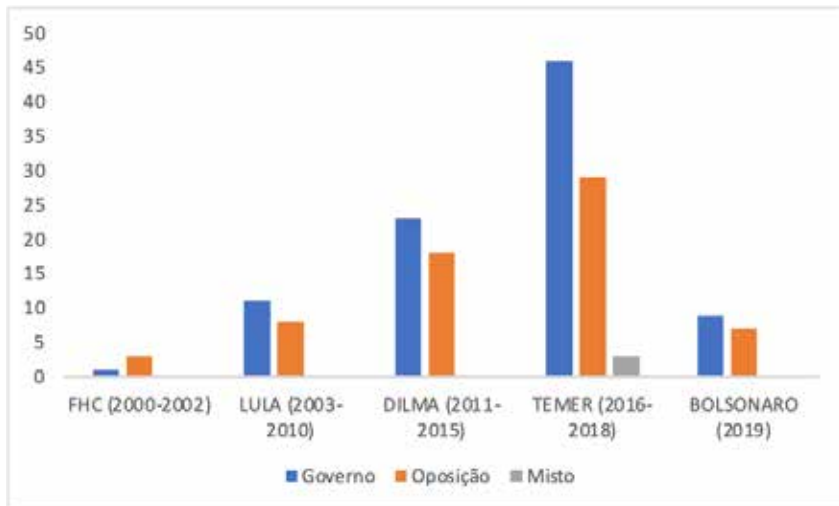
Fonte: Elaboração própria.

O Gráfico 4, por sua vez, mostra que os PDLs originários dos parlamentares que constituem a base de apoio ao governo são maioria em todos os mandatos presidenciais, com exceção do período referente aos três últimos anos da segunda gestão de Fernando Henrique Cardoso.

<sup>10</sup> A análise dos partidos que compõem a base (coalizão) em cada governo/período foi realizada a partir de Amorim Neto (2012), Banco de Dados Legislativos do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap) e Meneguello (2010).

<sup>11</sup> Esse dado corrobora achado de pesquisa anterior, que identificou que 64% dos projetos de lei que envolvem agências reguladoras foram propostos pela base governista. Esse percentual mantém-se constante para todas as categorias de projetos legislativos, inclusive a categoria controle, que interessa especialmente para este artigo (JORDÃO *et al.*, 2019, p. 96-97).

Gráfico 4 – Origem parlamentar dos PDLs por mandatos presidenciais



Fonte: Elaboração própria.

As agências são controladas politicamente, portanto, não apenas por quem faz oposição ao governo, mas principalmente por quem o apoia. Para Souza e Meneguim (2020), o número elevado de PDLs apresentados por partidos políticos da situação pode revelar um desalinhamento entre a gestão política adotada pelo Poder Executivo e as expectativas dos representantes dos partidos políticos que compõem a coalizão. Além disso, decidindo temas não afetos a matérias político-partidárias de curto prazo, as agências reguladoras podem desagradar simultaneamente a base governamental e a oposição. Aliás, em que pese não haver fundamento constitucional para se sustarem atos normativos das agências reguladoras com base na “inconveniência” do seu conteúdo, essa justificativa se mostra bastante usual, conforme se terá oportunidade de mostrar.

#### 4. AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES DOS PARLAMENTARES SOBRE OS CONTORNOS DA SUA COMPETÊNCIA

Um aspecto muito relevante da investigação realizada diz respeito à interpretação que os parlamentares dão à sua própria competência. Como visto, na letra do art. 49, V, da CRFB, é “da competência exclusiva do Congresso Nacional [...] sustar os atos normativos do Poder Executivo *que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Da análise qualitativa dos PDLs coletados, no entanto, não parece claro o que exatamente isso significa para os parlamentares. Diferentes PDLs ca-

racterizam essa exorbitância de maneiras diversas. A análise empírica qualitativa dos PDLs coletados revelou a existência de ao menos cinco tipos de argumentos utilizados pelos parlamentares para caracterizar a exorbitância normativa das agências que autorizaria a sustação. A descrição de cada um desses tipos argumentativos é a seguir apresentada.<sup>12</sup>

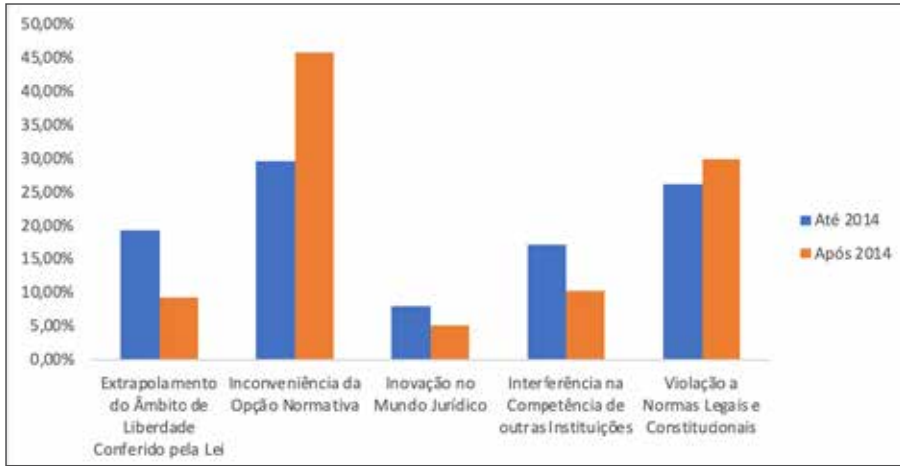
O primeiro e mais comum tipo argumentativo parece entender a exorbitância como *inconveniência da opção normativa adotada pela agência*. Identificou-se a presença do primeiro tipo argumentativo nos casos em que o parlamentar aparentemente acredita ser a discordância quanto ao seu teor razão autônoma e suficiente para a sustação do ato normativo – sem que esteja presente um argumento de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nessa hipótese, o parlamentar interpreta sua competência de forma bastante ampla, parecendo crer que a Constituição autorizaria o Congresso a sustar quaisquer atos normativos de que discorde – olvidando-se que, como visto, a edição de PDLs é uma competência de natureza estritamente jurídica (e não política).

Assim, por exemplo, na justificação do projeto de sustação dos efeitos da decisão proferida pela Diretoria Colegiada da Aneel que aprovou o reajuste tarifário da distribuidora Companhia Eletricidades do Acre (Eletroacre) em 29 de novembro de 2011, afirma-se que “Este Poder Legislativo tem autonomia para rever os atos dos órgãos do Poder Executivo, principalmente quando estes prejudicam ou interferem diretamente na vida de parcela da sociedade” (BRASIL, 2011). Esse tipo de argumento aparece em 116 PDLs, e, em 45 PDLs (38% dos casos em que é utilizado e 28% do universo total de PDLs), ele é invocado de forma exclusiva. O Gráfico 5 mostra que o uso desse argumento cresceu após 2014, quando foi sustada a norma da Anvisa já mencionada. A inconveniência da opção normativa foi o argumento utilizado, de forma exclusiva ou sobressalente, em 29,55% de todas as justificativas adotadas pelos parlamentares entre 2002 e 2014, conforme mostra o Gráfico 6. De 2015 a 2019, a inconveniência da opção normativa foi invocada em 45,69% da totalidade de argumentos usados pelos congressistas no período. O Gráfico 7, por sua vez, mostra que os atos normativos da Aneel, da ANS, da Anac e da Anvisa são os mais questionados por esse argumento.

---

<sup>12</sup> Como os argumentos não são excludentes, sendo às vezes utilizados cumulativamente, as quantidades relativas à sua incidência, se somadas, superam as dos PDLs coletados. Também por isso, apresentam-se adiante as quantidades referentes à incidência de cada um dos tipos argumentativos de forma *isolada* (casos em que o tipo argumentativo foi apresentado de maneira exclusiva) ou *sobressalente* (casos em que ele foi utilizado ao lado de outros tipos argumentativos).

Gráfico 5 – Tipos argumentativos utilizados antes e depois da aprovação do primeiro PDL



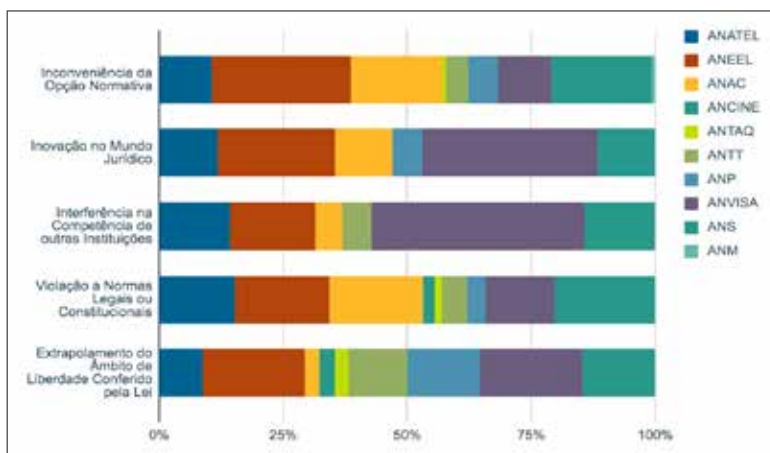
Fonte: Elaboração própria.

Gráfico 6 – Tipos argumentativos utilizados nos PDLs



Fonte: Elaboração própria.

Gráfico 7 – Agências reguladoras por tipo argumentativo



Fonte: Elaboração própria.

Os outros quatro argumentos são propriamente “jurídicos” e poderiam ter sido agrupados dessa forma, mas acredita-se ser importante separá-los para permitir que futuros estudos possam aprofundar as suas *nuanças*. Assim, o segundo argumento mais frequentemente utilizado para justificar uma proposta de PDL caracteriza a exorbitância das competências alegadamente praticada pela agência reguladora como *violação de outras normas legais ou constitucionais substantivas, que não aquela que dá a competência para a agência*. Nesse segundo tipo argumentativo, o parlamentar não se opõe à competência da agência para expedir o ato normativo, mas alega que o *conteúdo* da escolha da agência, no caso concreto, violou *outras* normas jurídicas. Por exemplo, na justificativa do PDL n. 765/2017, que objetiva sustar os artigos da Resolução n. 400, de 2016, da Anac, que dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo, afirma-se que, “[e]m que pese a boa vontade da Anac no sentido de pacificar questão controversa, o fato é que o dispositivo afronta o disposto no art. 49 da Lei n. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)” (BRASIL, 2017b).

Assim, foram incluídas nessa espécie argumentativa as alegações de violação tanto a dispositivos legais de conteúdo preciso como a normas de teor mais fluido, como princípios e normas que se utilizam de conceitos jurídicos indeterminados. Essa observação é relevante porque uma interpretação da Constituição que permita uma abertura para sustações de atos regulatórios fundamentadas em supostas violações a princípios ou a conceitos jurídicos indeterminados (argumento que está presente em 49 PDLs) amplia significativamente o poder de controle do Congresso. A justificativa da violação de normas constitucionais e legais está presente em 82 PDLs, em sua grande



maioria de forma sobressalente (em apenas 11 PDLs ele foi utilizado de forma isolada).

No terceiro tipo de argumento mais frequentemente encontrado, a exorbitância é caracterizada como *extrapolação do espaço de liberdade conferido pela lei que delegou a competência normativa à agência*.<sup>13</sup>

Nesses casos, o parlamentar considera que a agência reguladora tem competência normativa conferida por lei (ou seja, pelo próprio Congresso Nacional), mas entende que a escolha normativa realizada no caso concreto está fora do espectro de abrangência aberto pelo legislador no ato de deslegalização. Foi o caso de argumento utilizado na justificativa do PDL n. 1.687/2002, que objetivava sustar o art. 70 da Resolução n. 85/1998 da Anatel. Esse dispositivo autorizava a prestadora de telecomunicação a, no caso de rescisão de contrato de prestação de serviços por inadimplência, incluir o registro de débito em sistema de proteção de crédito. De acordo com o argumento do parlamentar que propôs o PDL, a Anatel exorbitaria dos poderes regulamentares que lhe foram atribuídos legislativamente, na medida em que “nada há na Lei Geral de Telecomunicações, Lei n. 9472/ de 1997, que autorize a elaboração da norma atacada. Trata-se de serviço público concedido que em nada se relaciona com as atribuições do SERASA” (BRASIL, 2002).

Esse tipo argumentativo esteve presente em 35 PDLs, e em seis casos fora utilizado de forma isolada. Curiosamente, o Gráfico 5 mostra que esse tipo de argumento, que parece bem próximo da letra do dispositivo constitucional, era mais frequente antes da acentuação recente da propositura de PDLs, verificada após 2014 (estava presente em 19,32% dos PDLs anteriores e apenas em 9,14% dos PDLs posteriores a 2015).

O quarto argumento caracteriza a “exorbitância” da competência aco- metida por lei às agências reguladoras como *usurpação de competência de outras instituições*.<sup>14</sup> Nessa hipótese, o parlamentar considera que a agência

<sup>13</sup> Sob certo ângulo, esse também poderia ser considerado um argumento de violação normativa, mas é aqui separado didaticamente, sobretudo porque parece particularmente aderente ao tipo de ilegalidade (ou tipo de violação normativa específica) prevista no texto constitucional como autorizativa da intervenção do Congresso. Por isso também que se caracterizou o segundo tipo argumentativo como *violação de outras normas legais ou constitucionais substantivas, que não aquela que dá a competência para a agência*.

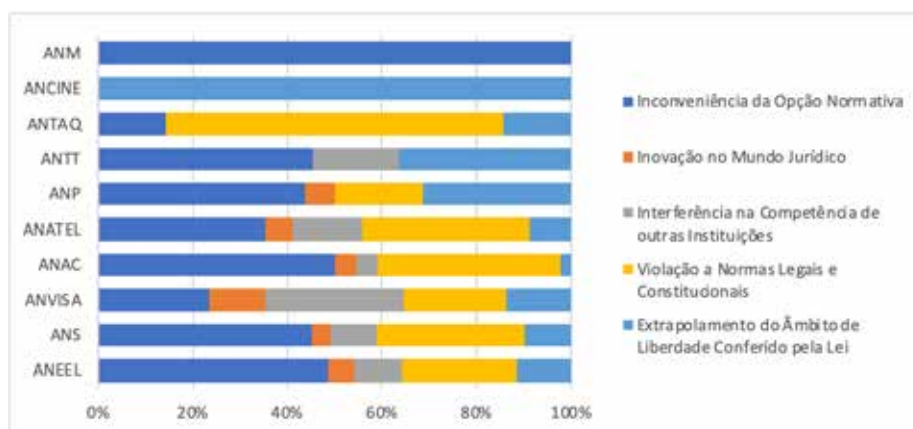
<sup>14</sup> Também esse argumento poderia ser considerado um argumento de violação normativa, mas é aqui separado didaticamente. Enquanto no segundo tipo argumentativo faz-se referência à “violação de outras normas legais ou constitucionais *substantivas*”, aqui no quarto argumento há violações a atribuições legais de competência – ou seja, violações normativas *especificamente relacionadas com a usurpação de competências*. A frequência da utilização desse argumento fez-nos crer que valia a pena apresentá-lo separadamente.

não é competente para regulamentar a matéria objeto do ato normativo, por usurpar a competência seja do próprio Congresso Nacional (em 78% dos casos), seja de outros órgãos (como a Polícia Federal).

A primeira espécie parece ser mais consentânea com a literalidade do art. 49, V, da CRFB, já que justificaria a sustação de um ato normativo do Executivo em casos nos quais órgãos e entidades da Administração Pública terminam por tratar de temas sujeitos à reserva legal. A título de exemplo, pode-se citar trecho do PDL n. 1.650/2009, contra a RDC da Anvisa n. 96, de 17 de dezembro de 2008: “[...] a resolução ANVISA n. 96/2008, conquanto possuidora de méritos, ultrapassou os limites constitucionais e legais aplicáveis. A competência para legislar sobre publicidade é privativa do Congresso Nacional, razão pela qual apresentamos a presente proposta” (BRASIL, 2009).

Esse argumento esteve presente em 35 PDLs, quatro vezes de forma isolada. A maioria dos PDLs que apresentaram esse tipo argumentativo se destinava a sustar atos normativos expedidos pela Anvisa (45% dos casos, conforme o Gráfico 7). No caso dos PDLs relativos a essa agência, o Gráfico 8 mostra que o argumento de interferência na competência de outras instituições supera, inclusive, o de inconveniência da opção normativa.

Gráfico 8 – Percentual de tipos argumentativos por agência reguladora



Fonte: Elaboração própria.

Outras instituições menos citadas como tendo suas competências usurpadas incluem, por exemplo, outros órgãos da Administração Pública. Nesse sentido, a justificativa do PDL do Senado Federal n. 101/2018 teve por fundamento a alegação de que a Anac, ao estabelecer procedimentos de embarque e desembarque de passageiros armados em aeroportos, teria adentrado na esfera

de competência da Polícia Federal. Casos como esse último, por tratarem da tutela de competência de outras instituições que não o Congresso Nacional, não parecem encontrar, a princípio, guarida constitucional no art. 49, V.

Finalmente, o quinto tipo argumentativo identificado na pesquisa caracteriza a exorbitância normativa como *inovação no mundo jurídico*. Nessa hipótese, o controle decorre da suposta ilegalidade na criação de restrições pelo administrador, para além das que a lei estabelece. Esse tipo de argumento se associa a uma compreensão mais clássica ou tradicional do direito administrativo a respeito da amplitude do poder normativo de autoridades administrativas. Representa uma postura mais conservadora quanto à interpretação do princípio da legalidade, segundo a qual a atuação administrativa apenas detalha os comandos legislativos, sem produzir restrições jurídicas adicionais.

Exemplificando, na justificativa do PDL n. 1.687/2002, proposto para sustar a Resolução n. 85/1998 da Anatel, que possibilitava a inclusão no sistema de proteção ao crédito do nome do usuário que houvesse rescindido o contrato de prestação de serviços por inadimplência nas contas de telefone, afirmou-se que “[h]á evidente inovação no mundo jurídico, fato de resto vedado ao decreto, regulamento ou resolução. Somente a lei pode inovar no mundo jurídico, em respeito ao princípio da legalidade, *ex-vi*, do art. 5º, II da Constituição Federal” (BRASIL, 2002). Em 17 PDLs esse argumento esteve presente, na sua totalidade de forma sobressalente e associado ao argumento de violação a normas legais ou constitucionais. Somente a Anvisa foi objeto de 37,5% dos PDLs apresentados com base nesse argumento, como mostra o Gráfico 7.

Ao se passar à análise dos gráficos que tratam dos tipos argumentativos utilizados nos PDLs, deve-se mencionar que os eventos superam a quantidade de 158, pois, como já observado, vários PDLs têm mais de um fundamento para a sua propositura.

O Gráfico 6 mostra como o argumento da “inconveniência” é de uso frequente, especialmente quando comparado a todas as demais formas de justificativas de PDLs baseadas em ilegalidades e inconstitucionalidades. O fato de o tema ser “inconveniente” aparece em 116 oportunidades, enquanto todos os outros argumentos somados – como visto, subconjuntos em torno do tema da ilegalidade ou inconstitucionalidade (portanto, atos que “exorbitam” das funções do Poder Executivo) – totalizam 169. Isso significa que 59% dos argumentos são de “inconveniência”, ou seja, o parlamentar, se pudesse, teria legislado de outra forma sobre a matéria. Todavia, como mostrado nas seções anteriores, esse argumento não deveria sustentar a tramitação de PDLs à luz da CRFB.

## 5. O ASPECTO PROCEDIMENTAL: OS DADOS RELATIVOS ÀS FASES DE TRAMITAÇÃO DOS PDLs

Como já observado, até hoje somente um PDL foi convertido em norma jurídica. Isso se traduz em um índice de sucesso de apenas 0,6% do Congresso Nacional para sustar, por essa via formal, os atos normativos das agências reguladoras. Esse índice de sucesso é inferior à taxa de efetividade do número total de PDLs até hoje apresentados com o objetivo de sustar atos normativos do Poder Executivo, que é de 1,7%,<sup>15</sup> e inferior ao percentual de projetos de lei apresentados por deputados federais e transformados em normas jurídicas, que equivale a 3,8%.<sup>16</sup> Nesta seção, analisamos os principais obstáculos processuais que dificultam a tramitação de um PDL.

São seis as fases do processo de tramitação de um PDL, sendo cada uma delas composta de um conjunto de atos aqui brevemente descritos. Para fins estruturais, a análise apresentada a seguir se dará com base no regime de tramitação ordinário (excluídos, portanto, os casos de urgência ou com prioridade), com a proposição sujeita à apreciação do Plenário, tendo como casa iniciadora a Câmara dos Deputados (o que corresponde a mais de 60% dos casos). Ao final, serão destacadas as possíveis variações decorrentes da mudança no rito.

O que se classificou como primeira fase consiste na conclusão da etapa burocrática anterior ao envio do projeto para as comissões, para análise do seu mérito. Nessa fase incluem-se, necessariamente, os atos de apresentação da proposição na Secretaria Geral da Mesa, a definição pelo Presidente da Mesa acerca da distribuição para comissões parlamentares e o despacho da proposição às comissões. Do total de 158 PDLs, 24 (15%) foram codificados como presentes nessa primeira fase, ou porque no momento de elaboração da base de dados não haviam concluído essa etapa, possibilitando a entrada na etapa seguinte, ou porque foram arquivados antes de irem à fase seguinte.<sup>17</sup>

Depois de recebida a proposição, o Presidente da Mesa define para quais comissões ela será distribuída, conforme os assuntos de que trate, e, em se-

<sup>15</sup> Segundo Souza e Meneguim (2020), de 1988 até a presente data, o Congresso Nacional promulgou nove PDLs que visam a sustar atos de todos os órgãos do Poder Executivo, dentre um total de 521 PDLs apresentados.

<sup>16</sup> Entre 2002 e 2017, os deputados federais apresentaram 33.702 projetos de lei, dos quais 1.307 foram sancionados (SOUZA e MENEGUIM, 2020, p. 99).

<sup>17</sup> Isso aconteceu nos casos de retirada pelo autor do projeto, prejudicialidade do projeto em decorrência da aprovação de outro com o mesmo tema e devolução ao autor do projeto pela Mesa.

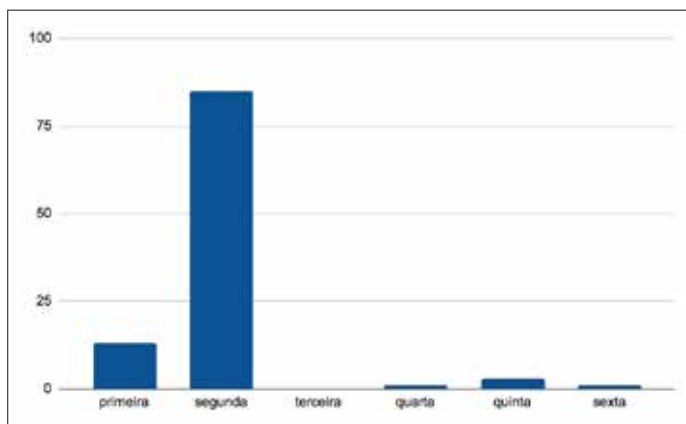
guida, a proposição é despachada pela Secretaria-Geral da Mesa, no prazo de duas sessões, às comissões competentes.

A segunda fase corresponde à tramitação do projeto nas comissões parlamentares, permanentes ou temporárias, competentes para estudo da matéria. A cada comissão incumbe a elaboração de um parecer sobre a matéria submetida a seu estudo, no qual serão apresentados e avaliados todos os dados, os antecedentes, as circunstâncias e as conveniências do projeto, e que serve de orientação para o Plenário na apreciação da matéria. Para tanto, dentro de cada comissão é designado um relator, responsável pela emissão de um parecer pela aprovação total ou parcial da proposição, pela rejeição, pela apresentação de emendas, pelo arquivamento ou pela apresentação de um projeto totalmente alternativo, um substitutivo. A tramitação dentro dessas comissões, via de regra, ou seja, no regime ordinário de tramitação, ocorre de forma sequencial, de modo que a avaliação pela segunda ou terceira comissão depende da saída da proposição da comissão pretérita.

A conclusão dessa etapa nas comissões se dá com a finalização da discussão e da votação do projeto em cada uma das comissões designadas e o posterior envio do projeto para discussão e votação no Plenário.<sup>18</sup> Esse parece ser o principal obstáculo procedimental para a efetivação da sustação de normas das agências reguladoras. Do total de PDLs apresentados, 106 (67%) encontravam-se na segunda fase ou foram arquivados antes de passar para a fase seguinte, como mostra o Gráfico 9.

<sup>18</sup> Excepcionalmente, alguns PDLs tramitam em caráter conclusivo, o que significa que, se forem aprovados nas comissões de forma unânime, seguem para a casa revisora sem precisar passar pelo Plenário (hipóteses do art. 24, II, do RICD).

Gráfico 9 – Distribuição dos PDLs entre as diferentes fases processuais



Fonte: Elaboração própria.

A terceira fase consiste na discussão do projeto no Plenário da casa iniciadora, que ocorre, no caso de PDL, em turno único de discussão, segundo o art. 148 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RIDC). Nessa fase, estão incluídos os atos de deliberação e votação do projeto. No momento da pesquisa, nenhum PDL se encontrava nessa fase ou havia sido arquivado durante essa etapa. A fase de discussão dos trabalhos é destinada ao debate em Plenário sobre o conjunto da proposição e das emendas, se houver (art. 165, *caput* c/c § 1º, do RICD), e se encerra pela ausência de oradores, pelo decurso dos prazos regimentais ou por deliberação do Plenário.

A votação completa o turno regimental da discussão (art. 180 do RICD), sendo as deliberações tomadas por maioria simples de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros (art. 183 c/c art. 257 do RICD). No caso de haver proposição de emendas durante a fase de discussão, a matéria deverá retornar às comissões que devam apreciá-la, o que dependerá do teor da mudança proposta (ver art. 139, II, do RICD), voltando posteriormente ao Plenário para apreciação definitiva. A proposição, caso aprovada em definitivo pela casa iniciadora, deve ser encaminhada à casa revisora até a segunda sessão seguinte (art. 200 do RICD) por meio de ofício. Contudo, caso o projeto seja rejeitado, deverá ser arquivado na respectiva casa.

A quarta fase consiste no recebimento do ofício pela casa revisora (art. 64 da CRFB/1988) e dá início às mesmas três etapas descritas anteriormente, que configurarão, respectivamente, a quarta, a quinta e a sexta fases da tramitação. A diferença é que, tratando-se de votação da casa revisora, caso esta modifique o projeto, a parte alterada da proposição retorna à casa de origem para nova deliberação e votação. Aprovado nas duas casas, o projeto

deverá ser promulgado diretamente pelo Presidente do Senado Federal, não havendo participação do Presidente da República e, portanto, possibilidade de veto, por se tratar de regulação de matérias de competência exclusiva do Poder Legislativo. Do total de PDLs, dois (1,2%) foram enquadrados na quarta etapa, 26<sup>19</sup> (16,4%) na quinta e um (0,6%) na sexta.

Pois bem, os cinco PDLs que tramitaram na casa revisora não seguiram o rito ordinário anteriormente descrito. Esses PDLs tramitaram em regimes especiais de dispensa de exigências (quatro em regime de urgência e um em regime de prioridade), o que pode indicar um esforço conjunto da casa parlamentar na tramitação de tais projetos, uma vez que a mudança de regime ocorre mediante votação do Plenário. O tempo médio de tramitação<sup>20</sup> dos cinco projetos na casa revisora é de 336,5 dias – tempo inferior ao da média geral de tempo de tramitação do universo de PDLs aqui analisados.<sup>21</sup>

Já a tramitação do PDL n. 1.123/2013, único que veio a ser aprovado até o momento e, portanto, sustou um ato normativo de agência reguladora, contou com três características peculiares: (i) deliberação das comissões durante a sessão designada para votação única do PDL em Plenário, e não na etapa anterior, em razão da sua tramitação em regime de urgência; (ii) discussão extrapauta na Câmara dos Deputados realizada durante sessão extraordinária, o que é, inclusive, vedado pelo RICD (arts. 66, § 4º, e 67); e (iii) participação popular de uma cidadã por meio da ouvidoria.

<sup>19</sup> Para a mensuração dos PDLs em cada etapa, os processos apensados foram quantificados separadamente e somados aos processos principais. Foi tomada essa decisão porque o teor do projeto apensado é também analisado pelas comissões parlamentares e pelo Plenário, contribuindo, assim, para o aumento do tempo de tramitação. No entanto, no que se refere ao procedimento, especialmente contagem de comissões ou regime de tramitação, optou-se por considerar apenas o projeto principal, de modo a evitar duplicação dos dados e enviasamento da média dos prazos de tramitação. É por essa razão que identificamos apenas cinco PDLs com trâmite na casa revisora.

<sup>20</sup> O tempo de tramitação dos PDLs tem como marco inicial a data de apresentação/recebimento do PDL pela Mesa da Casa Legislativa e como termo final a data do último registro formal de movimentação legislativa do projeto. Dessa forma, a média geral do tempo de tramitação é obtida pelo cálculo da diferença de cada um desses marcos.

<sup>21</sup> A média geral de tempo de tramitação dos projetos nas comissões parlamentares do Congresso Nacional é de 423 dias. Contudo, o que se observa é que esse padrão não se manteve o mesmo antes e depois de 2014, quando se deu a aprovação do único PDL que sustou um ato de agência reguladora. Até 2013, a média de tempo de tramitação no Congresso Nacional era de 471,7 dias, e, de 2014 até 2019, a média foi de 356,7 dias. Esse dado sinaliza uma possível mudança de comportamento congressual, estando alinhado com o apontamento anterior de que o tempo de tramitação do único PDL bem-sucedido é próximo ao tempo de tramitação observado nos projetos apresentados depois dele.

Verifica-se, portanto, que o processo legislativo apresenta uma série de obstáculos para a aprovação de um PDL. Até hoje, a maioria dos PDLs não ultrapassou a segunda fase do processo legislativo, correspondente à discussão da proposição em comissões temáticas, e o ínfimo número de PDLs que até hoje tramitou na casa revisora não seguiu o rito ordinário anteriormente descrito, o qual, como visto, impõe diversos empecilhos para a transformação de um PDL em norma jurídica.

## 6. COMO AS AGÊNCIAS REAGEM À PROPOSITURA DE UM PDL POR UM PARLAMENTAR?

Mesmo diante das remotas possibilidades de aprovação de um PDL que visa a sustar ato normativo de agência reguladora, cabe investigar *se e como* as agências reagem quando suas normas são contestadas pelos parlamentares. Especula-se que elas poderiam vir a revogar ou alterar suas próprias normas durante ou após a tramitação do PDL por pelo menos três razões.

Em uma primeira hipótese, isso se daria para manter relacionamento negocial e amigável com os parlamentares. Afinal, seria possível cogitar que, a partir de uma relação de concessões e negociações, a agência poderia ganhar a confiança dos congressistas, com correspondente ganho de autonomia.

Em uma segunda hipótese, a mera ameaça de sustação do ato normativo conduziria a agência a revogar ou alterar seu ato normativo, desistindo da regulação até então vigente. Cogitou-se que, em razão da pressão implícita decorrente da tramitação do PDL, as agências poderiam adotar uma postura de revogar ou alterar suas próprias resoluções ou portarias e, na sequência, reeditar a norma em outro ato normativo futuro. Seria uma forma de não ceder de todo à pressão do Congresso, sem, de outro lado, passar pelo constrangimento de ver a sua norma efetivamente sustada.

Analisando a dinâmica da relação entre o Congresso e o órgão que tem seu ato questionado por PDL, Souza e Meneguín (2020) consideraram efetivos não apenas os PDLs que foram promulgados, mas também aqueles que contribuíram – ou possam ter algum peso explicativo – para a alteração do ato normativo impugnado.<sup>22</sup> Nas palavras dos autores:

---

<sup>22</sup> Para o cálculo da taxa de efetividade dos PDLs, os autores consideraram não apenas os PDLs promulgados, mas também todos aqueles PDLs que tiveram o texto da norma impugnada alterado. Para os autores, a proposição de um PDL “é um dos componentes que força o Poder Executivo a alterar a norma impugnada” (SOUZA e MENEGUÍN, 2020, p. 98), posição com a qual concordamos.



É natural que o Poder Executivo promova a mudança do ato impugnado, sempre que se identifica um grupo parlamentar formando consenso contra o ato normativo. [...] É essa formação de consenso e o risco que ela traz para a relação do Poder Executivo com o Poder Legislativo, ou parcelas dele, que provoca a mudança do ato normativo impugnado. (SOUZA e MENEGUIN, 2020, p. 98)

Foge ao escopo deste artigo testar essas hipóteses. Considerações, no entanto, merecem ser feitas sobre o que ocorre com as normas que são impugnadas via PDL. Para tanto, codificamos nove *status* possíveis das normas regulatórias contestadas pelo Congresso via PDLs: (1) vigentes; (2) revogadas pela própria agência durante a tramitação do projeto legislativo; (3) revogadas pela própria agência após arquivamento do PDL; (4) alteradas pela agência durante a tramitação; (5) alteradas pela agência após arquivamento do PDL; (6) suspensas por determinação judicial; (7) norma perdeu sua vigência planejada; (8) revogadas em razão do Decreto Legislativo; e (9) normas revogadas pela agência antes mesmo da instauração do PDL. Para entender o comportamento das agências, foram estudados 158 PDLs, propostos entre os anos de 1997 e 2019, e 130 normas diferentes contestadas pelo Congresso nesses projetos.

Verificamos que, do total de 130 normas contestadas pelo Congresso, 17 (13,07%) foram revogadas e 14 (10,76%) foram alteradas durante a tramitação dos PDLs. Ou seja, em 23,8% dos casos as agências reagiram à contestação parlamentar, seja revogando a norma atacada, seja modificando o seu teor.<sup>23</sup> Se adotado o critério adotado por Souza e Meneguín (2020, p. 97), de considerar “efetivos” não apenas os PDLs promulgados, mas também aqueles que alteram o conteúdo dos atos normativos impugnados, chega-se a uma taxa de efetividade de quase um quarto dos PDLs apresentados.

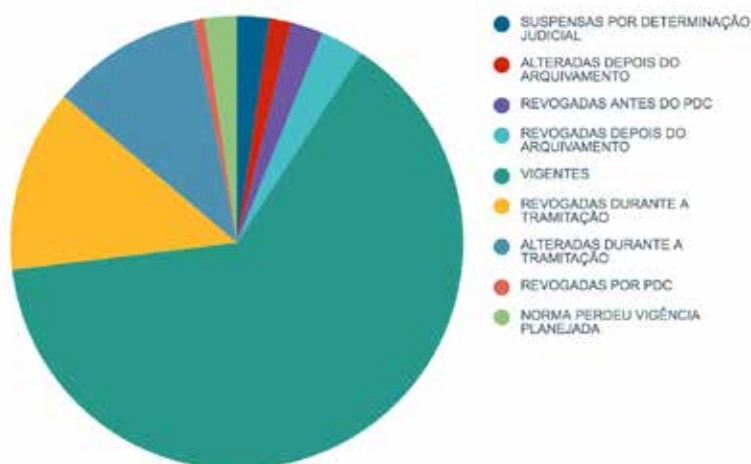
Ressalva-se, em todo caso, que afirmações em termos de relações de causalidade ou mesmo de correlação dependeriam de uma análise casuística e qualitativa de cada situação, o que foge do objeto da pesquisa realizada. As agências podem ter revogado suas normas não por pressão congressual, mas porque diversas se tornaram obsoletas, desnecessárias ou dependentes de atualização. A agência também pode se manter inerte, confiando na ineficiência processual dos PDLs, e manter seus atos vigentes. O exame da tramitação dos PDLs mostra que os procedimentos são burocráticos e morosos, com o

<sup>23</sup> Ao analisar o universo total de PDLs apresentados pelo Congresso Nacional com o objetivo de sustar atos normativos do Poder Executivo, Souza e Meneguín (2020, p. 97) identificaram que em 67 dos 521 PDLs apresentados, houve alteração do ato normativo impugnado, no prazo de um ano da apresentação das proposituras.

Congresso se mostrando frequentemente inábil para realizar o acompanhamento do *status* da norma da agência.

Além dos dados citados anteriormente, a pesquisa concluiu que, das 130 normas das agências contestadas pelos PDLs, 83 estão vigentes (63,8%), três perderam a vigência de acordo com o planejado pela própria agência (2,3%), três estão suspensas por determinação judicial (2,3%), três foram revogadas antes do início da tramitação do PDC (2,3%), duas foram alteradas depois do arquivamento do PDL (1,5%) e quatro foram revogadas depois do arquivamento do PDL (3,1%).

Gráfico 10 – Situação das normas alteradas ou revogadas durante e após a tramitação do PDL



Fonte: Elaboração própria.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o ano 2000, o Congresso Nacional vem propondo PDLs com o objetivo de sustar atos normativos das agências reguladoras, mesmo diante da incerteza da aplicabilidade do art. 49, V, da CRFB a essas entidades.

A sustação do primeiro e único ato normativo de uma agência reguladora em 2014 parece ter estimulado a prática de crescente proposição de PDLs pelo Congresso Nacional a partir de então. Nos últimos cinco anos, o Congresso apresentou 70% de todos os PDLs até hoje propostos em face de atos das agências reguladoras.

Essa prática, no entanto, não se revelou uniforme. Verifica-se que não há consenso, entre os parlamentares, sobre as situações que justificam a aplicação do art. 49, V, da CRFB. Curiosamente, o argumento mais utilizado pelos parlamentares para propor um PDL tem sido o de “inconveniência social da opção normativa”. Esse fundamento, todavia, parece extrapolar as hipóteses de autorização constitucional para a edição de PDLs. Esse dado é ilustrativo da constatação de que o processo de aceitação do modelo das agências reguladoras ainda está em fase de construção. A ideia de deferência às decisões das agências parece ser duramente confrontada quando parlamentares tentam invalidar atos normativos que simplesmente consideram inconvenientes.

Já o argumento menos frequentemente utilizado pelos congressistas é o de que as agências estariam indevidamente inovando no mundo jurídico. Esse argumento associa-se a uma tradição administrativa de interpretação literal do princípio da legalidade dificilmente compatível com o atual estágio do Estado Regulador brasileiro.

Como visto, os outros três tipos argumentativos – *violação de normas legais ou constitucionais, extrapolação do espaço de liberdade conferido pela lei e usurpação de competência de outras instituições* (nesse último, referindo-se aos casos em que se alude à usurpação das atribuições do Congresso Nacional) – parecem se encaixar, em alguma medida, nos termos do dispositivo constitucional. Tendo em vista que, na maioria dos casos em que a inconveniência foi invocada, o argumento apareceu associado a um desses argumentos “jurídicos”, pode-se dizer que os parlamentares se preocupam em tentar moldar a argumentação para a edição de PDLs dentro da moldura constitucional do art. 49, V, da CRFB. Essa afirmação, de outro lado, não desmerece a conclusão anteriormente mencionada sobre a quantidade de vezes em que o argumento da “inconveniência” aparece, na medida em que, tecnicamente, ele não deveria ser jamais invocado, por ausência de previsão constitucional.

A prática por nós verificada de proposição dos PDLs revela também que o controle das ações das agências reguladoras não é prerrogativa apenas dos partidos de oposição. Ao contrário, o número elevado de PDLs apresentados por representantes de partidos da base governista indica pontos de tensão entre partidos da coalizão e Poder Executivo em torno de questões regulatórias sensíveis.

O processo legislativo apresenta uma série de obstáculos para a aprovação de um PDL. Até hoje, a maioria dos PDLs não ultrapassou a segunda fase do processo legislativo, correspondente à discussão da proposição em comissões temáticas. Além disso, o processo legislativo ordinário obstaculiza a tramitação de um PDL. Apenas cinco PDLs até hoje tramitaram na casa revisora, e todos

o fizeram em regime de urgência ou prioridade, que dispensa uma série de exigências e etapas do processo legislativo ordinário. Esses dados sugerem que o PDL não parece ser um mecanismo efetivo para o controle de legalidade ou constitucionalidade dos atos das agências reguladoras.

Verificou-se, no entanto, que outra régua pode ser utilizada para medir a efetividade dos PDLs como mecanismos de controle político (lembrando-se, uma vez mais, de que se trata de desvio da finalidade do instituto, que não ostenta fundamento de controle político). Nessa perspectiva, ainda que sem promulgação, a tramitação de PDLs pode contribuir para pressionar as agências a alterar ou revogar atos normativos impugnados.

## REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Busca de legislação da ANS. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMDJmYTtk1NTAtNGNjNi00MDM1LWVhMTgtNjBjNGM2M2VmMTgyIiwidCI6IjlkYmE0ODBjLTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJi>. Acesso em: 1º jul. 2021.
- AMORIM NETO, Octavio. El presidencialismo moderno en Brasil. In: LANZARO, Jorge (org.). *Presidencialismo y parlamentarismo: América Latina y Europa Meridional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 103-132.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 55, n. 217, p. 203-221, jan.-mar. 2018.
- BANCO de Dados Legislativos do CEBRAP. Acompanhamento da produção legislativa. Disponível em: <https://neci.ffiich.usp.br/acompanhamento-da-producao-legislativa>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Conheça a tramitação de projetos de decreto legislativo. 30 out. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/606437-conheca-a-tramitacao-de-projetos-de-decreto-legislativo/>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 13.454, de 23 de junho de 2017*. Autoriza a produção, a comercialização e o consumo, sob prescrição médica, dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol. Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113454.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113454.htm). Acesso em: 19 jan. 2023.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo n. 522, de 2011. Susta os efeitos da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Energia Elétrica, que aprovou o reajuste tarifário para o Estado do Acre. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/529582>>. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo n. 765, de 2017*. Susta a aplicação do art. 11 da Resolução n. 400, de 2016, da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac. 2017b. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=84E45F28344260C9446536E5841726CB.proposicoesWebExterno1?codteor=1600909&filename=Avulso+-PDC+765/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84E45F28344260C9446536E5841726CB.proposicoesWebExterno1?codteor=1600909&filename=Avulso+-PDC+765/2017). Acesso em: 19 jan. 2023.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo n. 1.650, de 2009. Susta a Resolução – RDC n. 96, de 17 de dezembro de 2008, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. 2009. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=BD6AA21E381DDDBCA60E140193884B70.proposicoesWebExterno1?codteor=669662&filename=Avulso+-PDC+1650/2009](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BD6AA21E381DDDBCA60E140193884B70.proposicoesWebExterno1?codteor=669662&filename=Avulso+-PDC+1650/2009). Acesso em: 19 jan. 2023.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo n. 1.687, de 2002. Susta o parágrafo único do art. 70 da Resolução nº 85, de 1998 da ANATEL. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49815>>. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Regimento Comum*: Resolução n. 1, de 1970-CN, com alterações posteriores, até 2006, e legislação conexa. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70321/RegCN.pdf?sequence=7>. Acesso em: 1º jul. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Aprovado pela Resolução n. 17 de 1989 e alterado até a Resolução n. 30 de 2018. Atualizado até 30.11.2018. 19. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. (Série Legislação; n. 281 e-book). Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18847/regimento\\_interno\\_19ed.pdf?sequence=80&isAllowed=y](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18847/regimento_interno_19ed.pdf?sequence=80&isAllowed=y). Acesso em: 1º jul. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970*. Texto editado em conformidade com a Resolução n. 18, de 1989. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Resoluções normativas da Aneel. [S. d.]. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/resolucoes-normativas>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Mineração (ANM). Resoluções da ANM. [S. d.]. Disponível em: [https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-contenido/copy\\_of\\_legislacao/resolucoes-anm/resolucoes-anm-1](https://www.gov.br/anm/pt-br/centrais-de-contenido/copy_of_legislacao/resolucoes-anm/resolucoes-anm-1). Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANT). Resoluções da Anatel. [S. d.]. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). Resoluções da Antaq. [S. d.]. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/instalacoes-portuarias-2/instalacoes-portuarias/registros-de-instalacoes-portuarias/resolucoes/>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Listagem geral dos atos da ANTT. [S. d.]. Disponível em: [https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=consultarAtosInicial&cod\\_modulo=161&cod\\_menu=5408&buscaGeral=true](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=consultarAtosInicial&cod_modulo=161&cod_menu=5408&buscaGeral=true). Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Legislação. [S. d.]. Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/legislacao/#/>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional do Cinema (Ancine). Resoluções da Diretoria Colegiada. [S. d.]. Disponível em: <https://antigo.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/resolucoes-diretoria-colegiada>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Sistema de legislação da ANP. [S. d.]. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/anp/>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Glossário de Termos Legislativos. [S. d.]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-legislativo>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Pesquisa avançada. [S. d.]. Disponível em:

- <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>. Acesso em: 1º jul. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Regime de Tramitação. [S. d.]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/regime-de-tramitacao>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ (CRM-PR). Anvisa publica documento sobre substâncias anorexígenas. 18 jul. 2018. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Anvisa-publica-documento-sobre-substancias-anorexigenas-11-49644.shtml>. Acesso em: 18 set. 2020.
- DANTAS, Francisco de San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. In: DANTAS, Francisco de San Tiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Comentário ao art. 49, V. In: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao art. 84, IV. In: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- JORDÃO, Eduardo *et al.* A produção legislativa do Congresso Nacional sobre Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, n. 222, abr./jun 2019.
- JORDÃO, Eduardo; SCAMILLA, Beatriz. Como o Congresso interpreta seu poder de sustar normas das agências? *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 62-63, jan. 2020.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENEGUELLO, Rachel. Dinâmica partidária e a lógica de coalizões. Textos para Discussão CEPAL/IPEA, v. 8, p. 16-30, 2010.
- ROMERO, Felipe Lima Araujo. *Bypass institucional de agências reguladoras pelo Poder Legislativo: justificação, delimitação conceitual e premissas para uma interação possível*. IV SEMINÁRIO DE INTEGRAÇÃO FGV DIREITO RIO E FACULDADE DE DIREITO DA UERJ: Transformações

do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação. Rio de Janeiro, 2019.

SOUZA, Alexis Sales de Paula e; MENEGUIN, Fernando Boarato. O decreto legislativo e o controle da atividade normativa do Poder Executivo. *REGEN – Revista de Gestão, Economia e Negócios*, Brasília, IDP/Egen, v. I, n. I, p. 73-103, 2020.

TÁCITO, Caio. Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar. In: TÁCITO, Caio. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. t. 2.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.



## **2.3. CONTROLE PELO TCU**



## EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN BRASILEÑO: UNA INSTITUCIÓN MUY PECULIAR<sup>1</sup>

Em coautoria com:  
Juliana Palma<sup>2</sup>

### 1. EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN: UN TIPO MUY PARTICULAR

Las instituciones son únicas. Aunque desarrollen las mismas funciones y dispongan de capacidad técnica, recursos y gestión organizacional similares, una infinidad de otras características las hacen verdaderamente singulares. En esta línea, importantes doctrinas institucionales toman el supuesto de la individualización para aceptar que ellas innoven, copien iniciativas (*blueprint*), tengan culturas marcadamente propias (*going natural*) y sean el producto de su historia (*path dependence*), por ejemplo. Estas teorías no podrían avanzar si se tomara el supuesto contrario, esto es, que las instituciones son iguales.<sup>3</sup>

Efectivamente el *Tribunal de Contas da União* (TCU) es un caso único. Dentro del sistema de control externo de la Administración Pública brasileña, el TCU es la institución responsable de fiscalizar las cuentas de órganos y entes públicos federales. Como cualquier otra institución, el TCU tiene una identidad propia. Sin embargo, esta identidad es marcadamente distinta de todas las instituciones de control del Estado brasileño y, hasta donde llega nuestro conocimiento, del mundo. Es en este sentido que tal vez se pueda afirmar que el TCU es un *one of a kind institution* (una institución muy peculiar).

Creado en 1890, el TCU constituye hoy día una de las instituciones con mayor relevancia en el Estado brasileño. Sus números son elocuentes. En

<sup>1</sup> Artigo publicado originalmente no International Journal of Constitutional Law, p.1-13, 2023.

<sup>2</sup> Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). E-mail: juliana.palma@fgv.br

<sup>3</sup> Véase en general Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields*, 48(2) AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 147 (1983).

2021, el TCU recaudó 9.130 millones de reales en multas; examinó 123.878 actos de personal y 4.990 procesos de control externo. Sus medidas cautelares tuvieron un impacto económico calculado en 93,311 mil millones de reales y el propio TCU estima que sus acciones de control externo resultaron en un beneficio financiero por valor de 87,092 mil millones de reales. Para el año 2022, el Congreso aprobó un presupuesto de 2,47 mil millones de reales para el TCU, siendo el 77% destinado al gasto de personal que, en 2020, correspondía a 2.687 servidores públicos.<sup>4</sup> En el cuerpo técnico del TCU no hay nombramientos políticos (*political appointees*). Es en este universo de personal donde se encuentra la prestigiosa carrera de auditores de control externo, con una remuneración inicial por un monto de 25.232,07 reales –más de 20 veces el salario mínimo nacional– que tiene un rol primordial en la actividad de fiscalización y elaboración de informes en base a los cuales los ministros –jefes del TCU– deciden. En total, el pleno del TCU es compuesta por nueve ministros, un tercio de ellos nombrados por el Presidente con el consejo y acuerdo del Congreso, y dos tercios nombrados directamente por el Congreso.

El TCU es un órgano de control externo de la Administración Pública vinculado al Poder Legislativo, en este caso, al Congreso Nacional.<sup>5</sup> Aunque el texto de la Constitución Federal vigente indique que el TCU es un “órgano auxiliar” del Legislativo, es incorrecto comprender el Tribunal de Cuentas como una institución de segundo orden dentro al Poder Legislativo o subordinado a éste, en la medida en que la Constitución le ha atribuido competencias propias, como la potestad de aplicar sanciones, incluso contra el propio Congreso.<sup>6</sup> Por esto, es posible afirmar que el TCU es una institución

---

<sup>4</sup> Todos estos antecedentes pueden ser consultados en TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, RELATÓRIO ANUAL DE ATIVIDADES DO TCU 2021 (2022) 15. Disponible en: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/37/F5/2E/A1/EC0008102DFE0FF7F18818A8/Relatorio\\_anual\\_atividades\\_TCU\\_2021.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/37/F5/2E/A1/EC0008102DFE0FF7F18818A8/Relatorio_anual_atividades_TCU_2021.pdf) (último acceso: 19 de junio de 2022).

<sup>5</sup> En el sistema de control externo brasileño, también existen tribunales de cuentas en todos los Estados y algunos Municipios también tienen por tradición sus propios tribunales de cuentas. El TCU se sitúa en el ámbito federal, realizando la fiscalización contable, financiera y presupuestaria de la Unión Federal o de las entidades locales que reciban fondos públicos federales.

<sup>6</sup> De entre las importantes competencias que la Constitución brasileña le asigna al TCU, cabe destacar: (i) juzgar las cuentas de los administradores y demás responsables de los dineros, bienes y valores públicos de la Administración Pública, así como las cuentas de quienes causen pérdidas, malversaciones o cualquier otra irregularidad que resulte en perjuicio del erario público (art. 71, inc. II); (ii) realizar inspecciones o auditorías de carácter contable, financiero, presupuestario, operativo y patrimonial en las unidades administrativas de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (art. 71, inc. IV); (iii) supervisar la ejecución de los fondos transferidos por la Unión al Estado, al Distrito Federal o a los municipios a través de convenios, acuerdos

autónoma, con competencias propias –un ente constitucional autónomo, en el sentido de este dossier–. Sin embargo, sus decisiones pueden ser revisadas por el Poder Judicial, ya que Brasil sigue la unidad de jurisdicción.

Solo este año (2022), el TCU determinó la suspensión del secreto sobre las existencias y productos caducados del Ministerio de Salud; aprobó la subasta de uno de los mayores aeropuertos de Brasil (Congonhas); abrió una investigación sobre las cuentas del exfiscal jefe de la Operación *Lava Jato*; ordenó a la institución responsable por la seguridad social en Brasil (*Instituto Nacional de Previdência Social* o INSS) realizar exámenes médicos vía telemedicina; abrió una investigación sobre la contratación de artistas por parte de Municipios para presentaciones en festivales que ellos organizan; solicitó a la agencia reguladora de los servicios de energía en Brasil (*Agência Nacional de Energia Elétrica* o ANEEL) que explique su decisión de permitir la sustitución de un insumo por una empresa determinada, lo que la beneficiaría por evadir el incumplimiento contractual y su correspondiente multa; determinó la paralización de obras de pavimentación debido a una decisión pública de carácter político y a deficiencias en el proceso de licitación; determinó un nuevo criterio metodológico para la composición de la tarifa de Eletrobrás para viabilizar su privatización, la cual aprobó; auditó urnas electrónicas para las elecciones de octubre en Brasil; estableció un nuevo sistema para la determinación de las cuentas que serán auditadas; determinó la suspensión de la transferencia de recursos públicos para la compra de kits de robótica; y comenzó a investigar irregularidades en la transferencia de recursos del Ministerio de Educación a los Municipios ante la injerencia indebida de agentes privados en la liberación de recursos públicos en el área de educación. Como puede verse, el TCU actúa en temas centrales de la democracia brasileña y, no pocas veces, siguiendo una agenda política o mediática.

Este artículo tiene por finalidad explicar cómo el TCU se convirtió en esta institución tan particular, desde sus orígenes históricos como un simple tribunal de cuentas (segunda parte), hasta sus propios movimientos para diferenciarse de este modelo y ganar otros (muchos) poderes, remodelándose (tercera parte). Al final, se presenta una síntesis de los debates actuales sobre el modelo institucional del TCU en Brasil.

---

u otros instrumentos análogos (art. 71, inc. VI); (iii) aplicar las sanciones previstas por la ley a quienes resulten responsables, en caso de gastos ilegales o cuentas irregulares (art. 71, inc. VIII); y (iv) suspender la ejecución del acto impugnado, en caso de incumplimientos (art. 71, inc. X). En común, todas las competencias descritas expresan facultades conferidas directamente por la Constitución al TCU, las cuales pueden ser ejercidas con independencia de cualquier otra institución del Estado y en particular del Poder Legislativo, al que está vinculado.

## 2. EL PRIMERÍSIMO CAPÍTULO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN: ¿LOS ORÍGENES DE UN *PATH DEPENDENCE*?

Poco después de la proclamación de la República en 1889, Rui Barbosa, una de las personalidades jurídicas de mayor proyección en el panorama político-cultural brasileño, fue elevado al cargo de Ministro de Hacienda por el Gobierno Provisional. Allí asumió el compromiso con la protección del presupuesto público. En sus palabras, “[c]orresponde a la República mostrar, incluso en esta materia, su fuerza regeneradora, haciendo observarse escrupulosamente, en el régimen constitucional en que vamos a entrar, el presupuesto federal”.<sup>7</sup>

La creación del TCU es, sobre todo, uno de los frentes del proyecto republicano en Brasil. Su correspondiente modelo institucional fue objeto de estudio detallado y de una cuidadosa elección. Comparando el modelo francés (de control *ex-post*) y el modelo italiano (de verificación preventiva), Rui Barbosa entendió que el modelo francés era menos eficiente que el italiano, pues mientras el primer control podría ser omisivo, tardío o impotente, éste último vendría con una “mano dura” necesaria para corregir el rumbo del sistema presupuestario público brasileño hasta el punto de que ningún gasto podría ser realizado por el poder público sin el consentimiento previo del TCU.

El modelo italiano podría plantear las dudas y debates jurídicos que en dicho país se suscitaron, en particular la invasión del control en las competencias administrativas generales.<sup>8</sup> Ante esta dificultad, Rui Barbosa se mostró partidario de la armonía institucional entre el órgano de control y la Administración Pública controlada, reconociendo una especie de reserva de administración para las actividades públicas que no impliquen gasto ni ingreso público. Así, el modelo italiano no fue adoptado en su totalidad. Solamente las decisiones administrativas que tuviesen alguna relación con el presupuesto público estarían sujetas al control del TCU.

El TCU fue creado por el Decreto n.º 966-A, de 1890, por el Gobierno Provisional exactamente en los términos propuestos por Rui Barbosa.<sup>9</sup> El

<sup>7</sup> Véase la exposición de motivos de RUI BARBOSA para la dictación del Decreto n.º 966-A/1890, de fecha 7 de noviembre de 1890, que crea el Tribunal de Cuentas de la Unión Documento disponible en: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTC/article/view/1113/1171> (último acceso: 19 de junio de 2022).

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> El texto histórico del Decreto está disponible en: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html> (último acceso: 19 de junio de 2022).

TCU podría controlar a la Administración Pública, pero sólo respecto de las “operaciones concernientes a ingresos y expensas de la República” (art. 1º). Todos los decretos, órdenes o avisos que generaran gastos o afectaran al erario público deberían ser preventivamente presentados al TCU (art. 2º). El “visado” preventivo del TCU garantizaría la publicidad y la ejecución de los actos administrativos de carácter presupuestario (art. 2º). No obstante, el ministro podría otorgar publicidad y ejecutar el acto que no hubiese recibido el visado si lo considerara imprescindible, bajo su responsabilidad (art. 3º). El control estaría restringido a las infracciones a disposiciones legales y en los casos de incumplimiento de los límites de crédito definidos por el poder legislativo (art. 2º).

El año siguiente fue promulgada la Constitución republicana de Brasil (1891) bajo fuerte influencia de Rui Barbosa, pasando el TCU a tener rango constitucional. Esta tradición se mantendría en todas las Constituciones brasileñas, incluida la vigente. El TCU entró en funcionamiento solamente en 1893, con los esfuerzos del entonces Ministro de Hacienda Serzedello Corrêa para superar la resistencia del entonces Presidente, Floriano Peixoto, que temía que se redujera su poder.<sup>10</sup>

El TCU es una auténtica institución de la República. La preocupación por su protagonismo ha estado presente desde sus orígenes. La historia de su creación demuestra que el debate sobre su modelo institucional siempre ha impregnado la vida del TCU. Sin embargo, el modelo institucional del TCU ya no se define en los textos normativos, sino que se va remodelando día a día, a partir de sus reglamentos e iniciativas de acción.

### 3. EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN DE HOY: EL DISTANCIAMIENTO DEL MODELO ORIGINAL Y LA AUTOAFIRMACIÓN INSTITUCIONAL

No cabe duda de que el TCU tiene un importante rol institucional en el control de la Administración Pública. A pesar de ello, es posible notar durante todo el período de vigencia de la actual Constitución y, muy especialmente en los últimos años, un esfuerzo de este Tribunal por ampliar sus atribuciones, en un movimiento de auto-expansión de sus competencias. Este movimiento ha causado controversia: sus defensores afirman que es una forma de combatir

<sup>10</sup> Véase Escuela de Ciencias Sociales de la Fundación Getulio Vargas, *Tribunal de Contas da União*, disponible en: <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/tribunal-de-contas-da-uniao-tcu> (último acceso: 19 de junio de 2022).

abusos y corrupción.<sup>11</sup> Por otro lado, en el debate público y en la literatura jurídica brasileña, sus críticos señalan que esa autoexpansión es indebida, no sólo porque está fuera del marco normativo y de poderes del Tribunal, sino también por la amenaza de crear una especie de revisor general de la Administración Pública, inhibiendo la actuación de los servidores públicos, además de promover la ineficiencia administrativa y la parálisis en la toma de decisiones.<sup>12</sup>

Esta sección presenta un breve panorama de esa autoexpansión de los poderes del TCU.

### 3.1. Formas para la expansión de atribuciones: poder regulatorio y construcciones jurisprudenciales

El TCU ha utilizado varios medios para aumentar sus competencias. El primer de ellos corresponde a la utilización de su poder regulador para ampliar el ámbito de su control. La ley que rige el TCU (*Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União* o LOTCU) le confiere la competencia para “elaborar y modificar su Reglamento Interno”.<sup>13</sup> En este Reglamento son enumerados poderes no previstos en la Constitución ni en la ley. Este fenómeno se repite en su actividad de *rulemaking*, habiendo el TCU emitido un total de 3.443 regulaciones internas.<sup>14</sup> Muchas de esas normas terminan por tener efectos externos más allá del ámbito puramente interno del TCU, incidiendo también sobre la Administración Pública y los particulares que se relacionen con ésta.

En la práctica, el ejercicio de ese poder reglamentario acaba siendo una fórmula utilizada por el Tribunal para expandir sus competencias, creando

<sup>11</sup> En esta controversia sobre la legitimidad de la expansión de competencias del TCU, muchas de las ideas que buscan legitimar tal práctica nacen del mismo TCU y son reproducidas en sus documentos oficiales. Según el TCU, por ejemplo, “la principal misión del TCU es mejorar la gestión pública. Una de las formas de lograr este objetivo es a través de la lucha contra el fraude y la corrupción”. Véase <https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao/> (último acceso: 19 de junio de 2022).

<sup>12</sup> Véase Fernando Vernalha Guimarães, *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, DEREITO DO ESTADO, 31 de Enero de 2016, disponible en <http://www.dereitodo-estado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle> (último acceso: 28 de junio de 2022); Conrado Tristão, *TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?*, JOTA, 14 de septiembre de 2019, disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-e-publico/tcu-orgao-de-control-e-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019>, (último acceso: 28 de junio de 2022); y PEDRO DUTRA & THIAGO REIS, *O SOBERANO DA REGULAÇÃO: O TCU E A INFRAESTRUTURA* (2020).

<sup>13</sup> Ley No. 8.443 de 163 de 16 de Julio de 1992, Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión, art. 1 secc. X, Diario Oficial de la Unión [DOU], 17 de julio de 1992 (Bras.).

<sup>14</sup> Búsqueda realizada en el campo *Pesquisa Integrada do TCU* (<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/>) (último acceso: 28 de junio de 2022).



nuevos deberes para la Administración Pública. Ejemplos notorios son las diversas instrucciones normativas que reglamentan las “etapas de seguimiento” (*estágios de acompanhamento*) por el TCU de los procesos de privatización y concesión de servicios públicos, así como las normas para la supervisión de los *acordos de leniência anticorrupção* (*plea bargaining agreements*), posibilitando en la práctica su control previo y concomitante.

Otra forma de expansión de sus competencias es la emisión de órdenes directas a los órganos y agentes públicos en sus decisiones. De acuerdo con la Constitución Federal, el TCU puede asignar plazo para la adopción de las providencias necesarias para el adecuado cumplimiento de la ley, reservando al gestor público, por lo tanto, la elección del modo más adecuado de hacerlo. Esta competencia solo puede ser ejercida en caso de ilegalidad en materia financiera, presupuestaria, contable o patrimonial – el campo de actuación específica del TCU–.<sup>15</sup>

Las órdenes se formalizan en las providencias como “determinaciones”, que deben ser cumplidas bajo pena de responsabilidad del agente público, ya que el Reglamento Interno del TCU prevé la aplicación de multa en caso de incumplimiento de su decisión o de diligencia sin causa justificada. Esta capacidad punitiva ha reforzado la adopción de las órdenes del TCU, incluso cuando no son de su competencia, como ocurre tratándose de criterios para definir políticas públicas, elementos de las bases de licitación o la modelación de los contratos de concesión.<sup>16</sup>

De esta manera, el TCU establece parámetros que deben ser seguidos por la Administración Pública. Esto ocurre por medio de la interpretación particular que hace el Tribunal de conceptos jurídicos indeterminados –por ejemplo, al considerar que la adopción de un criterio inadecuado para incluir una adenda a los contratos administrativos sería ilegal o ineficiente–.<sup>17</sup> Y esto no se limita a las decisiones administrativas relativas al presupuesto público:

<sup>15</sup> ANDRÉ ROSILHO, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIAS, JURISDIÇÃO E INSTRUMENTO DE CONTROLE 231 (2019).

<sup>16</sup> Eduardo Jordão, *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?*, 47 REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO 209 (2014); Floriano de Azevedo Marques Neto & Juliana Bonacorsi de Palma, *Diálogos fora de Esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União* 120 REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS 203 (2020); Carlos Ari Sundfeld et. al., *O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos* 13(3) REVISTA DIREITO GV 866 (2017).

<sup>17</sup> Véase *v.gr.* Acórdão 1536/2016 del Tribunal de Cuentas de la Unión de fecha 15 de junio de 2016, en el que el TCU respondió a una consulta de la Administración Pública para reafirmar su posición de que el cálculo de los límites de las modificaciones contractuales debe hacerse de forma aislada, sobre el valor original del contrato y sin compensación entre adiciones o supresiones.

en opinión del TCU, éste está autorizado a aplicar sanciones después del juicio de cuentas o de las auditorias.<sup>18</sup>

Contra esta expansión de competencias, está solamente la alerta de la academia,<sup>19</sup> además de un tímido intento de judicialización de algunas cuestiones.<sup>20</sup> En la medida en que este movimiento no sea frenado judicialmente, la estrategia del TCU de anclarse en la fiscalización de las operaciones administrativas para expandir sus competencias sobre el mérito de las decisiones administrativas ha resultado exitosa.

### 3.2. PRINCIPALES EJEMPLOS DE AUTOEXPANSIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL TCU

En síntesis, por medio de los mecanismos anteriormente descritos –poder reglamentario y órdenes directas al gestor público– el TCU ha efectuado a lo largo del tiempo movimientos específicos para expandir sus atribuciones en

<sup>18</sup> En una decisión reciente, el Supremo Tribunal Federal reafirmó la competencia del TCU para decretar la indisponibilidad de bienes y el desconocimiento de la personalidad jurídica de una empresa. En el caso específico, la empresa interpuso un mandato judicial contra la decisión del TCU que desconoció la personalidad jurídica y decretó la indisponibilidad de R\$ 653 millones de sus bienes y haberes. Para el TCU, hubo indicios de irregularidad en el contrato firmado para la construcción del Complejo Petroquímico de Río de Janeiro. Véase decisión del Supremo Tribunal Federal [STF], 13 de octubre de 2022, “PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda c. Tribunal de Contas da União”, MS 35.506/DF.

<sup>19</sup> La iniciativa académica *Observatorio del TCU*, coordinada por el Profesor André Rosilho en el Grupo Público de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas de São Paulo, se ha destacado por acompañar la actividad de toma de decisiones del TCU y analizarla críticamente, en una perspectiva académica e imparcial. Además de investigaciones empíricas, el Observatorio publica, junto a *Jota*, semanalmente columnas con estos análisis críticos en <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/control-e-publico> (Último acceso: 19 de junio de 2022). Las publicaciones del Observatorio del TCU pueden ser encontradas en el sitio web del Grupo Público y de la Sociedad Brasileira de Derecho Público (SBDP): <https://sbdp.org.br/category/artigos-e-balancos-criticos/> (último acceso: 19 de junio de 2022).

<sup>20</sup> Como ejemplos de decisiones del STF acerca de las competencias del TCU pueden mencionarse: Supremo Tribunal Federal [STF], 19 de noviembre de 2003, “Nascimento Curi Advogados Associados c. Tribunal de Contas da União”, MS 24.510; Supremo Tribunal Federal [STF], 11 de febrero de 2011, “Fundação Universidade de Brasília c. Tribunal de Contas da União”, MS 26.094/DF; Supremo Tribunal Federal [STF], 24 de septiembre de 2009, “Companhia das Docas do Estado da Bahia c. Tribunal de Contas da União”, MS 26.547-MC/DF; Supremo Tribunal Federal [STF], 13 de octubre de 2022, “PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda c. Tribunal de Contas da União”, MS 35.506/DF; Supremo Tribunal Federal [STF], 03 de agosto de 2015, “Dicaciel Telemed com Equip, Informática e Serviços Ltda - EPP c. Presidente do Tribunal de Contas da União” MS 30.788/MG; Supremo Tribunal Federal [STF], 22 de octubre de 2020, “Petroleo Brasileiro S.A c. Tribunal de Contas da União”, MS 25.888 MC; Supremo Tribunal Federal [STF], 05 de marzo de 2021, “Sindicato Nacional dos Analistas-Tributarios da Receita Federal do Brasil c. Presidente do Tribunal de Contas da União”, MS 35.410 MC/DF.

diversos frentes. A continuación, son enumeradas algunas formas a través de las cuales el Tribunal termina por exceder al marco normativo originalmente previsto.

**a) Ampliación del poder de cautela que le confiere la Constitución<sup>21</sup>**

La Constitución prevé un procedimiento escalonado para que el TCU pueda suspender actos administrativos: primero, en caso de ilegalidad, la fijación de un plazo para el cumplimiento de la ley; luego, en caso de incumplimiento del plazo, tiene la competencia de suspender el acto impugnado, debiendo comunicar esta decisión a la Cámara de Diputados. Sin embargo, en la práctica, se observa que el TCU ha adoptado medidas cautelares para suspender actos administrativos sin fijar previamente un plazo, basándose directamente en su Reglamento Interno. Como resultado, el procedimiento escalonado establecido constitucionalmente acaba siendo ignorado por el Tribunal, al ser verificada la suspensión de actos administrativos incluso a través de la decisión unipersonal (monocrática) del Ministro Relator.

En el caso de contratos administrativos, el poder cautelar previsto en la Constitución es aún más restrictivo:<sup>22</sup> más allá de la posibilidad de asignar plazo para cumplimiento de la ley en caso de ilegalidad, explicada anteriormente, se establece que, en caso no ser atendida la solicitud dentro de plazo, la Constitución prevee que la competencia para suspender el contrato deberá ser adoptada por el Congreso Nacional, sin espacio para la adopción directa de medidas cautelares por el TCU. Pero el TCU ha emitido medidas cautelares sobre contratos administrativos y ha determinado su nulidad, incluso sin asignar previamente plazo para su corrección.<sup>23</sup>

En un juicio de *Mandado de Segurança* (*writ of mandamus* o amparo constitucional de derechos) contra una decisión cautelar del TCU que suspendió una licitación, el Superior Tribunal Federal (STF) reconoció que el TCU tendría un poder general de cautela que le permitiría la suspensión de

<sup>21</sup> Carlos Ari Sunfeld & Jacintho Arruda Câmara, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites* 204, en *CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SEU CONTROLE* (Carlos Ari Sunfeld ed., 2013); Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos*, 82 *INTERESSE PÚBLICO* 3 (2013).

<sup>22</sup> Luis Roberto Barroso, *Tribunais de Contas: algumas incompetências*, 203 *REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO* 131 (1996); Carlos Ari Sunfeld & Jacintho Arruda Câmara, *Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas*, 257 *REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO* 111, 119 (2011).

<sup>23</sup> Véase por ejemplo los 2.105/2008 (Plenario) y 2.343/2009 (Plenario), en que se resolvieron la anulación de contratos administrativos con el DNIT (órgano federal por la manutención de carreteras) y con el Ministerio de los Transportes), por supuestos vicios en los procedimientos licitatorios.

actos, con base en la aplicación de la llamada teoría de los poderes implícitos.<sup>24</sup> Como resultado, el TCU comenzó a utilizar esta sentencia del STF para defender la posibilidad de suspender no solo actos, sino también contratos públicos considerados como irregulares.

Esta cuestión de las órdenes cautelares está actualmente en revisión en el STF,<sup>25</sup> posiblemente debido a los efectos de las órdenes cautelares en casos concretos y a la maduración de los debates sobre esta materia, considerando los argumentos contrarios al reconocimiento del poder general de cautela del TCU fundados en el texto de la Constitución. Incluso, el Ministro Relator votó en el sentido de limitar el poder de cautela del TCU para impedir el bloqueo de bienes de particulares contratantes con la Administración Pública de forma cautelar.<sup>26</sup>

### ***b) Control de llamados a licitaciones todavía no publicados<sup>27</sup>***

No existe disposición alguna que permita al TCU controlar los pliegos o bases de licitación con anterioridad a su publicación. Brasil adopta desde 1967 el modelo de control posterior por el TCU. Sin embargo, esta intervención sobre llamados no publicados viene ocurriendo de forma bastante amplia, principalmente en el caso de las licitaciones relacionadas con la privatización de empresas estatales o para la concesión y delegación de servicios públicos (concesiones comunes y acuerdos público-privados). En esta línea, el Tribunal emite informes previos a la publicación de la convocatoria pública de licitación e, incluso, emite determinaciones y recomendaciones para que la Administración Pública efectúe las alteraciones que el TCU entiende parti-

<sup>24</sup> Supremo Tribunal Federal [STF], 19 de noviembre de 2003, “Nascimento Curi Advogados Associados c. Tribunal de Contas da União”, MS 24.510-7. El voto de mayoría, que defiende la existencia de un “poder general de cautela” del TCU, ha sido también adoptado por el Supremo Tribunal Federal en otras decisiones, como en el Supremo Tribunal Federal [STF], 24 de septiembre de 2009, “Companhia das Docas do Estado da Bahia c. Tribunal de Contas da União”, MS 26.547-MC/DF y en el Supremo Tribunal Federal [STF], 14 de agosto de 2015, “Jose Sergio Gabrielli de Azevedo e outro(a/s) c. Tribunal de Contas da União”, MS 33.092/DF.

<sup>25</sup> Supremo Tribunal Federal [STF], 13 de octubre de 2022, “PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda c. Tribunal de Contas da União”, MS 35.506/DF STF.

<sup>26</sup> Supremo Tribunal Federal [STF], 08 de febrero de 2018, “PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda c. Tribunal de Contas da União”, Medida Cautelar en el MS 35.506/DF.

<sup>27</sup> Eduardo Jordão, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? 47 Revista Brasileira de Direito Público 209 (2014).

mentes. Dicha atribución ha sido minuciosamente regulada por instrucciones normativas del propio TCU.<sup>28</sup>

En la práctica, ésta es una de las principales formas a través de las cuales el TCU se inmiscuye en las más relevantes decisiones administrativas. El ejercicio de dicha competencia, al ejercerse sobre los principales proyectos de infraestructura y privatización del país –por ejemplo, de las concesiones viales, de puertos, de aeropuertos, ferrovías y tercerización del control de empresas extremadamente relevantes, como Eletrobrás– acaba entregando al TCU poder para influir directamente sobre la agenda del gobierno.

### ***c) Ampliación del concepto de legalidad para la expansión de poderes sancionadores***<sup>29</sup>

La Constitución y la LOTCU prevén que podrá sancionarse a los responsables en el caso de “ilegalidad de gastos” o “irregularidad de cuenta”. Es decir, en teoría, solo la comisión de actos ilícitos –con violaciones a la legislación– o cuentas irregulares (reprobadas) suscitarían la aplicación de sanciones (multa, inhabilitación para el ejercicio de cargo en comisión o función de confianza o declaración de inidoneidad por hasta cinco años en caso de fraude en licitaciones).

Las sanciones son aplicadas directamente a la persona responsable de las cuentas, aunque las infracciones resulten del ejercicio de una función. Durante años, los gestores públicos han expresado su recelo de tomar decisiones por temor a ser sancionados por el simple hecho de que el TCU entienda que la decisión adoptada viola algún principio o regla jurídica. En Brasil, el fenómeno es llamado *apagão das canetas* (literalmente, “apagón de los bolígrafos”) y es sindicado como una realidad por los gestores públicos y por una importante corriente académica, pero es rechazado por el TCU.<sup>30</sup> En

<sup>28</sup> Más recientemente y después de mucho tiempo de ejercicio sin previsión legal, esta práctica paso a ser expresadamente regulada por la Ley No. 13.448, de 5 de Junio de 2017, Lei de Prorrogação e Relicitação dos Contratos de Parceria, de dudosa constitucionalidad.

<sup>29</sup> OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, FACULDADE DE DIREITO. RELATÓRIO DE PESQUISA BIANUAL – O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 10 (2019). GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA, O TCU E O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE INFRAESTRUTURA: CONTROLADOR OU ADMINISTRADOR? 160-165 (Tesis de maestría, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas 2019).

<sup>30</sup> En el análisis del caso relevante sobre la regularidad en la compra de la refinería de Pasadena por parte de Petrobras, uno de los elementos centrales de la Operación *Lava-Jato*, el TCU reconoció el argumento del apagón de los bolígrafos, pero lo rechazó en lo específico. En sus propias palabras, “el alegato que sustenta el argumento D6 pasa por la discusión actual sobre lo que convencionalmente se denomina *pen blackout*, que sería la mencionada inacción de los

2018 la legislación brasileña comenzó a prever la responsabilización personal del gestor público solo en casos de dolo o error grave a fin de proporcionar mayor seguridad jurídica en la toma de decisiones. Así, el gestor público ya no puede ser sancionado por el TCU en caso de que haya incurrido en un error honesto o propio de la acción humana en el ejercicio de sus atribuciones. Pero aun a pesar de esto, el TCU descartó la aplicación de la *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* (LINDB, una ley de base con aplicación general en todo el ordenamiento jurídico brasileño) en los casos de indemnización y ha indicado el mismo cuál es la interpretación de 'error grave'.<sup>31</sup>

Además, los conceptos de legalidad e irregularidad en la práctica han sido ampliados para abarcar conceptos jurídicos indeterminados de baja densidad normativa, como economicidad, legitimidad o eficiencia. Gracias a ello, el Tribunal entiende que estaría facultado para aplicar sanciones no sólo en los casos de violación de la ley y de las normas contables, sino también en los casos en que las alternativas y procedimientos adoptados por los gestores públicos y responsables no se adecuan a la interpretación que el TCU hace de estos conceptos. Así, es ampliado el poder para la aplicación de sanciones, tales como multas y la determinación de reparación de perjuicios al erario público, nuevamente al margen del texto normativo.

***d) Ejercicio de jurisdicción directamente sobre particulares contratados por la Administración, inclusive respecto de la determinación del resarcimiento al erario público***<sup>32</sup>

---

directivos por temor a la rendición de cuentas por parte de los órganos de control. La Corte no es ajena a esta discusión, como nunca lo ha sido, pero es necesario que sea consciente de que este argumento no puede sustraer el control, especialmente sobre actos realizados al margen de la ley, o sin observar los deberes de diligencia". Véase TCU 025.551/2014-0, acta de la sesión 12/2021.

<sup>31</sup> OBSERVATÓRIO DO TCU, APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB) PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 11 y ss. (2021). Disponible en: [https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-de-pesquisa\\_observatorio-do-tcu\\_aplicacao-dos-novos-dispositivos-da-lindb-pelo-tcu.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-de-pesquisa_observatorio-do-tcu_aplicacao-dos-novos-dispositivos-da-lindb-pelo-tcu.pdf) (último acceso 26 de junio de 2022). La LINDB es sumamente importante para el derecho público brasileño ya que sirve como una ley general del ordenamiento jurídico brasileño y contiene reglas de interpretación aplicables a la totalidad de éste. De ahí que en 2018 se modificó y se insertaron 10 artículos aplicables a situaciones regidas por el derecho público, con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica en los casos descritos. Sin embargo, el TCU y otros entes de control se opusieron a esta modificación bajo el argumento de que debilitaría su labor fiscalizadora. Solo a modo de ejemplo, el nuevo artículo 28 dice que el funcionario público sólo puede ser responsable si actuó con intención o incurrió en error grave.

<sup>32</sup> Carlos Ari Sundfeld & Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares*, 33(2) JUSTIÇA DO DIREITO 198 (2019); ANDRÉ ROSI-

El TCU controla solo a entidades que integran la Administración Pública o quienes, siendo particulares, ejerzan una función pública recibiendo fondos públicos. Esta es la disposición constitucional.<sup>33</sup> No existe previsión alguna que autorice al TCU a juzgar las cuentas de particulares controlados por la Administración Pública, ni para condenarlos al resarcimiento del erario público. Sin embargo, en los últimos años el TCU ha cambiado su postura tradicional y ha pasado a entender que puede actuar sobre contratistas privados, juzgando sus cuentas e, inclusive, imputándoles débitos para el resarcimiento del erario público, aun en ausencia de coparticipación del agente u órgano público en el daño.<sup>34</sup> Se advierte así que el TCU vino a otorgarse por medio de su jurisprudencia una atribución sin disposición legal habilitante, que incluso ya había sido rechazada cuando fue elaborada su ley orgánica.<sup>35</sup>

***e) Asunción de funciones típicas de agencias reguladoras independientes, con evaluación de la discrecionalidad regulatoria (actividades-fin)***<sup>36</sup>

---

LHO, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – COMPETÊNCIAS, JURISDIÇÃO E INSTRUMENTOS DE CONTROLE 164-165 (2019).

<sup>33</sup> En ese sentido, véase v.gr. ROSILHO supra nota, pp. 97-98.

<sup>34</sup> Esta posición fue adoptada a partir de los años 2010, por ejemplo, en el Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil [TCU], 28 de marzo de 2012, Fallo 730/2012 y Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil [TCU], 17 de abril de 2013, Fallo 946/2013, y pasó a tornarse dominante a partir del Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil [TCU], 20 de febrero de 2019, Fallo 321/2019.

<sup>35</sup> En ese sentido, véase v.gr. ANDRÉ ROSILHO, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – COMPETÊNCIAS, JURISDIÇÃO E INSTRUMENTOS DE CONTROLE (2019) 97-98.

<sup>36</sup> En este sentido son las conclusiones de cuatro tesis de maestrías acerca del control del TCU sobre agencias reguladoras, originadas en cuatro programas de post-grado distintos. Véase ANDERSON MÁRCIO OLIVEIRA, INTERVENÇÃO REGULATÓRIA DO TCU: UMA AVALIAÇÃO EMPÍRICA NOS PROCESSOS DE CONCESSÃO DA ANTT, ANTAQ E ANAC (Tesis de maestría, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017), disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19724>; NARA CAROLINA MERLOTO, A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS: ENTRE A INDEPENDÊNCIA E O CONTROLE (Tesis de maestría Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018), disponible en: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25092020-144220/pt-br.php>; GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA, O TCU E O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE INFRAESTRUTURA: CONTROLADOR OU ADMINISTRADOR? (Tesis de maestría, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2019) disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27366>; GUILHERME AFONSO DOURADO, O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU (Tesis de maestría, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020), disponible en: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-13072022-091157/pt-br.php>. Véase también Floriano de Azevedo Marques Neto et al., *Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*, 278(2) REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 37 (2019); PEDRO DUTRA & THIAGO REIS, O SOBERANO DA REGULAÇÃO: O TCU E A INFRAESTRUTURA (2020).

Aunque por su propia naturaleza y concepción las Agencias Reguladoras estén dotadas de autonomía e independencia para tomar las decisiones relativas a su ámbito de actuación por ejemplo, sobre cuál es la mejor forma de gestionar la infraestructura vial nacional objeto de concesiones, en el caso de la ANTT (*Agência Nacional de Transportes Terrestres*)– se advierte una fuerte intervención del TCU en lo tocante a dicho ámbito de actividades. De este modo, a menudo el TCU realiza su propio análisis en cuestiones de mérito regulatorio y termina imponiendo la adopción de sus conclusiones a las agencias, comportándose como un auténtico regulador, capaz no solo de orientar cómo las agencias reguladoras deben ejercer su misión y atribuciones institucionales, sino también de exigir su adhesión a las interpretaciones del TCU.

*f) Intentos de ejercer un control de constitucionalidad incidental y vinculante sobre toda la Administración Pública federal*<sup>37</sup>

El TCU viene buscando ejercer el control de constitucionalidad incidental, imponiendo a la Administración Pública su propia interpretación sobre la constitucionalidad de normas legales, por ejemplo, dejando de aplicarlas y buscando determinar que aquellos sujetos a su jurisdicción también lo hagan. Esta cuestión incluso fue objeto de una reciente sentencia del STF en el año 2021, que limitó las competencias del TCU al entender que éste no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos vinculantes para toda Administración Pública. En este relevante caso, el STF se mostró contrario a la interpretación expansiva de los poderes del TCU.<sup>38</sup>

#### **4. ESCENARIO ACTUAL: CONSOLIDACIÓN DE LA ACTUACIÓN EXPANSIONISTA DEL TCU POR MEDIO DE SU RECONOCIMIENTO EN LA PRÁCTICA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Por un lado, no es de extrañar que un órgano público de control busque interpretaciones expansivas que maximicen su poder, ya que tiene todos los incentivos para hacerlo. Al fin y al cabo, más poder conlleva mayor prestigio y

<sup>37</sup> El TCU adoptó este entendimiento, por ejemplo, en el Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil [TCU], 13 de septiembre de 2017, Fallo 2000/2017, en que declaró inconstitucional la concesión de bono de eficiencia y productividad para los servidores públicos inactivos y pensionistas en la actividad tributaria regulado por la Ley No. 13.448, de 5 de Junio de 2017, Lei de Prorrogação e Relicitação dos Contratos de Parceria,.

<sup>38</sup> Supremo Tribunal Federal [STF], 05 de marzo de 2021, “Sindicato Nacional dos Analistas-Tributarios da Receita Federal do Brasil c. Presidente do Tribunal de Contas da União”, MS 35.410 MC/DF, en conjunto con los MS 35490, 35494, 35498, 35500, 35836, 35812 y 35824.



recursos.<sup>39</sup> Por otro lado, no deja de llamar atención la significativa expansión de competencias del TCU, que hasta el momento no ha sido desafiada de forma decisiva por los demás actores políticos y jurídicos del ordenamiento jurídico brasileño. Aunque es posible identificar algunas reacciones como la reciente reforma de la LINDB, con varios artículos que pretenden proporcionar mayor seguridad a los gestores públicos–, el hecho es que tal movimiento expansivo aún no ha sido claramente rechazado por el Poder Judicial a través del STF y los demás tribunales, ni por el Congreso Nacional.

Como consecuencia, el TCU se consolida como un actor esencial no solo en el control, sino también en el día a día de la Administración Pública Federal, no dejando a los gestores públicos más alternativa que adecuarse al rol asumido por el Tribunal. Un ejemplo de esta conformación es la inclusión, en el *pipeline* de proyectos de privatización y concesión de infraestructura federal regido por el Programa de Acuerdos para Inversiones, de una fase que supone la aprobación de cada una de ellas por el TCU –fase denominada *Acórdão TCU* (Fallo TCU)–, que debe ser cumplida antes de la publicación de la convocatoria o bases de licitación.

De ese modo y a pesar de las advertencias de la doctrina, el TCU se ha consolidado con atribuciones cada vez más amplias, excediendo el espacio previsto para su actuación en la Constitución y en su ley orgánica, debiendo entonces los gestores públicos y operadores del derecho entender y navegar en este escenario jurídico actual.

¿Está siendo el TCU fiel al modelo institucional definido por el ordenamiento jurídico? Esta es una cuestión alrededor de la cual existe una verdadera disputa de narrativas. El propio TCU y una corriente en favor de la expansión del control van a extraer de los conceptos indeterminados de la Constitución los estándares o directrices para nuevos modelos de acción controladora. Por otro lado, la corriente más favorable a la seguridad jurídica desafía ese orden de pensamiento, con una extensa presentación de sus consecuencias, como el *apagão das canetas*, el desplazamiento de la decisión de la esfera administrativa hacia la esfera controladora y los criterios decisorios cada vez más guiados por el controlador en detrimento de las necesidades propias de la gestión pública. ¿Cuál es el mejor modelo institucional para el TCU? Esta cuestión acompaña el TCU desde su creación en el siglo XIX y jamás ha sido tan actual.

<sup>39</sup> José Vicente Santos de Mendonça, *A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns standards possíveis*, 38 REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA 147 (2012).



## O TCU, OS PARTICULARES CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO E A JABUTICABA: A EXCEPCIONALIDADE DA ORIENTAÇÃO ATUAL DO TRIBUNAL NO DIREITO COMPARADO<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*  
Luiz Filippe Cunha<sup>2</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem competência para julgar contas de particulares contratados pela administração, e para condená-los ao ressarcimento de danos ao erário ainda que esses particulares não estejam em concurso com agentes públicos?

Até o início da última década, a jurisprudência largamente majoritária<sup>3</sup> era no sentido de não caber ao TCU o julgamento de contas de particulares contratados pela Administração Pública, mas apenas daqueles sujeitos que fossem responsáveis pela gestão de valores públicos. A única hipótese em que a Corte de Contas poderia condenar diretamente particulares contratados a ressarcir danos ao erário era o caso em que o particular tivesse participado, em concurso com o agente público, no ato que causou o dano.<sup>4</sup> Mesmo nesse

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 22, p. 217-250, 2022.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. E-mail: lfcunha@outlook.com

<sup>3</sup> São exemplos: TCU, Acórdão 2663/2010, Plenário, rel. min. Augusto Nardes; TCU, Acórdão 398/2010, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz; TCU, Acórdão 1072/2009, Plenário, rel. min. Marcos Bemquerer; TCU, Acórdão 382/2008, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz; TCU, Acórdão 640/2006, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão 5809/2014, 2ª Câmara, rel. min. Aroldo Cedraz; TCU, Acórdão 5796/2014, 2ª Câmara, rel. min. Aroldo Cedraz; TCU, Acórdão 4227/2010, 2ª Câmara, rel. min. André de Carvalho; TCU, Acórdão 4750/2009, 2ª Câmara, rel. min. Benjamin Zymler.

<sup>4</sup> Nesse sentido, inúmeros acórdãos podem ser citados, dentre os quais os seguintes: TCU, Acórdão 1653/2004, 2ª Câmara, rel. min. Lincoln Magalhães da Rocha; TCU, Acórdão 2111/2003,

caso, eram as contas do agente público que eram tomadas e julgadas, não as do particular.<sup>5</sup> Nos casos de danos cometidos por terceiros sem conluio com agente público, os processos de tomada de contas especiais eram *arquivados*, por ausência dos pressupostos de constituição regular do processo.<sup>6</sup>

Entretanto, em uma série de julgados mais recentes, o TCU revisou esse entendimento, adotando visão mais ampla sobre as suas próprias competências. Em verdadeira virada jurisprudencial, o Tribunal passou a se afirmar competente para condenar diretamente particulares contratados da Administração Pública, impondo-lhes o ressarcimento do erário, independentemente de ação judicial intentada com essa finalidade, mesmo quando ausente a participação de agente público para o dano.<sup>7</sup>

Nessa linha, fixou-se no TCU, pela via jurisprudencial, o entendimento de que é possível a tomada e o julgamento de contas de pessoas privadas, suspeitas de terem agido de forma a causar danos ao erário, independentemente do concurso de agentes públicos. Essa orientação foi recentemente

---

1ª Câmara, rel. min. Walton Alencar Rodrigues; TCU, Acórdão 92/2004, 2ª Câmara, rel. min. Ubiratan Aguiar; TCU, Acórdão 1529/2007, Plenário, rel. min. Valmir Campelo; TCU, Acórdão 3051/2008, Plenário, rel. min. Valmir Campelo; TCU, Acórdão 4750/2009, 2ª Câmara, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão 162/2011, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler. A lista não é exaustiva. Ressalta-se que foi encontrado um único acórdão anterior a 2012 que permitiu a condenação de particular contratado, assim como o julgamento de suas contas, sem que um agente público tenha concorrido para o dano ao erário. Em sede de tomada de contas especial, o Acórdão 2499/2004, relatado pelo ministro Marcos Bemquerer, julgou irregulares as contas e condenou em débito apenas as empresas contratadas pela Administração, tendo as contas do agente público sido julgadas regulares. Esse caso, no entanto, diverge daqueles apresentados anteriormente, considerando que a decisão teve como base a alínea "d", do artigo 16, inciso III, da Lei n. 8.443, que trata da hipótese de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, e não a alínea c, que trata da hipótese de dano ao erário. TCU, Acórdão 2499/2004, 1ª Câmara, rel. min. Marcos Bemquerer.

<sup>5</sup> Essa nova interpretação, apresentada no Acórdão 946/2013, é diametralmente oposta àquela apresentada no Acórdão 1112/2005, relatado pelo mesmo ministro (TCU, Acórdão 1112/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler)

<sup>6</sup> Nesse sentido, v. TCU, Acórdão 031/1998, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; TCU, Acórdão 706/1998, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; TCU, Acórdão 513/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin; TCU, Acórdão 521/1998, Plenário rel. min. Bento José Bugarin; TCU, Acórdão 522/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin; TCU, Acórdão 523/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin; TCU, Acórdão 272/1999, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; TCU, Acórdão 356/1999, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; TCU, Acórdão 172/1999, Plenário, rel. min. Guilherme Palmeira.

<sup>7</sup> O Acórdão 946/2013, de relatoria de Benjamin Zymler, é o que mais tem sido citado no Tribunal como aquele que inaugurou esse novo entendimento no TCU (Acórdão 946/2013, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler). Ele é citado, por exemplo, no Acórdão 321/2019, de relatoria da Ministra Ana Arraes. Em sentido similar, o Acórdão 730/2012 já mostrava a inclinação no TCU nesse sentido (TCU, Acórdão 730/2012, Plenário, rel. min. Ana Arraes).

consolidada em incidente de uniformização de jurisprudência (Acórdão TCU nº 321/2019). Na ocasião, diante da divergência que havia sido instaurada no Tribunal em momento anterior, o Plenário reiterou que cabe ao TCU julgar as contas de terceiros contratados pela Administração Pública quando eles causarem prejuízo à União,<sup>8</sup> com apenas duas ressalvas. A primeira ressalva foi o condicionamento do julgamento de contas do particular à existência de “vínculo jurídico com a Administração relacionado à gestão da coisa pública”. Assim, não cabe ao TCU julgar contas de particulares, por exemplo, em casos de depredação do patrimônio público por delinquentes, dano ao erário causado por particular em acidente de trânsito etc.; mas os danos causados no âmbito de contratos administrativos, por particulares, estariam sujeitos à jurisdição da Corte de Contas. Como segunda ressalva, afirmou-se que não cabe ao TCU atuar em hipóteses de *meros descumprimentos* de obrigações contratuais que não causem dano ao erário.<sup>9</sup>

Essa nova interpretação representou uma importante mudança de paradigmas, divergindo do entendimento outrora consolidado e alargando, em grande medida, a competência do próprio Tribunal. E a revolução jurisprudencial se operou por simples mudança interpretativa, sem que houvesse qualquer alteração na redação dos dispositivos constitucionais ou legais pertinentes.

Esse modo de expansão da jurisdição do TCU não é fato isolado. A doutrina vem, nos últimos anos, identificando uma tendência expansionista na atuação do Tribunal, que, pela via jurisprudencial e por meio de normas internas, editadas pelo próprio TCU, promove releituras ampliativas de suas

<sup>8</sup> TCU, Acórdão 321/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes. Confira-se trecho de sua ementa: “ (...) Compete ao TCU, de acordo com as disposições dos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição de 1988 c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato ou contrato administrativo sujeitos ao Controle Externo.”

<sup>9</sup> Cf. trecho do voto da Relatora no Acórdão 321/2019 que trata sobre o ponto: “27. Da mesma forma que não compete a esta Corte atuar nas questões de interesse exclusivamente privado que não envolvam o resguardo do interesse público, o simples descumprimento de cláusula contratual pelo particular que não importe dano ao erário deve ser tratado pela própria Administração mediante ação judicial ou utilização dos instrumentos previstos na legislação (....) 28. Não é papel do TCU substituir a Administração ou o Poder Judiciário, sob risco de se imiscuir em competências alheias, nas contendas sobre a aplicação de cláusulas puramente comerciais sem indicativos de prejuízos ao interesse público (Acórdãos 1.236 e 2.202/2017 - Plenário, da minha relatoria)”.

próprias competências.<sup>10</sup> Assim, têm sido identificadas expansões indevidas de atribuição do TCU, por exemplo, nos seguintes aspectos: (i) no controle de editais de licitação ainda não publicados;<sup>11</sup> (ii) na tomada de medida cautelares sem a observância dos limites estabelecidos pelos arts. 71, IX e X da Constituição;<sup>12</sup> (iii) na suspensão de contratos públicos, quando o texto constitucional prevê expressamente apenas a competência de sustar atos (art. 71, X e seus §§ 1º e 2º);<sup>13</sup> (iv) no exercício de controle de constitucionalidade incidental, buscando impor a toda a Administração Pública a sua interpretação sobre a constitucionalidade de atos normativos;<sup>14</sup> (v) na utilização de poder de sanção no controle operacional, expandindo o conceito de legalidade para incluir também os conceitos de “legitimidade”, “economicidade” e “eficiência”, aplicando penalidades também em face de supostas violações destes princípios;<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Como nota Flávio Garcia Cabral, “[o] problema em relação ao TCU parece residir não no conjunto normativo que o estrutura e conforma suas competências, mas sim em como vem sendo interpretado e aplicado pela própria Corte.” (CABRAL, Flávio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul./set. 2021).

<sup>11</sup> Cf. nesse sentido JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

<sup>12</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 204; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos, *in Interesse Público* nº 82, Ano 15, Nov/dez 2013, pp. 3-5; e ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 260-274.

<sup>13</sup> Cf. BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *RDA*, v. 203, pp. 137-130, jan./mar. 1996, tópico “III – Incompetência do Tribunal de Contas para invalidar ou sustar, diretamente, contrato celebrado pela Administração”; SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 119, maio/ago. 2011; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos, *in Interesse Público* nº 82, Ano 15, Nov/dez 2013, p. 26; ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 274-285.

<sup>14</sup> O TCU adotou esse entendimento, por exemplo, no Acórdão 2000/2017 – 2ª Câmara, Rel. Min. Ana Arraes, em que avaliou ser inconstitucional a concessão do bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária disciplinado pela Lei Federal 13.464/2017 a servidores inativos e pensionistas, afastando assim a aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 7º desta Lei.

<sup>15</sup> Cf. OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019, p. 10; e PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador?

e (vi) na assunção de funções típicas de agências reguladoras, sobrepondo sua própria análise de mérito discricionária sobre alguma questão regulatória àquela feita pela entidade competente.<sup>16</sup>

O contexto justifica a importância de analisar detidamente esse novo fenômeno de expansão da jurisdição do Tribunal, consistente na possibilidade de o Tribunal de Contas julgar as contas e imputar débitos aos particulares contratados da Administração, independentemente de concurso de agentes públicos. Diante do ineditismo da tese no direito brasileiro, optou-se por avaliar como é moldada a jurisdição dos Tribunais de Contas de países com sistemas de controle de contas que serviram de inspiração para a implementação das instituições de controle brasileiras.<sup>17</sup> A ideia é a de que a avaliação da extensão dessas jurisdições e a forma como são ressarcidos os danos ao erário causados por particulares contratados da Administração no direito comparado pode fornecer subsídios importantes para a análise da juridicidade e da legitimidade dessa nova orientação do TCU.

Este artigo tem portanto o objetivo específico de averiguar como o tema é tratado no direito estrangeiro, a fim de verificar se há paralelos no direito comparado para essa atuação da jurisdição de contas. A hipótese dos autores

---

Dissertação de mestrado apresenta na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, pp. 160-165.

<sup>16</sup> Nesse sentido são as conclusões de três diferentes dissertações de mestrado acerca do controle do TCU sobre agências reguladoras, oriundas de 3 diferentes programas de pós-graduação. Cf.: OLIVEIRA, Anderson Márcio. Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC. Dissertação apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2017; MERLOTO, Nara Carolina. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle. Dissertação apresentada na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; e PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador? Dissertação apresentada na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.

Cf. também NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi *et al.* Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, *in* Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019, p. 46; e DUTRA, Pedro e REIS, Thiago. O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura. São Paulo: ed. Singular, 2020, *passim*. Como exemplo de artigo breve sobre o tema, cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal e JORDÃO. Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória, coluna publicada no site Conjur em 10/01/2020, disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opiniao-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade>>.

<sup>17</sup> Sobre as influências de sistemas de controle de contas estrangeiros na formação do TCU, remete-se a SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

– derivada da tendência expansionista das atribuições do TCU, citada linhas acima – era a de que essas decisões do TCU envolvendo particulares contratados da Administração configurariam orientação isolada no direito comparado, não havendo julgamentos de contas de particulares por parte dos principais tribunais de contas estrangeiros, nem mesmo a imputação de débito exclusivamente a particulares em caso de dano ao erário. Nesses casos, a suposição era a de que, tal como ocorria no Brasil antes da virada jurisprudencial relatada, a cobrança de particulares por dano ao erário ocorreria apenas na via *judicial*. Neste sentido, trazer essa competência sobre agentes privados para o âmbito do controle de *contas* seria algo que, tal como a jabuticaba mencionada no título deste artigo, só seria encontrado no Brasil.

Para verificar essa hipótese, realizou-se um estudo comparativo das competências de órgãos superiores de julgamento de contas notoriamente reconhecidos, em especial da Espanha, de Portugal, da França, da Itália e do Reino Unido. Os ordenamentos jurídicos desses países serão abordados, na seção III, sob duas perspectivas. Primeiro, serão averiguadas, na subseção III.1, as condições sob as quais contas de entidades privadas podem ser analisadas pelas cortes de contas dos países supracitados. Como se demonstrará, as cortes de contas e os tribunais de superposição dos países estudados cuidam de afastar interpretações extensivas, afirmando claramente que a competência dos tribunais de contas não se estende para além do setor público e de eventuais pessoas que possam ser equiparadas a integrantes da Administração Pública, por manejarem diretamente recursos públicos.

Em seguida, verificar-se-á, na subseção III.2, se existe alguma possibilidade de responsabilização de particulares pelas cortes de contas no direito estrangeiro. Será demonstrado que, nos países analisados, de maneira geral, não há autorização para a responsabilização de particulares por parte das cortes de contas, diferentemente da jurisprudência recentemente fixada pelo TCU. Na verdade, nas jurisdições estrangeiras analisadas, foram encontrados julgados rejeitando até mesmo a responsabilidade solidária em casos de concurso de agentes públicos e privados.

Antes, porém, de expor o tratamento do tema no direito comparado, convém explicitar, de forma mais detida, a controvérsia que surgiu no TCU sobre o tema, e os argumentos constitucionais e legais utilizados no Brasil para justificar – e rechaçar – a atuação do TCU perante particulares contratados da Administração. A próxima seção deste artigo é dedicada a isso.



## 2. A CONTROVÉRSIA SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS EM RELAÇÃO A PARTICULARES CONTRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

No plano constitucional, a divergência tem por escopo, basicamente, a interpretação conferida a dois dispositivos da CRFB/88: o parágrafo único do art. 70 (“[p]restará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”) e a parte final do inciso II do art. 71 (compete ao TCU “II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”).

A visão mais restritiva sobre a amplitude das competências do TCU, adotada pela jurisprudência do Tribunal em um primeiro momento, partia da leitura conjunta dos arts. 70 e 71. Nessa perspectiva, a tomada de contas especial prevista na parte final do inciso II do art. 71 só poderia ser instaurada em face dos sujeitos listados no parágrafo único do art. 70 – aqueles que fossem responsáveis pela gestão de recursos públicos. Em outras palavras, caberia ao TCU promover a tomada de contas especial “*de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, e que, satisfazendo a essas condições, derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário*” (grifou-se).<sup>18</sup> E os particulares contratados pela Administração Pública não são responsáveis pela gestão de dinheiros, bens e valores públicos.

No mesmo sentido, o TCU sempre entendera que a responsabilização desses particulares contratados só poderia ocorrer de forma solidária, na hipótese em que o dano ao erário fosse causado em conluio com agente público, por força do previsto no art. 16, §2º, *b*, da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do

<sup>18</sup> TCU, Acórdão 1112/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

TCU – LOTCU).<sup>19-20</sup> Caso não houvesse participação do agente público no dano ao erário, a apuração do prejuízo deveria ser realizada fora do âmbito do TCU, mediante ação judicial.<sup>21</sup> O TCU reiterou esse entendimento em diversos precedentes envolvendo particulares contratados da Administração, inclusive em casos envolvendo superfaturamento.<sup>22</sup> A alteração da redação do parágrafo único do art. 70 da Constituição promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não modificou esse entendimento.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> “Art. 16. As contas serão julgadas: III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: (...) c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: a) do agente público que praticou o ato irregular, e b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.”

<sup>20</sup> Nesse sentido, assim se manifestou o Ministro Benjamin Zymler sobre a possibilidade de condenar particulares contratados em débito: “a hipótese normativa de sujeição do particular à jurisdição do TCU em sede de contas, quando aquele, mesmo não estando a desempenhar nenhuma função pública, der causa a dano ao erário em concurso com pelo menos um agente público, é prevista no art. 16 da Lei nº 8.443/1992, (...) Só tem contas a prestar aquele a quem se confiou a gestão de recursos públicos, conforme disposto no citado parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal. Assim, os agentes públicos envolvidos devem ter suas contas julgadas irregulares e ser condenados a responder pelos danos causados ao erário, enquanto o particular, que não tem contas a serem julgadas, deve responder solidariamente com os agentes públicos pelo referido dano. (...)” (TCU, Acórdão 1112/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler).

<sup>21</sup> É dizer, “**se não houver culpa lato sensu de nenhum agente público, a lesão suportada pelos cofres públicos deverá ser sanada por meio da competente ação judicial. Assim, nessa última hipótese, a questão será resolvida fora do âmbito de atuação desta Corte de Contas**” (TCU, Acórdão 1693/2003, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; grifou-se). No mesmo sentido: TCU, Acórdão 1856/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão 33/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

<sup>22</sup> TCU, Decisão 543/2000, Plenário, rel. min. Walton Alencar Rodrigues; TCU, Acórdão 4750/2009, 2ª Câmara, rel. min. Benjamin Zymler.

<sup>23</sup> A referida emenda alterou a redação do parágrafo único do artigo 70, determinando a prestação de contas de “(...) **qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária**” (grifou-se), enquanto a redação anterior do dispositivo falava em “(...) **qualquer pessoa física ou entidade pública (...)**”. Ao analisar especificamente a nova redação do parágrafo único do artigo 70, da Constituição, a Corte de Contas firmou o entendimento de que “a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, no Parágrafo único do art. 70, **não trouxe mudança substancial à jurisdição deste Tribunal**” (TCU, Acórdão 446/2000, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; fundamentos reproduzidos no Acórdão 379/2000, Plenário, de mesma relatoria; grifou-se). Assim, o TCU reiterou que, a despeito das alterações redacionais, “o art. 70 da CF não alcança o contratado pela administração pública”.

Em um segundo momento, o TCU modificou, radical e subitamente, seu posicionamento sobre a possibilidade de condenação de particulares contratados e de julgamento de suas contas, reinterpretando as normas constitucionais e legais relevantes – que permaneceram formalmente inalteradas.<sup>24</sup>

Essa nova interpretação se baseou em leitura isolada da parte final do inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, que prevê o julgamento de contas daqueles que “(...) derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Nessa visão, esse trecho do dispositivo permitiria ao TCU o julgamento de contas de qualquer pessoa que dê causa a dano ao erário, não somente aquelas que o fizeram em conjunto com agente público. O parágrafo único do artigo 70, nessa perspectiva, não deveria ser levado em consideração, nem deveria ser lido em conjunto com o inciso II. Em relação ao §2º, do artigo 16, da LOTCU, que, como visto, determina que cabe ao TCU fixar a responsabilidade *solidária* do particular contratado quando haja concorrência conjunta com agente público no dano ao erário, a nova leitura do TCU passou a ser de que esse dispositivo não exaure os casos em que particulares podem ser condenados pelo Tribunal.<sup>25</sup>

Esse entendimento é, contudo, criticável. A nova orientação do TCU não parece encontrar respaldo na Constituição e na legislação, as quais não parecem lhe atribuir competências para julgar contas ou condenar particulares contratados pela Administração.

*Em primeiro lugar*, porque, ao estabelecer a lista dos sujeitos que possuem a obrigação de prestar contas, o parágrafo único do art. 70 da Constituição elenca quem está sujeito ao controle externo exercido pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo TCU.<sup>26</sup> Ao fazê-lo, a CRFB prevê como destinatários do controle externo apenas aqueles que administrem recursos públicos. E os particulares

<sup>24</sup> Sobre os limites das competências discricionárias do TCU e do seu necessário balizamento jurídico, v. CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 237-284, jan./abr. 2020.

<sup>25</sup> Na verdade, a jurisdição do TCU abrangeria “(...) aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;” (art. 5º da LOTCU, reproduzindo a parte final do inciso II do artigo 71 da CRFB/88). Nesse sentido, TCU, Acórdão 2056/2013, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão 1680, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão 2448, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

<sup>26</sup> Em outras palavras, “*somente os agentes sujeitos ao dever de prestar contas submetem-se à jurisdição dos Tribunais de Contas*”, como coloca Jacoby Fernandes (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e competência, 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 491). No mesmo sentido, RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial, *in* Revista do TCU nº 77, 1998, p. 57.

meramente contratados pela Administração Pública não se encontram nesse rol, uma vez que não realizam as atividades de “*utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar bens ou valores públicos*”.

Com efeito, as empresas, cujo relacionamento com a Administração Pública limita-se à prestação de serviços e ao fornecimento de bens, não são responsáveis pela administração ou gestão (em sentido amplo) de recursos públicos, não sendo incluídas nesse rol de sujeitos do controle externo.<sup>27</sup> Elas são apenas *receptoras* (e não gestoras) de gastos públicos.<sup>28</sup> Nesse caso, deve prestar contas não o particular contratado, mas sim o gestor público responsável pela sua contratação, até porque os valores pagos pela Administração Pública a pessoas jurídicas de direito privado tornam-se de natureza privada, perdendo sua natureza e caráter público ao ingressarem no patrimônio do contratado.<sup>29</sup>

*Em segundo lugar*, um exame dos poderes específicos atribuídos ao TCU (CRFB/88, art. 71) confirma a circunscrição do controle externo àqueles que gerem recursos públicos. De fato, não é possível ler os incisos específicos do art. 71 ignorando o parágrafo único do art. 70, já que este fixa *todo o escopo* do controle externo.<sup>30</sup> Especificamente em relação ao inciso II do art. 71,

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, são pertinentes as considerações de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, ao comentar justamente o parágrafo único do art. 70 da Constituição: “(...) O mero fornecedor externo de serviços ou bens para a administração pública não é obrigado a prestar contas ao controle público, ou seja, não se sujeita à jurisdição dos órgãos de controle externo. Agentes externos à administração pública federal, mesmo que com ela se relacionem, não têm contas próprias sujeitas à aprovação do TCU, não têm suas despesas contábeis auditadas, não são, em suma, jurisdicionados dos órgãos de controle externo. Isso porque essas pessoas privadas externas não são responsáveis por recursos públicos. São agentes estranhos à máquina administrativa, que exercem atividade no âmbito privado, ainda que em virtude de contrato com o poder público” (in SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares, in *Justiça do Direito*, V. 33, nº 2, Maio/Agos 2019, p. 205).

<sup>28</sup> A exceção são aqueles particulares que sejam contratados justamente para a guarda, gestão e administração de gastos públicos, a exemplo de instituição financeira contratada por entidade da Administração Pública para gerir seu patrimônio. Nesse caso, pela atividade de gestão de recursos públicos ser justamente a finalidade de seu contrato, ele submete-se ao dever de prestar contas. Contudo, a remuneração por ele recebida pelos serviços prestados não é recurso público.

<sup>29</sup> Nesse sentido, ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 166.

<sup>30</sup> Nesse sentido é a opinião da doutrina especializada: “[s]omente os agentes sujeitos ao dever de prestar contas submetem-se à jurisdição do TCU” (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e competência*, 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 491); “o escopo da atuação do controle externo está delineado no parágrafo único, do art. 70, da CF” (SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares*, in *Justiça do Direito*, V. 33, nº

verifica-se que o TCU, a partir da recente virada jurisprudencial, identifica na segunda parte do inciso II (“e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”),<sup>31</sup> poderes de julgamento de qualquer um que venha a causar prejuízo ao erário, inclusive de particulares que sejam apenas contratados da Administração Pública.

No entanto, a divisão do inciso II em duas partes é, para a doutrina, uma forma de dividir aqueles responsáveis por prestar contas de forma corrente (primeira parte do dispositivo) – as chamadas *contas ordinárias* –, e aqueles responsáveis por prestar contas em casos específicos de irregularidades ou desvios (segunda parte do dispositivo) – as chamadas *contas especiais ou excepcionais*. Esta última hipótese corresponde ao julgamento ou tomada de contas especial (“TCE”), que tem a finalidade de averiguar, investigar e tomar as medidas cabíveis no caso de irregularidades relacionadas à gestão do patrimônio público, com dano ao erário.<sup>32</sup> Dessa forma, a segunda parte do dispositivo amplia a sua abrangência. Não se impõe um dever a qualquer pessoa, mas sim àquelas pessoas com o dever de prestar contas, por serem responsáveis pela gestão (em sentido amplo) do patrimônio público, ainda que não sejam “*administradores e responsáveis*” da Administração Pública direta e indireta. É o caso de particulares que efetuam a gestão de recursos federais, como entidades do terceiro setor.<sup>33</sup>

---

2, Maio/Ago. 2019, p. 205); “a competência do Tribunal de Contas da União é constitucionalmente definida no âmbito do controle externo da atividade financeira, contábil e orçamentária dos órgãos e entidades públicas federais na forma estatuída no art. 70 da Constituição Federal” (RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial, in Revista do TCU nº 77, 1998, p. 57).

<sup>31</sup> A primeira parte é “*julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal*”.

<sup>32</sup> Confirmam-se os comentários de Jacoby Fernandes sobre o art. 71, II da Constituição: “A par das contas anuais, que são prestadas por todos os órgãos da Administração Pública, ordinariamente, existe um tipo diferenciado de contas, denominado *contas especiais*. (...) Por esse motivo é que o comando constitucional se refere a “*julgar as contas dos administrativos e demais responsáveis*” e “*daqueles*” que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. No primeiro caso, refere-se a Constituição Federal às *contas ordinárias*; no segundo, às *contas especiais*. No primeiro caso, há gestão, no segundo, apenas a causa do dano, perda, extravio ou outra irregularidade”. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e competência, 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 343

<sup>33</sup> ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 164.

Afinal, se quaisquer sujeitos que “derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” pudessem ser obrigados a prestar contas, independentemente de “utilizarem, arrecadarem, guardarem, gerenciarem ou administrarem dinheiros, bens e valores públicos”, o parágrafo único do art. 70 seria simplesmente inútil, sem qualquer razão de ser. E, de acordo com a conhecida regra de interpretação, não se presumem, nas leis, palavras inúteis.<sup>34</sup>

*Em terceiro lugar*, o desenho constitucional de competências impõe que, caso o TCU suspeite de atuação irregular de particular contratado pela Administração, ele deve encaminhar os seus procedimentos e suas conclusões a outros órgãos públicos e instituições, tais como o Ministério Público, a Polícia Federal, ou os próprios órgãos ou entidades da Administração Pública que teriam sido prejudicados, que têm o encargo de representar ao Poder Judiciário sobre a questão. Na forma do inciso XI do art. 71 da Constituição, o Tribunal de Contas possui o poder “de representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”. Esse “Poder competente” é o Judiciário, porque, no Direito brasileiro, “é reservada ao Poder Judiciário a função de condenar alguém ao ressarcimento de danos, inclusive ao erário”.<sup>35</sup>

*Em quarto lugar*, a LOTCU não atribui ao Tribunal de Contas poderes de julgar contas de particulares contratados pela Administração Pública ou de condená-los a ressarcir eventuais danos causados ao erário, limitando-se, no ponto, a reproduzir as normas constitucionais sobre a extensão da jurisdição do TCU. E quando a LOTCU emprega termos de caráter mais indeterminado, como “*responsáveis*” e “*aqueles*” (presentes em diversos de seus dispositivos), essas expressões são utilizadas em sentido próprio, para referir-se aos sujeitos que possuem o dever de prestar contas, e não a quaisquer terceiros externos

<sup>34</sup> De fato, “a competência de julgar contas, prevista no inciso II do art. 71 da CF, há de ser interpretada em consonância com o disposto no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição (...)” (RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial, *in* Revista do TCU nº 77, 1998, p. 58). No mesmo sentido, mais recentemente, JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tomada de Contas Especial: desenvolvimento do processo na Administração Pública e nos Tribunais de Contas, 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 117-118; SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares, *in* Justiça do Direito, V. 33, nº 2, Maio/Agos 2019, p. 207; ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 165.

<sup>35</sup> SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares, *in* Justiça do Direito, V. 33, nº 2, Maio/Agos 2019, p. 205.

à Administração Pública.<sup>36</sup> Aliás, na única vez em que a LOTCU se refere a agente privado externo à Administração Pública e à gestão de recursos públicos, ela usa a expressão “*licitante fraudador*” (trata-se de seu art. 46, que estabelece a sanção de inidoneidade). Ademais, a alínea “b” do §2º do art. 16 da LOTCU autoriza o TCU apenas a representar, na forma do §3º do art. 16 (e conforme a competência prevista no inc. XI do art. 71 da CRFB/88), não sendo fundamento para imposição de débito ou fixação de sanção administrativa.

*Em quinto lugar*, e por fim, deve-se registrar que parte da ampliação de competência que o TCU tenta agora emplacar já foi rechaçada pelo Congresso quando da elaboração da LOTCU, promulgada em 1992. A proposta específica (ou seja, votada em separado) de emenda legislativa que atribuía ao TCU poderes sobre os particulares contratados terminou sendo expressamente rejeitada pelo Poder Legislativo Federal. É dizer, essa competência que o Tribunal busca consagrar para si, por meio de interpretação própria, fora-lhe expressamente negada pelo jogo democrático.<sup>37</sup> Tratou-se de emenda apresentada pelo Senador Pedro Simon,<sup>38</sup> que foi recusada pelo Plenário da Câmara dos Deputados,<sup>39</sup> com manifestações veemente contrárias, por parte

<sup>36</sup> Isso ocorre, por exemplo, em seus arts. 12, incisos II e III, §§1º e 3º; art. 17; arts. 18 e 19, que tratam de quando as contas são julgadas regulares com ressalva e irregulares; art. 25, que trata da notificação do responsável para quitar a dívida; art. 44, que trata da possibilidade de afastamento cautelar do responsável, entre tantos outros. Nos casos em que a lei se refere a outros sujeitos externos à jurisdição do Tribunal, são utilizadas outras expressões como “*interessado*”, a exemplo do inciso I do art. 22, que se refere à ciência do “*responsável ou do interessado*” quando da citação, deixando claro que são sujeitos distintos. No mesmo sentido, SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares, *in* Justiça do Direito, V. 33, nº 2, Maio/Agos 2019, p. 211-212.

<sup>37</sup> Cf. ROSILHO, André. Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 97-98. O ponto é levantado na análise feita no Capítulo 3 – O Processo de Construção da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, integrante da Parte 1 do livro, no qual o autor trata da história legislativa de elaboração dos dois principais instrumentos que disciplinam os poderes do TCU: os arts. 70 a 74 da Constituição Federal, e a Lei Orgânica do TCU. Cf. também SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares, *in* Justiça do Direito, V. 33, nº 2, Maio/Agos.2019, p. 212.

<sup>38</sup> Diário do Congresso Nacional de 31/03/1992, p. 1571. Cf. o inteiro teor da Emenda nº 26-CCJ: “*Acrecentem-se ao art. 42. os seguintes parágrafos: “Art. 42. (...) §3º O Tribunal poderá determinar a extensão das inspeções e auditorias às pessoas jurídicas de direito privado interessadas ou de qualquer forma envolvidas, direta ou indiretamente, na aplicação dos recursos públicos objeto da fiscalização.*”

<sup>39</sup> A rejeição ocorreu na votação em separado das emendas do Senado Federal realizada em 24/06/1992, na 95ª Sessão de 1992. Votaram pela rejeição da emenda os líderes dos partidos

de deputados, a essa expansão das competências do TCU para as empresas privadas contratadas.<sup>40</sup>

### 3. O TRATAMENTO DA MATÉRIA NO DIREITO COMPARADO

Para verificar se os poderes que o TCU se autoatribuiu encontram paralelo no direito comparado, realizou-se um estudo das competências dos órgãos superiores de julgamento de contas reconhecidos internacionalmente, em especial da Espanha, de Portugal, da França, da Itália e do Reino Unido. Como se verá a seguir, nestes países são raras as decisões discutindo especificamente o assunto. Isso porque a questão normalmente nem se coloca: as cortes de contas estrangeiras, amparadas na legislação e no papel que universalmente se reconhece às cortes de contas, simplesmente partem do pressuposto de que suas funções se limitam ao controle do manejo de recursos públicos, e à condenação da reparação de eventuais danos à Administração por particulares não integrantes da estrutura estatal se realiza no âmbito do Poder Judiciário. Nos poucos casos em que algum tribunal efetivamente se debruçou sobre o tema, relatados abaixo, concluiu-se de forma contrária à pretensão do TCU. Essa constatação atesta a excepcionalidade da atuação que tem se permitido o TCU, a partir de sua virada jurisprudencial.

Nos itens seguintes, apresenta-se o problema sob duas perspectivas diferentes. Uma questão é o Tribunal de Contas ter competência ou não para analisar contas de empresas privadas. Outra discussão, relacionada, mas não idêntica à primeira, é a possibilidade de, em uma auditoria realizada por uma corte de contas *sobre um órgão público*, verificar-se que um contrato administrativo vem causando dano ao erário, e condenar o particular a repará-lo, exclusivamente ou solidariamente com o agente público. As situações são distintas, mas o TCU tem se entendido competente em ambos os casos, como já se viu acima. E, nas duas situações, a sua orientação é descolada dos exemplos das jurisdições estrangeiras maduras e com tradição de controle de contas.

Nesse contexto, os exemplos do direito comparado serão abordados, a seguir, sob essas duas perspectivas. Primeiro, serão averiguadas as condições

---

PMDB, PTB, PDS, PSDB, PDT e de Bloco formado pelos partidos PFL/PRN/PSC. O PT foi o único partido cujo líder votou favoravelmente à matéria.

<sup>40</sup> Diário do Congresso Nacional de 25/06/1992, pp. 14.529-14.530. Cf. a íntegra da fala do Deputado: "O SR. JOSÉ THOMAZ NONÓ (PMDB - AL. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, as disposições do § 3º do art. 42, na forma proposta pela emenda, são manifestamente inconstitucionais. Não é competência do Tribunal de Contas da União determinar inspeções e auditorias na contabilidade das pessoas jurídicas de Direito Privado, o que me parece um flagrante atentado à Constituição."



sob as quais contas de entidades privadas podem ser analisadas pelas cortes de contas dos países supracitados. Em seguida, verificar-se-á se existe alguma possibilidade de responsabilização de particulares pelas cortes de contas no direito estrangeiro.

### 3.1. O julgamento de contas de particulares contratados pela Administração por Tribunais de Contas estrangeiros

Nos ordenamentos jurídicos analisados, as possibilidades de análise, pelas cortes de contas, de pessoas físicas e jurídicas de direito privado que não integram a Administração Pública são extremamente restritas, limitando-se aos casos expressos em lei – hipóteses invariavelmente ligadas à gestão, por essas entidades privadas, de recursos públicos. Como se explicará, na maioria dos casos, a legislação de regência prevê genericamente a essas cortes competência sobre contas do *setor público* e, na sequência, traz um rol exaustivo de entidades privadas que podem ser objeto de apreciação.

Nos pouquíssimos casos em que as leis desses países poderiam, eventualmente, dar alguma margem para interpretações distintas – em especial no caso da Espanha e, em menor medida, de Portugal e da Itália –, verificou-se que as cortes de contas e os tribunais de superposição cuidam de afastar este tipo de interpretação extensiva. Nesses casos, esses tribunais afirmam claramente que a competência dos tribunais de contas não se estende para além do setor público e de eventuais pessoas que possam ser equiparadas a integrantes da Administração Pública, por manejarem diretamente recursos públicos. A seguir, será exposto o tratamento dado ao tema pelos ordenamentos jurídicos de cada um dos países analisados.

#### 3.1.1. O caso do Tribunal de Cuentas espanhol

Como o seu similar brasileiro, o *Tribunal de Cuentas* espanhol tem competências definidas na Constituição do país e em sua lei orgânica. No texto constitucional, verifica-se que a competência da corte recai, genericamente sobre as contas do “*setor público estatal*”,<sup>41</sup> sem qualquer previsão de julgamento

<sup>41</sup> O item 4 do art. 136 da Constituição espanhola dispõe que uma lei orgânica regulará a composição, e a organização e as funções do Tribunal, mas o próprio texto constitucional já dá indicações dos limites das atribuições da Corte de Contas do país. Nesse sentido, o art. 136.1, da Constituição espanhola deixa claro que “o *Tribunal de Contas* é a organização fiscal suprema das contas e da gestão econômica do Estado, bem como do setor público”; já o item 2 do mesmo artigo afirma que “as contas do Estado e do setor público estatal serão submetidas ao Tribunal de Contas e por ele controladas”.

de contas privadas. Já a lei orgânica da corte de contas do país (Ley Orgánica nº 2/1982) possui dispositivos com redações semelhantes às previsões da Constituição brasileira e da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92), o que torna o cotejo dessas jurisdições especialmente relevante para este artigo.

Com efeito, o art. 15.1 da Ley Orgánica nº 2/1982 dispõe que o *Tribunal de Cuentas* detém competência para apreciar as contas que “devem ser prestadas por aqueles que arrecadem, fiscalizem, administrem, guardem, gerenciem ou utilizem bens, dinheiros ou valores públicos”.<sup>42</sup> A semelhança com o art. 70, parágrafo único, da CRFB/88 salta aos olhos.<sup>43</sup> O art. 38 da lei orgânica da Corte de Contas espanhola, por sua vez, estabelece que “aquele que, por ação ou omissão contrária à lei, originar a perda de dinheiros ou valores públicos, ficará obrigado à indenização dos danos e prejuízos causados”.<sup>44</sup> A previsão se assemelha à norma da CRFB/88 que atribui ao TCU o julgamento das contas “daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (art. 71, II, *in fine*, CRFB/88).

Como visto acima, no Brasil, no Acórdão 321/2019, o TCU chegou à conclusão de que essa previsão da parte final do art. 71, inc. II, lida isoladamente (e sem consideração sistemática das demais normas constitucionais e legais), seria suficiente para justificar a competência da Corte para julgar as contas de particulares que não exercem – nem mesmo por extensão – qualquer tipo de função pública. Na Espanha, onde as previsões textuais legais são bastante semelhantes, tanto o *Tribunal Supremo* quanto o *Tribunal de Cuentas* rejeitaram explicitamente este entendimento. Como revela o trecho abaixo, o *Tribunal Supremo* espanhol deixou claro que a jurisdição da Corte de Contas não pode abranger aqueles que não têm a seu cargo a gestão de bens ou dinheiros públicos:

“(…) tampouco pode a responsabilidade de contas se confundir, necessariamente, com a responsabilidade civil ou patrimonial em que possam incorrer,

<sup>42</sup> Tradução livre do original: “Artículo quince. Uno. El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. Dos. La jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión.”

<sup>43</sup> “Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.”

<sup>44</sup> Tradução livre do original: Uno. “El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.”

perante a Administração, aqueles que, sem estarem vinculados ao seu serviço, ou estando, mas não tendo a seu cargo a gestão de bens ou dinheiros públicos, causem-lhes dano, seja diretamente, seja por gerar a obrigação da Administração de indenizar terceiros. Nestes casos, não haverá qualquer assunção de responsabilidade perante a jurisdição de contas, mas sim uma situação de “responsabilidade civil perante a Administração Pública”, para cuja efetivação esta última, na falta de preceito legal que o habilite, terá que amparar-se na jurisdição cível como qualquer outro sujeito de direito (...)”<sup>45</sup>

No julgado, o *Tribunal Supremo* também afastou, expressamente, o argumento de que a competência do *Tribunal de Cuentas* para julgar contas de particulares poderia ser extraída, de forma isolada, do já citado art. 38 da lei orgânica (que imputa responsabilidade de indenizar àqueles que originarem “a perda de dinheiros ou patrimônios públicos”) – dispositivo que, relembre-se, assemelha-se à parte final do art. 71, inc. II, da CRFB/88. Segundo a suprema corte espanhola, não é possível ler os dispositivos legislativos de forma isolada; ao contrário, é preciso fazer uma interpretação sistemática, que leve em consideração (i) a competência constitucional do Poder Judiciário e (ii) as outras normas definidoras de competências do *Tribunal de Cuentas*, em especial a norma que define os sujeitos da jurisdição da corte como sendo aqueles que “arrecadem, fiscalizam, administrem, guardem, gerenciem ou utilizem bens, dinheiros ou patrimônios públicos” (art. 15.1, Ley Orgánica 2/1982).<sup>46</sup> Fazendo um paralelo com a realidade jurídica brasileira, é como se a Corte tivesse dito que o art. 71, inc. II, *in fine*, da CRFB/88 não pode ser

<sup>45</sup> STS 3995/1999, Sección 2, relator Pascual Sala Sánchez, 07/06/1999, p. 3. Tradução livre do original: “(...) tampoco puede la responsabilidad contable identificarse, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daños a estos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino o ante una situación de “responsabilidad civil frente a la Administración pública”, para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (...)”

<sup>46</sup> Sobre o ponto, assim dispôs o Tribunal Supremo no já citado STS 3995/1999: “Es por todo ello por lo que, pese a los “aparentes” términos de generalidad con que vienen concebida la responsabilidad contable en el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, su alcance, por fuerza de la lógica y por respeto a la exclusividad en el ejercicio jurisdiccional que la Constitución reconoce a los distintos órdenes de la Jurisdicción ordinaria - art. 117.3- en relación con la competencia atribuida al contencioso- administrativo en los arts. 9.3, y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora dicha Jurisdicción, no puede traspasar el tipo de responsabilidad que surja de las “cuentas” que, en el sentido más amplio, deban rendir quienes manejen o administren caudales o efectos públicos y derive de una infracción que, asimismo,

interpretado isoladamente, mas sim em conjunto com o art. 70, parágrafo único e com as regras que definem competências do Poder Judiciário.

O *Tribunal Supremo* reafirmou esse entendimento em outros julgados mais recentes.<sup>47</sup> Na STS 881, de 2019, por exemplo, o Tribunal afastou a competência do *Tribunal de Cuentas* em caso de dano ao erário causado por particulares que, de forma fraudulenta, inflaram os preços de bens adquiridos por eles no âmbito de um convênio, de forma a elevar artificialmente o valor que foi posteriormente pago pela Administração. No caso, fixou-se o entendimento de que esse prejuízo deve ser recuperado nas vias judiciais ordinárias, por meio da responsabilidade civil, reiterando-se que “embora a responsabilidade de contas possa se estender ao âmbito dos danos causados ao patrimônio público, ela se insere no exercício da atividade financeira pública”, o que não inclui a atividade contratual da Administração Pública.

Também o *Tribunal de Cuentas*, acatando expressamente esse entendimento restritivo sobre sua própria competência, tem orientação jurisprudencial clara de que “não podem ser responsabilizados aqueles que, apesar de terem participado nos eventos geradores do dano ao erário, não possuam a condição de gestores do patrimônio lesado”. Isso porque, segundo a Corte de Contas espanhola, “exigir responsabilidade contábil de quem não é gestor de fundos públicos, mesmo que tenha colaborado na produção do dano, implicaria invasão, pela jurisdição contábil, dos poderes de outras ordens jurisdicionais”.<sup>48</sup>

### 3.1.2. O caso da *Cour des comptes* francesa

Na França, a lei traz como regra geral a competência da *Cour des comptes* para julgar as contas de pessoas jurídicas de direito público, trazendo, em seguida, algumas previsões expressas contendo os limites da competência que a Corte pode exercer sobre determinadas entidades de direito privado.<sup>49</sup> Dessa

---

*pueda ser calificada de contable, tal y como exigen los arts. 15.1 de la tan repetida Ley Orgánica 2/1982.”*

<sup>47</sup> Por exemplo, STS 881/2019 e STS 1376/2012.

<sup>48</sup> Tribunal de Cuentas, Sentencia nº 13 de 2008, de 20/10/2008. Trechos em tradução livre do original: “no pueden ser responsables contables quienes, pese a haber participado en los hechos generadores del menoscabo, no tuvieron la condición de gestores del patrimonio dañado. De acuerdo con esta doctrina, exigir responsabilidad contable a quien no tiene la condición de gestor de fondos públicos, aunque haya colaborado en la producción del daño, supondría una invasión por la jurisdicción contable de las competencias de otros órdenes jurisdiccionales”.

<sup>49</sup> A Constituição francesa dispõe “o *Tribunal de Contas [Cour des comptes]* auxilia o Parlamento no controle da ação do Governo” (art. 47.2). As competências da *Cour des comptes* estão

forma, a *Cour* pode controlar as contas: (i) das organizações privadas que recebem aportes financeiros do Estado para viabilizar o seu funcionamento; (ii) das que estão legalmente autorizadas a recolher tributos; das delegatárias de serviço público;<sup>50</sup> ou (iii) das entidades que pedem doações ao público.<sup>51</sup> Mas essas hipóteses, reitere-se, estão previstas em rol de competências. Sendo assim, é relevante destacar que a lei não menciona os contratados da Administração.

Nesse sentido, em trabalho específico sobre o tema, Aline Kurek deixa claro que “o juiz de contas é incompetente para julgar as contas de pessoas privadas”;<sup>52</sup> de modo que ele deve “declinar qualquer competência jurisdicional devido à natureza privada desses estabelecimentos, mesmo que seja um contabilista público”<sup>53</sup> que manuseie os valores considerados.<sup>54</sup> É que a competência da *Cour des comptes* se restringe às entidades que integram a Administração Pública ou que gerenciam recursos públicos, desde que definidas em lei como sujeitas à jurisdição da *Cour*.

A corroborar essa conclusão, registre-se que o Conselho constitucional francês já teve a oportunidade de se debruçar especificamente sobre a possibilidade de a *Cour des comptes* exercer jurisdição sobre particulares. No

---

definidas, em detalhes, no art. L111 do Código de jurisdições financeiras. Em linhas gerais, a competência da *Cour* abrange o julgamento das contas dos contadores públicos (*comptables publics*), responsáveis pela prestação de contas das pessoas jurídicas de direito público, cujas contas estão sujeitas ao controle da Corte de Contas (art. L111-3). O já citado art. L111 do código prevê, de forma exaustiva, alguns casos específicos e excepcionais em que a *Cour des comptes* pode exercer o controle de contas de pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>50</sup> Respectivamente, arts. L133-3, L133-4 e L111-11 do *Code des juridictions financières*.

<sup>51</sup> O art. L111-9 do *Code des juridictions financières* admite o controle de organizações privadas que façam um “apelo público à generosidade” (isto é, entidades privadas que pedem doações ao público amplo, e têm obrigação de prestar contas perante a Administração – v. <https://bitly.com/XCVIq>), exclusivamente para verificar a conformidade das despesas efetuadas com os objetivos perseguidos com o apelo à generosidade pública (do original, “*contrôle des comptes des organismes faisant un appel public à la générosité, afin de vérifier la conformité des dépenses engagées par ces organismes aux objectifs poursuivis par un appel à la générosité du public*” – art. L111-9).

<sup>52</sup> KUREK, Aline. *Le juge financier, juge administratif*. Droit. Thèse délivrée para l’Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2010, p. 189.

<sup>53</sup> No direito francês, existe a figura do *comptable public*, que é um agente público responsável pela movimentação de dinheiros públicos e pela gestão de contas das pessoas jurídicas de direito público. Ele é, juntamente com o ordenador de despesas (*ordonnateur*), um dos dois agentes de execução orçamentária de um órgão público, à luz do princípio da separação entre ordenadores de despesa e contabilistas – que não existe no Brasil. Nesse sentido, v. CATTEAU, Damien. “Comptable Public”. KADA, Nicolas Kada (ed.), *Dictionnaire d’administration publique*. In: FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, “Droit et action publique”, 2014, pp. 92-93.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 185.

caso, o Conselho apreciou a constitucionalidade de uma lei que permitia o controle, pela Corte de Contas, das “pessoas jurídicas de direito privado de natureza sanitária, social ou médico-social de direito privado de natureza sanitária, social ou médico-social” que prestam serviços sanitários de forma a implementar políticas públicas de saúde.<sup>55</sup> Segundo os requerentes do controle de constitucionalidade, o legislador, ao não especificar a natureza e as modalidades de exercício do controle pela *Cour des comptes*, ignorou a extensão de sua competência (§69 da decisão). O Conselho constitucional entendeu que, embora, via de regra, a Corte de Contas não tenha competência para controlar pessoas de direito privado, a lei que instituiu a referida norma definidora de competência é constitucional, porque, no caso analisado, “estas pessoas jurídicas de direito privado recebem recursos públicos de pessoas ou organismos sujeitos, eles mesmos, ao controle da *Cour des comptes*” (§71), de modo que a previsão de um regime específico de controle sobre essas entidades é justificado.

Extraí-se do julgado que a competência da *Cour des comptes* sobre pessoas jurídicas de direito privado é excepcional, porque depende de previsão legal – e ainda poderá sofrer escrutínio no controle de constitucionalidade. Como se observa na decisão, a competência somente se justifica se a entidade controlada utiliza recursos públicos a ela transferidos na consecução de objetivos públicos. Ainda assim, essa competência deve ser exercida com parcimônia, de forma que “competirá, no entanto, ao poder regulamentar assegurar, estabelecendo os termos de implementação desses controles, a conformidade com os princípios constitucionais de liberdade de empresa ou liberdade de associação de pessoas jurídicas de direito privado em questão” (§71).<sup>56</sup>

### 3.1.3. O caso do Tribunal de Contas português

Assim como na França, a legislação de Portugal lista expressamente as entidades privadas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, e não abarca os particulares contratados da Administração Pública (exceto concessionários, em alguns casos).<sup>57</sup> Por isso, “o contraente particular não está sujeito aos

<sup>55</sup> Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016 (Loi de modernisation de notre système de santé).

<sup>56</sup> Tradução livre do original: “(...) il appartiendra toutefois au pouvoir réglementaire de veiller, en fixant les modalités de mise en œuvre de ces contrôles, au respect des principes constitutionnels de la liberté d’entreprendre ou de la liberté d’association des personnes morales de droit privé concernées”.

<sup>57</sup> O art. 214 da Constituição portuguesa delega à lei a previsão das competências do Tribunal de Contas daquele país, ao prever que a tal órgão incumbe o “*juízo das contas que a lei mandar submeter-lhe*”. Regulamentando o dispositivo, a Lei de Organização e Processo do

poderes de controlo e à jurisdição do Tribunal de Contas”, nas palavras do jurista português e ex-Diretor-Geral do Tribunal de Contas de Portugal Paulo Jorge Nogueira da Costa.<sup>58</sup> Algumas normas e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais portugueses conduzem a essa conclusão.

A regra legal definidora de competências da corte (art. 2º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC) usa, em geral, termos precisos, sem margem para interpretações extensivas. A exceção é a norma que prevê competência do Tribunal sobre “entidades de qualquer natureza que (...) sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos” (item 3 do art. 2º da LOPTC). Tal dispositivo, porém, não justifica a extensão da jurisdição do Tribunal de Contas português sobre particulares em geral (na forma que foi definida pelo TCU no Acórdão 321/2019), uma vez que, para haver competência do Tribunal, não basta que a entidade integre a esfera do direito privado – é também necessário que a atividade privada “se desenvolva a partir da objetiva utilização dos meios públicos”.<sup>59</sup> Nesse sentido, de acordo com a doutrina portuguesa<sup>60</sup> e o Tribunal de Contas de Portugal,<sup>61</sup> o

---

Tribunal de Contas (LOPTC) traz um rol exaustivo, em seu art. 2º, das entidades que estão sujeitas à jurisdição e ao controle do Tribunal de Contas. A referida lei estabelece que a jurisdição do Tribunal de contas abrangia o Estado, as Regiões Autónomas, as Autarquias Locais, os Institutos Públicos e os Institutos da Segurança Social (art. 2º, 1, LOPTC). Contudo, com a entrada em vigor da Lei nº 48/2006, que alterou o supracitado art. 2º, o Tribunal de Contas português passou a ter competência, também, para o julgamento das contas de entidades privadas, como empresas públicas e concessionárias (art. 2º, 2, LOPTC). Também foi incluída previsão de que a competência do Tribunal de Contas abrange “as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos” (art. 2º, 3, LOPTC).

<sup>58</sup> COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Tese de doutorado, Coimbra, 2012, p. 371.

<sup>59</sup> SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. Controlo Financeiro Público e Responsabilidade Financeira. *Data Venia*, v. 4, nº 5, 2016. P. 209.

<sup>60</sup> PEREIRA, João Aveiro. Incumprimento da Obrigação de Prestar Contas Públicas. *Revista do Tribunal de Contas*, nº 59-60, pp. 57-88: “No domínio das finanças públicas, estão sujeitos à elaboração e prestação de contas, como melhor se verá no número seguinte (3.), os responsáveis pela aplicação dos fundos que lhes são confiados para serem afectados, segundo os princípios da legalidade e do interesse público, às necessidades colectivas próprias das diversas funções do Estado, tomado este em sentido económico e amplo, ou de entidades privadas subsidiadas ou participadas com capital público, bem como as concessionárias de serviços e obras públicas.”

<sup>61</sup> Acórdão nº 13 /2015 - 3.ª Secção-PL: “2. Mas mesmo que se entenda que os Grupos Parlamentares são apenas órgãos dos respetivos partidos políticos - e salvo disposição legal e válida em contrário - o certo é que, enquanto entidades beneficiárias de dinheiros públicos – as

conceito de *beneficiária* de verbas públicas envolve o controle das *subvenções, subsídios* públicos a entidades privadas de interesse coletivo.<sup>62</sup> Não há qualquer relação, portanto, com valores pagos aos contratados da Administração, para remunerar bens e serviços.

A propósito, nem mesmo a entidade privada *beneficiária de dinheiro público* – que, como visto, está genericamente sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas de Portugal – tem suas contas julgadas pelo Tribunal. Conforme explica Rute Frazão Serra, a atribuição do Tribunal se limita à *auditoria* dessas entidades (sem julgamento sobre a regularidade das contas), e nos limites necessários para a fiscalização da aplicação dos valores públicos,<sup>63</sup> por iniciativa própria ou mediante solicitação da Assembleia da República ou do Governo.<sup>64</sup>

Na jurisprudência portuguesa, embora não tenha sido possível encontrar julgados tratando especificamente da questão – o que, como já se afirmou, apenas revela quão excepcional é o entendimento do TCU sobre o tema –, foi possível verificar que o Tribunal de Contas português atém-se às limitações legais de sua competência. Por exemplo, em um dos raríssimos casos em que a Corte de Contas lusitana apreciou um caso de cartel, fê-lo nos limites de suas

---

denominadas subvenções parlamentares - estão sujeitos ao controlo financeiro e jurisdicional do TC (vide artigos 2.º, n.º 3, 5.º, n.º 1, al. e) e 65.º, n.º 1, alínea i), da LOPTC).”

<sup>62</sup> Com efeito, não se pode equiparar a entidade *beneficiária de dinheiros ou outros valores públicos* à entidade que recebe dinheiro público a título de contraprestação por serviços prestados ou bens entregues à Administração. É que, no momento em que a Administração efetua pagamento a título de contraprestação, o dinheiro deixa de ser *público*, ingressando no patrimônio do contratado como bem *privado*. Isso é diferente da entidade *beneficiária de dinheiro público* – neste caso, o dinheiro ingressa nos cofres da entidade para atender a objetivos públicos.

<sup>63</sup> SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. Controlo Financeiro Público e Responsabilidade Financeira. *Data Venia*, v. 4, n.º 5, 2016. pp. 156-157: “Esta prestação de contas não deverá ser confundida com a sujeição de entidades de natureza privada - mas beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros e valores públicos - ao controlo financeiro do Tribunal de Contas, exercido por via da realização de auditorias de qualquer tipo e natureza, por sua iniciativa ou a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, a estes entes de natureza privada. (...) A determinação de responsabilidade financeira dos entes privados ‘deverá ater-se aos factos típicos constitutivos de responsabilidade (...) e às obrigações legais que sobre o agente em causa recaem no que toca à utilização ou gestão dos dinheiros e valores públicos’ (cfr. afirma Guilherme D’Oliveira Martins, 2010).”

<sup>64</sup> Com efeito, o art. 5º, 1, da LOPTC, que lista as competências do Tribunal de Contas, prevê competência de julgamento da regularidade de contas apenas das entidades referidas nos itens 1 e 2 do artigo 2º (art. 5º, 1, f, LOPTC). Ocorre que, como visto linhas acima, a jurisdição sobre a entidade *beneficiária de dinheiro público* consta do item 3 do art. 2º da LOPTC. Por isso, a doutrina especializada conclui que entidades privadas que recebem, de alguma forma, dinheiros públicos estão sujeitas apenas a auditorias do Tribunal de Contas, por iniciativa própria, ou mediante solicitação da Assembleia da República ou do Governo (art. 5º, 1, g, LOPTC)



atribuições. Trata-se do caso que ficou conhecido na imprensa portuguesa como “cartel do fogo”, que envolvia reiterados conluíus entre prestadores de serviços de combate aéreo a incêndios florestais ao longo de vários anos.<sup>65</sup> No caso, a Autoridade da Concorrência de Portugal deu como provada a existência de um cartel, e o Tribunal de Contas limitou-se, em conclusões de sua auditoria, a dar orientações aos *órgãos públicos* sobre medidas para mitigar riscos de futuros conluíus.<sup>66</sup>

Igualmente, nos casos em que o Tribunal de Contas português promoveu auditorias sobre pessoas jurídicas de direito privado que recebem recursos públicos, o órgão de controle lusitano não impôs penalidades a qualquer das entidades privadas, mas apenas divulgou recomendações e orientações às *entidades da Administração Pública* para enfrentamento de problemas encontrados e melhor regulação setorial. Foi o caso, por exemplo, das recomendações dadas aos Municípios, em auditoria das Associações Humanitárias de Bombeiros (AHB), entidades privadas que recebem verbas municipais;<sup>67</sup> e das orientações oferecidas “ao Governo, através do Ministro das Finanças” e outras entidades públicas, no caso de auditoria realizada sobre Novo Banco, instituição financeira privada que recebeu injeção de dinheiro público para evitar a sua liquidação.<sup>68</sup> Nos dois casos, não houve recomendações ou determinações a qualquer entidade privada fiscalizada.

### 3.1.4. O caso do National Audit Office britânico

A entidade responsável pelo controle de contas do Reino Unido tampouco tem competência para apreciar contas de particulares – aliás, há previsão

<sup>65</sup> <https://www.publico.pt/2017/09/04/sociedade/noticia/justica-portuguesa-investiga-ramo-portugues-do-cartel-do-fogo-1784152>.

<sup>66</sup> Relatório de Auditoria n.º 49/07 – 2.ª S PROC.º N.º 51/06 .

<sup>67</sup> Relatório de Auditoria n.º 14/2019 – 2ª Seção. As AHB são entidades privadas que atuam, em âmbito local, na proteção a incêndios. No relatório de auditoria produzido, é interessante observar que o Tribunal tomou especial cuidado ao delimitar a sua competência para tanto, mediante a verificação de que “montante de apoios públicos equivale a mais de 50% dos rendimentos obtidos”, o que é suficiente para enquadrar essas entidades no conceito de “beneficiárias de dinheiros e outros valores públicos”.

<sup>68</sup> Relatório de Auditoria 7/2021, 2ª Seção. O Tribunal de Contas recentemente decidiu que é competente para realizar auditoria sobre o Novo Banco – que sofreu intervenção do Poder Público e injeção de dinheiro público para evitar a sua falência – “por ter participação de capitais públicos (25% do capital social do NB é detido pelo FdR) e ser beneficiário de dinheiro público (financiamento do FdR através do mecanismo de capital contingente), na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação desse dinheiro”.

normativa expressa capaz de livrar de qualquer dúvida que os contratados da Administração não estão sujeitos à jurisdição de contas.

Com efeito, o *National Audit Act* de 1983, que instituiu o *National Audit Office* (“NAO”), estabelece a competência do NAO para realizar análises da economicidade, eficiência e efetividade de entidades e órgãos públicos no uso de recursos públicos (Seção 6), competência que é estendida para o controle de “outros órgãos majoritariamente financiados por recursos públicos” (Seção 7). A lei, ao regulamentar a forma de se aferir se o requisito para a competência do NAO sobre pessoas jurídicas de direito privado está presente, expressamente trata do caso dos contratados da Administração. Nesse sentido, a previsão legal é de que, ao verificar se a entidade funciona majoritariamente com recursos públicos, “será desconsiderado qualquer dinheiro pago como contraprestação pela aquisição de propriedade ou pelo fornecimento de bens ou serviços, ou como remuneração, despesas, pensões, abonos ou benefícios similares, ou em relação a uma pessoa na qualidade de titular de cargo público”.<sup>69</sup>

Ou seja, a lei britânica é clara ao afastar a competência do NAO em casos em que os únicos valores pagos para a pessoa jurídica de direito privado são a título de contraprestação pela prestação de serviços ou pelo fornecimento de bens.

### 3.1.5. O caso da Corte dei Conti italiana

Assim como em outros países analisados, a possibilidade de julgamento de contas privadas pela Corte dei Conti italiana sequer se coloca – o órgão tem competência para julgar apenas as contas de entidades que integram a Administração Pública e que são financiadas por recursos públicos. Tal como se encontrou nos textos constitucionais de outros países, o art. 100.2 da Constituição italiana relaciona a corte de contas ao setor público e às “entidades para as quais o Estado contribui de forma ordinária”. Na legislação infraconstitucional,<sup>70</sup> à semelhança dos casos da França e de Portugal, há uma listagem de casos em que a Corte pode intervir, todos ligados à Admi-

<sup>69</sup> Tradução livre do original: “(5) For the purposes of this section money is received from public funds if it is paid — (a) by a Minister of the Crown out of moneys provided by Parliament or out of the National Loans Fund; or (b) by an authority or body which itself falls within subsection (1) above, including an authority or body falling within that subsection by virtue of this paragraph; but, in either case, there shall be disregarded any money paid as consideration for the acquisition of property or the supply of goods or services or as remuneration, expenses, pensions, allowances or similar benefits for or in respect of a person as the holder of an office.”

<sup>70</sup> Vale observar que No art. 103, a Constituição italiana prevê competência tanto para questões de contabilidade pública quanto para “outras questões especificadas por lei”. Do original: “La

nistração Pública *lato sensu*,<sup>71</sup> cabendo ao órgão julgar “as contas que devem ser prestadas por todos aqueles que têm manejo de dinheiro ou de valores do Estado, e outros valores públicos administrações designadas por lei”.<sup>72</sup> Como se vê, a redação guarda semelhanças com a regra geral de competência do TCU para o julgamento de contas (art. 70, parágrafo único, CRFB/88) e de outros países ora estudados (como Espanha e Portugal) – e a *Corte dei Conti* não julga contas integralmente privadas.

Na jurisprudência da *Corte di Cassazione*, verifica-se que os casos em que particulares estão sujeitos à jurisdição da *Corte* são exclusivamente aqueles em que o sujeito privado atua de forma *equiparada* a um agente público, efetivamente *inserido faticamente na estrutura administrativa*. Conforme decidido na recentíssima *Sentenza* n° 2157 de fevereiro de 2021, somente pode haver jurisdição de contas sobre particulares nos casos em que haja “atribuição ao sujeito privado externo do encargo de exercer, no interesse e com os recursos da Administração Pública, uma atividade ou um serviço público em sua substituição, e com a sua inserção no aparelho organizativo da mesma (sic)”.<sup>73</sup>

Se e somente se essas condições estiverem presentes haverá competência da *Corte dei Conti* para exigir, de particulares, o ressarcimento ao erário público. Mas note que, se os requisitos acima preenchidos estiverem presentes, esses agentes não serão particulares, mas verdadeiros agentes públicos de fato. Muito diferente, portanto, do entendimento do TCU de que particulares *que não atuam na qualidade de agentes públicos* – nem mesmo de fato – possam ter suas contas julgadas e ser condenados pela corte de contas.

---

*Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”.*

<sup>71</sup> R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, arts. 13 e ss.

<sup>72</sup> *Id.*, art. 13.

<sup>73</sup> Esse entendimento foi reiterado nas sentenças 19086/20, 7640/20, 21871/19, 486/19, 10324/16, 19891/14. Tradução livre do original: “*nell’attribuzione al soggetto privato esterno dell’incarico di svolgere, nell’interesse e con le risorse della P.A., un’attività o un servizio pubblico in sua vece e con suo inserimento nell’apparato organizzativo della stessa; nella idoneità della relazione instauratasi tra privato ed ente pubblico a rendere il primo partecipante dell’operato del secondo, così da assumere la veste di vero e proprio agente dell’amministrazione, come tale tenuto ad osservare particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali cui l’attività amministrativa dell’ente, nel suo complesso, è preordinata;*”

### **3.2. A responsabilização direta ou solidária de particulares por dano ao erário em Tribunais de Contas estrangeiros**

Como já se explicitou, o simples fato de as cortes de contas não poderem apreciar contas de entidades privadas não exclui, necessariamente, a eventual possibilidade de imputação de responsabilidade por danos ao erário a particulares. É que, consoante afirmado linhas acima, ainda que um tribunal de contas se considere incompetente para julgar contas de pessoas e entidades privadas, poderiam subsistir dúvidas quanto à possibilidade de imputar-lhes responsabilidade, em conjunto com agentes públicos ou diretamente, quando danos ao erário fossem identificados no âmbito de processos de análise de contas do setor público. Daí porque é pertinente formular uma pergunta adicional: no direito comparado, admite-se a responsabilização, pelas cortes de contas, de particulares que não atuam na qualidade de agentes da Administração Pública nos moldes do que entendeu o TCU?

A pesquisa comparativa realizada revelou que a resposta é negativa. Enquanto a jurisprudência do TCU teve, historicamente, dois momentos – um primeiro em que se admitia exclusivamente a responsabilidade solidária do particular (com fundamento em certa leitura do art. 16, §2º, *b*, da LOTCU), e um segundo, em que se passou a admitir a responsabilidade direta –, nos países analisados, de maneira geral, não há autorização para a responsabilização de particulares por parte das cortes de contas. Nas jurisdições estrangeiras analisadas, foram encontrados julgados rejeitando até mesmo a responsabilidade solidária. Com efeito, a jurisprudência estrangeira mostra-se tão restritiva sobre o tema que, mesmo no caso da Espanha, em que os termos genéricos utilizados pela legislação poderiam, em interpretação ampliativa, dar alguma margem para a responsabilização solidária de particulares, os tribunais expressamente rechaçaram essa tese.

Para fins didáticos, as jurisdições estrangeiras em exame serão, a seguir, divididas em três grandes grupos: (i) aquelas em que não há qualquer tipo de imputação de responsabilidade por órgãos de controle de contas, nem mesmo a agentes públicos, porque a função do órgão de controle de contas é de informar as instâncias competentes, e não agir por si (Reino Unido); (ii) aquelas em que a competência legal das cortes de contas para imputar obrigações é restrita a pessoas específicas, a saber, os agentes definidos em lei como responsáveis pelas contas (França e Portugal); e (iii) as jurisdições em que não há clareza legal sobre quem pode ser condenado pelas cortes de contas, de modo que a resposta veio dos tribunais (Espanha e Itália) – valendo adiantar que as jurisprudências, nesses países, são contrárias à responsabilização de particulares contratados pela Administração Pública.

### 3.2.1. *Jurisdições em que não há qualquer tipo de imputação de responsabilidade por órgãos de controle de contas*

Em um primeiro grupo de países, a impossibilidade de imputar obrigações – sejam elas ressarcitórias ou sancionatórias – a particulares é evidente, porque a legislação sequer admite que a corte de contas impute responsabilidade a quem quer que seja. É o caso do Reino Unido, em que cabe ao NAO apenas reportar os seus achados de auditoria ao Parlamento e aos órgãos do Executivo supostamente lesados, para que estes tomem as providências devidas. O órgão de controle de contas britânico não tem poder de imputar débitos, nem mesmo aos agentes públicos responsáveis por eventuais danos ao erário.

Nesse sentido, Norton e Smith observam que o NAO não tem autoridade formal para dar início a processos contra órgãos governamentais.<sup>74</sup> Além disso, o *National Audit Act* de 1983 – diploma legal que, como visto, institui o NAO e estatui suas competências –, ao delimitar os objetivos do exame de contas que deve ser promovido pelo referido órgão, não prevê a possibilidade de aplicação de sanções diretas,<sup>75</sup> estabelecendo apenas competências não condenatórias, como o fornecimento de avaliações, comentários e recomendações a órgãos e entidades públicos (Seção 7ZA).

### 3.2.2. *Jurisdições em que a competência legal das cortes de contas para imputar obrigações é restrita a pessoas específicas*

No segundo grupo, encontram-se os países cujas cortes de contas têm competência para impor responsabilidade restrita a determinados agentes públicos, que são aqueles obrigados a prestar contas ao órgão controlador – casos de Portugal e da França. Assim, na França, nos casos excepcionais e taxativamente previstos em lei em que a *Cour des comptes* julga contas de entidades privadas, ela está limitada à responsabilização daqueles que estão obrigados a prestar contas – no caso, os contabilistas públicos (*comptables*

<sup>74</sup> NORTON, Simon D.; SMITH, L. Murphy. “Contrast and Foundation of the Public Oversight Roles of the U.S. Government Accountability Office and the U.K. National Audit Office.” *Public Administration Review*, vol. 68, no. 5, 2008 (“the NAO does not have formal powers to initiate legal proceedings against a UK Government department”).

<sup>75</sup> No mesmo sentido: NAO, An Introduction to the National Audit Office, disponível em: <https://www.nao.org.uk/about-us/wp-content/uploads/sites/12/2016/10/The-Comptroller-and-Auditor-General-powers.pdf>; NAO, The Comptroller and Auditor General’s powers, disponível em: <https://www.nao.org.uk/about-us/wp-content/uploads/sites/12/2016/10/The-Comptroller-and-Auditor-General-powers.pdf>.

*publics*),<sup>76</sup> que atuam nos casos e nos limites fixados em lei, e as pessoas que a *Cour* equipara a contabilistas públicos por terem administrado dinheiros públicos (*comptables de fait*).<sup>77</sup> Nesse sentido, os arts. L131-1 e L131-2 do *Code de juridictions financières* deixam claro que somente esses dois sujeitos citados – o contabilista e o contabilista de fato – podem vir a ter contas julgadas pela Corte.

Igualmente, em Portugal, a responsabilidade se restringe a pessoas determinadas em lei como *responsáveis* pelas contas: “pode o Tribunal de Contas condenar o responsável a repor as importâncias abrangidas pela infração” (art. 59.1, LOPTC). Nesse contexto, a lei portuguesa expressamente indica quem é o responsável que pode ser condenado a reparar o erário pelo Tribunal de Contas, definindo-o como sendo qualquer dos “membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais” (art. 61.2) ou a outras pessoas com poder de decisão na Administração (arts 61.3 e 61.4). A lei não prevê, portanto, imputação de responsabilidade financeira a particulares, nem mesmo de forma solidária.<sup>78</sup>

Note-se que a definição de *responsável*, expressa na legislação lusitana como aquele que gerencia recursos públicos, vai ao encontro da interpretação defendida por Sundfeld e Câmara para o direito brasileiro, nos termos da Lei Orgânica do TCU. Os autores extraem um conceito muito similar de *responsável* sob a LOTCU pela via da interpretação sistemática, concluindo que “o termo ‘responsável’ é sempre empregado na LOTCU para se referir a quem

<sup>76</sup> No direito francês, existe a figura do *comptable public*, que é um agente público responsável pela movimentação de dinheiros públicos e pela gestão de contas das pessoas jurídicas de direito público. Ele é, juntamente com o ordenador de despesas (*ordonnateur*), um dos dois agentes de execução orçamentária de um órgão público, à luz do princípio da separação entre ordenadores de despesa e contabilistas – que não existe no Brasil. Nesse sentido, v. CATTEAU, Damien. *Comptable Public*. KADA, Nicolas Kada (ed.), *Dictionnaire d'administration publique*. In: FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, “Droit et action publique”, 2014, pp. 92-93.

<sup>77</sup> Segundo o art. 60-XI da Lei de Finanças nº 63-156 de 23 de fevereiro de 1963, equiparam-se aos contabilistas públicos (logo, estão sujeitos à jurisdição de contas), “*toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public doté d'un poste comptable ou dépendant d'un tel poste doit, nonobstant les poursuites qui pourraient être engagées devant les juridictions répressives, rendre compte au juge financier de l'emploi des fonds ou valeurs qu'elle a irrégulièrement détenus ou maniés*”.

<sup>78</sup> A previsão de responsabilidade solidária, no art. 63 da LOPTC, abrange apenas a solidariedade entre os “*responsáveis*”, desde que “*nos termos dos artigos anteriores*” (ou seja, nos termos dos supracitados dispositivos que definem quem é o *responsável*).

seja gestor de recursos públicos”.<sup>79</sup> É dizer: lá como cá, *responsável* não pode ser entendido como particular que não tem poder de gerir recursos públicos.

### 3.2.3. *Jurisdições em que a falta de clareza sobre o assunto na legislação foi resolvida pela jurisprudência de forma contrária à tese do TCU*

Finalmente, um terceiro grupo de países – integrado, dentre as jurisdições analisadas, pela Espanha e pela Itália – mais se aproxima do caso brasileiro, por não haver previsão legal explícita relativa à possibilidade de responsabilizar particulares.

Como já foi relatado na seção anterior, em ambos os países as respectivas cortes superiores e de contas rejeitam a possibilidade de apreciação de contas de entidades privadas que não atuem na qualidade, ao menos por equiparação, de entidade de Estado. Mas, vale repetir, isso não impediria, em tese, eventual condenação de particulares ao ressarcimento, caso os órgãos de controle, no curso de auditorias de contas do setor público, verificassem que houve dano ao erário causado por particulares (por exemplo, os particulares contratados). Acontece que essa possibilidade hipotética também é expressamente rejeitada nessas jurisdições.

Na Espanha, a jurisprudência do *Tribunal Supremo* e do *Tribunal de Cuentas* é tão restritiva sobre o assunto que nem mesmo o particular que concorreu com o agente público no ato danoso responde perante a Corte de Contas – ou seja, adota-se, no país, entendimento ainda mais restritivo do que aquele que prevalecia no Brasil antes da virada jurisprudencial do TCU ocorrida nos últimos anos. É que, na Espanha, “somente cabe falar em responsabilidade contábil em relação àqueles que devam prestar contas pela gestão de recursos públicos, sem que, por consequência, seja possível estender o julgamento de contas a terceiros, ainda que sejam cooperadores necessários”.<sup>80</sup>

Esse entendimento foi construído a partir do art. 42 da Ley Orgánica 2/1982, que qualifica como responsáveis diretos, obrigados a indenizar o erário pelos danos e prejuízos causados (art. 38), todos aqueles que “executaram,

<sup>79</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça e Direito*, v. 33, n. 2, p. 198-221, Mai./Agos. 2019, p. 210.

<sup>80</sup> Tribunal de Cuentas, Sentencia nº 13 de 2008, de 20/10/2008: “*Esta es también la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo quien en la reciente sentencia de 17 de abril de 2008 afirma que las responsabilidades conexas imputables a personas sujetas a distintas jurisdicciones no está expresamente regulada en relación con la jurisdicción contable, por lo que únicamente cabe hablar de responsabilidad contable cuando afecta a los que deban rendir cuentas por el manejo de fondos públicos, sin que, en consecuencia, sea posible extender el enjuiciamiento al «extraneus», aunque resulten cooperadores necesarios.*”

forçaram ou induziram a execução ou cooperaram na prática dos fatos, ou que participaram posteriormente para ocultá-los ou impedir sua persecução” (art. 42.1).<sup>81</sup> Note-se que o dispositivo não distingue entre agentes públicos e particulares – com efeito, sua redação é genérica, o que poderia, em tese, justificar a responsabilização solidária de particulares que tenham concorrido com agentes públicos no dano ao erário, de forma semelhante ao entendimento original do TCU, no Brasil, sobre o art. 16, §2º, *b*, da LOTCU. Ainda assim, o Tribunal Supremo da Espanha – seguido pelo *Tribunal de Cuentas* na Sentencia nº 13 de 2008 – discordou desse entendimento, fixando a tese de que essa responsabilidade conjunta de particulares não é possível (STS 2555/2008).<sup>82</sup> O seguinte trecho da decisão bem demonstra como a Corte superior daquele país buscou conformar as competências do Tribunal de Contas, impedindo seu alargamento excessivo:

“[...] só é possível falar de responsabilidade contábil quando atinge quem tem a obrigação de prestar contas pela gestão de verbas públicas, sem, consequentemente, ser possível estender a responsabilidade a terceiros, ainda que sejam cooperadores necessários.”<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Tradução livre do original: “*Artículo cuarenta y dos. Uno. Serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución.*”

<sup>82</sup> Vale notar que a matéria não é livre de controvérsias na Espanha: no acórdão citado, houve voto vencido, de lavra do Magistrado D. Emilio Frías Ponce, entendendo que, embora os particulares, em geral, não estejam abrangidos pela jurisdição do *Tribunal de Cuentas*, eles poderiam ser responsabilizados solidariamente quando em conluio com agentes públicos para causar dano ao erário. Para o magistrado, essa solução é justificada por razões de eficiência e economia processual (“esta solución agiliza la tramitación, evita disfunciones no deseables y sobre todo el peregrinaje jurídico-judicial, máxime cuando la concreción de los daños a los fondos públicos corresponde al **Tribunal de Cuentas**.”). Registre-se, contudo, que houve apenas um voto vencido, tendo sido formada, no caso em exame, ampla maioria para excluir a possibilidade de condenação solidária de particulares pela Corte de Contas.

<sup>83</sup> STS 2555/2008, p. 6. Tradução livre do original: “*Finalmente, aunque es cierto que la doctrina que se mantiene puede fragmentar la continencia de la causa y obliga a la Administración a acudir a un incidente de ejecución de sentencia penal o a la vía civil, una vez determinada la cuantía del alcance por el Tribunal de Cuentas, para conseguir también la condena de los terceros, de forma solidaria, con los declarados responsables directos por la Jurisdicción Contable, no lo es menos que las responsabilidades conexas imputables a personas sujetas a distintas jurisdicciones no está expresamente regulada en relación con la jurisdicción contable, por lo que únicamente cabe hablar de responsabilidad contable cuando afecta a los que deban rendir cuentas por el manejo de fondos públicos, sin que, en consecuencia, sea posible extender el enjuiciamiento al “extraneus”, aunque resulten cooperadores necesarios.*”



Na Itália, como visto acima, a jurisdição da *Corte dei Conti* abrange, no máximo, os particulares que gerenciam recursos públicos, assumindo papel de colaboradores do setor público na realização do interesse público.<sup>84</sup> Mas, segundo a jurisprudência firme da *Corte Suprema di Cassazione*,<sup>85</sup> isso é muito diferente do caso em que o prejuízo que se busca ressarcir deriva de algum comportamento do particular na qualidade de contratado da Administração, caso em que é afastada competência da *Corte dei Conti*. Essa diferenciação foi adotada em diversos julgados, e é bem sintetizada no trecho abaixo, extraído de julgado da referida *Corte Suprema*:

“A jurisdição contábil deve ser afirmada quando o dano ao erário depende de comportamento ilegítimo do agente no exercício de suas funções para as quais se possa dizer que está inserido no aparelho do órgão público; por outro lado, não existe nas diferentes hipóteses em que o prejuízo é consequência da conduta da contraparte contratual privada da administração.”<sup>86</sup>

É dizer, quando se trata de uma “conduta da contraparte contratual privada da administração”, a *Corte dei Conti* não pode imputar responsabilidades, de modo que a ação de responsabilidade do sujeito privado por supostos danos é de “competência da autoridade judiciária ordinária”.<sup>87</sup> Isso ocorre justamente porque a relação com o parceiro privado, nesses casos, não envolve o exercício de poderes de natureza pública capazes de equiparar esse sujeito às entidades jurisdicionadas pela *Corte dei Conti*.

<sup>84</sup> De fato, a *Corte dei Conti* só é competente quando o particular estabelece, com a Administração, uma “relação funcional de serviço, caracterizada pela inclusão do sujeito no aparato orgânico e na atividade do ente” (do original: “*una relazione funzionale, caratterizzata dall’inserimento del soggetto nell’apparato organico e nell’attività dell’ente, suscettibile di rendere il primo partecipante dell’operato del secondo*” - Cass.SSU n° 10324/2016). Nesse sentido, v. também Cass.SSU n° 328/2019.

<sup>85</sup> Foi possível identificar vários julgados, ao longo de vários anos, nesse sentido: Cass. SSUU nn. 19086/20, 7640/20, 21871/19, 486/19, 10324/16, e 19891/14.

<sup>86</sup> Cass.SSU n° 10324/2016. Tradução livre do original: “*La giurisdizione contabile va affermata ove il danno erariale dipenda da comportamenti illegittimi tenuti dall’agente nell’esercizio delle sue funzioni per le quali possa dirsi che lo stesso sia inserito nell’apparato dell’ente pubblico; non sussiste invece nella differente ipotesi in cui il pregiudizio è conseguenza di comportamenti del privato controparte contrattuale dell’amministrazione.*”

<sup>87</sup> Cass.SSU n. 486/19. V. trecho do acórdão original: “*si assuma che il danno derivi dall’inadempiamento delle obbligazioni poste a carico del contraente generale come ‘controparte contrattuale dell’amministrazione pubblica’, così da squilibrare il sinallagma contrattuale (o, può qui aggiungersi, da un mero illecito extracontrattuale), la cognizione dell’azione di responsabilità o risarcitoria spetta alla giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria, in ragione del non venire in rilievo l’esercizio di poteri pubblicistici tale da far sorgere un temporaneo rapporto di servizio con l’ente pubblico.*”

Aliás, nem mesmo a responsabilidade solidária do sujeito privado contratado, quando em suposta colaboração com agentes públicos, encontra respaldo na Itália. Com efeito, a Legge n° 20/1994, que dispõe sobre atribuições da *Corte dei Conti* na responsabilização, prevê que, em regra, respondem perante a *Corte* os “*sujeitos à jurisdição da Corte dei Conti*”<sup>88</sup> – que, como visto, são sujeitos públicos ou equiparados. Essa responsabilidade, em regra, é individual (art. 1.1-*quater*), havendo responsabilidade solidária apenas nos casos de enriquecimento ilícito ou de falta deliberada (arts. 1.1-*quater* e 1.1-*quinquies*). Apreciando a constitucionalidade dessa norma, a *Corte Costituzionale* italiana equiparou essa hipótese a casos em que é apreciada a “responsabilidade de funcionários e administradores públicos” (Sentenza 453/98).<sup>89</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da recente virada jurisprudencial ocorrida no TCU, que passou a se entender competente para julgar contas de particulares contratados pela administração, e para condená-los ao ressarcimento de danos ao erário ainda que não estejam em concurso com agentes públicos, realizou-se uma pesquisa comparativa de cinco importantes jurisdições estrangeiras que possuem órgãos de controle externo notoriamente conhecidos – Espanha, Portugal, França, Itália e Reino Unido – para verificar qual é o tratamento dado ao tema nesses países.

Após a análise de normas que atribuem competências aos órgãos julgadores de contas de cada um dos países e da jurisprudência dos principais tribunais judiciais e de contas dessas jurisdições, verificou-se que os poderes que o TCU se autoatribuiu na sua mudança jurisprudencial, além de questionáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não encontram paralelo no direito comparado. De fato, a análise comparativa realizada revelou que cortes de contas não têm competência para apreciar as contas de entidades privadas contratadas da Administração Pública nem para condenar direta e autonomamente particulares – seja a pessoa jurídica, seja a pessoa física

---

<sup>88</sup> Art. 1.1 da Legge n° 94. Do original: “*La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave (...)*”.

<sup>89</sup> Do original: “*La disposizione denunciata, al pari dell'altra, sulla quale questa Corte ha avuto recentemente occasione di pronunziarsi con una sentenza di infondatezza - e cioè quella che limita la responsabilità di dipendenti ed amministratori pubblici ai soli casi di dolo o colpa grave - si colloca nell'ambito di una nuova conformazione dell'istituto della responsabilità amministrativa e contabile, secondo linee volte, tra l'altro, ad accentuarne i profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori*”.

de seus administradores. Também se verificou que há países cujas leis que atribuem competências aos tribunais de contas são muito semelhantes às brasileiras, mas, nessas jurisdições, as pontuais tentativas de alargamento das competências das cortes de contas foram expressamente rechaçadas pelos respectivos tribunais superiores ou pelo voto das maiorias dos próprios tribunais de contas.

Os achados desta pesquisa correspondem a mais um indício do movimento expansionista que vem sendo realizado pelo TCU ao longo dos últimos anos – movimento que tem sido reportado e denunciado pela doutrina jurídica que se debruça sobre o assunto. Esses achados reforçam a percepção de que Tribunal vem abandonando o papel que lhe atribui a Constituição e as leis, passando a uma atuação muito mais extensa, sem base jurídica adequada e, como se vê, sem paralelo no direito comparado.

## BIBLIOGRAFIA

### A. Literatura

- BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *RDA*, v. 203, pp. 137-130, jan./mar. 1996, tópico “III – Incompetência do Tribunal de Contas para invalidar ou sustar, diretamente, contrata celebrado pela Administração”.
- BRASIL, OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019, p. 10;
- CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 237-284, jan./abr. 2020.
- CABRAL, Flávio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul./set. 2021.
- CATTEAU, Damien. “Comptable Public”. KADA, Nicolas Kada (ed.), *Dictionnaire d’administration publique*. In: FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, “Droit et action publique”, 2014.
- COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Tese de doutorado, Coimbra, 2012.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos, *in* Interesse Público nº 82, Ano 15, Nov/dez 2013.
- DUTRA, Pedro e REIS, Thiago. O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura. São Paulo: ed. Singular, 2020, *passim*.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e competência, 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.
- JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, p. 209-230, 2014.
- JORDÃO, Eduardo. Quanto e qual poder de cautela para o TCU? Ideia de poder geral de cautela implícito não condiz com texto constitucional. JOTA, 02/01/2020, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/controlado-publico/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu-02012020>.
- KUREK, Aline. *Le juge financier, juge administratif*. Droit. Thèse délivrée para l'Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi *et al.* Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, *in* Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019.
- MERLOTO, Nara Carolina. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle. Dissertação apresentada na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.
- NORTON, Simon D.; SMITH, L. Murphy. “Contrast and Foundation of the Public Oversight Roles of the U.S. Government Accountability Office and the U.K. National Audit Office.” *Public Administration Review*, vol. 68, no. 5, 2008.
- OLIVEIRA, Anderson Márcio. Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC. Dissertação apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2017.
- PALMA, Juliana; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Diálogos fora de esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, nº 120, 2020.
- PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador? Dissertação de

- mestrado apresenta na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.
- PEREIRA, João Aveiro. Incumprimento da Obrigação de Prestar Contas Públicas. *Revista do Tribunal de Contas*, nº 59-60.
- RIBEIRO, Mauricio Portugal e JORDÃO. Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória, coluna publicada no site Conjur em 10/01/2020, disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opiniao-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade>>.
- RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial, *in* *Revista do TCU* nº 77, 1998.
- ROSILHO, André. Onde está o fundamento do poder geral de cautela do TCU? Em decisões, TCU tem ampliado seu poder cautelar. *JOTA*, 02/05/2018, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/onde-esta-o-fundamento-do-poder-geral-de-cautela-do-tcu-02052018>.
- ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira. *Data Venia*, v. 4, nº 5, 2016.
- SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 119, maio/ago. 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares, *in* *Justiça do Direito*, V. 33, nº 2, Maio/Ago. 2019.

## B. Julgados e outros documentos públicos

- BRASIL, Diário do Congresso Nacional de 25/06/1992.
- BRASIL, Diário do Congresso Nacional de 31/03/1992.

- BRASIL, TCU, Acórdão 4750/2009, 2ª Câmara, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 031/1998, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.
- BRASIL, TCU, Acórdão 1072/2009, Plenário, rel. min. Marcos Bemquerer.
- BRASIL, TCU, Acórdão 1112/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 1529/2007, Plenário, rel. min. Valmir Campelo.
- BRASIL, TCU, Acórdão 162/2011, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 1653/2004, 2ª Câmara, rel. min. Lincoln Magalhães da Rocha.
- BRASIL, TCU, Acórdão 1680, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 1693/2003, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 172/1999, Plenário, rel. min. Guilherme Palmeira.
- BRASIL, TCU, Acórdão 1856/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 2000/2017 – 2ª Câmara, Rel. Min. Ana Arraes.
- BRASIL, TCU, Acórdão 2056/2013, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 2111/2003, 1ª Câmara, rel. min. Walton Alencar Rodrigues.
- BRASIL, TCU, Acórdão 2448, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 2499/2004, 1ª Câmara, rel. min. Marcos Bemquerer.
- BRASIL, TCU, Acórdão 2663/2010, Plenário, rel. min. Augusto Nardes.
- BRASIL, TCU, Acórdão 272/1999, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.
- BRASIL, TCU, Acórdão 3051/2008, Plenário, rel. min. Valmir Campelo.
- BRASIL, TCU, Acórdão 33/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 356/1999, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.
- BRASIL, TCU, Acórdão 382/2008, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz.
- BRASIL, TCU, Acórdão 398/2010, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz.
- BRASIL, TCU, Acórdão 4227/2010, 2ª Câmara, rel. min. André de Carvalho.
- BRASIL, TCU, Acórdão 446/2000, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.
- BRASIL, TCU, Acórdão 513/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin.
- BRASIL, TCU, Acórdão 521/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin.
- BRASIL, TCU, Acórdão 522/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin.
- BRASIL, TCU, Acórdão 523/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin.
- BRASIL, TCU, Acórdão 5796/2014, 2ª Câmara, rel. min. Aroldo Cedraz.
- BRASIL, TCU, Acórdão 5809/2014, 2ª Câmara, rel. min. Aroldo Cedraz.

- BRASIL, TCU, Acórdão 640/2006, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão 706/1998, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.
- BRASIL, TCU, Acórdão 730/2012, Plenário, rel. min. Ana Arraes.
- BRASIL, TCU, Acórdão 92/2004, 2ª Câmara, rel. min. Ubiratan Aguiar.
- BRASIL, TCU, Acórdão 946/2013, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.
- BRASIL, TCU, Acórdão nº 321/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes.
- BRASIL, TCU, Decisão 543/2000, Plenário, rel. min. Walton Alencar Rodrigues.
- ESPANHA, Tribunal de Cuentas, Sentencia nº 13 de 2008, de 20/10/2008.
- ESPANHA, Tribunal Supremo, STS 1376/2012.
- ESPANHA, Tribunal Supremo, STS 2555/2008.
- ESPANHA, Tribunal Supremo, STS 3995/1999, Sección 2, relator Pascual Sala Sánchez, 07/06/1999.
- ESPANHA, Tribunal Supremo, STS 881/2019.
- ITÁLIA, Corte Costituzionale, Sentenza 453/98.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 10324/16.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 19086/20.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 19891/14.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 21871/19.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 486/19.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 7640/20,
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* nº 2157, de fevereiro de 2021.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas. Acórdão nº 13/2015 - 3.ª Secção-PL.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria 7/2021, 2ª Secção.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria n.º 49/07 – 2.ª S PROC.º N.º 51/06.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria nº 14/2019 – 2ª Secção.





## A INTERVENÇÃO DO TCU SOBRE EDITAIS DE LICITAÇÃO NÃO PUBLICADOS: CONTROLADOR OU ADMINISTRADOR?<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

A multiplicação de medidas governamentais voltadas ao desenvolvimento da infraestrutura nacional<sup>2</sup> produz a intensificação da atividade dos *controladores* – instituições públicas que detêm competência de verificar-lhes a validade. Em especial, a atuação recente de um destes atores institucionais, o Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>3</sup>, tem chamado a atenção. Em hipótese que já mereceu alguma consideração da doutrina jurídica, o TCU tem intervindo diretamente em contratos administrativos já em execução, determinando, por exemplo, o redimensionamento de seus valores ou a retenção de

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 47, p. 209-230, 2014.

<sup>2</sup> A precariedade da infraestrutura nacional tem sido apontada como um dos mais importantes gargalos para o desenvolvimento do país. Relatório do Fórum Econômico Mundial posiciona o Brasil em 114º lugar entre 148 países analisados no critério da qualidade da infraestrutura. O Brasil é o 103º colocado em ferrovias, o 120º em rodovias, o 123º em transporte aéreo e o 131º em portos. Maiores informações em: <http://reports.weforum.org/the-global-competitiveness-report-2013-2014/>. Um exemplo de medida governamental para superar esta realidade é o Programa de Investimentos em Logísticas (PIL). Lançado em 2012 pelo Governo Federal, prevê investimentos da ordem de 133 bilhões de reais em 25 anos para a construção de 7,5 mil quilômetros de rodovias e 10 mil quilômetros de ferrovias.

<sup>3</sup> O TCU foi criado em 1890, pelo Decreto n. 966-A, de iniciativa de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda. Sua institucionalização veio com a primeira Constituição republicana, no ano seguinte, e a instalação efetiva no início de 1893. Apesar de se tratar de instituição muito antiga, a acentuação da relevância do Tribunal de Contas da União é muito recente. O marco inicial desta história pode ser a Constituição Federal de 1988, que ampliou significativamente as competências deste órgão e os critérios de acordo com os quais o seu controle é promovido. Na legislação infraconstitucional, o impacto de dois diplomas foi especialmente significativo: (i) a Lei Geral de Licitações (n. 8.666/93) estabeleceu a possibilidade de que todas as irregularidades na sua aplicação fossem representadas ao TCU; (ii) a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) previu papel de destaque a ser por ele cumprido no controle da gestão fiscal.

pagamentos.<sup>4</sup> Em outra hipótese menos explorada doutrinariamente, o TCU tem participado ativamente da própria concepção dos projetos de concessões comuns e parcerias público-privadas, emitindo sugestões ou determinações que impactam as suas opções fundamentais e em grande medida definem a sua modelagem. Este artigo pretende tratar desta última hipótese.

Interessa, portanto, a atuação *prévia* do TCU, aquela que se realiza *antes* da formalização e publicação dos projetos: na fase da licitação que se costuma chamar de “interna”, quando se promovem estudos e se elabora o edital.<sup>5</sup> Eis a questão específica que se pretende enfrentar neste trabalho: *quais poderes detém o TCU na análise prévia de minutas ainda não publicadas de editais de licitações referentes a projetos de infraestrutura?*

Considere-se, a propósito, o seguinte exemplo. Em 2013, o TCU acompanhou o primeiro estágio das concessões para ampliação, manutenção e exploração do aeroporto internacional do Rio de Janeiro (Antônio Carlos Jobim/Galeão) e do aeroporto internacional de Belo Horizonte (Tancredo Neves, Confins). Num primeiro acórdão, resolveu condicionar a publicação do edital à (i) inclusão no processo de concessão de fundamentos legais e técnicos *suficientes* da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das concessionárias de aeroportos, de forma a demonstrar que os parâmetros fixados eram “adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes” ao objeto licitado; e (ii) realização dos devidos ajustes nas exigências, “caso (...) necessários”.

Num segundo acórdão sobre o assunto, depois de apresentadas novas justificativas para as opções do Poder Público, o TCU considerou suficientes as explicações para uma delas (restrição relativa à participação no leilão de acionistas de concessionárias de aeroportos), mas insistiu na “insuficiência da

---

<sup>4</sup> Ver, por exemplo, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, “Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas”, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011.

<sup>5</sup> O trabalho foca exclusivamente na atuação do Tribunal de Contas da União, ainda que as considerações aqui tecidas possam ser largamente aplicadas aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e, quando existentes, dos Municípios. Aliás, o art. 75 da Constituição estabelece que as normas relativas ao TCU aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas estaduais. Na maioria dos Estados, o Tribunal de Contas Estadual cuida tanto das contas do Estado, como das contas dos Municípios. Em alguns Estados (como Bahia e Goiás), há dois Tribunais de Contas na estrutura estadual: um para fiscalizar as contas do Estado e outro para as contas dos Municípios. O art. 31, § 4º, da Constituição Federal veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. Entretanto, os Tribunais de Contas já existentes antes da Constituição de 1988 (nos Municípios de Rio de Janeiro e São Paulo) seguem atuando.

motivação” referente ao segundo ponto (relativo ao requisito de experiência prévia). Em função disso recomendou às instituições pertinentes que restringissem as exigências editalícias ou (i) a números embasados em novos estudos a serem desenvolvidos ou (ii) aos números relativos aos valores projetados para o fluxo de passageiros, no exercício de 2014, em cada um dos aeroportos sob processo de concessão.

Diante da insistência do TCU, o Poder Concedente capitulou e alterou as exigências editalícias, reduzindo o requisito de experiência prévia que se exigiria do operador de aeroportos integrantes do consórcio licitante. No caso do Galeão o fluxo de passageiros exigido do licitante caiu de 35 milhões para 22 milhões. No caso de Confins caiu de 35 milhões para 12 milhões. O embate entre o Poder Concedente e o órgão fiscalizador a propósito destes requisitos foi destaque no noticiário nacional por algumas semanas e o poder de influência do TCU nas escolhas do Poder Concedente chamou a atenção. Mas o TCU poderia mesmo ter atuado como atuou? Ou este Tribunal extrapolou as suas competências?<sup>6</sup>

A atenção específica à atuação do órgão controlador neste momento de elaboração, debate e modelagem dos projetos de infraestrutura se justifica por duas razões principais. Em primeiro lugar, esta fase prévia ou interna dos projetos envolve uma série de decisões complexas, tomadas num contexto de forte incerteza. Assim, é pouco razoável falar-se em soluções *corretas* e *incorretas*.<sup>7</sup> Esta circunstância impacta fortemente o controle que se dá posteriormente sobre estas escolhas. Intui-se que, nestes casos, o controle deve ser moderado para evitar que as prognoses realizadas pelo administrador sejam substituídas por prognoses igualmente incertas do fiscalizador. Em segundo lugar, a história constitucional nacional revela circunstância curiosa a propósito da

<sup>6</sup> Durante o texto, será feita referência exclusiva a este caso da concessão dos aeroportos de Galeão e Confins, mas ele não é uma exceção na atuação do TCU. Veja-se, por exemplo, o acompanhamento do TCU ao primeiro estágio da outorga de concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES, em 2011; ou a fiscalização do primeiro estágio das concessões dos arrendamentos de áreas e instalações portuárias nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar, em 2013.

<sup>7</sup> No caso dos aeroportos de Galeão e Confins, o TCU reconheceu a dificuldade ao de definir objetivamente os valores ideais para a exigência relativa à experiência prévia para participar da licitação “tendo em vista a natureza do setor, a existência de poucas concessões semelhantes já licitadas [no Brasil] e os riscos de prejuízos para a qualidade dos serviços com sua redução a valores baixos, ante a possibilidade de sair vencedora dos certames sociedade com experiência limitada na área” (TCU, Acórdão 2.466/2013, Plenário, Relatoria da Min. Ana Arraes, j. em 11.09.2013).

disciplina da atuação do TCU no controle das medidas públicas: Até 1967, a *regra* era que o TCU atuasse previamente. As decisões administrativas que implicassem gastos públicos deviam ser submetidas previamente à Corte de Contas, que as autorizava. Quer dizer: o Tribunal de Contas participava da decisão administrativa, atuando como um “quase administrador”. A partir de então, o Constituinte brasileiro optou por um regime de controle posterior em função da ampliação significativa das competências e das atividades administrativas.<sup>8</sup>

Ambas as circunstâncias concorrem para gerar as inquietações que motivaram o presente estudo. A hipótese é a de que, na disciplina constitucional atual e no contexto complexo e incerto da modelagem de projetos de infraestrutura, a atuação do TCU deverá ser limitada, sob pena de transformar este órgão controlador numa espécie de administrador público hierarquicamente superior que o constituinte não desejou.

Do ponto de vista objetivo, as competências do TCU que são relevantes para o tema deste artigo encontram-se nos art. 70 e 71 da Constituição Federal. Neles se dispõe que a Corte de Contas deverá atuar em auxílio ao Congresso Nacional na promoção do chamado controle externo da administração pública. Tal controle, nos termos do art. 70, serve à proteção dos seguintes valores jurídicos: legalidade, legitimidade e economicidade da ação administrativa. Esta previsão tríplex de valores a serem protegidos consiste numa inovação da Constituição de 1988. Enquanto as Constituições anteriores falavam apenas num exame de “legalidade”, a Constituição atual atribui ao TCU poderes de verificação também da “legitimidade e economicidade” dos atos administrativos. A rigor, seria possível compreender a legitimidade e a economicidade como meros aspectos da legalidade, entendida amplamente.<sup>9</sup> Mas a utilização de vocábulos diversos parece ser uma forma de o constituinte deixar claro que o exame promovido pelo TCU deve ir além da mera conformidade da ação administrativa à letra expressa de dispositivos legais. Envolverá, portanto, a conformidade a princípios e normas jurídicas implícitas (“legitimidade”) e uma avaliação relativa ao eficiente e adequado uso dos recursos públicos em vista dos fins a serem realizados (“economicidade”).

<sup>8</sup> Utilizando o argumento da alteração constitucional de 1967 para defender a impossibilidade de controle prévio de editais, v. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *Vade-mecum de Licitações e Contratos*. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 98.

<sup>9</sup> Neste sentido, v. as manifestações de Celso Antonio Bandeira de Mello e de Weida Zancaner em “Iniciativa Privada e Serviços Públicos, revista de Direito Público n. 98/192. São Paulo, RT, abr/jun, 1991.

De todo modo, a grande questão deste trabalho é o que pode ser feito concretamente pelo TCU quando entender verificada alguma violação aos valores jurídicos que a Constituição pôs sob sua guarda. Quais poderes detém o TCU para enfrentar a ação administrativa que contrarie a legalidade, a legitimidade e a economicidade? Quais as armas que a Constituição confere a este órgão fiscalizador para atuar neste domínio? Naturalmente, não é juridicamente válida toda atuação do TCU que se volte à proteção dos valores jurídicos que lhe incumbe proteger. Para proteger estes valores jurídicos, só é permitido ao TCU fazer o que a Constituição autorizou. O objetivo do artigo é justamente delimitar esta atuação do órgão fiscalizador sob este ponto de vista instrumental.

A leitura da Constituição revela que o TCU detém poderes diretos e indiretos de combate a estes vícios (item 1). Em ambos os casos, contudo, trata-se de poderes que devem ser exercidos *posteriormente* à edição dos atos administrativos (item 2). A despeito do que sustenta o próprio TCU, a sua atuação prévia carece de fundamentos práticos e jurídicos (item 3). À ausência de previsão de poderes prévios de constrição de outros órgãos públicos, toda atuação do TCU sobre minutas de editais ainda não publicados deverá decorrer de solicitação do próprio administrador público e ter natureza de mera recomendação – é esta a conclusão do artigo.

## 1. QUAIS PODERES A CONSTITUIÇÃO CONFERIU AO TCU PARA COMBATER OS VÍCIOS DE LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE?

A Constituição atribui ao TCU poderes diretos e indiretos de combate aos vícios de legalidade, legitimidade e economicidade que entender existentes nas decisões administrativas. Como poderes diretos, devem-se citar as chamadas “competências corretivas” – aquelas voltadas a sanar os vícios identificados nos atos administrativos ou ao menos evitar a promoção dos seus efeitos (item 1.1). Como poderes indiretos, a menção a ser feita é às “competências sancionatórias”, aquelas que correspondem a uma punição ao agente e, por essa via, indiretamente, estimulam a retirada ou desestimulam a produção destes atos viciados (item 1.2). Como se vê, as medidas relativas às primeiras competências recaem sobre os atos viciados; as segundas, sobre as autoridades públicas responsáveis pela sua realização.

### 1.1. Os poderes diretos (competências corretivas)

No que concerne às competências corretivas, a disciplina constitucional varia em função da natureza unilateral ou bilateral do ato administrativo vi-

ciado. Interessam, neste ponto, as medidas governamentais unilaterais, visto tratar-se aqui do exame da atuação do TCU na fase de elaboração e modelagem dos projetos de infraestrutura – antes, portanto, do estabelecimento de uma relação contratual entre a administração pública e o seu parceiro privado. Nesta hipótese, o TCU deve *assinar prazo* para as autoridades administrativas corrigirem os defeitos de ilegalidade que houver encontrado (art. 71, IX, da CF). Se, dentro do prazo assinado, as autoridades administrativas pertinentes não adotarem as soluções cabíveis, então o TCU poderá determinar a *sustação dos efeitos do ato*, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X, da CF).

Notem-se bem os limites da atuação corretiva do TCU. Em primeiro lugar, a Constituição não autoriza o TCU a tomar medidas *antes de decorrido o prazo* que deverá conceder à autoridade administrativa para corrigir os defeitos encontrados. Ou seja, o TCU só pode determinar a sustação dos efeitos do ato *após haver assinado prazo* para que as autoridades administrativas o corrijam e *após o decurso deste prazo*. O procedimento a ser seguido pelo TCU para sustar atos administrativos unilaterais é bem explicitado constitucionalmente.

Em segundo lugar, o TCU não possui poderes para *anular* atos administrativos unilaterais que julgar viciados. A Constituição não lhe confere este poder, que é exclusivamente do Poder Judiciário.<sup>10</sup> Ao TCU cabe unicamente *sustar* atos viciados. A diferença entre anular e sustar é clara. Na anulação, o ato administrativo é eliminado do sistema jurídico, inclusive com efeitos retroativos. No caso da sustação, apenas se afastam temporariamente (durante o período de sustação) os efeitos do ato jurídico.<sup>11</sup> Neste sentido, a anulação é uma espécie de medida satisfativa, enquanto a sustação tem natureza *cautelar* – ao impedir a realização dos efeitos visados pelo ato administrativo, busca evitar que se operem consequências danosas sobre o patrimônio público, por exemplo.

---

<sup>10</sup> No mesmo sentido, v. Luis Roberto Barroso, Tribunal de Contas: algumas incompetências, RDA, v. 203, jan/mar 1996, p. 139.

<sup>11</sup> Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, “Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas”, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, p. 119: “Sustar ato” não é sinônimo de “anular ato”. Sustar é paralisar a execução, total ou parcialmente. Anular seria bem mais do que isto: seria desfazer os efeitos produzidos, quando viável e necessário, seria fazer recomposições patrimoniais acaso cabíveis e seria eliminar em definitivo o ato como centro produtor futuro de efeitos. Nada disso a Corte de Contas pode fazer, mesmo quanto a atos: sua competência se esgota na sustação do ato, na paralisação de seus efeitos”.

No contexto da elaboração e modelagem de projetos de infraestrutura, esta competência corretiva do TCU poderá autorizar, por exemplo, a eventual sustação de um edital (já publicado) que faça exigências excessivas e irrazoáveis para participação na licitação, promovendo uma restrição desnecessária da competitividade.

### 1.2. Os poderes indiretos (competências sancionatórias)

Ao lado destas competências corretivas, como já se afirmou, a Constituição prevê algumas hipóteses em que o TCU imporá *sanções* aos autores de medidas públicas viciadas. A propósito, veja-se que, de acordo com o inciso VIII do artigo 71, o TCU deverá “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”. Este dispositivo prevê, portanto, duas espécies de sanções: (i) a irregularidade de contas é, por si só, e independentemente de qualquer lesão ao erário público, motivo de aplicação de sanções previstas em lei; (ii) além disso, o eventual dano ao erário gerará multa que lhe seja proporcional.<sup>12</sup>

As competências sancionatórias também servem à proteção da legalidade, da legitimidade e da economicidade da atuação administrativa, na medida em que geram incentivos a que o administrador público não adote medidas violadoras destes princípios ou as retire, quando elas tiverem já sido adotadas. No caso da fase de elaboração e modelagem de projetos de infraestrutura, isto significa que o TCU poderá penalizar administradores públicos que tenham tomado medidas que gerem danos ao erário público.

## 2. QUAIS PODERES JURÍDICOS O DIREITO CONFERE AO TCU PARA INTERVIR EM EDITAIS NÃO PUBLICADOS DE LICITAÇÃO?

Diante da disciplina constitucional exposta acima, quais poderes detém o TCU para intervir num edital de licitações *antes da sua publicação*? Qual a amplitude desta sua atuação prévia? Naturalmente, este órgão fiscalizador pode sempre emitir recomendações e sugestões a entidades da administração pública. Esta atuação opinativa independe de atribuição de poderes jurídicos específicos e será retomada mais à frente, nas conclusões do artigo. Neste item 2 o que é relevante é saber se (e em que medida) o TCU detém poderes de constrição: se (e em que medida) pode *determinar* ações específicas aos

<sup>12</sup> Neste sentido, v. STF, RE n. 190.985/95.

administradores. No caso dos projetos de infraestrutura, pode este órgão fiscalizador *impedir* a publicação do edital ou *condicioná-la* a algumas medidas por ele determinadas?

## 2.1. A ausência de competências constitucionais preventivas como clara opção histórica

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que a intervenção prévia do TCU, no contexto relevante para projetos de infraestrutura<sup>13</sup>, não está autorizada *explicitamente* pela Constituição Federal. De fato, na disciplina constitucional corretiva apresentada no tópico anterior, não há qualquer previsão de atuação antes da emissão de um ato administrativo, na fase de sua preparação. Como se afirmou, a disciplina constitucional da competência corretiva do TCU varia em função da natureza contratual ou não do ato defeituoso. Em ambos os casos, no entanto, trata-se de competências relativas a atos administrativos já expedidos. Em definitivo: no contexto que é relevante para este artigo, não há previsão constitucional de atuação do TCU em caso de atos administrativos ainda não expedidos.<sup>14</sup>

Aliás, o exame da evolução histórica das Constituições sugere que há aí um *silêncio eloquente*. Em outras palavras, uma análise histórica das Constituições brasileiras leva à conclusão de que o Constituinte não dispôs sobre esta atuação prévia precisamente porque *não pretendia que o TCU a realizasse*.<sup>15</sup> Não se tratou de um “esquecimento” do Constituinte ou de uma hipótese em que ele simplesmente não considerou a questão. Ao contrário, a ausência de previsão de atuação prévia no texto constitucional atual parece consistir numa clara opção histórica do Constituinte. É que, até 1967, a *regra* era que o TCU atuasse previamente. As decisões administrativas que implicassem gastos públicos deviam ser submetidas previamente à Corte de Contas, que as autorizava. Dito de outro modo, os administradores precisavam registrar previamente as despesas no TCU para que pudessem realizá-las de forma lícita.

<sup>13</sup> Como será visto mais adiante no texto, o TCU detém competência de registro prévio de atos relacionados a admissão de pessoal e concessão de aposentadorias (art. 71, III), mas isto não é relevante para os fins deste artigo.

<sup>14</sup> É também esta a conclusão de Luis Roberto Barroso, Tribunal de Contas: algumas incompetências, RDA, v. 203, jan/mar 1996, p. 138; e de Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 32ª edição, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 707.

<sup>15</sup> Para um exame da evolução histórica das competências do TCU, v. Artur Adolfo Cotias e Silva, “O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 19-141, 1999.



Neste contexto, o Tribunal de Contas *participava* da decisão administrativa que gerava gastos, atuando como um “quase-administrador”.<sup>16</sup>

Este modelo de fiscalização através do registro prévio das despesas havia sido inaugurado pela Holanda, em 1820, e fora em seguida introduzido em países como Bélgica Itália, Portugal, Chile e Japão. No Brasil, ele pautou fortemente as discussões que antecederam o estabelecimento do TCU. Uma das primeiras propostas para a criação deste órgão, de autoria do ministro das Finanças Manoel Alves Branco, foi recusada na Câmara dos Deputados em 1845 principalmente porque só continha a previsão de um controle posterior. Os críticos da proposta consideravam que o modelo sem controle prévio seria “inútil”.<sup>17</sup> Na exposição de motivos do Decreto de 1891 que finalmente instituiu o TCU, o então Ministro da Fazenda Ruy Barbosa deixou clara a sua adesão a esta tese: “Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia ou impotente”.<sup>18</sup>

Esta orientação foi finalmente adotada pela lei ordinária de 1892 que regulamentava o funcionamento do TCU. Estabelecido, o modelo de registro prévio de despesas vigorou nas décadas seguintes. Em 1934, a atividade contratual da administração pública, que ganhara forte relevância nos primeiros anos do século XX, foi explicitamente incluída nesta sistemática. O mesmo se deu em relação aos atos de aposentadoria de funcionários públicos, que passaram a depender do registro prévio perante o TCU a partir da Constituição de 1946.

Tudo começou a mudar, no entanto, com a Constituição de 1967. Como parte de projeto para impulsionar o desenvolvimento econômico, o governo

<sup>16</sup> Nas palavras de Bruno Wilhelm Speck, “[l]onge de constituir uma questão técnica, o controle prévio transforma o Tribunal de Contas em um órgão quase-administrativo. O encaminhamento prático do controle prévio é condicionar as ordens de despesas ao registro pelo Tribunal de Contas, envolvendo essa instituição no próprio processo administrativo. De fato, o Tribunal viraria, dessa forma, um aliado do Tesouro contra os ministros na contenção de despesas. Mas, em outros casos, como o ilustrado acima, o Tribunal seria um órgão administrativo com poderes de veto, mesmo que não inserido na hierarquia do Poder Executivo” (in *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*, São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer, 2000, p. 53).

<sup>17</sup> Cf. Alfredo Cecílio Lopes, *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo: s/e, 1947.

<sup>18</sup> Cf. Bruno Wilhelm Speck, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*, São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer, 2000, p. 51.

militar promoveu vasta reforma administrativa e financeira, que terminou por impactar também as competências do TCU. Para os fins do presente trabalho, a principal modificação introduzida à época foi o abandono do sistema de registro prévio de despesas. Este modelo foi substituído por dois mecanismos diferentes: (i) a instituição de órgãos de controle interno pela administração pública e (ii) a introdução de um controle posterior e eventual pelo TCU através de inspeções e auditorias.<sup>19</sup>

As razões e as consequências destas modificações não devem ser negligenciadas. Bruno Wilhelm Speck explica que foram de ordem prática as razões da mudança:

Com o crescimento da administração pública e a multiplicação das repartições, o Tribunal se veria forçado a se organizar internamente espelhando a estrutura da administração pública, caso quisesse registrar as despesas de cada repartição previamente. O processo de registro, de um lado, emperrava a administração, porque atrasava a execução orçamentária. De outro lado, os prazos exíguos dados ao Tribunal para manifestação não permitiam uma efetiva verificação da legalidade e da regularidade dos atos, como previsto. A filosofia do controle total sobre todos os atos e a sistemática do embargo prévio a despesas consideradas irregulares foram abandonadas.<sup>20</sup>

As consequências das alterações no sistema são significativas. De um modelo de acompanhamento prévio, obrigatório e global de todas as despesas que transformava o TCU em “quase-administrador”, passa-se para um sistema em que as suas competências de controle são meramente eventuais e posteriores, sendo realizadas ao lado e de forma complementar a uma fiscalização promovida por órgãos internos à administração pública. Esta nova lógica de atuação foi confirmada pela Constituição atual. É ela que informa a disciplina relativa à atuação do TCU nos projetos de infraestrutura, apresentada acima. No regime constitucional atual, a atuação prévia do TCU existe, mas é excepcional e atinge domínios que não têm relevância para o presente artigo, como a concessão de aposentadorias e a admissão de pessoal no funcionalismo público.

Este percurso histórico na disciplina constitucional do TCU demonstra que a ausência, no regime atual, de previsão explícita de poderes prévios em

<sup>19</sup> Sobre a diferença entre os controles interno e externo, v. STF, AgRg na Pet n. 3.606/DF, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21.09.2006, DJ de 27.10.2006.

<sup>20</sup> Cf. Bruno Wilhelm Speck, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*, São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer, 2000, p. 68-69.

relação a contratações administrativas configura uma hipótese de *silêncio eloquente*. A Constituição não previu tais poderes porque não os quis prever. A sistemática de atuação prévia do TCU em relação às despesas da administração pública vigorou por longos anos, mas foi *deliberadamente abandonada* pelo Constituinte a partir de quando a multiplicação das competências administrativas tornou este sistema inviável e indesejável, em função dos riscos de paralisia administrativa. Em outras palavras, na contraposição entre efetividade do controle e eficiência do agir administrativo, o Constituinte fez clara opção por este segundo valor. Neste contexto, cumpre ao seu intérprete dar efetividade a esta escolha.

## 2.2. A ausência de competências preventivas também na normatização infraconstitucional

A Constituição, portanto, não previu explicitamente para o TCU poderes que pudessem ser utilizados no controle da modelagem de projetos de infraestrutura. Além disso, esta ausência de previsão corresponde a uma clara opção do constituinte de que esta intervenção prévia *não se realize*.

A mesma situação se verifica no nível infraconstitucional. Não há lei que preveja poderes prévios ao TCU – ao menos não explicitamente. Não há lei que permita ao TCU impedir a publicação de um edital ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de algumas determinações suas. Em seu art. 113, § 2º, a lei geral de licitações<sup>21-22</sup> autoriza o controle de editais de licitação, mas apenas posteriormente à sua publicação. Assim, faz referência à possibilidade de (i) solicitação para exame de cópia de edital de licitação “já publicado”, além de (ii) determinação de medidas “corretivas” pertinentes.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em 22 de novembro de 2014.

<sup>22</sup> O dispositivo não foi replicado na Lei nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

<sup>23</sup> Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

(...) § 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Por sua vez, o art. 18, VIII, da lei 9.491/97<sup>24</sup>, normalmente apontado pelo TCU como base legal de sua atuação prévia nos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos, dispõe tão somente que compete ao Gestor do Fundo Nacional de Desestatização “preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União”. A lei, portanto, limita-se a estabelecer que o TCU irá apreciar os documentos relativos ao processo de desestatização, sem lhe conferir qualquer poder específico e adicional aos que previu a Constituição.

Neste contexto de ausência de previsão de poderes prévios na Constituição e na lei, poderia uma norma infralegal estabelecer esta competência? A resposta é negativa. Até se admite que a competência normativa das entidades administrativas promova algum grau de inovação na ordem jurídica<sup>25</sup>, mas esta inovação depende de uma densidade legislativa mínima que não se verifica neste caso. Na ausência de indicações legislativas mínimas, não poderia o TCU produzir validamente normas que gerassem obrigações para terceiros ou para órgãos constitucionais de outro poder.<sup>26</sup>

Neste sentido, vale mencionar acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, em julgamento a Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. O STF examinava a validade jurídica de uma sanção imposta com base em norma própria do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que estabelecia a obrigação para os administradores públicos de encaminhamento dos editais de licitação para controle prévio por este órgão de contas. O Superior Tribunal de Justiça havia considerado válida a sanção por entender que o controle dos Tribunais de Contas, “além de preventivo, reveste-se de caráter educativo, impedindo o malferimento aos princípios da legalidade, eficiência e a todos os demais postos na Lei de Licitações”. Foi adiante o STJ nos seguintes termos: “temos aqui o que denominamos de princípios implícitos do controle da licitação uma vez que esta não é apenas controlada a

<sup>24</sup> BRASIL. Lei lei 9.491 de 09 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm)>. Acesso em 22 de novembro de 2014.

<sup>25</sup> Sobre o tema, v., por exemplo, Gustavo Binenbojm, Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2. ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, capítulo IV - A crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa, pp. 125-194; e Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo para céticos, 2.ed, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 231-280.

<sup>26</sup> Assim também Luis Roberto Barroso, Tribunal de Contas: algumas incompetências, RDA, v. 203, jan/mar 1996, p. 138.

*posteriori* mas, também, *a priori*, constituindo-se, pois, um fator a prestigiar a moralidade na prática do ato administrativo”.<sup>27</sup>

O STF deu provimento ao recurso ordinário para reformar a decisão do STJ. Um dos pontos discutidos pelos Ministros não interessa a este artigo. Trata-se da discussão a propósito da competência federativa em face do art. 22, XXVII da Constituição. Mas, para além disso, o STF reforçou dois pontos relevantes: (i) eventual controle prévio de editais de licitações exigiria previsão *legislativa* específica; (ii) esta previsão legislativa específica *não se verifica na legislação pátria*, que autoriza apenas o controle de edital já publicado e desde que tenha havido solicitação, pelo Tribunal de Contas, para remessa de uma cópia sua.<sup>28</sup>

A este ponto, parece claro que, à ausência de lei específica (ou, mais precisamente, de indicações legislativas mínimas), não poderia o TCU produzir validamente normas que gerassem obrigações para terceiros ou para órgãos constitucionais de outro poder.<sup>29</sup> De todo modo, o que é mais curioso é perceber que esta norma *infralegal* não apenas *não poderia existir* como ela *de fato não existe*. Não há *norma infralegal* que estabeleça estes poderes prévios de que aqui se cogita.

No caso das concessões dos aeroportos de Galeão e Confins a base jurídica declarada da atuação prévia do TCU foi a sua Instrução Normativa n. 27, de 02/12/1998.<sup>30</sup> De acordo com o art. 7º desta norma, a fiscalização

<sup>27</sup> STJ, RMS 17.996/RJ, Rel. Ministro Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. em 01.06.2006, DJ 21.08.2006, p. 233.

<sup>28</sup> STF, RE 547063, Relator(a): Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008. EMENTA Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. 1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. 2. A Lei federal nº 8.666/93 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. 3. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93, que não contém essa exigência. 4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança.

<sup>29</sup> Sobre o tema, v. ainda RMS 24.675/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 13/10/2009, DJe 23/10/2009. V. também Luis Roberto Barroso, Tribunal de Contas: algumas incompetências, RDA, v. 203, jan/mar 1996, p. 138. Sobre a extensão da competência normativa do TCU, mais genericamente, v. Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15ª ed., São Paulo, Dialética, 2012, pp. 1079-1080.

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 27 de 02 de Dezembro de 1998. Disponível em <[Parte I • Estudos Aprofundados sobre o Controle Público](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20090624/INT1998-</a></p></div><div data-bbox=)

dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos realizada pelo TCU será “prévia e concomitante”, devendo contar com quatro estágios. É o primeiro estágio desta fiscalização que se opera antes da publicação do edital, envolvendo o exame dos seguintes documentos: (i) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados; (ii) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver; (iii) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental. De acordo com o art. 17 da mesma Instrução Normativa, “verificados indícios ou evidências de irregularidades, os autos serão submetidos de imediato à consideração do Relator da matéria, com proposta de adoção das medidas cabíveis”.

Como se vê, estas disposições autorizam apenas a participação do TCU nos estudos que embasam a adoção de medidas concretas posteriormente – e não, também, nestas próprias medidas.

Em resumo didático, a ação do TCU de impedir a publicação de um edital ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de alguma determinação sua não encontra fundamento *explícito* em norma de *qualquer hierarquia*. O próprio TCU reconheceu esta circunstância no caso da análise do primeiro estágio das concessões dos aeroportos de Galeão e Confins. Admitiu, assim, que “a análise dos comandos pertinentes às minutas do edital e do contrato deve se dar no 2º estágio do acompanhamento”<sup>31</sup> – estágio posterior à publicação do edital, inclusive porque o art. 8º, II, c, da Instrução Normativa TCU 27/1998 faculta ao administrador que envie o edital ao controlador em até cinco dias após a sua publicação.

---

027.doc>. Acesso em 23 de dezembro de 2014. Há outras instruções normativas do TCU que são relevantes para projetos de infraestrutura, como a Instrução Normativa nº 46/04, sobre concessões de rodovias, e a Instrução Normativa nº 52/07, sobre parcerias público-privadas.

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.466/2013, Plenário, Relatoria da Ministra Ana Arraes. Brasília. J. 11 set. 2013, item 63. Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em 17/12/2014.

### 3. AS RAZÕES APRESENTADAS PELO TCU PARA FUNDAMENTAR A SUA ATUAÇÃO PREVENTIVA

De acordo com o panorama constitucional, legislativo e infralegislativo traçado acima, o TCU não detém qualquer poder explícito de constrição de autoridades administrativas no momento prévio à publicação de editais em projetos de infraestrutura. A própria Corte de Contas já reconheceu esta circunstância. Na ementa de acórdão de 2008, de relatoria do Min. Guilherme Palmeira, lê-se o seguinte: “Não compete ao TCU deliberar a respeito da licitude do conteúdo de minuta de edital ainda não publicada e que, por isso, não consubstancia ato administrativo, por extrapolar o conjunto de competências conferido a esta Corte”.<sup>32</sup> Como foi visto no exemplo acima, no entanto, este entendimento tem sido afastado em alguns casos. Quando isso ocorre, como o TCU tem justificado a sua atuação?

#### 3.1. As razões práticas: a suposta conveniência social da atuação preventiva

São razões eminentemente práticas aquelas que o TCU suscita para justificar a sua atuação prévia. Nas palavras da Ministra relatora Ana Arraes no caso dos aeroportos de Galeão e de Confins<sup>33</sup>:

a verificação de eventual não cumprimento das recomendações/determinações do Tribunal referentes a essa fase somente nessa altura [posterior] do processo tornará necessária a republicação do edital e a consequente reabertura de prazos. Ante a urgência máxima que se atribui a processos da natureza do ora em foco, postergar a análise das minutas de edital e de contrato juntadas aos autos para a etapa de avaliação do 2º estágio [após a publicação do edital] poderia trazer impactos negativos. Além de reduzir a possibilidade de contribuição deste Tribunal para o aperfeiçoamento do processo, aumentaria, nos casos de constatações mais relevantes, o risco de interrupções indesejáveis no cronograma originalmente previsto. Assim, seria importante antecipar a avaliação de pontos mais relevantes das minutas de edital e de contrato, como foi feito nas concessões anteriores, por exemplo, em relação à imprescindibilidade de mecanismos contratuais para garantir a modicidade de tarifas.

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da união. Acórdão n. 597/2008. Plenário, Relator Min. Guilherme Palmeira. J. 11 abril 2007. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 17/12/2014.

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC-2466-35/13-P. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 17/12/2014, página 56.

Em resumo, a relatora entende que a antecipação do exame pelo TCU (i) ampliaria a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do processo e (ii) evitaria interrupções indesejáveis no cronograma do projeto público. Ambos os argumentos parecem conduzir à ideia de que o controle prévio seria feito por conveniência social ou do próprio administrador público. Há alguns problemas com este raciocínio.

Em relação ao primeiro ponto, ele parece ignorar que, ao mesmo tempo em que a antecipação da atuação do TCU amplia a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do projeto de infraestrutura, ela amplia também a possibilidade de intervenções indevidas deste órgão na esfera de liberdade do administrador público para modelar os projetos como melhor lhe parecer. É dizer: trata-se de argumento construído sobre uma concepção idealizada ou pouco realista da atuação do órgão fiscalizador. Tanto a hipótese da contribuição como a hipótese da intervenção indevida são igualmente concebíveis sob uma perspectiva teórica. Sendo assim, é preciso atentar para a opção adotada pelo direito em relação a este dilema – que, neste caso, é a de evitar esta intervenção prévia, tal como se demonstrou acima.

Em relação ao segundo ponto, a Ministra Ana Arraes parece estar fazendo referência à possibilidade de sustação do edital que a Constituição confere ao TCU. O argumento aqui seria o seguinte: como o TCU pode sustar o edital que entender irregular, é melhor que já faça o seu exame anteriormente, para evitar interrupções no cronograma, depois de publicado o edital.<sup>34</sup> O raciocínio não procede.

Em primeiro lugar, é preciso contestar que, de um ponto de vista estritamente temporal (estritamente relacionado, portanto, ao cronograma de execução dos projetos de infraestrutura), haja alguma vantagem em interromper o processo antes da publicação do edital e não após a sua publicação. Não há porque supor que a paralisação posterior seria maior do que o adiamento anterior. Ela seria apenas realizada em momento posterior. Aliás, no caso dos aeroportos do Galeão e de Confins, a imprensa chegou a noticiar que o governo acataria as observações do TCU para evitar atrasados adicionais na publicação do edital – quer dizer, atrasos no cronograma haverá com intervenções prévias ou posteriores.

Em segundo lugar, é curioso que o TCU utilize poderes que detém posteriormente para, numa espécie de ameaça velada, justificar a criação de

<sup>34</sup> Este argumento apareceu também no voto do então Ministro do STJ Luiz Fux no RMS 17.996/RJ, Rel. Ministro Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. em 01.06.2006, DJ 21.08.2006, p. 233.



poderes preventivos, supostamente em benefício do próprio administrador ou da sociedade. A extrair deste argumento todas as suas consequências, ter-se-ia que todo órgão que detém poderes posteriores de sanção jurídica se tornaria “por conveniência social” também um regulador prévio.

No MS 32.033/DF, o Supremo Tribunal enfrentou questão análoga, relativa à sua própria competência constitucional.<sup>35</sup> O Senador impetrante pedia à Suprema Corte que evitasse a tramitação de projeto de lei que dispunha sobre tema que o STF já julgara inconstitucional na ADI 4.430<sup>36</sup>. O Ministro Gilmar Mendes chegou a conceder medida cautelar neste sentido, suspendendo a tramitação do Projeto de Lei até a deliberação final do Plenário da Corte. No julgamento do mérito da ação mandamental, no entanto, a maioria do STF decidiu pela impossibilidade de promoção deste controle prévio. No voto da Ministra Carmen Lúcia, lê-se o seguinte:

Se inconstitucionalidade vier a ser praticada na elaboração normativa pelo Congresso Nacional o Supremo Tribunal poderá vir a ser convocado para atuar. Mas é certo que o direito tem o seu tempo e projeto de lei e exercício de competência, mas a matéria cuidada pelo Congresso lei ainda não é.

Quer dizer: o fato de que o STF detém o poder de julgar a constitucionalidade das leis não implica que ele possa barrar também projetos de lei. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao TCU: o fato de que ele pode sustar editais já publicados não implica que possa também intervir em meros projetos de editais.

<sup>35</sup> STF, MS 32.033/DF, Plenário, Relator: Min. Gilmar Mendes; Relator p/Acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013.

<sup>36</sup> Nos termos da ementa deste julgado: “A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico” (in STF, MS 32.033/DF, Plenário, Relator: Min. Gilmar Mendes; Relator p/Acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013).

Sob um ponto de vista estritamente prático, não é indiferente que o controle se dê previamente ou posteriormente à adoção de um ato. É intuitivo que o controlador se sentirá mais à vontade para ir fundo nas opções controladas nos casos em que elas ainda não tenham sido postas em prática e não tenham sido amplamente publicizadas. Dito de outro modo, é de se esperar que um órgão controlador seja *menos interventivo* num contexto em que determinado ato já foi praticado. Neste contexto, ao contrário do que ocorreria se pudesse atuar previamente, o controlador tenderia a negligenciar discordâncias menores e menos relevantes que eventualmente tenha com o administrador público. Num contexto de atuação preventiva, toda mínima divergência que o TCU tenha com o administrador público poderá suscitar uma comunicação neste sentido. Num contexto de atuação posterior, ao contrário, o órgão controlador tenderá a colocar na balança os inconvenientes de uma eventual sustação do edital para decidir se intervirá ou não. Deverá ponderar se a divergência que tem com o administrador público é de fato tão grave e tão séria a ponto de justificar (i) a interrupção de um projeto público e (ii) a incursão nos ônus políticos decorrentes desta interrupção.

A este ponto, parece demonstrado que respeitar a letra explícita da Constituição Federal – e portanto vedar a atuação preventiva do TCU – não é *indiferente* do ponto de vista prático, como quer fazer crer o TCU. Trata-se de opção que geraria o resultado prático de reduzir a intervenção do TCU e aumentar a liberdade do administrador público. Este resultado, aliás, é consentâneo com a intenção do legislador de fazer com que o TCU atue como um controlador posterior e eventual e não como um “quase administrador”. Além de não ser *indiferente* do ponto de vista prático, é preciso deixar claro que esta opção tampouco é *socialmente inconveniente*. Só pensaria assim quem supusesse que o TCU tem maiores condições de avaliar o que é lícito e regular do que o administrador público – suposição que não encontra respaldo constitucional.

Em resumo, a sistemática que o TCU instaura sob o argumento de que seria *conveniente* ou no *mínimo indiferente* do ponto de vista da sociedade ou do próprio administrador público na realidade subverte a lógica instaurada pelo Constituinte, gerando inclusive resultados opostos aos que ele teria pretendido. Nesta mesma direção, retome-se o julgamento em que o STF negou a validade de norma que conferia ao TCE do Rio de Janeiro poderes para determinar a apresentação prévia de editais de licitações, sob pena de sanção. Em especial, o Ministro Marco Aurélio, então presidente do STF, deixou clara a sua posição no sentido de que a obrigação de submissão prévia de projetos de editais (antes de sua publicação) faria o Tribunal de Contas substituir-se ao próprio administrador: “Se assento que, necessariamente, o

administrador precisa, de forma automática, encaminhar para aprovação os editais de licitação ao Tribunal de Contas do Estado, afastando a atuação dele, do órgão, como administrador”. A Ministra Carmen Lúcia fez observação semelhante à da Ministra Ana Arraes, que agora se contesta. De acordo com a Ministra Carmen Lúcia, este exame prévio seria “extremamente cômodo” para o administrador, na medida em que “evita[ria] problemas preliminarmente”. Mas o Ministro Marco Aurélio retrucou que “essa comodidade (...) contraria princípio básico, revelador da autoadministração”.<sup>37</sup>

### 3.2. As eventuais razões jurídicas: a suposta existência de um “poder geral de cautela”

Seria cogitável ainda que a atuação prévia do TCU se fundamentasse num “poder geral de cautela” que seria implícito aos seus poderes corretivos. No caso dos aeroportos de Galeão e Confins, a justificativa não é assim articulada nem no acórdão da lavra da Ministra Ana Arraes, nem no acórdão da lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Neste último, no entanto, além das razões práticas citadas acima, afirma-se que a atuação prévia do TCU é necessária para “garantir efetividade à atuação desta Corte, em face do seu caráter também preventivo”.<sup>38</sup> A existência de um “poder geral de cautela” para o TCU já foi também reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, originalmente em Acórdão da lavra da Min. Relatora Ellen Gracie, de novembro de 2003.<sup>39</sup> Esta interpretação, no entanto, não merece encômios.

Antes de ingressar na crítica direta ao raciocínio adotado pelo STF, é preciso deixar claro que o caso em que esta Suprema Corte reconheceu originalmente a existência de competências constitucionais cautelares implícitas guarda diferenças significativas com a hipótese deste artigo. No caso enfrentado pelo STF, tratava-se de suspensão cautelar, pelo TCU, de uma licitação na modalidade de tomada de preços promovida pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) para contratar escritório de advocacia em Brasília para acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e órgãos administrativos da Capital Federal. Um dos escritórios licitantes representara ao TCU a propósito de irregularidades no procedi-

<sup>37</sup> STF, RE 547063, Relator(a): Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008.

<sup>38</sup> TCU, Acórdão 2.666/2013, Plenário, Relatoria do Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 2.10.2013, item 4.

<sup>39</sup> STF, MS n. 24.510/DF, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2003, DJ de 19.03.2004. O STF voltou a manifestar-se neste sentido em 2007: MC no MS n. 26.547/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.05.2007, DJ de 29/05/2007.

mento licitatório e o órgão de controle determinou a imediata suspensão do certame até que fosse julgado o mérito da questão. Neste caso, o edital já havia sido publicado e o procedimento licitatório já estava em curso. Nestas circunstâncias, o TCU possui competências corretivas explicitamente atribuídas pela Constituição. A questão que se punha era a de se seria necessário estender competências cautelares *adicionalmente (ou acessoriamente)* a estas competências corretivas que, indiscutivelmente, existiam. Já na hipótese de que cuida este artigo, não haveria edital algum publicado, nem se teria iniciado ainda a fase externa do procedimento licitatório. Ao contrário do que acontece na hipótese do edital já publicado, aqui a Constituição não estabelece nenhuma competência corretiva. O uso da autoridade deste julgado, portanto, é de utilidade duvidosa.

Mas é imprescindível ir além e contestar a própria procedência do entendimento do STF *mesmo no caso específico por ele solucionado* – aquele em que já há edital de licitação publicado. O raciocínio do STF está baseado na necessidade de dar efetividade às competências explícitas estabelecidas pela Constituição Federal. O poder geral de cautela de que disporia o TCU seria uma *consequência necessária* da detenção de competências corretivas explícitas, como forma de torná-las efetivas na prática. A ideia é a de que o próprio Constituinte teria desejado esta interpretação, ou não faria sentido ter estabelecido as competências explícitas.

Os Ministros Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes debateram sobre a possibilidade de identificação de competências constitucionais implícitas. Britto defendia que as competências estabelecidas constitucionalmente devem ser entendidas como *numerus clausus* e Mendes afirmava diversamente, no sentido de que é possível e mesmo usual que se faça interpretação extensiva dos poderes que a Constituição atribui a uma instituição pública. Ainda que se ultrapassasse esta discussão inicial, contudo, é preciso ter claro que o raciocínio das competências constitucionais implícitas só poderia ter lugar quando fosse compatível com o sistema de competências atribuído explicitamente pela Constituição. É dizer: não cabe ler implicitamente algo que a Constituição estatuiu explicitamente de outra maneira. E é este o principal problema da interpretação extensiva dos poderes do TCU ao qual a Corte procedeu. A Constituição Federal *não foi silente* sobre a existência de poder cautelar ao TCU. Ela o previu *expressamente*.

Com efeito, o art. 71, X, do texto constitucional estabelece que o TCU poderá determinar a *sustação* dos efeitos de atos administrativos irregulares. A sustação consiste precisamente em uma medida cautelar: ela não corresponde à anulação do ato administrativo nem resolve definitivamente a questão

relativa à regularidade do ato. Ela consiste em providência voltada a evitar que se realizem os efeitos de ato que causaria danos ao erário público até a solução definitiva da questão – uma medida cautelar, portanto. Acontece que a Constituição não apenas previu esta competência cautelar, mas também disciplinou o seu exercício. A leitura combinada dos incisos IX e X do mencionado art. 71 deixa claro que a sustação dos efeitos de atos administrativos irregulares pelo TCU (i) será precedida do esgotamento de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades administrativas pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Esta é a extensão do poder cautelar concedido constitucionalmente ao TCU e este é o procedimento específico que deve ser seguido para exercê-lo. Identificar a existência de um poder geral de cautela que permita ao TCU suspender atos e procedimentos administrativos sem que se estabeleça prazo às autoridades administrativas pertinentes para a adoção das soluções cabíveis não é identificar implicitamente competências que o próprio constituinte teria querido estabelecer – é desbaratar e ignorar a sistemática específica que o constituinte previu para a hipótese.

Nem se contraponha o argumento de que não faria sentido *deixar a ilegalidade e o dano público acontecerem*, para só depois permitir a atuação do TCU. Este argumento esteve presente nos debates do STF. Para objetar o entendimento do Ministro Ayres Britto, que negava a existência de um poder geral de cautela para o TCU, o Ministro Cezar Peluso questionou: “[o Tribunal de Contas] tem o poder de remediar, mas não o de prevenir? Vamos esperar seja consumada a ilegalidade para, só depois, atuar o [Tribunal de Contas]?”<sup>40</sup> Em sentido parecido manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence. A preocupação, no entanto, não procede.

Em primeiro lugar, o argumento é vulnerável a uma avaliação mais realista. Nos casos em que o TCU entender haver uma ilegalidade num projeto de infraestrutura, o que se tem não é *necessariamente* um prenúncio de dano, mas apenas um entendimento de um órgão público neste sentido. Mas não se ignore que haverá também o entendimento de outra instituição (da administração pública) em sentido contrário – considerando juridicamente válida a disposição editalícia contestada pelo TCU, por exemplo. Se há um risco de que o TCU esteja correto e que um dano se concretize, também há um risco de que o TCU esteja equivocado e que um projeto público relevante

<sup>40</sup> STF, MS n. 24.510/DF, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2003, DJ de 19.03.2004.

seja sobrestado. Nenhuma destas situações pode ser excluída previamente, e não é razoável enxergar apenas um dos riscos e disto extrair consequências jurídicas preventivas. Ao contrário: havendo divergências entre instituições públicas e risco na adoção de quaisquer dos entendimentos, é preciso atentar para a solução prevista no direito para esta situação. E aqui parece claro que o direito autorizou que o entendimento do TCU se sobrepusesse ao entendimento da administração pública *apenas na hipótese* de atos administrativos já emitidos e após cumpridos alguns requisitos procedimentais específicos. Não há um poder geral do TCU de dizer o direito.

Em segundo lugar, ainda que se admita para argumentar que o TCU tenha razão, não é possível supor que a negação a este órgão de um poder geral de cautela implique necessariamente a concretização do dano ou da ilegalidade. É que o próprio direito prevê os remédios para que não ocorram tais danos. Os interessados em evitá-lo devem recorrer ao Poder Judiciário para obter um provimento liminar cautelar neste sentido. É o Poder Judiciário que, na sistemática estabelecida pelo Constituinte, tem poderes para impedir, de forma preventiva e cautelar, a publicação de um edital de licitação com violações à lei. Nesta sistemática estabelecida pelo Constituinte, o TCU tem poderes de cautela, mas eles são limitados e precedidos por um procedimento específico – é o Poder Judiciário que tem poder geral de cautela.<sup>41</sup> Neste contexto, reconhecer “poder geral implícito de cautela” ao TCU não é exatamente prever uma solução jurídica para uma situação em que o direito não prevê nenhuma: é substituir a solução prevista pelo direito por outra que se julga mais adequada. Do ponto de vista institucional, constitui transferência de competências do Poder Judiciário para o TCU.

Além dos licitantes ou demais interessados, naturalmente poderá o próprio TCU, através de sua procuradoria, provocar o Poder Judiciário para obter *dele* o provimento cautelar que julgar conveniente para o caso concreto. Intuitivamente, espera-se inclusive que esta seja a situação mais recorrente. Afinal, a legislação prevê que este órgão de controle examinará previamente os estudos relativos aos projetos de infraestrutura e poderá tomar conhecimento de disposições editalícias que entenda irregulares. A legislação apenas não prevê poderes concretos a serem utilizados nesta hipótese. Disso resulta que o TCU poderá atuar nos domínios para os quais não lhe é necessário

---

<sup>41</sup> Sobre as diferenças na sistemática acautelatória do TCU e do Poder Judiciário, em especial no que concerne a questão da indenização pelos prejuízos causados por uma providência cautelar posteriormente suspensa, veja-se Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15ª ed., São Paulo, Dialética, 2012, pp. 1083.

nenhuma habilitação jurídica específica (ex.: poderá recomendar alterações para o administrador ou levar a questão ao Poder Judiciário), mas não poderá impor ele próprio medida constritiva alguma.

#### 4. CONCLUSÕES

O contexto atual favorece a ampla intervenção do TCU sobre projetos de infraestrutura. De um lado, a Constituição põe sob a sua guarda valores extremamente amplos (em especial, a legitimidade e a economicidade dos atos administrativos). De outro lado, há um movimento de interpretação extensiva dos poderes que o TCU detém para protegê-los. O STF entende que as competências que a Constituição atribuiu explicitamente a esta Corte de Contas pressupõem outras, implícitas, que lhe assegurariam um “poder geral de cautela”. O próprio TCU sustenta que a intervenção prévia em editais de licitação, apesar de não estar prevista em norma de nenhuma hierarquia, seria conveniente para a sociedade e para o administrador público – ou, no máximo, ser-lhe-ia irrelevante. O administrador público, por sua vez, tem sucumbido ao avanço do TCU e permitido a sua intervenção prévia.

Esta última circunstância, em especial, merece algum desenvolvimento.<sup>42</sup> Tendo em vista que a atuação sancionatória do TCU incide sobre os gestores públicos individualmente considerados, gera-se um incentivo claro a que eles admitam o controle prévio deste órgão fiscalizador, numa espécie de “instinto de autopreservação”. Afinal, o controle prévio funcionaria como um “salvo conduto” desejado pelo administrador antes da realização da licitação. Além do medo da penalização, a propensão dos administradores para aceitar o controle prévio pode decorrer de receio de danos reputacionais causados por uma eventual sustação posterior do edital sob o argumento de ilegalidades. Assim, no âmbito do governo federal, ao menos nos últimos dez anos, a regra tem sido a do envio das minutas de edital e contratos para o TCU no momento do envio dos estudos de viabilidade. Trata-se de procedimento que termina por consolidar a atuação prévia do TCU. O único caso recente em que o governo federal publicou um edital de licitação sem aprovação prévia do TCU sobre os estudos de viabilidade foi o da concessão do Campo de Libra. Em todos os outros casos, esperou-se a manifestação do órgão fiscalizador, mesmo quando ele ultrapassou os prazos estabelecidos em suas próprias Instruções Normativas para fazê-lo. Como consequência, a Corte de Contas acaba atuando nos projetos de infraestrutura quase como

<sup>42</sup> Devo as observações deste parágrafo a comentários de Marcelo Lennertz e Maurício Portugal Ribeiro, após leitura de versões preliminares deste trabalho.

um administrador, participando ativamente das decisões governamentais relativas à sua modelagem.

Não há nada que possa ser feito juridicamente para impedir que, em instinto de preservação, os administradores enviem voluntariamente os projetos de editais e se submetam às considerações tecidas pelo TCU – nem este artigo sugere que este procedimento seja juridicamente inválido. O que aqui se sustentou foi o seguinte:

- (i) O TCU não pode *exigir* a apresentação de minuta de edital ainda não publicado.<sup>43</sup> Naturalmente, no entanto, o administrador público pode *optar* por enviá-la, para receber sugestões do TCU;
- (ii) O TCU não detém poderes para intervir de forma autoritativa numa minuta de edital ainda não publicada. As competências constitucionais explícitas que se atribuíram ao TCU não implicam necessariamente competências implícitas geradoras de um “poder geral de cautela”;
- (iii) Na ausência de poderes que permitam ao TCU emitir *determinações* ao administrador público antes da publicação de um edital de licitação, a única atuação que lhe cabe neste momento é a *opinativa*. Como se adiantou acima, este tipo de atuação independe de qualquer previsão constitucional específica. De todo modo, o administrador não está juridicamente obrigado a acolher eventuais sugestões desta Corte;
- (iv) Mesmo após a publicação do edital, o TCU não tem poderes para anulá-lo. Se entender que há vícios de legalidade, legitimidade e economicidade, poderá apenas *sustar* o edital e suspender a licitação. Eventual irresignação do administrador público com esta orientação da Corte de Contas deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário;
- (v) As três orientações acima (do STF, do TCU e do administrador público), que favorecem a intervenção prévia do TCU, terminam por consagrar um estado de coisas que o Constituinte claramente quis afastar desde 1967, quando alterou a sistemática do controle externo;
- (vi) Não é irrelevante ou necessariamente positivo, do ponto de vista social, que o órgão que possui poderes de controle *a posteriori* os exerça também preventivamente;

<sup>43</sup> Afinal, o próprio STF já decidiu, em acórdão citado anteriormente, que a obrigação de remessa do projeto do edital não está prevista na legislação nacional e não poderia ser inserida por normatização autônoma dos Tribunais de Contas (STF, RE 547063, Relator(a): Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008).



O autor reconhece os esforços do TCU de garantir a legalidade, a legitimidade e a economicidade da ação administrativa. Em muitos casos, compartilha ainda do seu entendimento substancial, acreditando que as opções do TCU são superiores às da administração pública, no sentido de mais convenientes para a realização do interesse público. De todo modo, entende também que não cabe nem a ele, nem ao TCU tomar estas decisões ou interferir nas opções da administração ainda antes de que elas sejam publicadas. Ainda que esta solução interventiva possa às vezes se revelar substancialmente positiva, ela será sempre negativa do ponto de vista institucional.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências, RDA, v. 203, jan/mar 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2. ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 24.510/DF, Plenário, Relatora Min. Ellen Gracie, J. 19 nov. 2003. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 32.033/DF, Plenário, Relator: Min. Gilmar Mendes; Relator p/Acórdão: Min. Teori Zavascki. J. 20 jun. 2013. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 190.985/SC. Plenário, Relator Min. Néri da Silveira. J. 14 fev. 1996.
- BRASIL. Lei 9.491 de 09 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm)>.
- BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 17.996/RJ, Rel. Ministro Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, 1a Turma. J. 01 jun. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24.675/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2a Turma, j. em 13/10/2009, DJe 23/10/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4430/DF. Plenário. Relator Min. Dias Toffoli. J. 29 jun. 2012. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC no MS n. 26.547/DF, rel. Min. Celso de Mello. J. 23 maio 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 547063/RJ, Relator(a): Min. Menezes Direito, 1a Turma. J. 07 out. 2008. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRg na Pet n. 3.606/DF, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 21 set. 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 17/12/2014.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.466/2013, Plenário, Relatoria da Ministra Ana Arraes. Brasília. J. 11 set. 2013, item 63. Disponível em <www.tcu.gov.br>.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.666/2013, Plenário, Relatoria do Min. Augusto Sherman Cavalcanti. J. 02 out. 2013, item 4. Disponível em <www.tcu.gov.br>.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 27 de 02 de Dezembro de 1998. Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Vade-mecum de Licitações e Contratos. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15a ed., São Paulo, Dialética, 2012.
- LOPES, Alfredo Cecílio. Ensaio sobre o Tribunal de Contas. São Paulo: s/e, 1947.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 32a edição, São Paulo, Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de; ZANCANER, Weida. “Iniciativa Privada e Serviços Públicos, revista de Direito Público n. 98/192. São Paulo, RT, abr/jun, 1991.
- SILVA, Artur Adolfo Cotias e. “O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 19-141, 1999.
- SPECK, Bruno Wilhelm. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil, São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos, 2.ed, São Paulo, Malheiros, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas”, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011.

PARTE II

---

O DIA A DIA DO CONTROLE DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



*Capítulo 1*

**POR MAIS REALISMO NO CONTROLE DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

---



## A MALDIÇÃO DO REAJUSTE EM CONCESSÕES

Represamento de reajuste é injustificável jurídica,  
econômica e politicamente<sup>1</sup>

O reajuste, nos contratos de concessão, deveria ser dos temas mais simples. Afinal não se trata de dar à concessionária nenhuma vantagem, mas apenas de *preservar* o valor a que ela faz jus pela prestação do serviço; mantê-lo equivalente, atualizá-lo diante de perdas inflacionárias que decorrem do passar do tempo.

Na prática, no entanto, concessionárias amargam *anos* sem reajuste, diante das mais disparatadas justificativas. Em geral, o presidente, governador ou prefeito alega alguma irregularidade na concepção ou gestão do contrato, ou mesmo a “injustiça” em “ampliar ganhos privados”, e anuncia a intenção de suspender o reajuste.

Mas essa atitude é injustificável sob qualquer perspectiva.

**Juridicamente**, ela está fadada ao insucesso. Represar o reajuste com base em irregularidade contratual (suposta ou real) é procedimento ilegal, como tem sido reiteradamente reconhecido pela jurisprudência, a tal ponto de ter virado objeto do Enunciado 34 das Jornadas de Direito Administrativo do CJF/STJ. O reajuste é “automático”. E, se irregularidade houver, ela deve ser apurada em processo administrativo próprio, no qual se garantirão à concessionária ampla defesa e contraditório e no qual lhe poderão ser aplicadas eventuais sanções. Represar reajuste não é forma de penalidade admitida pelo Direito, em nenhuma hipótese.

**Economicamente**, é medida irracional. Corresponde a um *empréstimo forçado* que o poder concedente toma da concessionária - e que, depois, terá de lhe pagar. Acontece que os juros que incidem sobre esse “empréstimo” correspondem à taxa interna de retorno (TIR) do contrato, que normalmente superam os juros encontrados no mercado de crédito. Isso significa

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 29 de março de 2023.

que valeria até a pena pegar emprestado dinheiro do mercado para pagar à concessionária, ao invés de atrasar o reajuste devido. Negar-se a reajustar os contratos de concessão é medida econômica tão desatinada, que já se apontou que ela deveria dar ensejo a ações de improbidade, pelo prejuízo que causa aos cofres públicos.

**Politicamente**, enfim, a atitude também terá impactos negativos. Como nos contratos de concessão, os investimentos da concessionária na infraestrutura pública se fazem normalmente no início do contrato e a sua remuneração se dá ao longo dos anos seguintes, a segurança jurídica (de que os termos contratuais serão respeitados e de que ela receberá o que lhe foi prometido) é seu elemento absolutamente essencial. Assim, o desrespeito ao direito mais básico da concessionária fatalmente acarretará para o poder público dificuldade futura para conseguir bons parceiros privados ou boas parcerias.

Como é normalmente o caso com medidas populistas, a negação em aplicar o reajuste devido em contratos de concessão só gera benefícios ao político que a propõe, que posará de protetor da população e fingirá surpresa quando vir a medida ser barrada judicialmente. A conta será toda nossa.



## O QUE SIGNIFICA DEFERÊNCIA?

Sabemos o significado de uma das palavras da moda do novo direito administrativo?<sup>1</sup>

Deferência é uma das palavras da moda do novo direito administrativo. Mas sabemos mesmo o que ela significa?

O que queremos dizer quando, por exemplo, no caso de controle judicial, afirmamos que o juiz *prestou deferência* à administração pública?

Em pesquisa que realizei com Renato Toledo, testamos empiricamente três diferentes acepções do termo, ao analisar o comportamento do TJRJ nas contestações judiciais de decisões da AGENERSA, agência reguladora fluminense de energia e saneamento básico.

A acepção mais conhecida é a que denominamos “deferência pelo resultado”: a efetiva manutenção, pelo juiz, da decisão administrativa contestada. Ou, dito de outro modo, a “vitória” da autoridade administrativa na ação judicial que busca a reforma ou a anulação da sua decisão. Na nossa pesquisa, houve deferência, neste sentido, em 90,23% dos casos.

Mas seria mesmo necessário manter a decisão administrativa contestada, para que se possa dizer que o controlador foi deferente à administração pública? Juiz que não mantém a decisão contestada é juiz que não presta deferência à administração?

Ao menos num sentido bem específico, mais fraco do que o primeiro aqui apresentado, seria possível considerar haver “deferência” mesmo em casos de “derrota” da autoridade administrativa, desde que o juiz tenha *considerado de forma respeitosa* a decisão administrativa sob sua análise e que concedesse à administração um espaço específico de liberdade de criação ou de interpretação – apenas não a mantendo por avaliar que este espaço teria sido extrapolado.

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 26 de junho de 2022.

No nosso trabalho, buscamos identificar este tipo de deferência por meio de uma análise do *discurso judicial*, das razões apresentadas pelos juízes ao decidir. Denominamos esta espécie de “deferência pelo discurso” (identificada em 52,24% dos casos). É intuitivo que haverá grande correlação entre a deferência pelo discurso e a deferência pelo resultado (na nossa pesquisa, essa correlação foi de 98,61%), mas ela não é necessária.

Finalmente, a deferência judicial pode significar foco no *controle do procedimento* por meio do qual a decisão administrativa contestada foi tomada em vez do foco na sua *substância*. É o que denominamos “deferência pela amplitude do controle”. A propósito, em outra pesquisa, Susan Rose-Ackerman e eu examinamos o histórico jurisprudencial de alguns países, e observamos que o movimento da ampliação da deferência judicial é usualmente acompanhado da ampliação paralela do controle procedimental, numa espécie de compensação. No caso do controle judicial da AGENERSA, a deferência pela limitação da amplitude do controle se deu em 60,45% dos casos analisados.

Em qualquer das acepções acima, no entanto, é fácil observar que a deferência veicula (i) uma orientação de autocontenção do controlador e (ii) o reconhecimento de um espaço de liberdade para o administrador, decorrente de hipóteses de indeterminação normativa. São estes os elementos que parecem ser centrais ao conceito – e que ainda precisam ser bastante trabalhados em nosso direito, a despeito do modismo.

## ARBITRAGEM EM TEMPOS DE CANETAS APAGADAS

---

Partes das arbitragens em contratos públicos resulta de modo de decidir<sup>1</sup>



Algumas das consequências dos excessos do Tribunal de Contas da União (TCU) e dos demais órgãos de controle são bem reportadas. Eu mesmo já me referi a uma delas: entidades públicas vinham “importando”, para dentro de seus quadros, membros ou ex-membros do Tribunal, com o objetivo de melhorar o relacionamento com ele e evitar as suas punições.

Mas há uma consequência adicional destes excessos, que tem sido notada e comentada pelos profissionais atuantes nos setores de infraestrutura: o crescimento artificial do recurso à arbitragem como forma de proteção dos gestores públicos que lidam com pleitos de empresas concessionárias. Imagine-se a seguinte situação: um contrato de concessão tem seu equilíbrio gravemente afetado por evento que corresponde a risco atribuído, por lei ou pelo contrato, ao poder concedente.

A situação é corriqueira e tem solução simples de acordo com o nosso ordenamento jurídico: a concessionária tem direito a ter o seu contrato reequilibrado pelo poder concedente, por meio, por exemplo, da recepção de valores do erário, do aumento da tarifa ou da ampliação do prazo da concessão.

Acontece que, para ver seu direito assegurado, a concessionária formulará pleito aos gestores públicos responsáveis pela regulação do contrato. E, num cenário de apagão de canetas, tais gestores não têm quase nenhum incentivo para reconhecer o direito da concessionária e expor-se às eventuais sanções dos órgãos de controle.

Duas são suas atitudes mais prováveis, em atitude de autopreservação. A primeira é negar o pleito, a despeito do seu mérito: “dorme tranquilo quem

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Controle Público, em 25 de maio de 2022.

indefere”. A segunda é sugerir informalmente que a concessionária recorra ao Poder Judiciário ou à arbitragem.

Essa fuga à arbitragem funciona para ambas as partes. Como as sentenças arbitrais têm a mesma força de decisões judiciais definitivas, a concessionária pode finalmente ver os seus pleitos apreciados em tempo adequado e sem contestações adicionais. E como a decisão sobre os pleitos privados terá sido dada pelo tribunal arbitral, o gestor público pode ficar despreocupado que não será responsabilizado nos casos em que o controlador não concordar com a sentença.

Resultado: inflação artificial do número de arbitragens. Enquanto algumas delas são justificáveis para lidar com casos mais complexos e solucionar um real desacordo entre o poder concedente e a concessionária, outras são instauradas para lidar com casos simples, que poderiam ter sido resolvidos administrativamente, não fosse o apagão das canetas.

Nem as empresas privadas, nem os gestores públicos podem ser culpados por este movimento, que corresponde a escolha natural e compreensível no atual cenário de caça às bruxas.

Esse não parece, no entanto, ser um cenário socialmente positivo. De um lado, há o alto custo das arbitragens — que terminará sendo repassado para os usuários do serviço concessionado. De outro, há a transferência de uma parcela das competências regulatórias para as cortes arbitrais. Eis aí uma configuração institucional que não foi pensada por ninguém, mas que está virando realidade, pela mera reação aos excessos dos órgãos de controle.

## O AVANÇO DO CONGRESSO SOBRE AS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA

Como o Congresso Nacional tem usado o poder de sustar normas de agências?<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio<sup>2</sup>

Natasha Salinas<sup>3</sup>

Beatriz Scamilla<sup>4</sup>

No último dia 3, o Congresso Nacional aprovou, com larga maioria, a urgência do Projeto de Decreto Legislativo 94/2022. Com fundamento na prerrogativa constante do art. 49, V da Constituição Federal – que confere ao Congresso o poder de sustar atos da Administração que exorbitem do seu poder regulamentar –, o PDL 94/2022 pretende sustar os efeitos da resolução da Aneel que homologou o reajuste tarifário do contrato de concessão da Enel Distribuição Ceará (Enel CE) para 2022<sup>5</sup>. O projeto, assim, já pode ser votado no plenário da Câmara.

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Legislativo, em 15 de maio de 2022.

<sup>2</sup> Professora do programa da FGV Direito Rio e advogada. Este artigo reflete exclusivamente a opinião pessoal da autora, e não a da instituição.

<sup>3</sup> Professora do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em direito da regulação e do curso de graduação em direito da FGV Direito Rio. Doutora e mestre em direito pela USP. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.

<sup>4</sup> Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Cofundadora da Destro Consultoria Jurídica. Pesquisadora em Laboratório de Estudos Institucionais (LETACI). Assistente de pesquisa do projeto “Regulação em Números” da Escola de Direito da FGV-Rio.

<sup>5</sup> A norma atacada pelo PDL 92/2022 é a Resolução Homologatória 3.026, de 19 de abril de 2022, que homologou o resultado do Reajuste Tarifário Anual de 2022, as Tarifas de Energia (TE) e as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

Somente em 2022, oito PDLs foram apresentados contra atos normativos da Aneel, todos referentes a questões tarifárias. A circunstância chama a atenção para um tipo de controle sobre as agências reguladoras que ainda passa abaixo do radar de grande parte da literatura jurídica nacional.

Buscando suprir essa lacuna, pesquisa realizada pelos autores deste texto no âmbito do projeto Regulação em Números, da FGV Direito Rio, levantou os dados relativos a esse tipo de controle até 2019 e chegou a algumas conclusões interessantes. Desde o ano 2000, PDLs têm sido propostos com o objetivo de sustar atos normativos das agências reguladoras<sup>6</sup>.

A Aneel é o maior alvo dos projetos (40 em um universo de 158 PDLs até a data limite da pesquisa). Desse total, 23 (57,5%) se referem especificamente, de forma exclusiva ou correlata, a temas tarifários, tal como o PDL mencionado no início deste texto. No entanto, a Aneel não teve ato suspenso por efeito de decreto legislativo, o que denota que, apesar de campeã das investidas congressuais, até o momento sua competência foi preservada.

Aliás, durante todo o lapso temporal abrangido pela pesquisa tem-se notícia de que apenas um decreto legislativo chegou a ser efetivamente promulgado. Trata-se do Decreto Legislativo 273/2014 que, após tramitar em regime de urgência, sustou os efeitos da Resolução 52/2011, que tinha por objeto vedar ou limitar, conforme o caso, o uso de determinadas substâncias em medicamentos para emagrecimento.

Apesar de fato isolado, curiosamente a quantidade de PDLs propostos visando a sustar atos normativos de agências reguladoras cresceu vertiginosamente depois da promulgação do Decreto Legislativo 273/2014. Entre 1997 e 2014 (17 anos) foram propostos 46 PDLs (aproximadamente 2,7 PDL/ano), ao passo que entre 2015 e 2019 foram cerca de 112 PDLs, ou 22,4 PDL/ano. A média de propositura entre 2015 e 2019 supera em mais de oito vezes a média entre 1997 e 2014.

Uma possível explicação para esse aumento reside na ideia de que, até aquele momento, nenhum congressista tinha logrado êxito em afastar a vigência de um ato regulatório com aquele expediente. E é mesmo duvidoso que possam fazê-lo, a partir da redação da norma constitucional.

---

<sup>6</sup> Para efeitos da pesquisa, consideram-se “agências reguladoras” apenas as 11 entidades listadas na Lei 13.848/19, que dispõe sobre gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras. Os dados apresentados não abrangem, portanto, todas as tentativas do Congresso Nacional de sustar normas regulatórias, mas somente as normas editadas pelas agências previstas na Lei 13.848/19.

Segundo a letra do art. 49, V, da Constituição Federal, é “*da competência exclusiva do Congresso Nacional (...) sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*”. Da análise qualitativa dos PDLs coletados, no entanto, não parece claro o que exatamente significa, para os parlamentares, “exorbitar do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”. Diferentes PDLs caracterizam esta exorbitância de diferentes maneiras.

No caso do PDL cuja urgência se aprovou no início deste mês, o seu autor parece entender a exorbitância exclusivamente como inconveniência da opção normativa adotada pela agência. Em outras palavras, ele aparentemente acredita ser a discordância quanto ao seu teor razão autônoma e suficiente para sustação do ato normativo – sem que esteja presente um argumento de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nesta hipótese, o parlamentar interpreta sua competência de forma bastante ampla, parecendo crer que a Constituição autorizaria o Congresso a sustar quaisquer atos normativos de que discordem, olvidando-se que a edição de PDLs é uma competência de natureza estritamente jurídica (e não política), dada a necessária vinculação da medida sustatória à identificação de um vício jurídico – exorbitância de competência.

Assim, por exemplo, na justificativa do projeto, afirma-se que “*resta demonstrado o acentuado descompasso da Resolução com a situação socioeconômica da população brasileira em geral, especialmente, da população cearense, (sic) Do exposto, diante da importância e da urgência que o assunto requer, solicito o apoio dos nobres pares na aprovação desta relevante proposição*”<sup>7</sup>. Este tipo de compreensão ampla da competência sustatória do Congresso aparece, isoladamente ou em conjunto com outros argumentos, em 116 dos 158 PDLs analisados na pesquisa realizada pela FGV Direito Rio, sendo que em 45 deles (38% dos casos em que este argumento é utilizado e 28% do universo total de PDLs), ele é invocado de forma exclusiva. Portanto, a Aneel não é a única agência alvo desse tipo de estratégia congressional.

<sup>7</sup> No mesmo sentido a proposta de Emenda Modificativa ao PDL, segundo a qual “*A presente emenda tem como objetivo incluir a Resolução Homologatória nº 2.989, de 7 de dezembro de 2021, da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) referentes à Energisa Acre Distribuidora de Energia S/A. (Energisa), pois o cidadão acriano também tem suportado altas constantes da energia elétrica nos últimos anos diante da crise hídrica, da pandemia da Covid-19 e, especialmente, da ineficiência da empresa que opera no Estado do Acre – Energisa Acre Distribuidora de Energia S/A, Energisa Acre. Aumentos que causam prejuízos aos consumidores, bem como, a vários setores da economia, como produtores rurais, frigoríficos, hospitais*”.

De acordo com o autor da proposta<sup>8</sup>, o objetivo vai além: pretende-se alterar o texto em plenário para barrar todos os reajustes autorizados pela Aneel em diversos estados. Portanto, situações semelhantes podem estar por vir, trazendo enorme insegurança jurídica para um setor que tem sofrido diuturnamente com investidas parlamentares sobre temas complexos e técnicos, como a polêmica inclusão, na lei de privatização da Eletrobras, de exigências de instalações de usinas termelétricas<sup>9</sup>.

Cabe-nos questionar a quem interessa politizar ainda mais o setor elétrico, com a desestabilização de um dos pilares do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, que são as cláusulas de reajustes anuais. Lembre-se que, nos termos da lei, essas são de aplicação automática e objeto de mera homologação (art. 29, V, Lei 8.987/95), não havendo qualquer poder discricionário a ser exercido no momento do seu cálculo. Possivelmente o calendário eleitoral seja mais uma vez capaz de explicar aquilo para o que faltam razões jurídicas aos administrativistas.

---

<sup>8</sup> Autor da proposta, o deputado Domingos Neto (PSD-CE) afirmou que o objetivo é alterar o texto em plenário para barrar todos os reajustes autorizados pela Aneel em diversos estados. “Houve reajuste abusivo de 20% em Alagoas; 21% na Bahia; 17% no Mato Grosso do Sul; de cerca de 20% no Rio Grande do Norte; quase 25% de reajuste médio de energia no Ceará; e já aviso logo aos mineiros que haverá aumento no dia 22 de maio”, disse. Fonte: Agência Câmara de Notícias.

<sup>9</sup> Vide art. 1º, §1º, da Lei 14.182/2021.



## A LEITURA E AS “LEITURAS” DO ART. 5º, XXXV, DA CF<sup>1</sup>

*Quão obrigatório é, de fato, o controle jurisdicional no direito brasileiro?*

Um curioso fenômeno do direito brasileiro se desenvolve em dois passos: (i) o intérprete lê um dispositivo normativo específico e saca dele um princípio abstrato; (ii) aí se vale deste princípio para produzir novas normas jurídicas, com pouca ou nenhuma aderência ao dispositivo original que lhes serviu de fundamento.

Um exemplo: o art. 5º, XXXV, da CF. Na sua redação: “a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mas este comando foi “traduzido” e é largamente conhecido como “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”.

Pois bem. O que se deu na sequência é que os intérpretes passaram a aplicar não a letra do dispositivo, mas este signo (mais amplo) que pretendeu traduzi-lo. A consequência: a ideia de que a mínima contenção do controle jurisdicional seria constitucionalmente vedada.

Tenho defendido a *possibilidade* de o juiz brasileiro modular a intensidade do seu controle em função das características da decisão administrativa controlada, na esteira do que é feito em jurisdições estrangeiras. Decisão técnica ou política tomada por autoridade administrativa especializada, por exemplo, poderia ser controlada de modo “fraco”, limitando-se o juiz a anulá-la caso seja *irrazoável* (mas não só por ela diferir da decisão que o próprio juiz tomaria).

Há quem objete que esta modulação não seria possível no direito brasileiro, por força do “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”. Mas não é assim. A “leitura” do art. 5º, XXXV como proibidor de qualquer limitação do controle judicial, realizada por qualquer instituição, é exagerada e equivocada. Nos termos do referido dispositivo, o que de fato

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Jota, na coluna Publicistas, em 5 de novembro de 2019.

se veda é que (i) a *lei* (ii) *exclua da apreciação* do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Primeira conclusão literal: o dispositivo se dirige ao legislador. É um limite ao que a *lei* pode fazer. Não há nele nenhum comando específico para juízes ou tribunais. Regula-se apenas a relação entre dois poderes, restringindo a interferência de um sobre outro. No caso: o *poder legislativo* não excluirá da apreciação do *poder judiciário* lesão ou ameaça de direito.

Segunda conclusão literal: o que se veda à lei é que *exclua* algo da apreciação do Poder Judiciário. Não se veda eventual *limitação* desta apreciação a um parâmetro de razoabilidade, por exemplo. Assim, não há, nem mesmo para o legislativo, vedação a que *restringa o tanto* da apreciação judicial de lesão ou ameaça de direito, sem excluí-la.

Aliás, é dentro destes limites que vem sendo controlado o mérito de atos discricionários, sem que nunca se tenha cogitado de inconstitucionalidade.

Em definitivo, portanto, não há obstáculo constitucional à limitação do controle jurisdicional e à adoção de postura judicial deferente em relação, por exemplo, a escolhas técnicas ou políticas realizadas por entidade administrativa especializada, nem por determinação legislativa, muito menos por opção jurisprudencial de tribunais superiores.

## COBRANÇA POR BAGAGEM: O QUE DIZ O DIREITO?<sup>1</sup>

---

Caso ilustra riscos de se deixar questão técnica nas mãos de um Judiciário leigo e generalista.

O direito brasileiro não diz nada sobre a validade jurídica da Resolução da ANAC que liberava a cobrança, pelas companhias aéreas, de bagagens despachadas. Não há nenhum dispositivo, de nenhuma hierarquia normativa, que defina esta questão.

Essa é uma afirmação óbvia, mas pouco conveniente pra quem pretende se valer do direito para impor a sua própria opinião sobre o assunto. No Brasil, os operadores do Direito (juizes, promotores, advogados) têm resistido a admitir que não é possível encontrar no Direito a resposta para todas as questões sociais. Optam por fazer referência a princípios abstratos e de pouca densidade normativa, fingindo que deles decorrem necessariamente as soluções X ou Y.

Na decisão liminar que suspendeu a proposição da ANAC, o juiz federal José Henrique Prescendo afirma que ela seria juridicamente inválida porque “o Estado tem o dever de promover a defesa dos direitos e dos interesses dos consumidores”. Ele extrai deste princípio abstrato uma conclusão concreta: *porque* o direito brasileiro exige a proteção ao consumidor, *então* ele não permite que se cobre por bagagens despachadas.

Para que esta dedução pudesse ser logicamente aceita, e para que ela não constituísse um *non sequitur*, seria necessário entender que: (i) a medida proposta pela ANAC é incontestavelmente contrária aos interesses do consumidor; e (ii) ela é tão irrazoavelmente e desproporcionalmente negativa que retira dos consumidores um mínimo de proteção que nem mesmo poderia ser compensado com outras medidas.

Um bom indicativo da improcedência destas proposições é o fato de que a maioria absoluta dos países adota a mesma regra proposta pela ANAC.

---

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota em 24 de março de 2017.

As raras exceções são México, Venezuela, China e Rússia. Estariam todos os demais países negando aos seus consumidores um mínimo de proteção e adotando soluções irrazoáveis e desproporcionais?

A conclusão óbvia é a de que não se pode extrair do mero princípio da proteção ao consumidor *uma solução específica* para a questão da cobrança de bagagens despachadas.

A admissão de que nem sempre há uma definição no Direito para as mais diferentes questões sociais produz duas consequências relevantes. Em primeiro lugar, deixa clara a necessidade de *construir uma solução*, com os ganhos de transparência para avaliação das instituições envolvidas. Em segundo lugar, levanta a questão sobre *qual é a instituição pública mais bem colocada* para fazê-lo. Assim tem sido no direito comparado: em casos de controle judicial de autoridades administrativas especializadas, o direito se abre a análises institucionais comparativas para *decidir quem deve decidir*.

Isto implica que nem sempre é o Poder Judiciário que deve ter a última palavra, até porque nem sempre o crucial para uma boa solução será a expertise jurídica ou as características institucionais dos tribunais. Poderá ser preferível deferir para a solução construída previamente por outras instituições públicas que possuam características mais adequadas para o enfrentamento daquela questão.

O caso da ANAC é ilustrativo dos riscos de se deixar uma questão técnica nas mãos de uma Poder Judiciário leigo e generalista. Surgem então simplificações rudimentares: (i) crer que se está garantindo a “gratuidade” das bagagens despachadas, como se o custo deste serviço não estivesse sendo repartido entre todos os passageiros; (ii) crer que se está promovendo “justiça”, como se não estivesse impondo a passageiros que nem usam determinado serviço o custo de financiá-lo; (iii) crer necessária a “garantia de redução de preços”, como se a previsão de um patamar mínimo de redução não funcionasse como uma âncora e eliminasse a competitividade que poderia gerar economias ainda maiores.

A liminar tem sido merecidamente criticada pela superficialidade de sua análise econômica. Pior do que isso é ela ser representativa de uma análise jurídica igualmente simplória, mas lamentavelmente ainda dominante.

## O ART. 22 DA LINDB E AS “DIFICULDADES JURÍDICAS” DO GESTOR PÚBLICO<sup>1</sup>

---

Quais são os “obstáculos e dificuldades reais” do gestor público que deverão ser levados em consideração na interpretação das normas de gestão pública, como determina o art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro?

A maior parte dos comentaristas têm citado dificuldades e obstáculos materiais, temporais, orçamentários e de pessoal. Estas são, afinal, as mais óbvias circunstâncias que podem impedir a implementação de uma dada política pública. Além disso, são as dificuldades mais frequentemente reportadas pela imprensa em relação à administração pública em todo o país: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho, entre outras.

Mas há uma dificuldade de outra natureza que também pode ser relevante e que casa bem com todo o projeto. Trata-se da dificuldade jurídica.

Refiro-me à dificuldade de interpretar a legislação relevante para entender o que ela determina, veda ou possibilita. Esta dificuldade não é negligenciável. Ela decorre da complexidade em si da legislação, às vezes intrincada, cheia de detalhes, às vezes continente de termos com alto grau de indeterminação. Mas resulta também da tradição jurídico-cultural brasileira, em especial no que concerne ao manejo de princípios. Eles são utilizados corriqueiramente de forma tão maleável e tão livre, que, a rigor, qualquer determinação textual expressa da lei pode ser afastada pela suposta incidência de princípios abstratos como o da moralidade ou da dignidade da pessoa humana. Os exemplos, na própria jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, em que deveria ocorrer uma aplicação do direito mais sofisticada, são abundantes e largamente reportados pela doutrina. E se é assim, há uma grande dificuldade de identificar o “direito relevante”, que regerá um caso concreto.

---

<sup>1</sup> Texto publicado no portal “Direito do Estado” em 8 de outubro de 2018.

É possível, portanto, que a dificuldade enfrentada pelo gestor público não consista em déficits materiais, orçamentários ou de pessoal, mas que corresponda a uma séria e fundada dúvida jurídica sobre a norma de regência. O que acontecerá neste caso?

Do lado da administração pública, duas são as medidas possíveis. A primeira possibilidade, aberta às autoridades superiores, é a edição de regulamentos ou súmulas administrativas que determinem uma interpretação específica, aumentando a segurança jurídica dos gestores, na linha do que prevê o art. 30. A segunda possibilidade, aberta ao administrador da ponta na ausência destas medidas citadas acima, é a explicitação da dúvida jurídica encontrada. O gestor poderia motivar a sua atuação indicando claramente quais dificuldades interpretativas identificou, quais escolhas interpretativas adotou e por qual razão, dadas as circunstâncias do caso concreto.

Do lado do controlador, esta dificuldade jurídica terá que ser “considerada”, na expressão do caput do art. 22. Se o controlador a entender “real”, ela impactará o controle. Ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria neste contexto de indeterminação, o controlador deverá então cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, todas as quais lícitas. Dito de outro modo, o art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica real, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá prestar deferência a esta escolha interpretativa razoável da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão.

Note-se que o que se propõe aqui é algo adicional ao que prevê o art. 28 da LINDB. Este último artigo determina que a responsabilidade pessoal do gestor só se verifica em casos de dolo ou erro grosseiro. Assim, esta responsabilidade estaria afastada no caso de interpretações razoáveis estabelecidas em contexto de “indeterminação jurídica” ou “dificuldade jurídica”. O que aqui se está propondo é que, nestes casos, para além do afastamento da responsabilidade pessoal do gestor, seja também admitida a validade jurídica desta interpretação, com a sua consequente manutenção. O gestor não seria responsabilizado (art. 28) e a sua interpretação seria mantida (art. 22).

Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo específico, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública. Não que este fundamento normativo específico fosse imprescindível ou que houvesse qualquer vedação anterior, no ordenamento

jurídico brasileiro, à adoção das teorias da deferência, tão comuns em tantos países estrangeiros. Mas é provável que esta previsão específica encoraje ainda mais os controladores a atuarem neste sentido, em respeito a interpretações e decisões razoáveis da administração em contexto de indeterminação jurídica, ou, na expressão da lei, em contexto de “dificuldade” jurídica.

O leitor mais atento terá percebido nas sugestões contidas nas linhas anteriores a influência da formulação da doutrina Chevron, do direito americano. Trata-se do mais citado e um dos mais importantes precedentes do direito público dos Estados Unidos, estabelecido em 1984. No seu trecho mais conhecido e definitivo, lê-se o seguinte: “First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute . . . Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute” (Chevron U.S.A. v. NRDC, 467 U.S. 837, 842-43 (1984)).

O caput do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de Chevron: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verifica se a “dificuldade jurídica” é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública.





## O CONTROLADOR MÉDIO<sup>1</sup>

*O primo menos conhecido do “administrador médio”*

O Tribunal de Contas da União (TCU) costuma usar o parâmetro do “administrador médio” para avaliar a conduta de um gestor sob seu julgamento.

Em belo texto publicado nesta coluna em 2018, minha colega Juliana Palma identificou o uso dessa figura em nada menos do que 133 acórdãos do TCU. Neles, o Tribunal caracterizava o tal “administrador médio” como aquele que apresenta os níveis de diligência, cautela e razoabilidade esperáveis dos gestores públicos. O administrador de carne e osso que não se enquadra neste padrão “médio” termina responsabilizado pessoalmente.

Mas... e o “controlador médio”? O que dele se deve esperar?

Partindo dos mesmos conceitos referidos acima, que tipo de comportamentos se podem exigir de um controlador para que se possa considera-lo “diligente, cauteloso e razoável”?

Abaixo sugiro algumas especificações para este novo parâmetro, convidando o leitor a adicionar as suas próprias, com o intuito de contribuir para o aprimoramento do controle público nacional.

- 1 – O controlador médio precisa, em primeiro lugar, conhecer bem o direito que lhe cabe aplicar. Isso parece óbvio, mas é particularmente importante esclarecer que implica não apenas dominar o que o direito impõe, como também reconhecer lacunas e indeterminações jurídicas. O controlador médio aplica o direito certo, mas não impõe as suas próprias vontades quando o direito é incerto: dá ao controlado, neste caso, espaço para realizar as suas próprias escolhas.
- 2 – Além do direito, o controlador médio precisa também conhecer a realidade do administrador público. A propósito, em alguns países, exige-se que os controladores da administração pública tenham antes atuado

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Jota, na Coluna Controle Público, em 09 de junho de 2021.

como gestores públicos, para julgarem com conhecimento de causa. É também por isso que o art. 22 da LINDB veio exigir do controlador que leve em consideração “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor”.

- 3 – O controlador médio também precisa *ser e parecer* imparcial. Não há julgamento justo e correto sem neutralidade, com pré-julgamentos e manipulações processuais.
- 4 – E, finalmente, o controlador médio precisa ter consciência das suas próprias limitações (jurídicas) e dos seus próprios limites (subjetivos). Com o tanto de poder que detém, é grande a tentação para que o controlador se creia não médio, mas superior. Mas isso não pode fazê-lo esquecer que a sua atuação (ela também, e não apenas a do controlado) se submete aos limites do direito; e que as suas próprias compreensões e avaliações da realidade (elas também, e não apenas as do controlado) se sujeitam a limitações intelectuais e a vieses cognitivos.

Precisamente como o parâmetro do “administrador médio”, a ideia de “controlador médio” serve para permitir a avaliação das condutas concretas dos controladores.

No caso dos controladores, seu eventual não enquadramento dentro destes parâmetros desejáveis de regra não implica sua responsabilização pessoal. Mas isso não afasta a possibilidade e a conveniência da sua utilização, para avaliar a legitimidade da atuação destes agentes públicos de carne e osso.

## A RETÓRICA DOS CONTROLADORES<sup>1</sup>

Exagerando e minimizando, eles confundem o debate sobre os limites de sua atuação

Em *Rhetoric of Reaction*, Hirschmann identifica uma tipologia dos argumentos que os conservadores repetem para resistir a avanços.

Trazendo estes esforços para o campo de meus estudos, procuro divisar as estratégias com que controladores públicos justificam seus poderes. Duas são mais salientes, e complementares.

### 1) *Exagerar efeitos negativos da delimitação de seus poderes*

Bastante explorado por órgãos de controle nos debates sobre seus poderes é o argumento *ad terrorem*: exagerar os efeitos negativos de inovações legislativas ou jurisprudenciais que delimitem sua atuação. O argumento invariável é que elas produziriam impunidade e corrupção.

O terrorismo retórico marcou as discussões sobre a reforma da LINDB, em 2018. Controladores diziam que sua atuação seria inviabilizada com as inovações, cujo verdadeiro objetivo era apenas racionalizar.

Na polêmica sobre o projeto da nova lei de improbidade, a ideia de afastar a improbidade culposa é acusada por membros do ministério público como um serviço à impunidade – como se não houvesse outros mecanismos para combater danos produzidos culposamente por agentes públicos.

No debate sobre a existência ou não de poder geral de cautela para o TCU, quem o contesta, argumentando com a falta de base normativa, acaba acusado de querer “deixar o dano ser cometido, para só depois atuar” – como se isso não coubesse ao Judiciário, a quem a Constituição *de fato* deu amplos poderes cautelares.

Os argumentos *ad terrorem* parecem supor que controles públicos seriam sempre bons, razão pela qual jamais seria honesto delimitar ou disciplinar sua incidência.

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 19 de outubro de 2021.

## 2) *Minimizar a autoexpansão de poderes*

Ao passo em que, com seus exageros, os controladores descrevem de modo maximalista qualquer proposta para delimitar seus poderes, a retórica é minimalista ao defenderem as ações com que os expandem.

Quando são criticados por extrapolar, os controladores se justificam dizendo que seus atos são *mera decorrência lógica* de competências que o direito lhes atribuiu explicitamente. E mais: tentam passar a imagem de excepcionalidade quanto às hipóteses em que intervêm.

É conhecida a formulação minimalista da AGU para defender a revisão ministerial de atos de agências reguladoras: seriam “hipóteses excepcionais”, quando as agências “violem políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta” (Parecer AC 51/2006).

Recentemente, o TCU também minimizou suas intervenções sobre a discricionariedade administrativa: elas seriam excepcionais, apenas por violação a “princípios constitucionais implícitos e explícitos, como motivação, eficiência e economicidade” (Acórdão 2061/2021).

Aludindo a excepcionalidades, os controladores vão deixando a porta bem aberta, para quando quiserem extrapolar.

Controladores são agentes públicos de carne e osso. Por isso, o direito precisa delimitar com consistência e clareza o âmbito e as possibilidades de sua atuação. Discutir o tema com artifícios retóricos não é contribuir para o debate.

## LEVANDO A DEFERÊNCIA A SÉRIO<sup>1</sup>

*É preciso evitar que a popularização da ideia de deferência implique a sua trivialização*

Decisões polêmicas tomadas em meio às crises sanitária e política colocaram o controle da administração no centro do debate nacional. Talvez por força da polarização política, os clamores usuais por *mais e mais controle* passaram a conviver com pedidos de autorrestrição do controlador e deferência às escolhas administrativas.

Mas se é positivo que a deferência tenha enfim entrado no vocabulário corrente do direito pátrio, é preciso evitar que sua popularização implique sua *trivialização*. Atualmente, a mera alusão à necessidade de deferência parece ser entendida como justificativa suficiente para impedir todo tipo de controle.

Duas lições centrais, extraídas da teoria e da jurisprudência brasileira e estrangeira, vêm sendo negligenciadas.

(i) A deferência do controlador não implica necessariamente a manutenção da decisão controlada. Ela corresponde a uma *orientação respeitosa*, a uma atitude de autorrestrição, face às ponderações realizadas pelo controlado. Mas esta atitude pode não ser suficiente para evitar a intervenção. Deferência não é incompatível com controle.

(ii) A *intensidade* da deferência varia.

Primeiro, em função da *indeterminação* do direito. Ela é tanto mais devida quanto menos clara for a solução que o direito impõe (se é que ela impõe alguma) ao aspecto controvertido. Quer-se evitar que *escolhas* da entidade controlada (a quem a lei atribui a competência *prima facie*) realizadas num cenário de indeterminação normativa sejam substituídas por outras escolhas, preferidas pelo controlador. Mas se o direito é claro, ele deve ser aplicado, com afastamento da decisão administrativa que não lhe é conforme.

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota, na coluna Publicistas, em 12 de maio de 2020.

Segundo, em função da natureza da decisão e as características das instituições envolvidas. Pretende-se alocar poder decisório à instituição que detém maior *aptidão* para “criar a solução” para o caso concreto, dada a indeterminação do direito. Assim, a deferência variará em atenção às características tanto do controlador, como do controlado. Se a decisão controlada tem natureza *política*, demandará menos deferência do Congresso do que dos Tribunais, visto que a legitimidade política daquele é maior do que a destes. Se a decisão é *técnica*, merecerá maior deferência quando tenha sido emitida por agência reguladora (dada sua especialização) do que pela administração central.

Terceiro, em função da *razoabilidade* da decisão controlada. A indeterminação do direito não importa que todas escolhas sejam igualmente válidas. Algumas podem ser particularmente irrazoáveis, a ponto de justificar a intervenção.

Num país que venera controladores e encoraja seus excessos, o fortalecimento da ideia de deferência é um alento. Bem utilizada, ela pode sofisticar o discurso do controle, reconhecer a incompletude do direito e propiciar importantes considerações institucionais.

Mas é preciso cuidar para que, a exemplo do que aconteceu com o princípio da proporcionalidade, a deferência não seja importada para o direito brasileiro na sua expressão mais trivial e menos útil.

## QUAIS ESTRANGEIROS FAZEM A CABEÇA DOS NOSSOS ADMINISTRATIVISTAS?<sup>1</sup>

*Uma investigação empírica sobre citações de autores estrangeiros*

Como medir a influência de autores estrangeiros sobre os administrativistas brasileiros? Em pesquisa em andamento, Renato Toledo e eu optamos por examinar as bibliografias dos artigos da mais tradicional revista da área, a Revista de Direito Administrativo (RDA).

Ainda que o universo da RDA não possa ser rigorosamente identificado com o do direito administrativo brasileiro, a utilização desta revista se justifica por se tratar de referência do ramo, com publicação há mais de 70 anos, foco quase exclusivo no direito administrativo e alcance razoavelmente nacional.

Na pesquisa, pretendemos comparar diferentes períodos. Mas a parte já tratada da base de dados, referente aos últimos 10 anos da revista (de 2011 a 2020), revela informações interessantes (confira tabela<sup>2</sup>).

Nas 30 edições deste período (excluídas duas extraordinárias), foram 207 artigos publicados por brasileiros. Eles contêm referência a 6.162 fontes bibliográficas, das quais 2.186 correspondem a trabalhos de estrangeiros.

Apenas 64 estrangeiros obtiveram mais de 5 menções nas bibliografias consultadas (v. tabela anexa). As estatísticas a seguir referem-se a eles.

Estes autores respondem por parcela significativa dos trabalhos de estrangeiros citados: 583 (26,6%). 16 deles são alemães, 15 são americanos e 10 são portugueses. Franceses são 5 e argentinos, ingleses e italianos empatam com 4.

Quando se contabiliza não o número de autores, mas o de menções dentro da amostra, eis os números, conforme a nacionalidade dos autores:

<sup>1</sup> Publicado originalmente no portal Jota, na coluna Publicistas, em 13 de abril de 2021.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/04/jordao-anexo-tabela-estrangeiros-jota.pdf?x44900>.

EUA (28%), Alemanha (23%), Portugal (19%), França, Argentina e Espanha (5%), Itália, Inglaterra e Argentina (4%).

O campeão de citações é o americano Cass Sunstein, com 41 menções nas bibliografias consultadas. O português Gomes Canotilho (35), e o americano Richard Posner (25) vêm na sequência. Garcia de Enterría (20), Ronald Dworkin (18) e Robert Alexy (18) também tiveram destaque. Os primeiros autores da França (Jean Rivero) e da Itália (Sabino Cassese e Riccardo Guastini) tiveram somente 7 menções.

Os dados sugerem pelo menos três respostas à pergunta título deste texto.

- Nossos administrativistas parecem pouco abertos à produção estrangeira feminina. Há apenas 3 mulheres entre os 64 estrangeiros mais citados: a portuguesa Maria Estorninho (12), a americana Susan Rose-Ackerman (8) e a alemã Hannah Arendt (6).
- Fazem a cabeça de nossos administrativistas muitos “não juristas”, como Habermas (19), Luhmann (6) e Marx (5). Vários destes são alemães (7 no total), o que pode significar que a influência específica da doutrina jurídica alemã pode ser menos significativa do que os números acima sugerem.
- Os dados ainda serão comparados com os de outros períodos, mas parecem confirmar uma queda da influência das antes predominantes doutrinas francesa e italiana – e a ascensão paralela da americana. A propósito, dentre os franceses que obtiveram mais de 5 menções, os dois únicos juristas já não estão mais vivos (René David e Jean Rivero), o que sugere uma fraca renovação da influência deste país.

### **TABELA COM AUTORES ESTRANGEIROS MAIS MENCIONADOS EM BIBLIOGRAFIAS DE ARTIGOS DA REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO (RDA) NOS ÚLTIMOS 10 ANOS (2011-2020)**

País	Autores	Menções
EUA	Cass Sunstein	41
Portugal	José Joaquim Gomes Canotilho	35
EUA	Richard Posner	25
Espanha	Eduardo Garcia de Enterría	20
Alemanha	Jürgen Habermas	19
Alemanha	Robert Alexy	18
EUA	Ronald Dworkin	18



Austria	Hans Kelsen	17
EUA	Bruce Ackerman	15
Argentina	Agustín Gordillo	13
Alemanha	Ulrich Beck	12
Alemanha	Konrad Hesse	12
Portugal	Maria Estorninho	12
Portugal	Vital Moreira	12
Portugal	Paulo Otero	11
Espanha	Tomás Ramón Fernández Rodríguez	10
Portugal	Jorge Miranda	10
Alemanha	Karl Larenz	9
EUA	Robert Dahl	8
EUA	Susan Rose Ackerman	8
Inglaterra	Christopher Hodges	8
Alemanha	Otto Bachof	7
Alemanha	Harmut Maurer	7
Alemanha	Max Weber	7
Alemanha*	Immanuel Kant	7
Argentina	Guillermo O'Donnell	7
França	Jean Rivero	7
Inglaterra	Herbert L. A. Hart	7
Itália	Sabino Cassese	7
Itália	Riccardo Guastini	7
Portugal	José Carlos Vieira de Andrade	7
Portugal	José Manuel Sérvulo Correia	7
Portugal	Boaventura de Sousa Santos	7
Alemanha	Hannah Arendt	6
Alemanha	Niklas Luhmann	6
EUA	Stephen Holmes	6
França	René David	6
França	Alexis de Tocqueville	6
Holanda	Benedict Kingsbury	6
Inglaterra	Anthony Giddens	6
Israel	Daniel Kahneman	6
Polônia	Adam Przeworski	6
Portugal	Marcello Caetano	6

Portugal	Vasco Manoel Pereira da Silva	6
Alemanha	Carl Schmitt	5
Alemanha	Hans Julius Wolff	5
Alemanha	Rolf Stober	5
Alemanha	Friedrich Müller	5
Alemanha*	Karl Marx	5
Argentina	Juan Carlos Cassagne	5
Argentina	Roberto Dromi	5
EUA	James Buchanan	5
EUA	Steven Shavell	5
EUA	Adrian Vermeule	5
EUA	Frederick Schauer	5
EUA	Richard Thaler	5
EUA	Jeremy Waldron	5
EUA	Matthew McCubbins	5
EUA	Alan Mitchell Polinsky	5
França	François Ewald	5
França	Michel Foucault	5
Inglaterra	John Stuart Mill	5
Itália	Renato Alessi	5
Itália	Gustavo Zagrebelsky	5

## ESTRANGEIROS NO DIREITO ADMINISTRATIVO: OS DADOS DOS ANOS 80<sup>1</sup>

---

*Contraste claro com os dados mais recentes:  
franceses dominavam, americanos eram irrelevantes*

Em coautoria com:  
Renato Toledo<sup>2</sup>

Há duas semanas, na Coluna Publicistas (JOTA/SBDP), um dos autores deste texto publicou achados preliminares de pesquisa que estamos realizando a respeito da influência de autores estrangeiros sobre os administrativistas brasileiros.

Como dito ali, a nossa opção para identificar e medir esta influência consistiu em examinar as bibliografias dos artigos de autores brasileiros publicados na mais tradicional revista da área, a Revista de Direito Administrativo (RDA). Os dados apresentados no texto anterior referiam-se às 30 edições da RDA entre 2011 e 2020.

Novos dados preliminares já tratados, relativos aos anos entre 1981 e 1990, evidenciam contrastes interessantes que também merecem divulgação imediata. Três décadas separam as duas amostras e parecem revelar direitos administrativos muito distintos.

Começemos por comparar as amostras em si. No mesmo espaço de dez anos, a da década de 80 envolve número de artigos bastante inferior: são apenas 96, contra 207 da amostra relativa à última década. É que, nos anos

---

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Jota, em 30 de abril de 2021.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ. Assistente acadêmico na Fundação Getúlio Vargas. Advogado associado do escritório Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: toledocabral@gmail.com.

80, a RDA publicava por volta de 3 artigos por edição, comparados com os usuais 7 publicados na atualidade.

Por outro lado, a RDA publicava então 4 edições por ano, contra as 3 atuais (são 38 edições na amostra da década de 80 e 30 edições na amostra mais recente). E não havia, como há agora, um espaço para publicação de artigos de estrangeiros (cujas fontes bibliográficas, de todo modo, ficaram de fora da amostra anterior, para não poluí-la).

Além disso, os artigos também citavam menos fontes bibliográficas: são 1.438 citadas nos textos da década de 1980 (cerca de 15 por artigo), contra 6.162 citadas nos textos da década de 2010 (cerca de 30 por artigo). Nove artigos na década de 80 não citavam nenhuma fonte bibliográfica (quase 10%); isso aconteceu apenas duas vezes nos últimos 10 anos da RDA (em cerca de 1% dos artigos de brasileiros).

Dado o menor número de fontes citadas no geral, o corte que optamos para a divulgação dos resultados preliminares também foi menor do que o utilizado no texto anterior do **JOTA**: entram todos os autores estrangeiros citados pelo menos três vezes nas bibliografias dos artigos. Foram 51 no total, que respondem por 267 das fontes bibliográficas citadas (ver tabela abaixo).

Destes 51 autores que obtiveram maior número de referências, 15 são franceses e 14 são italianos. Alemães são 6, portugueses são 4 e americanos, espanhóis e austríacos empatam com 2.

Quando se contabiliza não o número de autores, mas o de menções dentro da amostra, eis os números, conforme a nacionalidade dos autores: França (37%), Itália (25%), Alemanha (10%), Portugal e Argentina (8%), Estados Unidos e Áustria (4%).

O campeão de citações foi o francês André de Laubadère, com 20 menções nas bibliografias consultadas. Os também franceses Marcel Waline (15) e Jean Rivero (10) vêm na sequência. Georges Vedel (francês), Renato Alessi (italiano) e Rafael Bielsa (argentino), todos com 9 menções, também tiveram destaque. O primeiro americano é Bernard Schwartz, com apenas 6 menções.

As comparações entre as duas amostras revelam dados interessantes:

- Se a amostra anterior (2011-2020) já chamava a atenção pelo baixo número de autoras mulheres (apenas 3), a da década de 80 é ainda mais escassa neste quesito: todos os 51 autores com mais menções são homens.
- Onze autores constam tanto da lista de mais citados da década de 80, como na mais atual: Jean Rivero, Renato Alessi, José Joaquim Gomes Canotilho, Marcello Caetano, Agustín Gordillo, Hans Kelsen, Otto Ba-

chof, Eduardo Garcia de Enterría, Jorge Miranda, Carl Schmitt e José Roberto Dromi.

- É significativa a menor presença de autores de fora do direito na amostra da década de 80, se comparada com a amostra mais recente. Uma das possíveis explicações seria uma maior propensão à multidisciplinaridade dos administrativistas brasileiros da atualidade.
- Os dados parecem confirmar a troca de predominância de influência estrangeira sobre os administrativistas brasileiros ao longo do tempo: antes se destacavam autores franceses e italianos, agora se destacam os americanos. O contraste dos números das duas amostras neste sentido é significativo: americanos eram praticamente irrelevantes na década de 80 e hoje são dominantes; o exato oposto acontece com franceses e italianos.
- Também aumentaram ao longo do tempo as presenças de portugueses e alemães, embora elas já fossem relativamente fortes na década de 80. A influência de autores argentinos e espanhóis permaneceu razoavelmente constante.

Também vale a pena pensar nos próximos passos da pesquisa, e escutar sugestões dos leitores a este respeito:

- Os autores pretendem prosseguir na extração e tratamento dos dados relativos às décadas de 1990 e 2000. Esta circunstância permitirá identificar com alguma aproximação o momento em que se deu a virada da dominância, com a perda de influência de autores franceses e italianos e aumento da influência de autores americanos. A intuição dos autores da pesquisa é que esta virada teve início nos anos 90, na esteira dos movimentos de reforma do Estado e liberalização da economia.
- Pretendem também levantar dados de algumas outras revistas, para compará-los com os que se extraem da RDA, de forma a assegurar que os resultados levantados a partir da RDA podem ser representativos da realidade. É preciso, afinal, investigar se as conclusões tiradas a partir dos dados da RDA revelam mais vieses próprios *desta revista* do que dos administrativistas brasileiros. Rigorosamente, este seria um risco existente na eleição de qualquer outro *proxy* (outra revista, decisões de tribunais etc). Ainda assim, convém minorá-lo. No texto anterior do Jota, já se afirmou que a opção pela RDA se deu porque se trata de referência na área, com publicações há mais de 70 anos, foco quase exclusivo no direito administrativo e alcance razoavelmente nacional. Quais seriam as revistas que deveríamos utilizar para fazer a checagem?
- Que outros dados e circunstâncias interessantes podemos tentar identificar com as amostras que temos levantado?

<b>Países</b>	<b>Autores</b>	<b>Menções</b>
França	André de Laubadère	20
França	Marcel Waline	15
França	Jean Rivero	10
França	Georges Vedel	9
Itália	Renato Alessi	9
Argentina	Rafael Bielsa	9
Portugal	José Joaquim Gomes Canotilho	7
Alemanha	Ernst Forsthoff	6
Portugal	Marcello Caetano	6
Itália	Mauro Cappelletti	6
Argentina	Agustín Gordillo	6
Itália	Guido Landi	6
EUA	Bernard Schwartz	6
França	Georges Burdeau	5
Alemanha	Fritz Fleiner	5
França	Gaston Jèze	5
Áustria	Friedrich von Hayek	5
Áustria	Hans Kelsen	5
Itália	Giuseppe Potenza	5
Portugal	Afonso Rodrigues Queirò	5
Itália	Pietro Virga	5
Itália	Guido Zanobini	5
França	Raymond Carré de Malberg	5
França	Léon Duguit	5
Alemanha	Otto Bachof	4
França	Francis-Paul Bénéoit	4
Itália	Enzo Capaccioli	4
EUA	Edward S. Corwin	4
Itália	Francesco D'Alessio	4
Espanha	Eduardo García de Enterría	4
Itália	Ugo Forti	4

Itália	Umberto Fragola	4
Suíça	André Grisel	4
França	Maurice Hauriou	4
Alemanha	Josef Isensee	4
Portugal	Jorge Miranda	4
França	Charles-Louis de Secondat (Montesquieu)	4
Itália	Santi Romano	4
Alemanha	Carl Schmitt	4
Itália	Cino Vitta	4
França	Henry Berthélemy	3
França	Roger Bonnard	3
França	Paul Duez	3
Argentina	José Roberto Dromi	3
Itália	Massimo Severo Giannini	3
Argentina	Miguel S. Marienhoff	3
Alemanha	Otto Mayer	3
França	Georges Ripert	3
Itália	Aldo Sandulli	3
Grécia	Michel Stassinopoulos	3
Espanha	Pablo Lucas Verdú	3





## REVOLUÇÃO SECRETA TAMBÉM NO CONTROLE PÚBLICO?<sup>1</sup>

*Limites do impacto da arbitragem sobre o controle de decisões de agências reguladoras*

Em texto publicado nesta Coluna Publicistas, Marçal Justen Filho apresentou seu prognóstico sobre a revolução secreta que se daria na prática dos contratos administrativos, pelo uso progressivo da arbitragem nos conflitos contratuais.

Revolução semelhante é cogitável no tipo de controle realizado sobre entidades administrativas especializadas, como as agências reguladoras?

Há quem acredite que sim. O controle por árbitros tenderia a ser mais intenso (“menos deferente”) do que o dos tribunais. Ao contrário do juiz generalista, o árbitro é normalmente um especialista e, portanto, teria menor desvantagem comparativa em relação a uma entidade administrativa especializada, para fins de resolução de questão técnica complexa. Por este raciocínio, o árbitro não precisaria ser deferente às decisões de uma agência reguladora: ele próprio teria condições de avaliar sua “correção” e, eventualmente, anulá-las.

Esta tese parece desconsiderar dois pontos muito relevantes, que informam a teoria da deferência judicial à administração pública.

O primeiro é que a análise comparativa das capacidades institucionais, que pauta a modulação da intensidade do controle, é entre controlador e controlado – e não entre dois controladores. Assim, é pouco relevante que um árbitro seja mais especializado que um juiz em determinado tema; o que importa é comparar o árbitro com a entidade administrativa controlada.

Além disso, a comparação relevante para verificação de eventual desvantagem comparativa não é a que se realiza no contexto pessoal (*o árbitro X é mais especialista que o diretor Y da agência reguladora*), mas a que leva em conta o contexto institucional. Ainda que o árbitro detenha conhecimento relevante na área objeto do controle, ele carecerá das características institucionais da

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Jota, na coluna Publicistas, em 7 de janeiro de 2020.

entidade administrativa que irá controlar. É o caso (i) da vivência no setor regulado, (ii) da visão do todo que advém da atuação generalizada no setor, e, principalmente, (ii) da equipe de apoio especializada e multidisciplinar de que a entidade administrativa dispõe.

O segundo é que a tese da deferência do controlador à administração tem como pressuposto não só a vantagem institucional comparativa, mas também a *indeterminação jurídica*, e a conseqüente ausência de “respostas corretas” para questões jurídicas específicas. Decisões administrativas levadas a controle frequentemente correspondem a *escolhas administrativas*. Ainda que o controlador especializado tenha *a mesma expertise* da entidade administrativa controlada, há pouca razão para supor que se devam preferir suas opções, e não aquelas da entidade administrativa controlada, a quem a lei atribuiu a competência *prima facie*.

Assim, as mesmas razões que justificariam a deferência judicial, mesmo em menor intensidade, parecem estar presentes no caso de o controle da administração pública ser realizado pela via arbitral.

## AS MENTIRAS QUE OS ADMINISTRATIVISTAS CONTAM<sup>1</sup>

*É preciso refundar o Direito Administrativo sobre bases mais realistas*

O direito administrativo brasileiro está tradicionalmente fundado sobre duas imponentes mentiras.

Afirma-se (i) que este ramo do direito seria completo e coerente, e (ii) que estas características lhe seriam conferidas por princípios estruturantes seus, normas mestras de todo o sistema.

Claro que ninguém acredita nestas coisas pra valer: são ficções jurídicas que têm sido mantidas, festejadas e propagadas há décadas por supostamente consistirem em engrenagens essenciais para o funcionamento deste ramo do direito. Mas será?

Ainda que tenham cumprido papel relevante num estágio evolutivo anterior do nosso direito administrativo, hoje estas ficções não mais se justificam. Estão na base de distorções denunciadas por administrativistas de todas as ideologias e formações. São ficções com efeitos negativos reais.

É a crença na coerência e completude do direito administrativo que fornece legitimidade teórica ao profissional do direito (e, em particular, ao controlador) voluntarista, que, diante de um problema concreto, desconsidera a indeterminação (ou lacuna) normativa correspondente e alega que o direito lhe impõe uma única e óbvia solução, aquela que decorre da correta interpretação sistemática do direito... a dele, claro.

Hora de pensar em alternativas?

No artigo “The three dimensions of administrative law”, propus uma base teórica que reconhece a este ramo do direito três finalidades distintas, e eventualmente conflitantes: a proteção de direitos (dimensão “jurídica”); a promoção e ciente de utilidades à população (dimensão “gerencial”); e a garantia da legitimidade de escolhas administrativas (dimensão “política”).

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no Jota, em 26 de janeiro de 2021.

Esta construção tridimensional tem, ao meu ver, as seguintes vantagens:

- reconhece a complexidade e conflituosidade interna do direito administrativo, superando uma concepção monística que há muito falha em capturar a realidade deste ramo do direito;
- admite a incompletude do direito administrativo e a necessidade eventual de que o seu operador crie soluções específicas nos contextos de lacuna ou indeterminação normativa;
- ao admitir esta necessidade de criar soluções não pré-determinadas pelo direito, abre espaço para considerações institucionais sobre qual instituição deve criá-las e como órgãos de controle devem se portar diante de eventuais escolhas de outras entidades;
- fomenta motivação mais realista e transparente das escolhas administrativas, exigindo do operador do direito uma maior atenção aos trade-offs internos deste ramo do direito e evitando que ele se esquive desta necessidade fingindo apenas aplicar a específica solução supostamente pré-concebida pelo direito, que ele teria apenas “identificado”.

Já passou da hora de reconhecer ao direito administrativo brasileiro bases mais realistas e adaptadas à sua complexidade atual. Propostas de refundação são bem vindas. A minha está lançada para análise e crítica.

## O STJ NA ENCRUZILHADA: HÁ OU NÃO SEGURANÇA JURÍDICA NAS CONCESSÕES BRASILEIRAS?<sup>1</sup>

---

*Em coautoria com:*

Marçal Justen Filho

Floriano de Azevedo Marques Neto

Gustavo Binenbojm

Egon Bockmann Moreira

O STJ está prestes a decidir sobre um tema que definirá se ele continua a ser o tribunal da estabilidade e confiabilidade dos marcos regulatórios do país — ou se assumirá o risco de abrir as portas para a insegurança jurídica no setor de infraestrutura.<sup>2</sup>

No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.792/RJ, a Corte Especial do STJ se pronunciará sobre se as concessões de obras e serviços públicos — rodovias; ferrovias; água e saneamento; gás canalizado; energia elétrica; aeroportos etc. — podem ser livremente retomadas pelos poderes públicos.

A questão de fundo é simples: lei municipal autorizou a encampação dos serviços concedidos. Ao invés de indenização em dinheiro, a prefeitura ofereceu bens públicos em garantia e remeteu a apuração da indenização a futura prova pericial. Assim, se autoatribuiu a ordem de encampação imediata, postergando a indenização, que deveria ser prévia, para uma data futura e incerta.

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Conjur em 4 de novembro de 2020.

<sup>2</sup> Os autores pedem licença para cumprir com o dever de revelação: além de professores de Direito Administrativo e Direito Econômico, todos são — ou foram — advogados de concessionárias de serviços públicos (nenhum deles atua no caso concreto). Inclusive, um deles proferiu parecer técnico imparcial no caso em análise, com exame e argumentos próprios (que aqui não foram reproduzidos). As ideias trazidas a debate não são novas nem inéditas em sua bibliografia, mas constam de livros e artigos acadêmicos escritos pelos autores, quando menos desde 1997.

Mas o processo de encampação é regido pela Lei Geral de Concessões, a Lei nº 8.987/1995. Seu artigo 37 determina que o serviço pode ser retomado, desde que atendidas as seguintes condições: 1) lei autorizativa expressa; e 2) prévio pagamento de indenização. O pagamento da prévia indenização exige a plena "indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados" (Lei nº 8.987/1995, artigo 36).

Perante a Justiça estadual, a encampação fora suspensa para que se decidisse antes o valor da indenização — e de sua liquidação. Em liminar na SLS nº 2.792/RJ, o presidente do STJ entendeu que as irregularidades na execução do contrato seriam tamanhas que a "defesa do bem comum" autorizaria a imediata encampação. Isso sem se pronunciar sobre o pagamento da indenização exigida em lei.

Esse é o cenário de fundo, que autoriza muitos temas para o debate. Seleccionamos três deles: 1) a contrariedade da decisão face à LINDB; 2) os contratos de concessão como negócios jurídicos de investimento de longo prazo; e 3) a encampação e respectiva liquidez da indenização prévia.

Os artigos 20 e 21 da LINDB vedam decisões de autoridades públicas que se baseiem unicamente em valores abstratos. Elas devem, diz a lei, levar em conta — como condição de validade — suas "consequências práticas".

Não nos parece possível deixar de lado a LINDB em qualquer hipótese. Mesmo nos casos de suspensão de liminar, é imprescindível analisar o caso concreto e as efetivas consequências que a decisão gerará. O direito não incide no vazio normativo puro, mas na vida real. Especialmente porque casos como o ora analisado possuem desdobramentos em outros tantos, instalando incentivos ou desestímulos a todos aqueles que cogitem fazer investimentos em projetos de interesse público. O que nos traz o segundo tema.

Contratos de concessão de serviço público não envolvem desembolso de verbas públicas (ao contrário do que se passa nas empreitadas de obras), mas investimentos privados de longo prazo. O edital de licitação convoca investidores a fazerem aportes significativos de recursos privados em obras e serviços públicos, geralmente nos primeiros anos de contrato. Em contrapartida, a lei garante que tais investimentos sejam remunerados ao longo do contrato.

Num cenário deste tipo, a segurança jurídica é peça-chave: se os investidores tiverem dúvidas quanto ao cumprimento dos seus contratos e à possibilidade de terem os seus investimentos remunerados ao longo do tempo, eles evitarão participar das licitações. Ou cobrarão preço mais elevado. Isso acarreta o sacrifício do "bem comum", traduzido em mais investimentos, melhores serviços e na prestação adequada de serviços de interesse coletivo.

Daí por que a lei previu condições fechadas e rigorosas para a hipótese extraordinária de encampação. Se o poder público decidir por retomar a concessão, haverá de ser autorizado para tanto pelo legislativo (requisito político) e precisará promover a indenização prévia do concessionário (requisito econômico-financeiro). E, quando a lei exige pagamento anterior à encampação, o intérprete não pode ler "pagamento a ser definido no futuro, mas garantido por bens públicos inalienáveis".

Se for possível encampar sem prévia e justa indenização, o contrato de concessão se transformaria num jogo com regras aleatórias. A depender do governante, a concessão seria extinta no dia seguinte à posse — e a prova pericial, que dura décadas, seria garantida por bens que não podem ser transferidos às pessoas privadas.

Ou seja, nas próximas licitações, não haverá interessados. Ou, pior: apenas acudirão aventureiros, que não se preocupam com o dia de amanhã em contratos que perdurarão por mais de 20 anos. E os governantes ímprobos serão estimulados a fazer negócios escusos, invocando a ameaça de encampar e não pagar coisa alguma a quem quer que seja. Quem, em sã consciência, investiria em contratos com esse grau de insegurança?

Por fim, o terceiro assunto é apenas o desdobramento do segundo. Se a lei fala em prévia indenização, ela necessita ser líquida e certa. A encampação é uma decisão pública que, para ser exercitada, exige que a indenização seja apurada e paga. Não se admite submetê-la ao regime de discussão judicial e precatórios. Determinar o valor da indenização em perícia posterior à encampação significa que ela não será prévia.

Em suma, o STJ não irá julgar um caso isolado. Irá decidir o futuro dos investimentos privados em infraestrutura no Brasil. Manter a decisão da Prefeitura do Rio de Janeiro significa colocar fim nos programas de concessão, parceria e contratações públicas. Decisões pretéritas do STJ sobre incolumidade de tarifas, reequilíbrio contratual ou arbitragem nestes contratos foram responsáveis em grande parte pelo sucesso desses programas. Será trágico se o próprio Tribunal da Cidadania puser tudo isso a perder.





## AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES, SÓ COM PROCURADORIAS INDEPENDENTES<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*  
Mauricio Portugal Ribeiro<sup>2</sup>

Há cerca de quatro anos, os autores deste texto escreveram um pequeno manual intitulado “Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples”. Seu objetivo era mapear e denunciar as condutas adotadas pelo poder concedente, pelos órgãos de controle e pelas próprias agências que contribuíam para o enfraquecimento institucional das agências reguladoras no país.

Mas as ameaças ao modelo institucional do Estado Regulador brasileiro não pararam por aí, e aqui nos vemos adicionando elementos àquele já vasto repositório anterior.

Por todo o Brasil, encontram-se hipóteses de submissão – por lei, ou normatização infralegal – da procuradoria das agências reguladoras às regras e aos entendimentos jurídicos da advocacia ou procuradoria do poder concedente (AGU ou procuradorias dos estados ou dos municípios). Às vezes, a submissão não decorre *diretamente* da lei ou da normatização infralegal, mas apenas de uma específica interpretação dela.

Seja como for, essa submissão é dificilmente compatível com o modelo institucional de Estado Regulador brasileiro. As procuradorias das agências assessoram juridicamente as agências na sua posição de árbitro neutro e imparcial na esfera administrativa, responsável por julgar os litígios entre poder concedente, usuários e concessionário. Sendo assim, não deveriam se

<sup>1</sup> Publicado no portal iNFRA em 11 de fevereiro de 2021.

<sup>2</sup> Mauricio Portugal Ribeiro é especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs (parcerias público-privadas), sócio do Portugal Ribeiro Advogados, professor de Modelos Regulatórios da FGV, mestre em Direito pela Harvard Law School, autor de vários livros e artigos sobre concessões, PPPs e outros temas dos setores de infraestrutura.

subordinar a entendimentos jurídicos das instituições que têm como missão institucional defender os interesses do poder concedente. Admitir isso equivaleria a admitir que o assessor de um juiz seja subordinado ao advogado de uma das partes.

Para acentuar esse problema, é comum que membros da carreira da advocacia-geral ou da procuradoria-geral ocupem posições de procurador das agências reguladoras. Por exemplo, vários entre os atuais procuradores gerais das agências reguladoras federais são membros da carreira da AGU (Advocacia-Geral da União). Também no estado de São Paulo todos os consultores jurídicos das agências reguladoras (cargo equivalente ao de procurador-geral da agência) integram a carreira da PGE-SP (Procuradoria Geral do Estado de São Paulo).

Não se trata aqui de questionar a isenção ou independência de nenhum procurador, individualmente considerado. Trata-se de observar que o modelo tende a criar incentivos inadequados – tanto os relacionados ao prosseguimento da carreira do procurador, como aqueles relacionados aos vieses próprios decorrentes de um específico enquadramento profissional.

A submissão da procuradoria das agências à procuradoria do poder concedente tem dupla origem. A primeira resulta do enquadramento das agências como autarquias, que eram entidades subordinadas funcionalmente à administração direta. Havia, por isso, todo um conjunto de normas e uma tradição de subordinação jurídica das autarquias a entendimentos adotados pela administração direta, o que, pela própria força da tradição, terminou sendo estendido indevidamente às agências reguladoras.

A outra origem são as pressões corporativas. Alguns membros da advocacia pública militam pelo monopólio da assessoria jurídica à administração pública. Posicionam-se contra a possibilidade de haver qualquer elemento estranho à carreira responsável por funções jurídicas. Todavia, a própria pertinência à carreira de procurador do poder concedente deveria ser, neste caso, considerada impedimento para exercer o cargo de procurador da agência, particularmente o de procurador-geral, por incompatibilidade com a independência que se espera dessa posição, notadamente em face do poder concedente.

É essencial que a procuradoria-geral das agências seja independente da advocacia ou procuradoria-geral do poder concedente, tanto nas suas posições jurídicas, quanto funcionalmente. A solução mais compatível com o modelo de Estado Regulador seria simplesmente proibir a ocupação do cargo de procurador da agência, particularmente o de procurador-geral, por um membro da carreira de procurador ou advogado do poder concedente.

O ideal seria cogitar de uma carreira específica para os procuradores da agência. Alguns entendem que, para isso, seria necessário o STF (Supremo Tribunal Federal) superar a posição adotada no julgamento da ADI 145/CE e em outros precedentes nos quais entendeu que a existência de órgãos jurídicos no âmbito das autarquias e fundações distintos da procuradoria-geral afronta o artigo 132 da Constituição Federal. Contudo, o STF já excepcionou essa regra na ADI 5215, que admitiu a criação de carreira jurídica separada da procuradoria-geral no caso de universidades. No entendimento do STF, a carreira separada nesse caso seria por um lado uma decorrência da autonomia universitária e por outro lado um instrumento indispensável para defendê-la. Com ainda mais razão, essa exceção deveria ser aplicada às agências reguladoras, em vista da essencialidade da preservação da independência para o bom desempenho da missão dessas entidades.



## MENOS É MAIS: O SUPREMO, O JUDICIÁRIO E OS MEDICAMENTOS<sup>1</sup>

*Uma solução mais simples e direta produziria ao menos três vantagens relevantes*

Decidir implica simplificar.

Esta lição parece ter sido negligenciada anteontem (28) pelo Supremo, em sessão que retomou o julgamento sobre os limites da “judicialização da saúde”. Em vez de respostas simples, facilmente operacionalizáveis pelo judiciário, os ministros Barroso e Fachin, únicos a votar, propuseram soluções complexas e cheias de nuances. Cada um deles propôs cinco parâmetros (diferentes) a serem analisados por juízes ao decidir sobre o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos não registrados pela Anvisa ou não oferecidos pelo SUS.

A complexidade da solução dos ministros está tanto na quantidade de fases do teste que propõem, como na dificuldade de operacionalização concreta de algumas destas fases (como, por exemplo, a demonstração de incapacidade financeira ou a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado).

No mais, esse é um tema sobre o qual o Supremo já se posicionou antes. Em casos anteriores já foram estabelecidos (outros) parâmetros, que não parecem ter sido efetivos para orientar as instâncias inferiores. Daí a necessidade de novo posicionamento do plenário. Nesse contexto, decidir bem é decidir com clareza e simplicidade.

Uma solução mais simples e direta produziria ao menos três vantagens relevantes.

Em primeiro lugar, facilitaria o entendimento dos próprios Ministros e favoreceria o consenso. No meio de tantos detalhes e sutilezas, ficou até difícil entender em que medida (e sobre o quê) eles concordavam ou discordavam. No intervalo da sessão, os próprios apresentadores da TV Justiça admitiam

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota em 30 de setembro de 2016.

dificuldades para traduzir os votos. Na sequência, o ministro Teori Zavascki pediu vista, entre outras razões, para “sintetizar” as propostas apresentadas pelos colegas.

Em segundo lugar, a simplicidade ajudaria a gerar uma orientação efetiva para as instâncias inferiores. Testes judiciais muito complicados costumam ser mal entendidos ou mal aplicados. Eles potencializam os conflitos, já que cada um dos parâmetros do teste polifásico é uma oportunidade para dúvidas operacionais – e, com isso, para mais discussões judiciais.

Imagine-se agora a aplicação de todos os parâmetros propostos Barroso ou por Fachin em todos os milhares de casos que chegam às varas de fazenda pública em todo o Brasil.

Em terceiro lugar, uma decisão simples e direta funciona como uma mensagem clara para os potenciais litigantes, orientando a sua estratégia e, no limite, a própria decisão de levar ou não a juízo alguma questão. Como regra geral, mensagens confusas ou difíceis de interpretar estimulam a judicialização, até como forma de testar o teste.

A complexidade das propostas dos ministros Barroso e Fachin parece decorrer de um esforço sincero por uma solução ótima: impedir os males da judicialização, sem deixar de acolher os pedidos mais extremos. A segurança jurídica e a separação de poderes, mas sem deixar de lado a justiça no caso concreto. Mas, a função do Supremo não é decidir um caso concreto, é estabelecer parâmetros que permitam que os demais juízes decidam casos como esses sem a tutela individual do Supremo, como revisor perpétuo de cada futuro litígio. Como o próprio ministro Barroso reconheceu na abertura do seu voto, não haverá soluções perfeitas.

E, nesse caso, o ótimo parece ser inimigo do bom.

## MARCO AURÉLIO CONTRA AS AGÊNCIAS REGULADORAS<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*  
Renato Toledo Cabral Junior<sup>2</sup>

O ministro Marco Aurélio é o grande adversário das agências reguladoras no Supremo Tribunal Federal. Tanto quando o tribunal atua em controle concentrado (ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e arguições de descumprimento de preceito fundamental), como quando atua como instância recursal (recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários), é ele quem mais vota contra o regime jurídico e os interesses dessas entidades.

Esta é uma das conclusões de duas pesquisas empíricas ainda inéditas, elaboradas no âmbito do projeto “Regulação em Números”, da FGV Direito Rio, que buscam avaliar o papel do Supremo Tribunal Federal como foro de debate sobre o modelo das agências reguladoras no Brasil.

Em relação ao controle concentrado, examinaram-se as ações em que a Corte analisou a constitucionalidade do regime jurídico especial das agências reguladoras. O ministro Marco Aurélio é, desde o início dos debates sobre o assunto no âmbito do STF, quem apresenta maior oposição ao tema. Na ADI 1.668, em que foi analisada a constitucionalidade da lei de criação da Anatel, o Plenário do STF, ainda em 1998, tomou o primeiro passo em favor das agências, com a primeira divergência do ministro Marco Aurélio sobre a matéria. Divergência que se repetiu, 20 anos depois, no caso da ADI 4.874, em que o ministro fez duras críticas ao poder normativo da Anvisa. De um

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na Revista Conjuntura Econômica, edição de agosto de 2020.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ. Assistente acadêmico na Fundação Getúlio Vargas. Advogado associado do escritório Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: toledocabral@gmail.com.

total de seis julgados em que o ministro Marco Aurélio participou, em três seus posicionamentos foram contrários às agências. Nos que votou favoravelmente a elas, seu posicionamento se deu apenas para confirmar competências materiais e executivas a essas agências, algo que é corriqueiramente reconhecido para qualquer órgão e entidade da administração pública. Para Marco Aurélio, qualquer inovação que confira ampla liberdade às agências é inconstitucional – posição que, se vitoriosa, teria o condão de inviabilizar o modelo institucional que lhe foi desenhado.

Já em relação à atuação do STF como instância recursal, o ministro Marco Aurélio se destaca novamente como a resistência contra as agências: à exceção dos três casos que envolviam a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS – que conta com jurisprudência pacífica do STF – o ministro teve posicionamento desfavorável como relator em outros três recursos cujo mérito foi avaliado, em matérias sobre regime de gratificações para servidores inativos e à aplicação da imunidade tributária recíproca a litígio da Anatel com o município de São Paulo.

Felizmente, para o modelo de Estado regulador brasileiro, o ministro Marco Aurélio ocupa, também neste caso, a condição de minoria que lhe valeu a alcunha de “Senhor Voto Vencido”.<sup>3</sup> Ambas as pesquisas mencionadas acima demonstraram uma atuação do Supremo Tribunal Federal favorável ao modelo institucional das agências reguladoras e deferente aos seus posicionamentos em controvérsias jurídicas travadas judicialmente. A primeira delas confirmou que, após reconhecer, em seus primeiros julgados sobre o tema, a constitucionalidade do regime jurídico especial das agências reguladoras, a Corte vem, em seus julgamentos mais recentes, cuidando de aprimorar este modelo institucional. A segunda pesquisa confirmou a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal raramente avalia o mérito das controvérsias jurídicas sobre as agências reguladoras (apenas em 2,8% dos recursos).

No entanto, nos poucos casos em que o mérito da controvérsia constitucional é enfrentado pela Corte (em apenas 2,8% dos recursos), o STF adota uma postura deferente à agência reguladora, acolhendo a sua posição em relação à questão jurídica controvertida em 88,7% dos casos. Esta orientação

---

<sup>3</sup> Segundo levantamento realizado pelo *Consultor Jurídico* em 2015, de cada três ações que o STF julga, o ministro Marco Aurélio compõe a minoria em um. Cf. CARDOSO, Maurício; MATSUURA, Lilian. “Senhor Voto Vencido”, Marco Aurélio diverge e fala pelas minorias”. In: *Conjur*, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/senhor-voto-vencido-marcoaurelio-diverge-pelas-minorias>>, acesso em: 8/7/2020.



pró-agência se mantém tanto na mais óbvia hipótese em que a agência figura como parte recorrida (92%), como na mais surpreendente hipótese em que é a agência que interpôs o recurso (85,2%), exigindo que o STF reverta a decisão do tribunal de origem.

Num cenário em que as agências reguladoras se encontram sitiadas, sofrendo ataques de todos os lados,<sup>4</sup> é alvissareiro que, ao menos no STF, as reações do ministro Marco Aurélio estejam longe de constituir uma posição institucional, mais se aproximando da expressão de uma idiosincrasia.

<sup>4</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, JORDÃO, Eduardo Ferreira; RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, p. 180-209, 2017.



## UN PRINCIPE INÉDIT DE DROIT PUBLIC POSÉ PAR LA LOI BRÉSILIENNE SUR LES NORMES DE 2018: LE DEVOIR DE CONCRÉTUDE<sup>1</sup>

*Em coautoria com :*  
Jean-Bernard Auby<sup>2</sup>

### I. LA LOI DE 2018 : SON OBJET, SES MOTIVATIONS

La loi fédérale n. 13.655 du 25 avril 2018, qui a modifié une loi historique de 1942, trouve son origine dans une réaction à ce que beaucoup de juristes et de non-juristes ont considéré comme une dérive de pouvoir de la part de diverses autorités publiques, notamment des organes de contrôles (cours des comptes et ministère public, notamment) et des juges. Convaincues du mauvais fonctionnement de l'appareil public et animées en particulier de la volonté de lutter contre la corruption, certaines de ces autorités se sont laissées aller à une sorte d'idéalisme juridique pour prendre des décisions parfois extrêmement fortes sur la base de principes abstraits et sans se préoccuper des conséquences concrètes que ces décisions pourraient avoir. Une sorte de gouvernement des juges, donc, mais peu ordonné car ces décisions pouvaient venir d'un peu n'importe où dans le système judiciaire et de contrôle et se réclamer d'un socle constitutionnel très riche en principes abstraits. L'absence d'une juridiction administrative spéciale contribuait à cette dérive.

### II. LES DISPOSITIONS LES PLUS INTÉRESSANTES

La loi de 2018 a voulu imposer aux autorités administratives, de contrôle et judiciaires de faire preuve de davantage de réalisme dans leurs décisions. Elle l'a fait notamment au travers des dispositions que voici :

<sup>1</sup> Publicado originalmente no blog *Chemins Publics* (<https://www.chemins-publics.org>) em 3 de fevereiro de 2020.

<sup>2</sup> Professor emérito de direito público da Sciences Po Paris.

« Art. 20. *Les décisions administratives, les décisions des autorités de contrôle et les décisions des juges ne doivent pas être prises sur la base de valeurs juridiques abstraites sans tenir compte de leurs conséquences pratiques.*

*La motivation des décisions doit en démontrer la nécessité et l'adéquation, y compris au regard des alternatives possibles, qu'elles contiennent une mesure imposée ou l'invalidation d'un acte, d'un contrat ou d'un accord quelconque, d'une procédure ou d'une norme administrative.*

Art. 21. *Toute décision d'une autorité administrative, d'une autorité de contrôle ou d'une autorité judiciaire qui décrète l'invalidation d'un acte, d'un contrat ou accord quelconque, d'une procédure ou d'une norme administrative, indique expressément les conséquences juridiques et administratives qui en résultent.*

*Elle indique, le cas échéant, les conditions qui permettraient une régularisation de caractère proportionnel et équitable et ne portant atteinte à aucun intérêt général ; elle ne peut pas imposer aux sujets concernés une charge ou des pertes qui, dans les circonstances de l'affaire, seraient anormales ou excessives. »*

### III. SES CONSÉQUENCES PRATIQUES

La nouvelle version de la loi sur les normes étant récente, on ne peut en faire encore qu'un bilan assez réduit. Il y a des signes de ce que le souci du « conséquentialisme » s'accroît chez certains juges et certaines autorités de contrôle. L'évolution dans ce sens reste cependant partielle et assez aléatoire.

### IV. QUELQUES RÉFLEXIONS COMPARATIVES

Le texte brésilien est réellement original dans sa formulation. Notamment lorsqu'il met en avant un objectif de « conséquentialisme », et surtout un principe de concrétude, dont, à notre connaissance, on ne trouve pas l'équivalent exact dans les droits administratifs européens. Est-ce que cela veut dire pour autant que l'idée qui sous-tend ce concept de « concrétude » n'y est pas présente ?

La question se dédouble certainement, car, manifestement, nos droits administratifs européens ne traitent pas de la même manière l'obligation de prendre en compte les conséquences concrètes selon qu'on parle de décisions d'autorités administratives ou de décisions des juges de l'administration.

Y trouve-t-on des principes qui imposent aux autorités administratives de prendre en compte les conséquences concrètes de leurs décisions ? Lorsque la loi le prévoit (par exemple en imposant une étude d'impact ou quelque chose comme cela), évidemment, mais en dehors de cette hypothèse ? Quelque chose de proche se trouve sans doute dans le principe de « buon andamento » que formule l'article 97 de la Constitution italienne : ce principe

est interprété par le juge constitutionnel italien comme impliquant l'obligation pour l'administration de rechercher la meilleure réalisation de l'intérêt public, de façon à assurer la cohérence entre l'action administrative et les fins qu'elle doit poursuivre<sup>3</sup>.

Nos droits administratifs recèlent-ils des principes qui imposent aux juges de l'administration de prendre en compte les conséquences concrètes de leurs décisions ? Si l'on raisonne sur le droit administratif français, on perçoit une évolution à cet égard. Il y a encore pas très longtemps, le juge administratif était bien souvent purement et simplement dispensé de se préoccuper des conséquences de ses jugements : il pouvait tranquillement annuler une décision de refus d'une autorisation, de révocation d'un fonctionnaire, etc... et laisser ensuite les intéressés se débrouiller pour faire produire des conséquences à ce qu'il avait jugé.

La situation est assez fortement transformée maintenant qu'il se trouve armé des pouvoirs d'injonction et des procédures de référé - notamment référé suspension et référé libertés- que l'on sait : lorsque ces mécanismes sont mis en œuvre, le juge est au contraire pleinement plongé dans les conséquences concrètes de ses décisions. Il en va de même chaque fois qu'il envisage de moduler les effets dans le temps de ses jugements – la jurisprudence « Association AC ». Il n'y a pas un principe général de « concrétude », mais par divers biais, le juge administratif est conduit à se préoccuper de plus en plus des effets réels de ce qu'il décide au nom de la règle de droit.

Une question intéressante est celle de savoir quels liens il y a entre le « conséquentialisme », l'obligation de « concrétude » et l'intensité du contrôle juridictionnel, en d'autres termes le problème de la « déférence ». Il s'agit en fait de sujets partiellement liés et de deux manières.

Lorsque ce qui sera en cause sera le degré d'intrusion du juge dans l'interprétation de la règle de droit qu'a retenu l'administration, alors l'obligation de tenir compte des conditions dans lesquelles celle-ci a été conduite à appliquer la loi devrait conduire le juge à une attitude prudente du genre de celle qu'induit la doctrine « Chevron » dans le droit administratif américain.

Dans les cas où c'est bien l'appréciation portée par l'administration sur la situation de fait que le juge sera appelé à contrôler : là, pour apprécier les conséquences concrètes de sa propre décision, il pourra être conduit à vérifier l'évaluation que l'administration elle-même a faite des conséquences de

<sup>3</sup> Par exemple : Istituzioni di diritto amministrativo, sous la direction de Sabino Cassese, Giuffrè Editore, 2012, p.14.

son acte. Toute la question est de savoir à quel niveau d'intensité il situera cette vérification. Il y a quelque chose, en tous les cas, que la question de la « concrétude » et celle de la « déférence » ont en commun, c'est qu'elles sont toutes deux difficiles à manier. Face à la complexité croissante de l'action publique, les juges administratifs sont voués à doser subtilement l'intensité de leur contrôle<sup>4</sup>. Évaluer les conséquences concrètes de leurs décisions n'est certainement pas plus facile.

On en revient toujours à l'idée d'une sorte d'équilibre nécessaire du contrôle juridictionnel. Une formule classique, que l'on doit à un auteur de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, Pierre Paul Henrion de Pansey, dit que « juger l'administration, c'est encore administrer ». Cela est partiellement vrai, mais certainement aussi partiellement faux car si les autorités administratives et les juges de l'administration faisaient rigoureusement la même chose, on n'aurait pas besoin de les distinguer et de les séparer.

En tous les cas, c'est avec un grand intérêt que l'on observera les développements du conséquentialisme et de l'obligation de concrétude dans le droit administratif brésilien.

---

<sup>4</sup> Eduardo Jordao, *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence*, Bruylant, collection « Droit administratif/ Administrative Law », 2016.

*Capítulo 2*

**O CONTROLADOR E A POLÍTICA**

---





## QUAL A UTILIDADE JURÍDICA DAS NARRATIVAS BOLSONARISTAS?

---

Realidade paralela é abandonada em juízo, mas tem utilidade indireta<sup>1</sup>

Jair Bolsonaro investiu por anos na criação de uma realidade paralela: um conjunto de teorias não demonstráveis que difundiu para animar seus seguidores, como a ameaça comunista, a pouca gravidade da pandemia, a eficácia da cloroquina, a não-confiabilidade das urnas eletrônicas etc.

Esse investimento rendeu ao ex-presidente inegáveis resultados eleitorais. Mas e quanto aos resultados jurídicos? Essas narrativas têm também alguma utilidade jurídica?

Sob uma perspectiva *direta*, a utilidade jurídica dessas narrativas parece ser pouca. Aliás, frequentemente foi preciso ao bolsonarismo se *afastar* delas para evitar responsabilização. Recorrem ao “não é bem assim”, ao “foi um malentendido”.

Há fartos exemplos: (i) para evitar a prossecução penal do ex-presidente por charlatanismo, a PGR deixou de lado a tese da eficácia da cloroquina e sugeriu que Bolsonaro insistia nela apenas por ignorância, não por má-fé; (ii) na CPI da pandemia, o Min. Marcelo Queiroga afirmou que as manifestações contrárias do ex-presidente à Coronavac não deveriam ser levadas a sério, pois seriam apenas “posições de internet”; (iii) na carta escrita com o apoio de Michel Temer, o próprio Bolsonaro desdisse tudo que vinha vociferando contra o STF e seus ministros; (iv) outras vezes, instado pelas autoridades, admitiu não ter provas das bobagens que difundia sobre as urnas eletrônicas.

É como se Bolsonaro tivesse um discurso para a sua claque e outro para o mundo dos adultos. Sabedor de que suas teorias não se sustentam num ambiente em que se exigem provas, ele costuma deixá-las de lado em conversas mais sérias.

---

1 Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 17 de janeiro de 2023.

Essa primeira perspectiva, portanto, sugere que a realidade paralela criada por Bolsonaro não o ajuda juridicamente.

Sob outro ângulo, contudo, é preciso admitir que as narrativas bolsonaristas possuem ao menos utilidade jurídica *indireta*.

É que a existência de um contingente considerável de pessoas que acreditam piamente nelas é hoje a circunstância mais significativa a evitar (ou retardar) a responsabilização de Bolsonaro. Dito de outro modo: o fato que mais o ajuda hoje juridicamente é o sucesso da difusão de suas narrativas mentirosas.

Veja-se que o desafio real da responsabilização de Bolsonaro não é o de identificar crimes e comprová-los. Não faltam crimes, de diferentes tipos, nem faltam provas, de diferentes tipos. O desafio real no caso é como responsabilizar alguém que criou em torno de si uma verdadeira seita de crentes, disposta até a reações violentas, caso contrariada.

A circunstância desloca o centro de debates para questões supostamente heterodoxas na aplicação do direito, de natureza quase estratégica, tais como qual seria o momento ideal para responsabilizá-lo e por qual crime convém que ele seja responsabilizado primeiro, para evitar ou diminuir a resistência de seus seguidores.

A realidade que não ousa dizer seu nome em juízo, quem diria, é, indiretamente, o fio que ainda afasta Jair de seu inevitável destino atrás das grades.

## O ENCONTRO DE CONTAS DE BOLSONARO COM O DIREITO

---

### Punir para prevenir<sup>1</sup>

Especialistas são unânimes em ressaltar a importância de implementação de uma “justiça de transição” para apurar e decretar responsabilidades de agentes públicos, na sequência de períodos históricos marcados por relevantes violações a direitos humanos e abalos institucionais e democráticos.

Estudos empíricos indicam forte correlação entre a ausência (ou a fragilidade) de tais medidas e o volume de violações a direitos humanos nas décadas seguintes ao período traumático. A tese, intuitiva, é a de que a falha em punir atentados passados termina por encorajar que eles se repitam. É nessa linha que se lamenta a ampla anistia concedida, no Brasil, aos agentes responsáveis pelas violações realizadas durante o regime militar iniciado em 1964 e terminado duas décadas depois.

A ascensão de Jair Bolsonaro ao poder e a sua atuação no governo é mais um indício da correção das teses acadêmicas que abrem esse texto. A sua queda é uma nova oportunidade para que o Brasil faça um encontro de contas com o seu passado. O pós-Bolsonaro exige a implementação de medidas judiciais contundentes de responsabilização de um governante desatinado, que desprezou o Direito e as instituições.

Todos os aspectos da tragédia nacional dos últimos quatro anos transformam-se em incentivos para uma reação. A vitória apertada obtida pelo futuro presidente Lula serve como alerta para a magnitude do risco a que estivemos expostos; margem mais ampla poderia passar a impressão de que ele não teria sido tão grave.

O teste de estresse quase diuturno a que submeteu as instituições responsáveis por conter os seus excessos, bem como as provocações e as ameaças *pessoais* que Bolsonaro e o seu entorno impunham à quase totalidade de seus

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 8 de novembro de 2022.

membros podem produzir o estímulo visceral necessário para que agentes tão inclinados a “deixa disso” façam, enfim, questão de agir com rigor. A destruição de ambientes familiares antes pacíficos e o espetáculo grotesco de múltipla exposição de seus seguidores ao ridículo, nos dias seguintes da decretação da derrota, forma o componente de preocupação humanística com a sanidade de nosso povo, tão afetada pela rede de mentiras do incumbente.

Nos últimos anos, por incontáveis vezes as nossas instituições falharam em barrar desvarios do presidente, ou agiram apenas na exata medida para evitar as suas consequências mais graves. Mas a apreensão realista das coisas impõe mesmo admitir que, a despeito da clareza e do volume dos crimes perpetrados, a responsabilização de governantes encontra uma série de dificuldades enquanto eles ainda estão no poder. A sua derrota nas urnas, no entanto, ao mesmo tempo em que oferece nova ocasião para colocá-lo frente a frente com o Direito, enfraquece as razões para não o fazer.

Como o Brasil responderá à longa lista de abusos e agressões de Bolsonaro? É esta resposta que definirá a probabilidade de voltarmos a lidar com figuras semelhantes a ele no futuro.

## O PRESIDENTE DA REPÚBLICA TEM DIREITO À IGNORÂNCIA?

“Crença sincera” em ideias sem fundamento não isenta agentes públicos de responsabilidade<sup>1</sup>

Chamou a atenção a tese da Procuradoria-Geral da República para isentar Jair Bolsonaro do crime de charlatanismo pela promoção da cloroquina para tratar Covid-19: o presidente “*acreditava sinceramente*” na eficácia do remédio e, assim, “*pode(ria) até ser tido como inculto, mas não charlatão*”.

Apresentada para evitar a aplicação do Direito Penal, a tese suscita reflexões também no âmbito do Direito Administrativo. Qual o papel dessa suposta sinceridade do agente público na disciplina jurídica da sua atuação? Poderá Bolsonaro, por exemplo, responder pelo gasto de dinheiro público com a aquisição desse medicamento ineficaz?

Ao menos para fins de responsabilidade administrativa, a mera “crença sincera” do presidente não é suficiente para isentá-lo de responsabilidade.

Como se sabe, a crença sincera em fatos sem fundamento, a que a PGR referiu elegantemente como “incultura”, é popularmente conhecida como ignorância.

É verdade que hoje se reconhece a existência de um “direito ao erro” do agente público, como forma de lhe conferir segurança jurídica para agir em contextos complexos. Mas o erro juridicamente escusável pressupõe (e é resultado de) procedimentos decisórios racionais que se revelam inconclusivos. Não se trata da posição de princípio, nem de proteção a desleixo cognitivo: o “direito ao erro” não corresponde a um direito à ignorância.

Dito de outro modo, se o Direito Administrativo não chega ao ponto de exigir que o agente público não erre, ele certamente requer que o agente público se esforce para buscar informações adequadas para pautar as suas ações.

E essa exigência é particularmente relevante num contexto de alarmante desinformação, com a profusão de notícias e dados falsos. O presidente —

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 30 de agosto de 2022.

como outros agentes públicos — não precisa dominar todos os assuntos, nem estar atualizando com as mais recentes e sofisticadas teses científicas. Mas precisa esforçar-se para estar bem munido de informações, baseando suas ações em dados fidedignos e evitando guiar-se por boatos e rumores que circulam na internet.

Eis aqui um problema para Bolsonaro: os meios tradicionais de aferição do que conta como fidedigno e que, portanto, pode legitimamente servir de fundamento a uma atuação governamental são aqueles certificados pelos cientistas, pelas universidades e pela imprensa profissional — instituições pelas quais ele não tem demonstrado grande apreço.

No caso da cloroquina, a boa informação esteve (e está) facilmente acessível ao presidente, inclusive por meio dos seus dois primeiros ministros da Saúde, assessores técnicos que, justamente por isso, ele optou por substituir.

Na sequência da divulgação da tese da PGR, Bolsonaro seguiu defendendo a cloroquina. Dias depois, afirmou que não há fome no Brasil.

O fato é que o presidente até pode seguir se referindo a universos paralelos e a teorias da conspiração para animar os seus apoiadores, mas quando for o momento de ver julgadas as suas ações, terá um encontro marcado com o Direito Administrativo e com a realidade.

## SEM DEMOCRACIA, NÃO HÁ DIREITO PÚBLICO

Publicistas apoiam a “Carta às Brasileiras e aos Brasileiros — Estado Democrático de Direito Sempre”<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

Carlos Ari Sundfeld<sup>2</sup>

Egon Bockmann Moreira<sup>3</sup>

Floriano Azevedo Marques Neto<sup>4</sup>

Gustavo Binenbojm<sup>5</sup>

Jacinto Arruda Câmara<sup>6</sup>

José Vicente Santos de Mendonça<sup>7</sup>

Marçal Justen Filho<sup>8</sup>

O Direito Público brasileiro evoluiu muito desde a redemocratização. Ficou menos autoritário e mais pragmático. A administração pública passou a ser cobrada de verdade pelas consequências de suas ações. As pessoas deixaram de ser tratadas como súditos e se tornaram titulares de direitos fundamentais. Inverteu-se a lógica dos regimes autoritários. Temos prestação de contas, consultas e mecanismos para coibir assuntos.

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 9 de agosto de 2022.

<sup>2</sup> Professor titular da FGV Direito SP e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

<sup>3</sup> Professor de Direito Econômico da UFPR. Advogado. Árbitro.

<sup>4</sup> Professor titular de Direito Administrativo e diretor da Faculdade de Direito da USP.

<sup>5</sup> Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), doutor e mestre em Direito Público pela UERJ e master of laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA).

<sup>6</sup> Professor doutor da PUC-SP e vice-presidente da sbdp.

<sup>7</sup> Professor adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Coordenador do UERJ Reg. Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws por Harvard.

<sup>8</sup> Sócio fundador de Justren, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados.

Todas essas conquistas estão agora sob ameaça.

Presidentes da República são investidos por prazo certo e segundo processo eleitoral predefinido em leis. Seu dever é respeitar o Direito, limitando-se a suas competências e obedecendo às decisões do Judiciário. Ninguém pode se atribuir poderes absolutos. No Estado de Direito, não há soberanos.

O atual presidente age pelo retrocesso, atuando contra os alicerces do Estado democrático de Direito. Anuncia a intenção de desconsiderar o resultado das eleições, acena com aparatos armados, desacata autoridades judiciárias e vocifera contra suas decisões. Incentiva a violência. Pretende matar a tiros o regime democrático.

Qualquer ameaça à democracia tem de ser levada a sério. Sem ela não há Direito Público, não há controle da administração. É dever de todas as pessoas — e, no mundo jurídico, de estudantes, acadêmicos, advogados públicos e privados, promotores, gestores e juízes — reagir contra a anunciada quebra institucional.

Se o chefe do Executivo não acredita no processo legal eleitoral, não terá razão para respeitar qualquer processo administrativo. Se tenta aniquilar opositores, investirá contra direitos fundamentais. Se não obedece ordens judiciais, passará por cima de qualquer controle. Se afronta os demais Poderes, não sabe conviver com limites. Agir contra a democracia e a legalidade é quebrar a construção incremental do direito administrativo.

O Direito Administrativo é importante na contenção da escalada antidemocrática, assegurando, concretamente, o cumprimento das leis e do Direito. Nos Estados Unidos, a resistência de agentes administrativos ajudou a conter o levante instigado pelo candidato derrotado nas eleições. Agentes de segurança, advogados públicos e até o vice-presidente, que reconheceu a vitória do oponente, fizeram as normas do Direito Público prevalecerem sobre a aventura autoritária.

No Brasil, é hora de os profissionais do Direito Público se unirem para fazer o mesmo. Clamar por respeito à Constituição também significa clamar por respeito ao direito administrativo. Tal clamor deve mover as instituições e as pessoas na defesa do Estado democrático de Direito.

Por isso, apoiamos com convicção a “Carta às Brasileiras e aos Brasileiros — Estado Democrático de Direito Sempre”. Conclamamos leitores e leitoras a assiná-la. No dia 11 de agosto de 2022, data simbólica, vinculem-se, como puderem, aos atos públicos que serão realizados na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Estado de Direito Sempre!



## A TEORIA DA CAPTURA E O DEBATE SOBRE A CLOROQUINA

---

Ou: o que um professor de regulação tem a dizer sobre a eficácia do “kit Covid”?<sup>1</sup>

Desenvolvida a partir de artigo de 1971 do economista George Stigler, a Teoria da Captura sustenta que as decisões governamentais tendem a ser determinadas por pressões e interesses da indústria regulada.

A teoria tem sido lembrada nos debates sobre a eficácia de medicamentos como cloroquina e ivermectina no combate à pandemia da Covid-19. Para os seus defensores, governos resistiriam a adotar esses medicamentos supostamente eficazes apenas porque seriam muito baratos e a indústria farmacêutica lucraria mais com soluções mais caras, como as vacinas.

Ou seja, a indústria farmacêutica teria “capturado” os agentes responsáveis pelas políticas de combate à pandemia, que estariam atuando não para o interesse público, mas para garantir lucros extraordinários à indústria.

A teoria daria verniz de sofisticação à posição dos defensores do “kit Covid”. Mas o seu uso neste caso faz algum sentido?

Definitivamente não. Dentre muitas razões, destaco duas.

Primeiro: a captura parece ser, aqui, meramente pressuposta e não foi minimamente articulada, por ninguém, para além do que cabe num meme ou num tuíte. Ao menos duas dúvidas básicas, relativas aos dois polos da relação mercado-governo, precisariam ser esclarecidas:

(i) quem exatamente seriam os agentes capturados? Como quase todos os países rejeitam a aplicação desses remédios como política oficial (as mais importantes exceções são China e Venezuela), se trataria de uma captura global, dos agentes de mais de uma centena de países?

(ii) a captura, no caso, seria realizada por toda a indústria farmacêutica ou por parte dela? Essa indústria é uniforme? Dado que os produtores de cloroquina

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Publicistas, em 15 de fevereiro de 2022.

e ivermectina não são os mesmos produtores das vacinas, por que aqueles abririam mão de seus lucros em benefício destes?

Segundo: desde 1983, na esteira de artigo de Gary Becker, compreende-se a Teoria da Captura de forma dinâmica: ao esforço de captura de uma indústria segue-se a reação dos agentes econômicos prejudicados, membros da mesma ou de outra indústria. E tanto maior é o incentivo e a probabilidade de reação, quanto maior for o prejuízo gerado a estes outros agentes econômicos.

Ora, a pandemia é o maior acontecimento social de uma geração, com enormes prejuízos a muitas indústrias. Assim, ainda que se aceite que os interesses da indústria farmacêutica prevaleceram sobre os da população em geral, seria preciso explicar por qual razão os interesses da indústria farmacêutica prevaleceram sobre o interesse de *todas as demais indústrias prejudicadas pela pandemia*, que ganhariam muito com medicamentos baratos e realmente eficazes.

Exagera-se o poder de influência da indústria farmacêutica, ao mesmo tempo em que se ignora o de todas as demais.

Na versão dos “cloroquiners”, a Teoria da Captura se converte em mero slogan. Não há preocupação de apontar quaisquer indícios de sua ocorrência, de articular minimamente o raciocínio ou de atentar para as suas consequências naturais. A única captura que fica demonstrada, no caso, é a da própria Teoria da Captura.

## COMO O CONGRESSO INTERPRETA SEU PODER DE SUSTAR NORMAS DAS AGÊNCIAS?<sup>1</sup>

---

Em coautoria com:

Beatriz Scamilla<sup>2</sup>

A Constituição autoriza o Congresso a “sustar os atos normativos do Poder Executivo *que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*” (art. 49, V). Desde 2014, ano da rumorosa sustação de resolução da Anvisa que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite, o exercício deste poder tem se acentuado: de apenas 42 projetos de decreto legislativo (PDLs) entre 2000 e 2013, houve um salto para 94 PDLs entre 2014 e 2018. Mas como, concretamente, os parlamentares têm entendido os limites da sua competência constitucional?

Achados preliminares de pesquisa empírica do projeto Regulação em Números da FGV Direito Rio, revelam que diferentes projetos de decretos legislativo entendem de maneiras muito distintas a “exorbitância” que autorizaria a sustação da norma da agência reguladora. A análise dos 143 PDLs encontrados desde a criação da primeira agência (em 1997) identificou a existência de cinco tipos de argumentos diferentes. A incidência de cada um desses tipos argumentativos foi quantificada e será apresentada abaixo.<sup>3</sup>

O primeiro e mais comum tipo de argumento parece entender a exorbitância como (1) *inconveniência da opção normativa adotada pela agência*. Nesta hipótese, o parlamentar interpreta sua competência de forma bastante

---

<sup>1</sup> Texto publicado na edição de janeiro de 2020 (v. 17) da Revista Conjuntura Econômica.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pela UFRJ.

<sup>3</sup> Como os argumentos não são excludentes, sendo às vezes utilizados cumulativamente, os números relativos à sua incidência, se somados, superam o dos PDLs coletados. Também por isso, apresentam-se abaixo os números relativos à incidência de cada um dos tipos argumentativos de forma *isolada* (casos em que o tipo argumentativo foi apresentado de maneira exclusiva) ou *sobressalente* (casos em que ele foi utilizado ao lado de outros tipos argumentativos).

ampla, parecendo crer que a Constituição autorizaria o Congresso a sustar quaisquer atos normativos de que discordem. Este primeiro argumento aparece em 100 PDLs, majoritariamente de forma sobressalente (71% dos casos). Curiosamente, trata-se de argumento mais utilizado por deputados da base dos governos (62 casos) do que por opositores (38 casos).

O segundo argumento mais frequente caracteriza a exorbitância como (2) *violação de normas legais ou constitucionais*. Ele está presente em 75 PDLs, sempre de forma sobressalente. Considerados apenas os PDLs de iniciativa do Senado, é o argumento mais frequente. Neste segundo tipo argumentativo, o parlamentar não se opõe à competência da agência para expedir o ato normativo, mas alega que a escolha da agência viola o Direito. Foram incluídas nesta hipótese tanto as alegações de violação a dispositivos normativos específicos, como a normas mais genéricas ou abstratas, como os princípios. A diferenciação é relevante: a abertura para sustações fundamentadas em supostas violações a normas abstratas (argumento que está presente em 45 PDLs) amplia significativamente o poder de controle do Congresso.

No terceiro argumento mais frequente, a exorbitância é caracterizada como (3) *extrapolação do espaço de liberdade conferido pela lei que delegou a competência normativa à agência*. O parlamentar considera que a escolha normativa realizada está fora do *leque de opções* aberto pelo legislador na delegação. Em 34 PDLs esse tipo de argumento esteve presente em seis casos de forma isolada, todos de iniciativa da Câmara e em sua maioria apresentados pelo governo (67% dos casos). Curiosamente, este tipo de argumento, que parece bem próximo da letra do dispositivo constitucional, era mais frequente antes da acentuação recente da propositura de PDLs, verificada a partir de 2014 (estava presente em cerca de 35% dos PDLs anteriores e apenas em 20% dos PDLs posteriores a 2014).

O quarto argumento mais frequente caracteriza a exorbitância como (4) *usurpação de competência de outras instituições*. Nesta hipótese, o parlamentar considera que a agência não é competente para regulamentar a matéria objeto do ato normativo, entendendo se tratar de competência de outras instituições, comumente do próprio Congresso Nacional (em 78% dos casos). Outras instituições menos citadas como tendo suas competências usurpadas incluem o TCU e órgãos do Poder Judiciário. Esse argumento esteve presente em 28 PDLs, duas vezes de forma isolada. A maioria dos PDLs que apresentaram esse tipo de argumentação se destinava a sustar atos normativos expedidos pela Anvisa (57% dos casos). No caso dos PDLs relativos a esta agência, o argumento de interferência na competência de outras instituições supera, inclusive, o de inconveniência da opção normativa.

Finalmente, o quinto e menos frequente tipo argumentativo identificado na pesquisa caracteriza a exorbitância normativa como (5) *inovação no mundo jurídico*. Nesta hipótese, o controle decorre da suposta ilegalidade na criação de restrições pelo administrador, para além das que a lei estabelece. Esse tipo de argumento se associa a uma compreensão mais clássica ou tradicional do direito administrativo a respeito da amplitude do poder normativo de autoridades administrativas. Representa uma postura mais conservadora do princípio da legalidade, segundo a qual a atuação administrativa apenas detalha os comandos legislativos, sem produzir restrições jurídicas adicionais. Em 16 PDLs esse argumento esteve presente, na sua totalidade de forma sobressalente e associado ao argumento de violação a normas legais ou constitucionais. Somente a Anvisa foi objeto de 37,5% dos PDLs apresentados com base nesse argumento.

A importância de mapear como os parlamentares entendem a sua própria competência reside no fato de que a Constituição não concedeu ao Congresso um poder amplo e irrestrito de sustação de normas do Poder Executivo. Assim, ao menos numa primeira aproximação, o tipo argumentativo mais frequente, de “inconveniência social da opção normativa” do Poder Executivo, parece extrapolar os limites da autorização constitucional. Já o menos frequente deles se associa a uma tradição administrativa dificilmente compatível com o atual estágio do estado regulador brasileiro. Se os outros três tipos de argumento podem ser ditos teoricamente menos problemáticos, apenas o terceiro parece se enquadrar rigorosamente nos termos restritos do dispositivo constitucional. O tema merece mais atenção: ao interpretar generosamente estes termos restritos, o Congresso pode estar “exorbitando” do seu próprio poder, sob o pretexto de policiar a exorbitância de poderes alheios.



## UM PRESIDENTE DA REPÚBLICA ESTÁ LIMITADO PELA CIÊNCIA<sup>1</sup>

---

*Se ele age em desconformidade com as evidências, ou nomeia alguém que assim o faça, cabe ao Congresso sustar*

*Em coautoria com:*

Carlos Ari Sunfeld<sup>2</sup>

Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>3</sup>

Gustavo Binenbojm<sup>4</sup>

Egon Bockmann Moreira<sup>5</sup>

Vera Monteiro<sup>6</sup>

Jacinto Arruda Câmara<sup>7</sup>

José Vicente Mendonça<sup>8</sup>

Presidentes da República, em sistemas presidencialistas, podem muito. No Brasil, a eles compete, junto a seus ministros, a direção superior da Administração Federal. Nomeiam e exoneram autoridades; dão unidade e coordenação de um sem-número de órgãos e entidades; editam decretos;

---

<sup>1</sup> Texto publicado no jornal O Globo em 7 de abril de 2020.

<sup>2</sup> Professor titular da FGV Direito SP e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp.

<sup>3</sup> Professor e Diretor da Faculdade de Direito da USP.

<sup>4</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutor pela UERJ e Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.

<sup>5</sup> Professor de Direito Econômico da UFPR. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/PR e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/Federal.

<sup>6</sup> Professora da FGV Direito SP. Doutora em Direito pela USP. Advogada.

<sup>7</sup> Professor Doutor da PUC/SP e Vice-presidente da SBDP.

<sup>8</sup> Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Coordenador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ - Uerj Reg.

Graças à separação de Poderes e à existência de instituições como o Ministério Público, um presidente da República deve prestar contas, o tempo todo, a diversas instâncias. A que se liga de modo mais saliente ao povo é o próprio Congresso Nacional. O poder presidencial se exerce em nome do povo — o mesmo povo que elege deputados e senadores. Claro que o Congresso não pode administrar o país em nome do presidente. Mas, por outro lado, o presidente não pode administrar o país de modo isolado. Precisa de apoio. Deve ser o supremo mandatário, mas não o único. Governa para além de sua câmara de eco ou de seus robôs.

Pois bem: o Congresso não pode escolher ministro nem praticar ato ministerial. Mas o chefe da Administração não possui autorização constitucional para agir segundo sua exclusiva opinião ruinosa, ou para orientar seu Ministério para que assim atue. Há balizas que conformam tanto o poder de nomeação quanto a própria direção superior da administração. Algumas são explícitas — pensemos nos requisitos para a indicação de nomes aos tribunais: mais de 35 anos, notório saber, reputação ilibada. Outras se extraem do próprio senso de missão de uma constituição como a nossa. Ela civiliza e racionaliza o poder político.

A racionalidade científica — assim como os presidentes — pode muito, mas não pode tudo. Ela constrói consensos provisórios. Mas ela é o melhor que temos. Um presidente da República está limitado pela ciência — porque está limitado pela realidade. Não pode decretar que o sol nasça no poente e se ponha no nascente. Não pode negar evidências científicas seguras, tampouco orientar que sua administração assim o faça.

A Constituição dá ao Congresso, que não governa pelo presidente, um poder importante, a ser exercido apenas em situações de ilegalidade grave e perigosa. Segundo o art. 49, V, é da competência do Congresso “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”. Tais atos incluem eventual decreto que, ignorando medidas de isolamento, contrariasse o consenso mínimo trazido pelas evidências científicas. Ora, a Lei 13.979, a Lei do Coronavírus, aprovada em 2020, afirma, em seu art 3º, parágrafo 1º, que medidas relativas à crise gerada pelo coronavírus, inclusive a quarentena, “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

Se o presidente age em desconformidade com as melhores evidências científicas, ou nomeia alguém que assim o faça, cabe ao Congresso sustar atos normativos do Executivo, incluídos os do presidente e os do ministro. São ilegais. As ações do presidente devem respeito, sobretudo, à legalidade. Um



presidente pode muito, não pode tudo, mas não deve poder nada contra as evidências técnicas. Tal atitude não é negar o poder presidencial, mas é afirmá-lo a partir do cumprimento da Constituição. Afinal, a crise não revogou nem o estado de direito nem a ciência.



## SURPRESA POSITIVA DO STF NO JULGAMENTO DA MP 966<sup>1</sup>

---

*O terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido  
da sessão do STF*

*Em coautoria com:*

Carlos Ari Sundfeld<sup>2</sup>

Egon Bockmann Moreira<sup>3</sup>

Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>4</sup>

Gustavo Binenbojm<sup>5</sup>

Jacinto Arruda Câmara<sup>6</sup>

José Vicente Santos de Mendonça<sup>7</sup>

Marçal Justen Filho<sup>8</sup>

Vera Monteiro<sup>9</sup>

O julgamento do dia 21 de maio, em que o Supremo Tribunal Federal examinou a constitucionalidade da Medida Provisória 966, acabou significando a consolidação da reforma que a Lei 13.655, de 2018, havia feito na

---

<sup>1</sup> Este texto foi publicado originalmente no Jota em 21 de maio de 2020.

<sup>2</sup> Professor titular da FGV Direito SP e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp.

<sup>3</sup> Professor de Direito Econômico da UFPR. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/PR e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/Federal.

<sup>4</sup> Professor e Diretor da Faculdade de Direito da USP.

<sup>5</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutor pela UERJ e Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.

<sup>6</sup> Professor Doutor da PUC/SP e Vice-presidente da SBDP.

<sup>7</sup> Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Coordenador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ - Uerj Reg.

<sup>8</sup> Doutor em Direito e Advogado.

<sup>9</sup> Professora da FGV Direito SP. Doutora em Direito pela USP. Advogada.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Foi um trabalho baseado em pesquisas acadêmicas de anos, amadurecida longamente pelo Congresso Nacional, que fez emendas importantes e gerou uma lei histórica. Seu objetivo foi ajudar a recuperar a segurança jurídica que o país havia perdido nas várias esferas, administrativa, controladora e judicial. Desde então, o direito público brasileiro mudou. Para muito melhor.

Logo após a aprovação do projeto dessa lei no Congresso, no duríssimo debate que se seguiu à sanção, recheado de fake news, um ex-ministro do STF – acionado por alguns controladores públicos que receavam a inviabilização de seu voluntarismo, por conta das novas normas – disse em rede nacional que o texto padecia de “inconstitucionalidade enlouquecida”. Agora, o plenário do STF afirmou com ênfase que essa opinião estava redondamente errada. A LINDB foi um grande avanço e o STF também o percebeu.

No julgamento de várias ADIs em face da MP 966 (algumas que, inclusive, pretendiam respingar na LINDB), o STF referendou a constitucionalidade do preceito mais polêmico da LINDB, o art. 28. Mais que isso: declarou que essa lei tem de balizar juridicamente a interpretação e a atuação dos órgãos de controle, que não podem ignorá-la ou distorcê-la.

Nesses dois anos desde a mudança da LINDB, a comunidade acadêmica procurou explicá-la (como em edição especial da *RDA* sobre as alterações legislativas) e defendê-la, reconhecendo que seus múltiplos avanços foram fundamentais, inclusive em favor da segurança jurídica dos gestores públicos de boa fé, sem trazer qualquer prejuízo para o bom controle. Mas persistia um movimento contra a LINDB, tentando derrubá-la ou torná-la inócua. De tempos em tempos, retornava a defesa de um controle público personalista, que se arroga o direito de presumir a má fé de gestores.

Desde a edição da LINDB, houve algumas críticas e outros tropeços, mas o tempo comprovou que o bom gestor público merece ser respeitado. Pode fazer escolhas e bem gerir a coisa pública, sem medo de ser responsabilizado injustamente por isso. O controle externo é necessário, mas precisa ser orientado pelas consequências da decisão controladora, bem como pelas circunstâncias fáticas que levaram o gestor a adotar esta ou aquela decisão. Mais: não é qualquer erro que pode gerar a responsabilização dos gestores públicos. Assim como os juízes (que têm suas decisões reformadas todos os dias) e os membros do ministério público (que têm suas ações civis públicas julgadas improcedentes), também o administrador público erra e não pode ser responsabilizado pessoalmente por isso se o erro não for grosseiro, nem cometido com dolo.

Ou seja, as decisões administrativas podem ser tomadas e devem ser controladas, mas isso não implica a automática responsabilidade civil e administrativa da pessoa do gestor, caso o controlador dela discorde. Para que possa ser exercida com responsabilidade, a função criadora do gestor público deve ser prestigiada. Inclusive para, se erros ocorrerem, servirem de aprendizado.

A MP 966, que especificou a incidência da LINDB para casos de gestão vinculados à pandemia da COVID-19, além de repetir os arts. 22 e 28 da LINDB, recuperou uma regra que estava no parágrafo primeiro do art. 28 da LINDB e havia sido vetada à época da sanção da lei 13.655, isso por pressão enfática e pública de alguns controladores, com destaque para ministros do Tribunal de Contas da União, que alegavam inconstitucionalidade grosseira. A MP 966 excluiu expressamente, do conceito de erro grosseiro, que gerar responsabilização, os comportamentos legítimos de gestores que decidem de boa fé baseados em pareceres técnicos. Era o que dizia o texto vetado. Agora, o STF reconheceu que não havia razão nenhuma para o veto e que se tratava de norma bem relevante.

O importante é que o STF firmou, em julgamento de grande alcance, o entendimento de que se deve proteger o gestor de boa fé e de que também a atividade dos controladores deve observar limites jurídicos. O voto do min. Gilmar Mendes, que se alinhou ao relator min. Luis Roberto Barroso, foi significativo quanto a isso. Foi um duro golpe na visão favorável a um controle público curandeiro, inspirado em voluntarismo pessoal. O STF se pronunciou contra o controle que gera o apagão das canetas. Reconheceu ainda que a LINDB é uma lei geral de hermenêutica, com parâmetros para bem interpretar e aplicar outras leis de efeitos concretos, inclusive a MP 966. O STF foi enfático ao reconhecer que não se responsabiliza o gestor que age de boa fé, apoiado em parâmetros jurídicos e técnicos adequados. E mais: afirmou que impedir a submissão de gestores à responsabilização objetiva nada tem a ver com dar salvo conduto para o ilícito e a improbidade dolosa.

O STF aproveitou para, por meio de interpretação conforme, construída pelo relator Luis Roberto Barroso, com a colaboração dos outros ministros, incluir na MP 966 a proibição expressa de que, em temas ligados à gestão da pandemia, autoridades terraplanistas submetam a população a medidas sem qualquer base técnica. Considerando o contexto em que estamos, compreende-se a preocupação do tribunal.

Por fim, o STF reconheceu, citando-as nominalmente, que as pesquisas acadêmicas de várias instituições, além de fundamentais na construção da LINDB, também têm sido capazes de identificar e de propor correções con-

tra desvios no controle público, que também ocorrem. O STF fez, assim, um chamado para que os controladores públicos também tenham humildade e levem a sério o que as pesquisas no campo jurídico têm a lhes dizer. O terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido.

## UMA VACINA CONTRA O VOLUNTARISMO DO CONTROLADOR<sup>1</sup>

---

*Proposta de lei cria a exceção administrativa por ilegalidade manifesta*

Numa canetada, um juiz do Amapá afastou toda a diretoria da ANEEL e do ONS. Alegou, sem demonstrar, risco de interferência na apuração sobre o apagão sofrido por aquele Estado.

Dias antes, já havia decidido que, por causa do mesmo apagão, a população do Amapá receberia mais duas parcelas do auxílio emergencial fornecido pelo governo federal durante a pandemia.

As decisões são representativas do *modus operandi* de alguns controladores brasileiros. Inspirados por boas intenções e escassa concretude normativa, parecem não conhecer limites além da sua própria imaginação para impor à administração suas vontades ou leituras do direito.

A AGU correu para contestar a decisão que abre este texto por meio de pedido de suspensão de liminar, ao final acolhido.

Mas a contestação judicial é solução pontual, incerta, eventualmente demorada – e implica ônus para as vítimas das determinações desatinadas.

De que alternativas mais gerais pode cogitar o direito para o voluntarismo do controlador?

A primeira é exigir mais equilíbrio de quem tem tanto poder. Vai por aí a LINDB, ao requerer que os controladores avaliem as consequências de suas decisões e considerem o contexto das ações controladas.

Outra opção consiste em responsabilizar controladores que cometerem erros grosseiros. Como os demais mortais, passariam a responder por suas ações. Propostas deste tipo sofrem reações significativas, dado o risco de estes

---

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Jota em 24 de novembro de 2020. Refere-se ao projeto de lei disponível no seguinte *link*: <http://sbdp.org.br/publication/legitima-defesa-administrativa-da-legalidade/>.

instrumentos serem manejados arbitrariamente – embora o mesmo risco exista nas sanções que os controladores impõem aos gestores.

Uma terceira hipótese inspira proposta de lei que o Prof. Carlos Ari Sundfeld e eu elaboramos e agora submetemos ao debate.

A ideia é conferir ao gestor público papel mais ativo na defesa da ordem jurídica, dando-lhe instrumentos para reagir contra ilegalidades que lhe sejam determinadas - também, mas não exclusivamente, por controladores.

A administração destinatária de ordem, de outra autoridade pública, com impacto sobre suas competências ou ações, poderia suscitar exceção administrativa por ilegalidade manifesta, com imediato e automático efeito suspensivo da ordem recebida (art. 3º).

A proposta limita a competência para usar a exceção, buscando reservá-la a autoridades superiores ou colegiadas (art. 6º). Também especifica o procedimento para adotá-la, com participação de outros atores institucionais (art. 6º, § 2º e 5º).

Prevê ainda imunidades à exceção (art. 5º), vetando seu uso contra decisões de algumas autoridades (em especial colegiadas) ou relativas a algumas matérias, por exemplo.

Partimos da premissa de que há necessidade de reequilibrar a relação gestor-controlador. Atualmente, enquanto um lado age livremente, ao outro cabem ônus e limites.

A proposta é uma tentativa nesta direção. Mas não é mesmo fácil calibrar – e por isso mesmo é importante discuti-la.

O que faria sentido incluir ou alterar? Um limite ao número de vezes em que o instrumento poderia ser usado? Mais imunidades à exceção? Um procedimento mais rígido?

Vamos pensar juntos?



## LEGÍTIMA DEFESA ADMINISTRATIVA DA LEGALIDADE

Para aumentar a segurança jurídica e a eficiência da gestão pública em todos os Poderes, é necessária a edição de lei dispendo sobre os instrumentos e limites para o exercício, por autoridades administrativas, da legítima defesa da legalidade, em situações de conflito e de grave incerteza jurídica, com respeito à presunção de validade das decisões administrativas e das leis.

**Minuta de projeto de lei federal**  
resultado de estudo coordenado  
pelos profs. Carlos Ari Sunfeld (FGV Direito SP)  
e Eduardo Jordão (FGV Direito Rio)

**Para discussão**  
Versão 20.11.2020

Lei nº de de

Dispõe sobre a legítima defesa administrativa da legalidade

## **O PRESIDENTE DA REPÚBLICA:**

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

### **Capítulo I** **DISPOSIÇÃO GERAL**

Art. 1º. Esta lei dispõe sobre os instrumentos e limites do exercício da legítima defesa administrativa da legalidade, com respeito à harmonia e à segurança jurídica na atuação dos Poderes, dos órgãos constitucionais autônomos e dos agentes da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Na aplicação desta lei será observada a presunção de validade das leis, bem assim dos atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas.

### **Capítulo II** **DA ILEGALIDADE MANIFESTA**

Art. 2º. Considera-se manifestamente ilegal, para fins desta lei, a ordem com ao menos um dos vícios seguintes:

I - edição por agente flagrantemente incompetente;

II - grave incompatibilidade com orientação geral vigente quanto a direitos fundamentais ou quanto a regras da Constituição Federal;

III - ostensivo desprezo a fato indicado no art. 374 do Código de Processo Civil;

IV - contrariedade direta a orientação ou decisão indicada nos incisos do § 4º. do art. 496 ou nos incisos do *caput* do art. 927 do Código de Processo Civil;

V - erros de Direito ou de fato indicados nos incisos V e VIII do *caput* do art. 966 do Código de Processo Civil; ou

VI - ausência total de fundamentação escrita, vício de fundamentação indicado nos incisos do § 1º. do art. 489 do Código de Processo Civil ou violação dos arts. 20 a 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

### Capítulo III

#### DA EXCEÇÃO ADMINISTRATIVA POR ILEGALIDADE MANIFESTA

Art. 3º. A administração que seja destinatária de ordem, de outra autoridade pública, com impacto geral relevante sobre suas competências, políticas, empreendimentos ou serviços públicos, pode suscitar exceção administrativa por ilegalidade manifesta, nos termos desta lei, ressalvadas as imunidades do art. 5º.

§ 1º Em relação à administração que a suscitar, a exceção terá efeito suspensivo automático da ordem recebida.

§ 2º Para os fins desta lei, entende-se por ordem de autoridade pública, observadas as imunidades do art. 5º, qualquer determinação vinculante, emanada da esfera administrativa, controladora ou judicial para a prática ou abstenção, pela administração destinatária, de comportamentos ou atos administrativos, em quaisquer de suas modalidades, objetos e setores, independentemente da terminologia utilizada.

§ 3º Pode suscitar a exceção, quando destinatária de ordem manifestamente ilegal de autoridade pública:

- I - a administração pública direta;
- II - entidade da administração pública indireta;
- III - a administração do Poder Judiciário;
- IV - a administração do Ministério Público;
- V - a administração do Poder Legislativo; e
- VI - a administração de Tribunal ou Conselho de Contas.

### Capítulo IV

#### DAS IMUNIDADES À EXCEÇÃO

Art. 5º. A exceção administrativa por ilegalidade manifesta não poderá se referir a ordem formalmente emanada em decisão:

I - judicial transitada em julgado;

II - adotada, confirmada ou mantida por Tribunal do Poder Judiciário, de forma monocrática ou colegiada, em qualquer matéria, ainda que sujeita a recurso;

III - judicial, de qualquer Instância, em matéria eleitoral, penitenciária, penal, de execução penal, militar ou de direito privado e família, ainda que sujeita a recurso;

IV - administrativa ou judicial, de qualquer Instância, que interdite:

a) a destruição irreversível de bem infungível; ou

b) ação ou omissão capaz de levar à morte de pessoa;

V - de órgão ou autoridade administrativa, inclusive policial ou militar, a que o agente deva estrita obediência hierárquica, ainda que sujeita a recurso;

VI - do plenário do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público, em matéria de sua jurisdição específica, ainda que sujeita a controle judicial;

VII - de sustação de ato, pelo plenário de Tribunal ou Conselho de Contas, em matéria de jurisdição específica de controle de contas, segundo o processo e nos estritos limites dos incisos IX e X do art. 71 da Constituição Federal, ainda que sujeita a controle judicial;

VIII - de Tribunal ou Conselho de Contas, nos casos dos incisos II, III e VIII do art. 71 da Constituição Federal, ainda que sujeita a controle judicial;

IX - de sustação de ato normativo pelo Poder Legislativo, no caso do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, ainda que sujeita a controle judicial; ou

X - de arbitragem já instaurada.

§ 1º. Nos casos deste artigo, o reconhecimento da ilegalidade manifesta será buscado apenas pelos meios processuais disponíveis para a revisão da ordem.

§ 2º. Não se admite interpretação ampliativa ou restritiva quanto aos requisitos e regras de competência previstos nos incisos do *caput* deste artigo.

## **Capítulo V**

### **DOS PROCEDIMENTOS**

Art. 6º. No âmbito da administração pública direta e indireta, a exceção administrativa por ilegalidade manifesta poderá ser deliberada:

I - pela autoridade administrativa destinatária da ordem, com prévia anuência do superior hierárquico ou, se houver, do órgão colegiado de direção; ou

II - diretamente pelo Chefe do Poder Executivo, em qualquer caso.

§ 1º. A exceção é de competência exclusiva:

I - na administração do Poder Judiciário, dos presidentes dos Tribunais;

II - na administração do Ministério Público, dos procuradores gerais;

III - na administração do Poder Legislativo, da mesa diretora da casa legislativa; e

IV - na administração dos Tribunais e Conselhos de Contas, dos respectivos presidentes.

§ 2º A exceção será adotada por ato administrativo, com base em parecer fundamentado do órgão jurídico público, ambos publicados no veículo de divulgação oficial e comunicados de imediato ao agente ou órgão responsável pela ordem.

§ 3º No caso de exceção suscitada por presidente de Tribunal do Poder Judiciário será ouvido previamente, no prazo que lhe for solicitado, o procurador geral do Ministério Público, cujo parecer não terá caráter vinculante.

§ 4º No caso de exceção suscitada por presidente de Tribunal ou Conselho de Contas será ouvido previamente, no prazo que lhe for solicitado, o procurador geral do Ministério Público de Contas, cujo parecer não terá caráter vinculante.

§ 5º A exceção será também comunicada, em 3 (três) dias, ao procurador geral do Ministério Público competente, com os elementos que a tiver instruído, sendo que, para fins de controle social, os Ministérios Públicos poderão reunir nacionalmente as informações relativas a exceções suscitadas na forma desta lei, elaborar estatísticas e estudos e formular recomendações.

Art. 7º. Quando a exceção administrativa por ilegalidade manifesta se referir a ordem emanada em decisão judicial de Primeira Instância, o magistrado, recebida a comunicação, ouvirá a parte contrária em até 10 (dez) dias e, se não reconsiderar sua decisão, quando cabível, a submeterá à remessa necessária ao Tribunal competente, para reexame de ofício, em caráter de prioridade e urgência.

Art. 8º. A exceção administrativa por ilegalidade manifesta pode ser reconsiderada a qualquer momento, de ofício ou por provocação de terceiro, se a administração que a suscitou se convencer de que a ordem não é manifestamente ilegal.

Parágrafo único. O procurador geral do Ministério Público pode, a qualquer momento, provocar a reconsideração administrativa de que trata o *caput* deste artigo, que deve ser decidida em 20 (vinte) dias, improrrogáveis.

## Capítulo V

### DO DEVER E DA RESPONSABILIDADE

Art. 9º. O agente público deve recusar todo pedido, recomendação ou ordem cujo atendimento importe na prática de ato ou omissão tipificados como crime.

Art. 10. Nenhum agente público se sujeita a investigação, processo, sanção ou responsabilidade administrativa, civil, por improbidade, criminal ou política, em qualquer esfera, inclusive do controle de contas, por divergência motivada, após a oitiva do órgão técnico e do órgão jurídico público, quanto a simples recomendação não vinculante, ainda que formulada segundo o rito legal.

§ 1º Será arquivada de plano pelo agente público destinatário a recomendação flagrantemente ilegal, segundo os critérios do art. 2º, ainda que oriunda de Tribunal ou Conselho de Contas, ou do Ministério Público, bem como de autoridade ou órgão da administração.

§ 2º A divergência a que se refere o *caput* e o arquivamento a que se refere o § 1º deste artigo serão comunicados, em no máximo 30 (trinta) dias contados do recebimento da recomendação, à autoridade ou órgão que a houver expedido.

Art. 11. Nenhum agente público se sujeita a investigação, processo, sanção ou responsabilidade administrativa, civil, por improbidade, criminal ou política, em qualquer esfera, inclusive do controle de contas, por, com base e nos casos desta lei, haver suscitado exceção administrativa por ilegalidade manifesta ou elaborado parecer a respeito.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui a responsabilidade civil da pessoa jurídica, se for o caso, e a sanção do agente público por enriquecimento ilícito, por corrupção passiva, bem como por prevaricação ou advocacia administrativa praticadas com dolo direto e específico.

Art. 12. Não cabe também a responsabilização pessoal de agente público pela simples aplicação de lei ou norma administrativa posteriormente reconhecida como inconstitucional ou inválida.

§ 1º A invalidade de norma administrativa pode ser reconhecida pela autoridade que a editou, ou por seus superiores hierárquicos, mas os demais agentes da mesma entidade administrativa não podem fazê-lo, devendo, quando for o caso, formular representação com esse objetivo, pela via hierárquica.

§ 2º O reconhecimento de invalidade, nas esferas administrativa ou controladora, não pode ter por fundamento a inconstitucionalidade da norma

legal em que se houver baseado o ato, o contrato, o ajuste, o processo ou a norma administrativa sem que a inconstitucionalidade tenha sido previamente declarada na esfera judicial.

§ 3º Entre o início e o fim da ação judicial em que, por via direta ou de exceção, se arguir a inconstitucionalidade da norma legal, não correm a decadência e a prescrição para o reconhecimento da invalidade a que se refere o § 2º deste artigo.

Art. 13. Quando o agente público considerar irregular comportamento, pedido, recomendação, decisão ou ordem de superior hierárquico, poderá apresentar representação formal, seguindo a linha hierárquica, à qual a autoridade superior não poderá negar seguimento.

Parágrafo único. Se as circunstâncias o justificarem, o agente poderá optar por acionar apenas os canais adequados de denúncia, com as proteções que lhe sejam aplicáveis.

## **Capítulo V**

### **DISPOSIÇÃO FINAL**

Art. 14. Esta lei entra em vigor em 1º de janeiro do exercício seguinte à sua publicação.





## “DESVIO DE FINALIDADE” E ATIVISMO JUDICIAL<sup>1</sup>

O Supremo decide hoje se mantém ou anula a nomeação do ex-presidente Lula como ministro de Dilma, alegadamente viciada por “desvio de finalidade”. Diante do iminente afastamento da Presidente (e de sua equipe), poderia parecer que a questão perdeu o interesse. Mas não é bem assim.

Quando o Supremo se manifesta, ele decide mais do que um caso concreto. Ele também manda uma mensagem, para o futuro, sobre os limites de sua atuação. E esta mensagem irá pautar, na sequência, a estratégia dos diversos atores institucionais para promover os seus interesses.

É neste contexto que cabe o alerta: o desvio de finalidade parece ter se transformado no novo xodó do ativismo judicial. A sua arguição para contestar a nomeação de Lula - e, principalmente, o seu acolhimento liminar pelo ministro Gilmar Mendes - foi a senha para que se iniciasse mais uma etapa da festa da judicialização brasileira, com todos recorrendo a esta nova tábua de salvação.

- Em sua defesa contra o impeachment, a Presidente usou, irônica ou cinicamente, da mesma arma que tinha sido usada contra si. Sustentou que a abertura do processo pelo deputado Eduardo Cunha seria nula por... desvio de finalidade.
- Na sequência, membros da oposição solicitaram ao Procurador Geral da República que investigasse as nomeações que Lula estaria negociando em Brasília, por... desvio de finalidade.
- Pouco depois, uma juíza de 1ª instância proibiu o pronunciamento televisivo da Presidente dois dias antes da votação do impeachment por... desvio de finalidade.

Espanta que ninguém tenha ainda sustentado que os votos circenses dos deputados no domingo, por não terem sido fundados em crimes de

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota em 20 de abril de 2016.

responsabilidade cometidos pela presidente, seriam, eles também, nulos por desvio de finalidade.

No direito brasileiro, estas figuras que atuam como chaves-mestras para abrir todas as portas do ativismo judicial não são novidades. A mais célebre delas é o “princípio da dignidade humana”. Basta o juiz invocar esta norma abstrata para se crer competente para solucionar os mais diversos problemas específicos da sociedade brasileira.

O desvio de finalidade é o novo princípio da dignidade humana, à disposição dos tribunais que queiram impor as suas soluções aos casos concretos, sob o pretexto de aplicar o direito.

No presidencialismo de coalizão brasileiro, em que negociações e nomeações são feitas diuturnamente para composição da base, esta larga amplitude que se quer conferir ao desvio de finalidade importaria no Judiciário intervindo quase que diariamente na política. Por trás de cada indicação ou decisão política, haveria sempre um problema moral a ser descoberto por juízes ávidos por resolver os problemas do país.

Esta “supremacia judicial” pode ser boa para os profissionais do Direito e para os juízes, já que lhes dá poder. Mas não é boa para o país. Ela infantiliza a política e retira-lhe força. Ela desequilibra o jogo institucional, na medida em que as demais instituições passam a ser apenas uma “primeira instância” – afinal, tudo só será *realmente* decidido nos tribunais.

Não se trata de defender que ações políticas viciadas se tornem isentas de qualquer sanção.

Trata-se, em primeiro lugar, de entender que o limiar para admitir um vício jurídico em decisões deste tipo é muito elevado. A intervenção judicial em questões políticas deve ser subsidiária e usada apenas em casos extremos, em que o vício seja inequívoco. No caso da nomeação de Lula, não há como negar a plausibilidade de uma narrativa paralela à da acusação, já que é clara a sua importância para o governo como articulador político.

Em segundo lugar, trata-se de defender que, em questões deste tipo, as principais sanções em jogo são de outra natureza. Dilma pode ser punida por uma nomeação desastrosa no campo político. E assim já tem sido feito. A interpretação de que a nomeação de Lula se fizera em seu favor foi a gota d’água para muitos retirarem o apoio ao governo – inclusive boa parte da imprensa internacional. Mais ainda, a nomeação de Lula é mencionada em novo pedido de impeachment, feito pela OAB, ainda pendente de recebimento na Câmara dos Deputados.

Na decisão de hoje, o Supremo tem a chance de contribuir para delimitar melhor o campo da política e o campo do Direito. Tem a oportunidade de levar a sério as suas próprias limitações institucionais e evitar encarnar o salvador-geral da república. Para o bem das nossas instituições.



## CONGRESSO X AGÊNCIAS: LIMITES, SÓ PARA OS OUTROS<sup>1</sup>

---

Sobre a iniciativa de sustar medida da ANAC que liberava a cobrança de bagagens despachadas

*Em coautoria com:*  
Arthur Lardosa<sup>2</sup>

Acossado como vem sendo por decisões populistas e sem base constitucional de ministros do STF, é curioso ver o Congresso devolvendo na mesma moeda... contra uma instituição diferente.

A iniciativa, já aprovada no Senado, de sustar medida da ANAC que liberava a cobrança de bagagens despachadas por companhias aéreas suscita reflexões sobre a relação entre controlador e controlado no contexto da atual crise institucional brasileira.

Assim como as recentes decisões dos ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, a iniciativa do Senado consiste em medida populista, que invade indevidamente a competência de outra instituição, sob o pretexto de controlá-la.

É verdade que a Constituição confere ao Congresso o poder de editar Decretos Legislativos para sustar atos normativos do Poder Executivo. Mas só podem ser sustados atos “que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Isso significa que a mera discordância ou desaprovação, pelo Congresso, dos termos de uma medida aprovada pela agência não é suficiente para que ela possa ser sustada por esta via.

Na justificativa do Decreto Legislativo aprovado pelo Senado, no entanto, fica claro que o Senado simplesmente não concorda com a regulação da ANAC. Nem há ali a preocupação de fingir observância aos limites do controle constitucionalmente permitido.

---

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota em 19 de dezembro de 2016.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela FGV Direito Rio e mestrando em Direito Público pela UERJ.

Não se trata de defender que as agências reguladoras sejam blindadas do controle do Poder Legislativo. Mas se o Congresso deseja superar o entendimento destas entidades por razões substanciais, deve fazê-lo pela via legislativa ordinária, de modo a sobrepor hierarquicamente normas em sentidos opostos. Para tanto, deverá enfrentar todos os ônus procedimentais próprios e, inclusive, submeter a medida à apreciação do Chefe do Poder Executivo para sanção ou veto, sob pena de se institucionalizar, inconstitucionalmente, mais um mecanismo para comprometer a missão das entidades reguladoras independentes.

Embora patológico, o esgarçamento de suas competências é atitude frequente dos controladores. Ao invés de se aterem às circunstâncias específicas que permitiriam a sua intervenção, eles se fazem “superiores hierárquicos” da autoridade controlada, capazes de rever ilimitadamente todas as suas escolhas.

No caso desta específica e restrita competência congressual, este esgarçamento nem é novidade. Em 2014, o Congresso editou Decreto Legislativo para sustar a eficácia de resolução da Anvisa que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite usados contra a obesidade. Neste caso como no atual, substituíram-se, numa canetada e com argumentos de senso comum, medidas longamente gestadas e estudadas no âmbito de entidades técnicas.

A decisão certamente vale ao Congresso alguns aplausos do público, num momento conturbado para a sua imagem. Mas contribui para ampliar a crise institucional brasileira, alimentada por voluntarismos e por uma espécie de “salve-se-quem-puder” institucional.

A extrapolação do controle pelo STF gerou reação expressiva do Congresso. Cabe ao Congresso cuidar para que as suas próprias ações não reduzam a legitimidade de suas críticas. Ou então restará concluir que limites ao controle só são necessários quando os controladores são os outros.

## O PROBLEMA CUNHA: ENTRE A SOLUÇÃO DEFINITIVA E O REMENDO<sup>1</sup>

Fato: o Supremo já poderia (e *deveria*) ter afastado Eduardo Cunha da presidência da Câmara. O respeito à separação dos poderes, neste caso, não seria argumento suficiente para impedir a intervenção do tribunal. Afinal, a suspensão cautelar de Cunha estaria fundada em previsão *expressa* do Código de Processo Penal, que autoriza esta medida para evitar que a função pública seja utilizada para o cometimento de novas infrações.

Ao invés desta alternativa direta e prevista na lei, no entanto, alguns ministros cogitam adotar outra solução: a de impedir apenas que Cunha possa assumir temporariamente a Presidência da República, já que se trata de réu já denunciado. Essa tese pode apaziguar alguns dos medos associados à presença de Cunha na linha sucessória da Presidência em tempos de *impeachment* e de uma possível cassação da chapa Dilma/Temer pelo TSE. Mas ela padece de dois problemas.

Em primeiro lugar, ela não encontra respaldo no texto constitucional. É verdade que a Constituição prevê a suspensão do Presidente da República se o Supremo receber contra ele denúncia por crimes comuns. Mas, no *caput* do mesmo artigo, a Constituição também estabelece que a acusação contra o Presidente da República tem que ser previamente admitida por dois terços da Câmara dos Deputados, para que o caso possa chegar ao Supremo. Ou seja: ao lado da suspensão em caso de denúncia (uma limitação de seu poder), o Presidente tem uma poderosa garantia institucional – só pode ser denunciado após a difícil autorização de uma super maioria de deputados. Este procedimento não foi seguido no caso de Cunha. A solução cogitada pelos ministros do Supremo pretende estender por analogia apenas parte do disposto num parágrafo de um artigo da Constituição, enquanto ignora o procedimento previsto para tanto no seu *caput*. Uma analogia seletiva, que escolhe apenas a parte do texto que convém.

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota em 3 de maio de 2016.

A propósito, adicione-se que o próprio Supremo já negou a aplicação da analogia para Cunha, quando ele pediu. O deputado queria que, como presidente da Câmara e 3º na sucessão presidencial, tampouco pudesse ser processado por crime comum durante o mandato. O Supremo decidiu que esta regra só valia para o Presidente. Se não aplicou a analogia mais protetiva do ocupante do cargo, como poderia aplicar apenas a analogia que lhe desfavorece?

Em segundo lugar, a proposta subverte a lógica atual do sistema jurídico eleitoral. Através de uma analogia, ela impõe indiretamente um mecanismo ainda mais grave do que aquele previsto na lei de ficha limpa. Esta lei exige *condenação por um órgão colegiado* para que um candidato se torne inelegível. A tese cogitada pelos ministros do Supremo, porém, impediria de assumir a chefia do poder executivo qualquer pessoa que seja objeto de *mera denúncia* ainda não julgada por órgão colegiado.

Se adotada como regra geral, a solução tem consequências particularmente problemáticas para vice presidentes eleitos. Embora estejam na linha sucessória, os vices não possuem as mesmas garantias institucionais dos Presidentes – em especial, não precisam de 2/3 da Câmara para ter uma denúncia contra si recebida pelo Supremo. Quer dizer: poderiam ser impedidos de exercer a Presidência com uma simples denúncia, sem qualquer condenação. Na prática, isso pode inclusive dificultar o recebimento de denúncias contra vices, já que o ministros do Supremo poderiam hesitar diante das implicações desse ato para a governabilidade.

A adoção de uma solução tão problemática é sempre inadequada. Mas a inadequação é *particularmente relevante* quando a via da solução definitiva (o afastamento de Cunha da presidência da Câmara) ainda está aberta, esperando apenas uma decisão dos ministros.

No fundo, o remendo interpretativo cogitado pelo Supremo sequer é necessário. Ele só precisou entrar em cena para suavizar os problemas decorrentes da própria inação dos ministros. O Tribunal não afasta Cunha tal como deveria, mas produz um paliativo contra um ou outro efeito nefasto da sua permanência no cargo: uma solução na melhor das hipóteses parcial, e com grandes efeitos colaterais.



*Capítulo 3*

**CONTROLADOR OU GESTOR?**

O TCU COMO NOVA FRONTEIRA DE ESTUDOS  
ANTIRROMÂNTICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

---



## DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTROLE DE CONTAS

### Tribunais de contas em expansão: protagonistas do direito administrativo atual<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

André de Castro O.P Braga<sup>2</sup>

André Rosilho<sup>3</sup>

Carlos Ari Sundfeld<sup>4</sup>

Conrado Tristão<sup>5</sup>

Daniel Bogéa<sup>6</sup>

Gabriela Duque<sup>7</sup>

Gilberto Mendes C. Gomes<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Controle Público, em 11 de janeiro de 2023.

<sup>2</sup> Doutorando em Administração Pública e Governo pela FGV-SP, mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP e pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Sócio do escritório Gomes Braga Advocacia.

<sup>3</sup> Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público — sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP. Advogado.

<sup>4</sup> Professor titular da FGV Direito SP e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

<sup>5</sup> Mestre e doutorando em Direito pela FGV-SP. Coordenador executivo do Núcleo de Inovação da Função Pública – sbdp.

<sup>6</sup> Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutorando em Ciência Política (USP). Mestre em Direito do Estado (USP). Mestre em Ciência Política (UnB). Sócio de Piquet, Magaldi e Guedes Advogados. Diretor-Executivo do Instituto Desburocratizar.

<sup>7</sup> Mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal pela ESMAPÉ. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Advogada em São Paulo.

<sup>8</sup> Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Especialista pela FESMPDFT. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Bacharel em Direito pela UnB. Sócio de Piquet, Magaldi e Guedes Advogados.

Gustavo Leonardo Maia Pereira<sup>9</sup>

Juliana Bonacorsi de Palma<sup>10</sup>

Mariana Vilella<sup>11</sup>

Pedro A. Azevedo Lustosa<sup>12</sup>

Ricardo Alberto Kanayama<sup>13</sup>

Rodrigo Alberto Kanayama

Vitória Damasceno

Yasser Gabriel<sup>14</sup>

O controle de contas não costuma ser protagonista nos manuais de direito administrativo. Essa instituição e sua influência sobre o direito administrativo contemporâneo têm merecido poucas linhas. No controle externo da administração pública, o foco continua recaindo mais sobre o controle judicial.

Mas quando o administrativista deixa o mundo dos livros e cai na vida, uma surpresa: tribunais de contas por todos os lados, decidindo sobre os mais variados temas (contratos administrativos, servidores públicos, serviços públicos, regulação etc.) e movimentando reflexões novas sobre debates doutrinários clássicos (limites do controle de atos administrativos, limites de discricionariedade da administração público e por aí vai).

Nas redes sociais, os informativos do Tribunal de Contas da União (TCU) causam alvoroço e exercem magnetismo: “Acórdão nº tal. TCU decide isto

---

<sup>9</sup> Mestre em Direito pela FGV Direito SP. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador Federal (AGU) na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Ex-procurador do Estado de Goiás.

<sup>10</sup> Professora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito SP. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School.

<sup>11</sup> Coordenadora da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Doutora em educação pela PUC-SP. Mestre em educação pela PUC-SP. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Advogada em São Paulo.

<sup>12</sup> Mestrando em Direito Regulatório pela UnB. Bacharel em Direito pela UnB. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Advogado em Brasília.

<sup>13</sup> Mestre em Direito e Desenvolvimento e pós-graduado em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Advogado em Curitiba.

<sup>14</sup> Professor da FGV Direito SP. Doutor em direito administrativo pela USP. Mestre pela FGV Direito SP. Advogado em São Paulo.

ou aquilo”. Imediatamente, reações pró e contra. Mobilização e compartilhamentos. Nem os leitores inertes ficam indiferentes.

Para quem vive a prática, o fenômeno tem explicação intuitiva: hoje, o direito administrativo real é mais impactado pelo controle de contas do que pelo controle judicial. Os manuais seguem sendo construídos a partir das normas e das preocupações que povoam a cabeça dos autores, como um reflexo do período e do ambiente em que foram elaborados. Como o foco do controle de contas sempre foi o universo das finanças públicas, é natural que os administrativistas não investissem tanto para esquadrihá-lo em seus livros.

Nos manuais do futuro, contudo, isso tende a mudar. Não porque tenha havido uma mudança radical nas normas que tratam do controle de contas, mas porque as instituições que o compõem têm atribuído a si mesmas funções inéditas. Entre os administrativistas há certo consenso de que os tribunais de contas, sobretudo o da União, passaram a ser mais “ativistas”, impactando bastante a aplicação do direito administrativo e a gestão pública.

Ao longo de cinco anos, pesquisadores do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público (sbdp), por meio de textos publicados na coluna Controle Público, têm se dedicado a refletir sobre o controle de contas pela ótica do direito administrativo. A síntese dessa reflexão é o livro “Direito Administrativo e Controle de Contas”, que sai publicado ainda neste mês pela editora Fórum.

A coletânea está dividida em sete partes: controle público e seus limites; controle de contas e os Poderes; alcance da “jurisdição de contas”; controle das contratações públicas; poder cautelar no controle de contas; responsabilização e sanções no controle de contas; processo no controle de contas; e perfil institucional e organização interna do Tribunal de Contas da União.

Vistos em perspectiva, os textos revelam um controle público em expansão. E, talvez, em crise de identidade. Será que tem faltado deferência dos controladores de contas para com o direito administrativo? Ou será que os administrativistas ainda olham menos do que deviam para o controle de contas?



## O TCU TEM JURISDIÇÃO SOBRE PARTICULARES CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO?

---

Competência reivindicada pelo TCU não encontra paralelo no direito comparado<sup>1</sup>

Até o início da última década, o Tribunal de Contas da União (TCU) entendia não ter competência para julgar as contas de particulares contratados pela Administração Pública, mas apenas as dos *responsáveis pela gestão de valores públicos*. Além disso, o Tribunal apenas admitia condenar diretamente particulares contratados a ressarcir dano ao erário caso eles houvessem participado, *em conluio com o agente público*, no ato que causou o dano.

Em julgados mais recentes, contudo, o TCU revisou esse entendimento, adotando visão mais ampla sobre suas próprias competências. A nova orientação foi consolidada em incidente de uniformização de jurisprudência (Acórdão TCU nº 321/2019). A revolução jurisprudencial representou importante mudança de paradigmas e se operou por simples mudança interpretativa, sem qualquer alteração na redação dos dispositivos constitucionais ou legais pertinentes.

Como o leitor desta coluna sabe, esse modo de autoexpansão da jurisdição do TCU não é fato isolado. O Tribunal vem, pela via jurisprudencial e por meio de suas próprias normas internas promovendo releituras ampliativas de suas próprias competências.

Neste contexto, alguns autores, dentre os quais me incluo, têm alertado para o fato de que estes alargamentos de competência afastam o TCU da própria natureza que universalmente se reconhece aos tribunais de contas, aproximando-o mais de uma espécie de autoproclamada “jurisdição administrativa”.

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Controle Público, em 14 de dezembro de 2022.

Para ilustrar esse diagnóstico no caso específico da virada jurisprudencial de que cuida este texto, Luiz Filipe Cunha e eu nos pusemos a examinar se esta nova atuação do TCU encontra paralelo nas competências de cinco Tribunais de Contas reconhecidos internacionalmente, e que serviram de inspiração para o modelo brasileiro: Espanha, Portugal, França, Itália e Reino Unido.

A pesquisa acaba de ser publicada na Revista A&C (Qualis A1) e está disponível para Download: “O TCU, os particulares contratados pela administração e a jabuticaba: a excepcionalidade da orientação atual do Tribunal no direito comparado”.

Como o título do artigo já antecipa, as cortes de contas e os tribunais de superposição dos países estudados esclarecem que a competência dos tribunais de contas não se estende para além do setor público e de eventuais pessoas que possam ser equiparadas a integrantes da Administração Pública, por manejar recursos públicos. Nesse mesmo sentido são os artigos de Conrado Tristão para esta coluna, nos casos da Espanha e Itália.

Em geral, a questão nem se coloca. Mas nos poucos casos em que as leis desses países poderiam dar margem para interpretações distintas – em especial no caso da Espanha e, em menor medida, de Portugal e da Itália –, as cortes de contas e os tribunais de superposição cuidam de afastar essa interpretação extensiva.

Nos países analisados, simplesmente não há julgamento de contas, assim como não há responsabilização, por parte das cortes de contas, de particulares contratados pela administração para prover bens e serviços. Essa responsabilização direta, aliás, é rejeitada mesmo em casos de conluio entre agentes públicos e privados.

Os achados da pesquisa reforçam a percepção de que o TCU vem abandonando o papel que lhe atribui a Constituição e as leis, passando a uma atuação muito mais extensa, sem base jurídica adequada e, como se vê, sem paralelo no direito comparado.



## DE ONDE VEM O “PODER” DO TCU PARA BARRAR DESESTATIZAÇÕES?

Se controle prévio é bom, faltou combinar com o Direito<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

Daniel Bogéa<sup>2</sup>

André Rosilho<sup>3</sup>

É fato: com base em norma interna, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem realizado controle prévio de processos de desestatização. Há pouco, por exemplo, deu sinal verde para a concessão da Companhia Docas do Espírito Santo depois que o governo acatou seus apontamentos (Acórdão nº 2.931/2021).

Há intenso debate sobre a conveniência do controle prévio em contratações públicas. De um lado, há quem sustente que o modelo diminui a capacidade dos gestores de tomar decisões, transformando-os em braço quase mecânico do controle. A tendência de acatar o que o TCU propõe decorre de um mix de instinto de sobrevivência (temor de responsabilização), pragmatismo (para agilizar, melhor aceitar) e esperteza (acatar os apontamentos para partilhar riscos). De outro, há quem sustente que ele é fundamental para prevenir modelagens contratuais equivocadas e aperfeiçoar trabalhos técnicos insuficientes e defeituosos.

Mas o direito brasileiro atribui ao TCU o poder de realizar controle prévio de contratações públicas?

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Controle Público, em 02 de fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutorando em Ciência Política (USP). Mestre em Direito do Estado (USP). Mestre em Ciência Política (UnB). Sócio de Piquet, Magaldi e Guedes Advogados. Diretor-Executivo do Instituto Desburocratizar.

<sup>3</sup> Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público — sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP. Advogado.

A Constituição optou pelo controle *a posteriori* como regra. A reconstrução dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte corrobora essa conclusão<sup>4</sup>. Especificamente em relação a contratos, a Constituição de 1988, repetindo a fórmula que passou a ser adotada pela Constituição de 1967, não conferiu ao TCU qualquer poder de veto prévio.

É sedutora a retórica segundo a qual a intervenção prévia seria condição para a efetividade do controle. Por essa lógica, a atuação *ex-ante* seria necessária para proteger o erário de maus gestores e de órgãos com deficiências estruturais de capacidade regulatória. Mas o limite do controle externo não pode ser redesenhado para além das fronteiras da Constituição. A própria concepção do Estado de Direito contém em seu núcleo a proteção de meios para evitar sua subversão pelos fins.

No plano legal, a Lei 8.666/93 autoriza o controle de editais de licitação, mas apenas após sua publicação (artigo 133, §2º). A Lei 14.133/21, por sua vez, autoriza o tribunal a “suspender cautelarmente o processo licitatório” (artigo 171, §1º). Ao fazê-lo, o diploma não se referiu à tese preparatória, claro, mas ao que vem depois do edital — do contrário, seria incompatível com a Constituição.

Normalmente apontado pelo TCU como base legal para o controle prévio de desestatizações, o artigo 18, VIII, da Lei 9.491/97, diz tão somente que compete ao gestor do Fundo Nacional de Desestatização “preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União”.

A lei se limita a afirmar que o Tribunal irá apreciar (e não aprovar previamente) os documentos relativos a processo de desestatização; não lhe confere poder adicional aos que previu a Constituição<sup>5</sup>. O dispositivo, aliás, vigora há 31 anos (desde o artigo 21, XIII, da Lei 8.031/90). Se dele se extraísse competência para controle prévio, teria o TCU se eximido de exercê-la até 1995, quando editou a primeira norma interna sobre o tema (IN 10)?

O TCU pode emitir opinião quando quiser sobre temas de gestão pública. Mas em matéria contratual, sua opinião prévia não é impositiva, não tem força jurídica. No que tange ao controle prévio de contratações, o TCU agigantado não é escolha do Direito.

<sup>4</sup> Ver André Rosilho. *Tribunal de Contas da União — competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 74 e ss.

<sup>5</sup> Cf. Eduardo Jordão. “A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?” (capítulo 11). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 349.

## CARTA DO OBSERVATÓRIO DO TCU AO MINISTRO ANASTASIA

---

Afinal, quais devem ser as competências do controle de contas no Brasil?<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

André de Castro O. P. Braga<sup>2</sup>

André Rosilho<sup>3</sup>

Conrado Tristão<sup>4</sup>

Daniel Bogéa<sup>5</sup>

Gabriela Duque<sup>6</sup>

Gilberto Mendes C. Gomes

Gustavo Leonardo Maia Pereira

Juliana Bonacorsi de Palma<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Controle Público, em 22 de dezembro de 2021 pelo Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público (sbdp).

<sup>2</sup> Doutorando em Administração Pública e Governo pela FGV-SP, mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP e pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Sócio do escritório Gomes Braga Advocacia.

<sup>3</sup> Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público — sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP. Advogado.

<sup>4</sup> Mestre e doutorando em Direito pela FGV-SP. Coordenador executivo do Núcleo de Inovação da Função Pública – sbdp

<sup>5</sup> Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutorando em Ciência Política (USP). Mestre em Direito do Estado (USP). Mestre em Ciência Política (UnB). Sócio de Piquet, Magaldi e Guedes Advogados. Diretor-Executivo do Instituto Desburocratizar.

<sup>6</sup> Mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal pela ESMape. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Advogada em São Paulo.

<sup>7</sup> Professora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito SP. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School.

Mariana Vilella<sup>8</sup>

Pedro A. Azevedo Lustosa<sup>9</sup>

Ricardo Alberto Kanayama<sup>10</sup>

Yasser Gabriel<sup>11</sup>

Em discurso que proferiu pouco antes de ser escolhido para o cargo de ministro do TCU, o senador Antonio Anastasia falou da sua dedicação “ao direito administrativo e à administração pública”. Destacou seu “gosto para encontrar soluções” e a pretensão de “contribuir para aperfeiçoar a legislação e a jurisprudência administrativa do TCU” com vistas a “consolidar a segurança jurídica”. Lembrou, ainda, do diploma, por ele proposto, que acrescentou regras de direito público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, modernizando-a.

A preocupação com a segurança jurídica na gestão pública também está no DNA das pesquisas do Observatório do TCU. Visando contribuir com esse debate, e a propósito do ingresso do novo ministro na Corte, a presente coluna faz uma síntese da nossa visão sobre dois importantes desafios a serem enfrentados pelo tribunal para aprimorar o controle de contas no Brasil.

Não há dúvida de que a Constituição, ao estipular funções e competências para o TCU, criou órgão multifacetado, complexo, marcado por dualidades. Mas um olhar panorâmico para sua jurisprudência revela que ele tem se valido dessa característica do texto constitucional para, sob o pretexto de viabilizar ação mais eficiente e assertiva, inventar possibilidades de controle à margem do ordenamento.

---

<sup>8</sup> Coordenadora da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Doutora em educação pela PUC-SP. Mestre em educação pela PUC-SP. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Advogada em São Paulo.

<sup>9</sup> Mestrando em Direito Regulatório pela UnB. Bacharel em Direito pela UnB. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Advogado em Brasília.

<sup>10</sup> Mestre em Direito e Desenvolvimento e pós-graduado em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Advogado em Curitiba.

<sup>11</sup> Professor da FGV Direito SP. Doutor em direito administrativo pela USP. Mestre pela FGV Direito SP. Advogado em São Paulo.

## Tribunal de contas ou justiça administrativa de ofício?

Diz a Constituição que o TCU deve atuar como polícia da gestão financeira pública. Mas não só. Também dispõe que cabe a ele, por exemplo, realizar auditorias de desempenho e avaliar a economicidade de atos da administração.

Apoiado nessa dualidade, o tribunal procura ver como necessária sua manifestação sempre que ações de agentes públicos, ou de privados com relação contratual com o Estado, puderem, por qualquer motivo, vir a ter algum impacto sobre as finanças públicas, ainda que de modo eventual e indireto. Uma distorção.

Como resultado, o TCU passou a se manifestar sobre praticamente qualquer assunto relacionado ao mundo público, incluindo, por exemplo, temas típicos de gestão, inseridos na função administrativa clássica (desenho do 5G, conteúdo do Enem, desenho de áreas para concessão do petróleo, definição da Selic pelo Banco Central etc.). Aos poucos, o tribunal parece assumir, contra as normas, a posição do juiz de última instância de todos os interesses públicos, em concorrência com o próprio Judiciário.

## Controle *a posteriori* ou controle prévio?

A Constituição foi peremptória: como regra, o TCU deve se manifestar *a posteriori*. Excepcionalmente, contudo, pode realizar controle prévio — por exemplo, para sustar atos com vício de legalidade em matéria financeira. A opção foi por manter a decisão que havia sido tomada pela Constituição de 1967, que, para evitar a paralisia da gestão pelo controle, eliminara o sistema de registro prévio.

À luz dessa dualidade, e calcado na máxima de que prevenir é melhor do que remediar, o tribunal tem procurado ampliar sua atuação preventiva, à margem do ordenamento. Hoje, por força de norma interna do TCU, as concessões federais só vão adiante depois que o tribunal se diz satisfeito com o desenho do edital proposto pela administração. Outra distorção.

Esse processo de esgarçamento das normas jurídicas por interpretação interna do TCU embute uma série de riscos.

Parte deles para o próprio tribunal: 1) erosão de sua legitimidade (decorrente da ação de veto em temas alheios à sua função precípua); 2) assunção da posição de avalista do governo (algo incompatível com a função de controle); e 3) politização da jurisdição de contas (consequência da atuação fora das regras do jogo). Parte deles para o Executivo: 1) constrição do espaço de discricionariedade do gestor; e 2) promoção de déficit de governança

pública (na medida em que soluções de interesse público passam a depender de amplos consenso prévios com o controle).

O novo ministro ingressa no TCU em momento bastante singular da história da instituição. Sua visão sobre esses e outros desafios da jurisdição de contas influirá na conformação do tribunal do futuro.

## TCU AGIGANTADO: UMA ESCOLHA DO NOSSO DIREITO?

---

Excessos do Tribunal de Contas da União são de sua responsabilidade<sup>1</sup>

No debate público sobre os limites e os eventuais excessos da sua atuação, membros do Tribunal de Contas da União (TCU) costumam observar que o empoderamento dos controladores em geral, e do TCU em específico, foi uma opção do direito brasileiro, destinada a inibir abusos administrativos.

A observação é historicamente exata. A Constituição de 1988 e leis posteriores buscaram fortalecer o controle, ampliando o número de órgãos com esta atribuição e conferindo-lhes meios adicionais para desempenhá-la.

Mas é importante não buscar extrair dessa correta observação mais do que ela efetivamente pode dar. Afinal, ela não socorre o TCU nas críticas que se lhe fazem.

É que a literatura crítica ao agigantamento do TCU foca três hipóteses de excessos que não podem ser justificados por essa escolha do nosso Direito de fortalecer os controladores.

Numa primeira hipótese, critica-se a atuação do TCU que se dá à margem do Direito: a atuação sem base jurídica alguma ou contrária ao que determina o Direito.

Vão nesta linha as censuras ao tribunal por suspender contratos públicos, quando o texto constitucional prevê apenas a competência de sustar atos (art. 71, X e seus §§ 1º e 2º) ou por determinar medidas cautelares em descon sideração ao procedimento que a Constituição estabelece para tanto (art. 71, IX e X).

Que o nosso direito tenha feito a opção de empoderar o controlador não implica que se possa supor lícito o exercício de poderes que o direito não previu, muito menos daqueles que ele explicitamente negou.

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Controle Público, em 01 de dezembro de 2021.

Numa segunda hipótese, critica-se aquela atuação do controlador que se fundamenta numa compreensão não necessária (e pró-controle) de base jurídica efetivamente existente.

Aqui são exemplos as objeções ao TCU pelo uso livre e voluntarista que faz dos princípios da administração pública, para censurar e limitar opções administrativas.

A efetiva positivação de princípios não pode ser considerada diretamente responsável por este tipo de atuação. Como boa parte da doutrina administrativista tem demonstrado, seria possível interpretar e aplicar esta base normativa (efetivamente existente) de outra forma, que não significasse tão livre ao poder ao tribunal e tanta limitação às escolhas do administrador.

Numa terceira hipótese, critica-se o TCU por frequentemente criar a única base normativa existente para a sua atuação. O tribunal tem utilizado o seu poder normativo para se conceder competências que o jogo democrático não lhe atribuiu - ou mesmo, que explicitamente lhe negou. Assim era, até recentemente, com o controle que o tribunal realiza sobre editais de licitação não publicados.

Para cada uma das hipóteses acima, há exemplos adicionais aos que foram aqui citados. Em nenhuma delas, a atuação do TCU pode ser atribuída diretamente a uma opção do direito. Ela é, em todos os casos, uma opção do próprio tribunal.

Isso significa que o agigantamento do TCU é, em larga medida, obra e responsabilidade do próprio TCU. E é nessa mesma medida que as críticas a ele se justificam.



## IMPRESCRITIBILIDADE NO TCE-SP

Ausência de regra geral de prescrição convive com regra interna que prevê arquivamento a critério do relator<sup>1</sup>

*Em coautoria com:*

André de Castro O.P. Braga<sup>2</sup>

André Rosilho<sup>3</sup>

Conrado Tristão<sup>4</sup>

Diogo Uehbe<sup>5</sup>

Gabriela Duque<sup>6</sup>

Gustavo Leonardo Maia Pereira<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal Jota, na Coluna Controle Público, em 03 de maio de 2023.

<sup>2</sup> Doutorando em Administração Pública e Governo pela FGV-SP, mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP e pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Sócio do escritório Gomes Braga Advocacia.

<sup>3</sup> Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público — sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP. Advogado.

<sup>4</sup> Mestre e doutorando em Direito pela FGV-SP. Coordenador executivo do Núcleo de Inovação da Função Pública – sbdp.

<sup>5</sup> Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Sócio de Batista, Uchida, Uehbe, Machado – Advogados.

<sup>6</sup> Mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal pela ESMape. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Advogada em São Paulo.

<sup>7</sup> Mestre em Direito pela FGV Direito SP. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador Federal (AGU) na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Ex-procurador do Estado de Goiás.

Juliana Bonacorsi de Palma<sup>8</sup>

Mariana Vilella<sup>9</sup>

Pedro A. Azevedo Lustosa<sup>10</sup>

Ricardo Alberto Kanayama<sup>11</sup>

Rodrigo Luís Kanayama<sup>12</sup>

Yasser Gabriel<sup>13</sup>

Em 2022, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou a seguinte deliberação: “[n]o âmbito do controle externo, o [TCESP] continuará atuando de acordo com o regime constitucional e legal vigente, que *não estabelece prazos prescricionais para o exercício da pretensão punitiva e ressarcitória*”. A norma contrasta com a postura do Tribunal de Contas da União, que editou a resolução 344, de 2022, para regulamentar a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória.

Em texto publicado pelo JOTA, conselheiro do TCESP explica a deliberação da Corte de Contas estadual e sustenta que não caberia a tribunais de contas subnacionais “prever, jurisprudencialmente ou em ato infralegal”, prazo de prescrição “para limitar o exercício de suas atividades institucionais”. O raciocínio confere sobrevida à tese da imprescritibilidade no controle de contas. Estaria ele correto?

<sup>8</sup> Professora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito SP. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School.

<sup>9</sup> Coordenadora da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Doutora em educação pela PUC-SP. Mestre em educação pela PUC-SP. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Advogada em São Paulo.

<sup>10</sup> Mestrando em Direito Regulatório pela UnB. Bacharel em Direito pela UnB. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Advogado em Brasília.

<sup>11</sup> Mestre em Direito e Desenvolvimento e pós-graduado em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Advogado em Curitiba.

<sup>12</sup> Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Membro do Centro de Estudos da Constituição (CCONS/UFPR) e do Núcleo de Direito e Política (DIRPOL/UFPR). Conselheiro Estadual da OAB-PR, onde também preside a Comissão de Estudos Constitucionais, e membro consultor da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB. Sócio da Kanayama Advocacia em Curitiba.

<sup>13</sup> Professor da FGV Direito SP. Doutor em direito administrativo pela USP. Mestre pela FGV Direito SP. Advogado em São Paulo.

O artigo reconhece que o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela lei 9.873, de 1999, “seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia”. Afirma, contudo, que a “real eficácia” das decisões do Supremo (boa parte tomada em mandados de segurança) se operaria “somente entre as partes nas estreitas balizas dos casos concretos definidos no processo”, de modo que não se poderia “estender, automaticamente, a jurisprudência do STF sobre a prescrição no âmbito do TCU aos demais Tribunais de Contas da Federação”.

É evidente que a decisão tomada em MS produz efeito automático apenas em relação à autoridade coatora — no caso, o TCU. Mas decisão judicial, a despeito da classe processual, não se limita ao que está em seu dispositivo, pois também importam os respectivos fundamentos, a análise judicial dos fatos e do Direito (art. 489, II, do CPC).

No MS 32.201<sup>14</sup>, citado pelo artigo, o STF considerou que “a aplicação de multas pelo TCU se insere evidentemente no exercício da competência sancionatória da Administração Pública”, de modo que “o exercício da competência sancionatória do TCU é temporalmente limitado” em função do “princípio geral da segurança das relações jurídicas”, do que decorre “a regra da prescritibilidade”. Essa é a *ratio decidendi* do julgado — isto é, os argumentos que correspondem aos fundamentos definitivos para decidir, à norma que pode ser aplicada a casos futuros.<sup>15</sup>

Qual fator distintivo justificaria que a *ratio decidendi* desse MS não fosse aplicável a TCEs e TCMs? Nenhum, pois TCEs e TCMs são instituições dotadas de função e competências praticamente idênticas às do TCU (art. 75 da Constituição).

O artigo sugere, ainda, que, para além de as decisões do STF estarem circunscritas ao TCU, haveria “ressalvas quanto à aplicação analógica da lei 9.873/1999 ao âmbito do controle externo dos estados e municípios”. “Óbices de índole processual” e “falta de identidade da Lei 9.873/1999 com o controle das contas públicas” justificariam a não incidência do diploma em âmbito subnacional. Ademais, o STJ teria dito que a extensão da lei 9.873, de 1999, a estados e municípios seria “prejudicial ao pacto federativo”.

<sup>14</sup> STF MS 32.201/DF, 1ª. Turma, rel. Roberto Barroso, maioria, j. 21.3.2017.

<sup>15</sup> Cf. Conrado Hübner Mendes. “Lendo uma decisão: *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão”. Sociedade Brasileira de Direito Público, p. 2. Disponível para consulta em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12709082/lendo-uma-decisao-obiter-dictum-e-ratio-decidenti-sbdp>.

Se os tais “óbices processuais” existissem e realmente fossem intransponíveis – a incompatibilidade do processo derivado da lei com o processo de contas; a ausência, na lei, de hipóteses adequadas de suspensão da prescrição; e o risco de a lei acabar inviabilizando a recomposição de dano em função de atos dolosos de improbidade – eles impediriam a aplicação analógica do diploma a tribunais de contas em geral, e não apenas a TCEs e TCMs.

A conclusão peremptória que o artigo extraiu da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tampouco parece precisa. O STJ apenas disse que a lei 9.873, de 1999, não se aplicaria a estados e municípios “em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal”<sup>16</sup> – o óbvio. Nada foi dito sobre violação ao pacto federativo.

Não parece adequado, por fim, o recurso ao direito comparado para reforçar uma tese (a do suposto “aspecto negativo da adoção irrefletida da lei 9.873, de 1999”) cujo efeito imediato é dar sobrevida à imprescritibilidade no controle de contas – cenário repudiado pelo ordenamento estrangeiro invocado pelo artigo.

Na Itália, além de haver prescrição quinquenal no controle de contas, há prazos comuns de duração razoável do processo para as justiças civil, penal e administrativa (a qual compreende a Corte de Contas). De acordo com a lei 89, de 2001, conhecida como *Legge Pinto*, o prazo razoável é de 3 anos em primeiro grau; em segundo grau (havendo recurso), é de 2 anos (art. 2º, 2-bis). Superados esses prazos, a lei prevê o direito a indenização por duração irrazoável do processo.

Hoje, no TCESP, processos atuados há mais de 5 anos podem ser arquivados “mediante despacho do Relator”, que poderá determinar a retomada da sua instrução “por provocação ou por ato de ofício” (resolução TCESP 3/2020, arts. 1º e 2º). Se a aplicação analógica de regras gerais de prescrição é ruim (porque supostamente impediria o órgão de controle de cumprir sua missão), pior é a autoconcessão de um poder de arbítrio (o arquivamento a exclusivo critério do relator, sem justificativa).

Eventual mudança de postura do TCESP – para incorporar a incidência de regras gerais de prescrição a seus processos – seria importante para sintonizá-lo na frequência do Supremo, que tem se empenhado na construção jurisdicional de um regime o mais universal possível de extinção temporal

<sup>16</sup> REsp 1.811.053/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, segunda turma, 10.09.2019, referido no AgInt no REsp. 1409267/PR, rel. Min. Gurgel de Faria, primeira turma, 10.8.21

por inércia ou demora administrativa<sup>17</sup>, e para dar cumprimento ao art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual as “autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas”.

<sup>17</sup> Cf. Carlos Ari Sundfeld. “O direito administrativo de punir o tempo leva”, em *Celebração aos 10 anos de judicatura de Luis Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal*, no prelo.



## O TCU ATUA COMO GESTOR PÚBLICO; TRATEMO-LO COMO TAL!<sup>1</sup>

---

*É preciso trazer à luz os erros e acertos das opções administrativas realizadas pelo tribunal de contas*

*Em coautoria com:  
Maurício Portugal Ribeiro<sup>2</sup>*

Qualquer profissional que atua nos setores de infraestrutura sabe: o TCU se transformou em cogestor da administração pública federal. Há muito o tribunal deixou de atuar como um controlador clássico, que se limita a avaliar e fiscalizar a regularidade de atos administrativos. Hoje, atua na própria formação destes atos, definindo diretamente o seu conteúdo. Atua como administrador.

A reação da academia a esta realidade tem sido limitada. Estudos e pesquisas têm insistido num viés de denúncia e numa atitude de inconformidade. Numa perspectiva jurídica, alertam para a falta de respaldo normativo para esta atuação e ressaltam a exacerbação interpretativa, principalmente, do conceito de “economicidade” – já que qualquer assunto que tenha o mínimo impacto econômico, mesmo indireto, é entendido como suficiente para atrair a competência do TCU. Numa perspectiva mais institucional, destacam a extrapolação do papel típico de cortes de contas, a ocupação de espaços, e mesmo a submissão voluntária de autoridades administrativas a estes avanços, por medo de sanções posteriores.

Todas estas contribuições são relevantes. Mas há um aspecto crucial que tem escapado a esta literatura.

---

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota em 13 de novembro de 2018.

<sup>2</sup> Especialista na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura, autor de vários livros e artigos sobre esse tema, sócio do Portugal Ribeiro Advogados, Mestre em Direito pela Harvard Law School, Ex-professor de Direito de Infraestrutura da FGV-RJ.

Se é indiscutível que o TCU atua frequentemente como cogestor – em muitos casos, como gestor-líder da administração –, é preciso finalmente encará-lo como tal. Chegou a hora de assumir esta nova realidade e enfrentá-la diretamente.

Este pequeno texto serve como uma exortação a uma nova agenda de pesquisa para avaliação do TCU na sua função autoatribuída de gestor público. Isso significa submeter o TCU aos mesmos critérios e à mesma régua a que está submetida a administração pública. Exigir dele tudo que se exige da administração pública – e avaliá-lo como tal.

A proposta aqui é de adoção de uma perspectiva realista: tratar o tribunal pela função que vem exercendo, e não apenas pela função que supostamente deveria exercer. Esta perspectiva é essencial para completar a compreensão deste importante ator institucional, incorporando uma realidade agora já irrefutável. A limitação da agenda de pesquisa a um cenário institucional fictício também implica a limitação da sua utilidade. Ao lado, portanto, das perspectivas mais propriamente jurídicas e institucionais, é preciso se preocupar com uma perspectiva da ciência e trazer à luz os erros e acertos das opções administrativas realizadas pelo TCU.

Note-se que o TCU promove anualmente uma auto avaliação da sua atividade como controlador da administração federal que basicamente tenta estimar o valor economizado para os cofres como resultado da sua atuação. Em relação às desestatizações, essa metodologia credita ao TCU apenas o sucesso (a suposta economia de recursos públicos) decorrente da sua atuação. Todo o insucesso das contratações é empurrado implicitamente para o gestor.

Esta metodologia distorce a realidade, evidenciando supostos ganhos decorrentes da atuação do TCU e alocando aos gestores as perdas, atrasos, e m, todos os ônus que tenham decorrido de imposições do próprio tribunal. Ora, se o TCU pode mudar toda a forma de contratação, inclusive os parâmetros para precificação de uma concessão antes da licitação, então este tribunal deve ser responsável pelos sucessos e também pelos insucessos da contratação como um todo. A ideia de que o TCU só “economiza” recursos que seriam desperdiçados pelos gestores oculta a real natureza da sua atuação.

Um novo olhar crítico sobre a atuação do TCU pede passagem, para a maturidade do cenário institucional da infraestrutura brasileira. Conclamamos juristas, economistas, administradores públicos, cientistas políticos e demais cientistas sociais a se juntarem a nós na construção desta nova agenda de pesquisa. Sem nenhuma pretensão de exaustividade, eis algumas perguntas que podem iniciá-la:



1. Que erros e acertos o TCU tem cometido enquanto gestor do programa federal de desestatizações? Em que casos as suas decisões desviam daquelas que são consideradas as melhores práticas para o setor? Qual foi a real contribuição do TCU nos últimos anos para o aperfeiçoamento das concessões federais e para a montagem da estrutura institucional para realização, regulação, acompanhamento e fiscalização das concessões? Em que medida o tribunal pode ser considerado corresponsável pelos erros de modelagem das concessões dos últimos anos, particularmente aquelas de rodovias e aeroportos assinadas entre 2012 e 2014?
2. O TCU tem estabelecido alguns dos principais parâmetros para o cálculo do valor das concessões já há muitos anos. Por exemplo, adota mediana dos valores do SICRO e SINAPI para cálculo de valor de investimentos, com base em sua interpretação extensiva de dispositivo que foi várias vezes veiculado pela LDO – Lei das Diretrizes Orçamentárias. Quais as consequências destas opções? Qual a quantidade de licitações malsucedidas e em que medida seria possível imputar este insucesso ao uso destes e de outros parâmetros impostos pelo tribunal? Neste particular, seria interessante estudar, por exemplo, o caso da licitação da concessão da rodovia BR 262 e das primeiras licitações da rodovia BR 040 que foram tiradas do mercado em vista da expectativa de que dariam vazias.
3. Como responsabilizar o TCU por orientações que causem prejuízos aos administrados? Veja-se o exemplo da decisão incidental do tribunal que atrasou por anos a utilização de arbitragem para solucionar conflitos sobre questões econômico-financeiras em contratos de concessão e PPP, e só foi superada com edição de lei específica. Como reparar os danos causados aos usuários decorrentes do atraso na solução desses conflitos, e já demonstrados por um de nós em outros estudos?
4. Será que o TCU está atrasando contratações que poderiam ser mais expeditas? Qual o atraso que pode ser imputado à participação do TCU como cogestor? Neste particular, um bom caso de estudos parece ser o das concessões da 2ª Etapa do PROCOFE – Programa de Concessões de Rodovias Federais. Elas foram objeto de leilão apenas em outubro de 2007, mas a primeira versão do estudo já tinha sido enviado ao TCU em 1999. Versões posteriores foram, então, seguidamente reencaminhadas ao Tribunal, que em todos os casos requereu ajustes na documentação e novos estudos.
5. É preciso avaliar as priorizações realizadas pelo TCU. Esta é uma das atividades mais típicas dos gestores públicos: gerir seus recursos e tempo para a realização de suas missões institucionais. Quais critérios orientam

as escolhas do tribunal sobre áreas e matérias que serão objeto de sua atenção? Estes critérios são os mais adequados? Priorizações adicionais, com escolhas claras sobre onde alocar esforços e recursos, seriam desejáveis para imprimir maior agilidade às suas manifestações?

6. Como aperfeiçoar o papel do TCU como cogestor do programa de desestatizações brasileiro e como cogestor das agências reguladoras? Como aperfeiçoar o aprendizado pelo TCU em relação a erros que eventualmente tenha cometido no passado? Quais alterações institucionais e procedimentais devem ser promovidas para tornar o TCU mais adequadamente desenhado para cumprir as funções que já vem cumprindo? Seria necessário, por exemplo, impor ao TCU procedimentos decisórios participativos, para torna-lo mais aberto às opiniões e críticas dos administrados às suas escolhas, tal como se dá com a maioria das entidades administrativas? A propósito destas e outras possíveis alterações institucionais, note-se que a experiência internacional relativa a entidades supra-reguladoras é extensa e permite a análise de vantagens e desvantagens de cada alternativa. Trata-se de histórico que pode ser utilizado como benchmark para avaliar a aptidão institucional do TCU para desempenhar este papel.

Em conclusão, o TCU claramente se tornou cogestor do programa de desestatização da administração pública federal. Ao lado de eventuais críticas a esta distorção, já é hora de reconhecer essa peculiaridade da nossa estrutura institucional e começar a avaliar o desempenho do TCU nesta função que se auto atribuiu.

## QUANTO E QUAL PODER DE CAUTELA PARA O TCU?<sup>1</sup>

*Ideia de poder geral de cautela implícito não condiz com texto constitucional*

Desejo para 2020: que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) levem mais a sério a disciplina constitucional do poder de cautela da Corte de Contas.

A compreensão atual, seguindo acórdão originário do STF de 2004, é de existência de um “poder geral de cautela” implícito nos poderes corretivos que a Constituição Federal (CF) prevê ao TCU, como forma de torná-los efetivos.

Mas a ideia de competências constitucionais implícitas só faz sentido se for compatível com o sistema de competências atribuído explicitamente pela Constituição. Ora, a Constituição *não foi silente* sobre a existência de poder cautelar ao TCU. Ela o previu *expressamente*.

O art. 71, X, da CF prevê que o TCU poderá determinar a *sustação* dos efeitos de atos administrativos irregulares. Esta sustação é justamente uma medida cautelar: não anula o ato administrativo nem decide definitivamente sobre sua regularidade. Consiste em providência para evitar que se realizem os efeitos de ato que causaria danos ao erário público até a solução definitiva da questão – medida cautelar, portanto.

Só que a CF não apenas previu qual competência cautelar deteria o TCU, mas também disciplinou o seu exercício. A leitura combinada dos arts, 71, IX e X deixa claro que a sustação dos efeitos de atos irregulares pelo TCU (i) será precedida do esgotamento de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara e ao Senado.

Esta é a *extensão* do poder cautelar concedido ao TCU e este é o *procedimento* que deve ser seguido para exercê-lo. Reivindicar poder geral de cautela

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Jota, na coluna Controle Público, em 2 de janeiro de 2020.

que permita ao TCU (i) aplicar outras medidas cautelares ou (ii) suspender atos administrativos sem seguir este procedimento não é identificar implicitamente competências que o próprio constituinte teria pretendido estabelecer – é dismantelar e ignorar a sistemática específica que ele previu para a hipótese.

Argumento muito utilizado para defender tal poder geral de cautela é que a atuação preventiva do TCU evitaria dano ao erário. Mas esse argumento tem que ser colocado em perspectiva.

Em primeiro lugar, nos casos em que o TCU entender haver uma ilegalidade num projeto de infraestrutura, por exemplo, o que se tem não é *necessariamente* um prenúncio de dano, mas apenas um entendimento de uma entidade neste sentido. Mas haverá também entendimento de outra instituição (da administração pública) em sentido contrário.

Em segundo lugar, mesmo que o TCU tenha razão, não é possível supor que a negação a este órgão de um poder geral de cautela implique necessariamente a concretização do dano. É que o direito prevê os remédios para que eles não ocorram. Os interessados em evitá-lo devem recorrer ao Poder Judiciário para obter um provimento liminar cautelar neste sentido. É o Poder Judiciário que, na sistemática constitucional, tem poder geral de cautela.

Reconhecer “poder geral implícito de cautela” ao TCU não é criar solução jurídica para uma situação em que o direito não prevê nenhuma: é substituir a solução prevista pelo direito por outra que se julga mais adequada.

## SUBORDINAÇÃO DE AGÊNCIAS AO TCU COMPROMETE IMPARCIALIDADE REGULATÓRIA<sup>1</sup>

---

*Em coautoria com:*  
Maurício Portugal Ribeiro<sup>2</sup>

Com a exceção dos membros do próprio TCU, já não há quem discuta que o tribunal assumiu, espontaneamente, o papel de entidade suprarreguladora nacional, revisando e interferindo nas decisões mais substanciais das diferentes agências reguladoras. Deixando de lado a ausência de base constitucional para esta atuação, há uma questão adicional, de que cuida este artigo: o TCU, afinal, possui as características institucionais adequadas para cumprir esta função que se autoatribuiu?

No desenho original do Estado regulador brasileiro, uma das preocupações mais salientes era a da criação de uma entidade institucionalmente neutra, uma espécie de árbitro, que pairasse de forma razoavelmente equidistante dos atores relevantes no setor regulado (o poder público, os usuários, as empresas atuantes no setor etc.), sem pender para nenhum deles.

A existência deste “poder neutral” era dos traços essenciais do novo sistema, e peça fundamental para viabilizar a retração da atuação direta do Estado e a atração de investidores privados, em geral concessionários. É que contratos de concessão preveem em regra a obrigação do concessionário de realizar investimentos relevantes na melhoria ou implantação de uma infraestrutura — investimentos esses que são amortizados por meio da operação da infraestrutura, cobrança dos usuários e/ou do poder concedente e receitas alternativas.

---

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Consultor Jurídico em 10 de janeiro de 2020.

<sup>2</sup> Maurício Portugal Ribeiro é sócio do Portugal Ribeiro Advogados, especialista na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura, autor de vários livros e artigos sobre esse tema, mestre em Direito pela Harvard Law School, ex-professor de Direito de Infraestrutura da FGV-RJ.

Em regra a maior parte dos investimentos é realizada nos primeiros cinco anos de contrato. Por outro lado, o seu *pay back* (o retorno ao concessionário do valor que investiu, sem remuneração adicional) se dá geralmente após o décimo ano da concessão; e sua remuneração efetiva (a obtenção de taxa interna de retorno positiva) geralmente ocorre nos 15 anos finais do contrato.

As agências reguladoras foram criadas para garantir o cumprimento dos contratos, particularmente durante os anos em que o concessionário precisa continuar operando a concessão para obter as receitas necessárias à amortização e remuneração do seu investimento. É essa segurança que gera o incentivo aos concessionários para realizar adequadamente os investimentos nos primeiros anos dos contratos.

Para que as agências reguladoras exerçam adequadamente esse papel, é preciso que decidam eventuais conflitos entre concessionários, poderes concedentes e usuários de maneira imparcial, preservando a incolumidade do contrato. Por exemplo, particularmente quando os principais investimentos já foram realizados, é comum haver pressão política da comunidade de usuários e do poder concedente para reduzir tarifas. Essa pressão se manifesta seja na intenção de evitar o reajuste dos seus valores contra a inflação, seja por meio da tentativa de evitar a compensação ao concessionário por aumentos de custo ou reduções de receitas consequentes de eventos cujo risco foi assumido pelo poder concedente nos contratos. A regulação imparcial do contrato, contudo, deve garantir tanto uma coisa, quanto a outra.

De forma contrastante com este modelo de neutralidade regulatória, o TCU foi criado como um órgão parcial para defesa do erário, no sentido de conjunto de recursos arrecadados dos contribuintes, haveres e bens do estado. É essa a sua função originária enquanto corte de contas: controlar, contabilizar e promover, por meio do controle de contas, o uso adequado desses recursos.

Nesse sentido, é uma instituição vocacionada para a parcialidade. Na relação jurídica criada pelos contratos de concessão, o desenho institucional do TCU o leva a se alinhar com a proteção do cofre público — com a redução dos custos para o poder concedente e para o usuário. Tanto é assim que é comum que o tribunal se jacte todos os anos, em seus relatórios de atividades, dos bilhões de economia que gerou para os cofres públicos com a sua atividade.

Naturalmente, esta sua vocação não é negativa quando o TCU está controlando o gasto de órgãos ou entes estatais em geral — ao contrário, ela é mesmo desejada. Mas quando ela se projeta sobre decisões finalísticas das agências reguladoras, essa característica do TCU atinge o ideal de imparcialidade

das agências reguladoras e, com isso, pode criar um cenário de insegurança jurídica para os investidores — comprometendo o cenário adequado para a atração de investimentos futuros.

Isso significa que a assunção, pelo TCU, da função de entidade suprarreguladora desequilibra o sistema e compromete a efetividade da imparcialidade regulatória, característica essencial do desenho institucional do Estado regulador brasileiro.

Num exemplo do desequilíbrio gerado, pleitos realizados pelo concessionário perante a agência reguladora para compensação pelos impactos de eventos cujo risco foi assumido pelo poder concedente, ao invés de serem decididos buscando manter o concessionário indene, serão decididos buscando reduzir ao máximo o valor a ser pago por usuários e pelo poder concedente. A consequência disso será criar incerteza sobre se o sistema de aplicação do contrato efetivamente protege o concessionário de riscos que estão alocados ao poder concedente, o que pode ser enquadrado como insegurança jurídica.

Na prática, o espaço de discricionariedade administrativa atribuído à agência reguladora passará a ser usado para maximizar a proteção ao poder concedente e ao usuário e não para manter a integridade das regras que preservam os incentivos para o investimento e operação adequada do projeto no longo prazo.

A pergunta feita no primeiro parágrafo deste texto é bastante relevante. É verdade: já é suficientemente grave que uma instituição se arvore em competências e poderes que não lhe foram conferidos pela ordem jurídica, para impor as suas preferências, sobre aquelas das entidades legitimamente competentes.

Mas o problema é ainda maior quando a instituição em questão nem mesmo possui as características institucionais adequadas para desempenhar este papel. De um problema de usurpação de competências, passa-se para um problema mais substancial, de inadequação do sistema efetivamente vigente.





## QUAIS OS LIMITES DAS COMPETÊNCIAS DO TCU SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS?<sup>1</sup>

A resposta mais óbvia a esta pergunta é a seguinte: os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras são, simplesmente, aqueles estabelecidos na Constituição e nas leis.

Essa resposta pode parecer tão óbvia, quanto banal e desnecessária. Afinal, este é o limite da atuação de quaisquer entidades públicas. Mas o fato é que a realidade e o dia-a-dia da atuação do TCU revelam a importância desta resposta óbvia, e a necessidade da sua afirmação.

É que, com a exceção dos autores que são membros do próprio TCU, a literatura é unânime em afirmar que a atuação do TCU extrapola inequivocamente e extensamente as competências que a Constituição e as leis preveem para ele. E a literatura é também praticamente unânime em registrar como várias das atividades hoje realizadas corriqueiramente pelo TCU encontram respaldo normativo *único* nas normas infralegais criadas pelo próprio TCU. Ou seja, foi o próprio TCU que criou a base normativa de parte significativa da sua atuação.

Aliás, em sua bela tese de doutorado<sup>2</sup>, André Rosilho mostra que algumas destas competências que o TCU se atribuiu em suas próprias normas tinham sido propostas por membros do Tribunal para constarem da Constituição de 1988 – e tinham sido rejeitadas pela Assembleia Nacional Constituinte. Quer dizer: o Tribunal usa suas próprias normas para se atribuir competências que o jogo democrático lhe negou.

Além disso, o Tribunal usa também as suas próprias normas para ampliar significativamente o significado de expressões que efetivamente constam do texto constitucional, como é o caso da ideia de “auditoria operacional”.

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no portal “Direito do Estado”, em 4 de fevereiro de 2021. Ele é fruto de palestra apresentada em 28/10/2020 no Fórum sobre Concessões e PPPs, organizado pelo Estadão e pelo Grupo Hiria.

<sup>2</sup> André Rosilho, Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle, São Paulo, Quartier Latin, 2019.

Lamentavelmente, o TCU leva muito pouco a sério estas críticas quase unânimes da doutrina sobre extrapolação de suas competências. Em geral, retruca simplesmente que a atuação do TCU tem sido muito relevante para combater a corrupção e aprimorar o cenário nacional de infraestrutura.

Há aí uma resposta antijurídica, que supõe que a alegada realização de positivos justificariam quaisquer meios. Há também uma certa compreensão idealizada do próprio Tribunal e das consequências de suas ações. O que não há é um enfrentamento concreto e específico dos argumentos que apontam a falta de respaldo legal ou constitucional para diversos de suas formas de atuação.

x x x

Considerando a sua própria normatização infralegal, a jurisprudência do TCU frequentemente faz alusão ao Acórdão 1703/2004, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, para expor o entendimento do tribunal sobre o limite da sua atuação sobre as agências reguladoras.

Naquele acórdão, foi dito que, em relação às agências, o TCU exerce apenas um “controle de segunda ordem”, que teria como objeto “a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório” e não o “próprio jogo regulatório em si mesmo considerado”. Além disso, este controle de segunda ordem não permitiria ao TCU “se substituir às agências ou limitar os seus poderes”.

Esta, portanto, seria a resposta oficial do TCU à pergunta título deste artigo. Só que, a rigor, (i) nem é verdade que o TCU, na prática, só realiza um controle de segunda ordem; (ii) nem é verdade que este seja, de acordo com o nosso ordenamento, o único limite de sua atuação.

x x x

Em relação ao primeiro ponto, o próprio Acórdão 1703/2004 reconheceu explicitamente, naquela altura, que, “em várias ocasiões, o Tribunal exerceu funções típicas de órgão regulador”. Mas o Acórdão ressaltou que “essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências”.

O TCU reconhecia ali, portanto, em 2004, que já tinha ido muito além desta ideia de controle de segunda ordem e já tinha feito às vezes de regulador, mas sugere que, dali em diante, as coisas seriam diferentes.

Em primeiro lugar, é de se notar esta auto atribuída competência para avaliar o grau de maturidade de seus órgãos jurisdicionados e modular a sua intervenção de acordo com esta leitura subjetiva. Parece desnecessário apontar mais uma vez que as competências fiscalizatórias do TCU decorrem da lei e da Constituição, e não da compreensão que o TCU tem, teve ou terá a propósito da capacidade de outros órgãos para cumprir as suas funções.

Em segundo lugar, e mais importante, várias pesquisas empíricas recentes mostram que o TCU *segue* fazendo as vezes de regulador, impondo frequentemente às agências a específica solução regulatória que deve ser adotada e invadindo claramente o campo discricionário de sua competência. Isso se dá mesmo quando o TCU mascara estas determinações na forma de supostas “recomendações”, que acabam tendo também caráter obrigatório.

Em declaração do ano passado que foi bastante repercutida na mídia, outro Ministro do TCU justificava estas “intervensões mais fortes”, que seguem acontecendo, com um argumento bastante parecido ao que o acórdão 1703/2004 utilizou para se referir a um passado supostamente superado. Afirmou o Ministro que o Tribunal intervém mais nas agências que possuem pior reputação.

Ou seja, o TCU segue se crendo competente para avaliar qual agência reguladora é mais madura ou menos madura, mais bem reputada ou menos bem reputada, e se crendo competente para, nos casos em que considerar as agências imaturas ou com má reputação, se substituir a elas nas suas funções regulatórias.

Portanto, e a despeito de declarações em contrário, não é verdade que o TCU exerça sobre as agências reguladoras apenas um controle de segunda ordem. A propósito, acórdão recente de Relatoria do Ministro Raimundo Carreiro tem a seguinte ementa:

*Acórdão 3251/2020 Plenário (Agravo, Relator Ministro Raimundo Carreiro)*

*Competência do TCU. Agência reguladora. Abrangência. Poder discricionário. Economicidade. Tarifa.*

*O TCU pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos.*

O TCU admite que fará uma avaliação da correção de atos discricionários das agências reguladoras em face dos “princípios da Administração Pública”. Dada a lassidão por todos conhecida destes princípios, na prática

que o TCU respeitará a discricionariedade das agências... quando concordar com as suas decisões.

Se é isso que é o controle de segunda ordem, fica difícil saber o que é um controle de primeira ordem.

x x x

De todo modo, tampouco é verdade que o nosso ordenamento jurídico estabeleça como único limite da atuação do TCU esta natureza de “segunda ordem” de seu controle. Não é verdade que o TCU possa controlar totalmente a atividade das agências reguladoras, desde que não as substitua em suas competências finalísticas. Quais são, então, na realidade, os limites da atuação do TCU, de acordo com a nossa Constituição? Qual é o seu real papel?

Aqui vai mais uma resposta óbvia, mas que aparentemente precisa ser reafirmada: o Tribunal de Contas é um tribunal de contas. O seu papel constitucional, portanto, é o mesmo papel que, no mundo todo, se reconhece aos Tribunais de Contas: julgar as contas das entidades administrativas, fiscalizar a sua execução orçamentária. O TCU pode e deve julgar as contas das agências reguladoras – e esse é o núcleo da sua missão institucional. Qualquer atuação para além disso deve estar especificada na legislação ou na constituição, e é ônus do TCU apontar onde vê essa especificação.

O Tribunal de Contas é um tribunal de contas e como tribunal de contas deve se comportar. Não é um Conselho de Estado, não é um órgão supremo da jurisdição administrativa, cujas competências de controle das entidades administrativas possam ser pressupostas.

Em conclusão, portanto, os limites da competência da TCU não são aqueles que podem ser extraídos das normas que ele mesmo produziu, mas aqueles estabelecidos nas leis e na Constituição.

A recorrente atuação do TCU fora destes limites tem desmantelado o desenho institucional do Estado Regulador brasileiro, transformando um Tribunal de Contas numa espécie de autoridade supra-reguladora, usurpando e menoscabando as competências que as leis atribuem às agências reguladoras.

## TCU: JUSTIÇA ADMINISTRATIVA?<sup>1</sup>

*2019 revela que Tribunal se vê como juiz de ofício de qualquer interesse público*

*Em coautoria com:*

Equipe **Observatório do TCU**<sup>2</sup>

Desde sua criação, há mais de um século, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem o mesmo mandato: atuar como “polícia da gestão financeira pública”. Mas o TCU de hoje não é o mesmo de outrora. Olhar panorâmico para seu comportamento e jurisprudência recentes sugere empenho na criação de uma justiça administrativa de ofício — isto é, de *locus* superior de decisão e revisão de qualquer assunto público.

O movimento parece impulsionado por importante mudança na leitura que o próprio TCU faz de suas competências e campo de atuação.

Há certo consenso de que, no passado, o Tribunal costumava ser menos criativo no exercício de suas competências, enxergando como seu apenas o campo das finanças do Estado em sentido estrito.

Atualmente, contudo, o TCU não só parece propenso a desempenhar suas competências com mais liberdade, como a exercer controle em espaço não propriamente adstrito às finanças públicas.

Adotando conceito de prejuízo ao erário bastante largo, tem-se a impressão de que o Tribunal supõe necessária sua manifestação sempre que ações de agentes públicos, ou de privados com relação contratual com o Estado, puderem, por qualquer motivo, vir a ter algum impacto sobre as finanças públicas, ainda que de modo eventual e indireto.

<sup>1</sup> Texto publicado no portal Jota, na coluna Controle Público, em 08 de janeiro de 2020.

<sup>2</sup> Subscreveram o texto, além de Eduardo Jordão: André de Castro O. P. Braga; André Rosilho; Conrado Tristão; Daniel Bogéa; Gustavo Leonardo Maia Pereira; Juliana Bonacorsi de Palma; Yasser Gabriel.

O problema dessa premissa é que, no limite, qualquer fato ou ato tem dimensão financeira. Como resultado, o TCU passou a se manifestar sobre praticamente qualquer assunto relacionado ao mundo público, incluindo, por exemplo, temas típicos de gestão, inseridos na função administrativa clássica. Aos poucos, o Tribunal parece deixar de exercer a específica missão de polícia das finanças públicas, assumindo a posição de juiz de última instância de todos os interesses públicos.

Se esse diagnóstico estiver correto, o Tribunal estaria arrogando para si a função de instância superior de uma justiça administrativa de ofício inexistente no Brasil e no mundo, estabelecendo, na prática, uma espécie de concorrência com o Poder Judiciário — a quem, pela Constituição, compete julgar qualquer ameaça ou lesão a direito, incluindo as que dizem respeito ao Estado.

Comportamentos do Tribunal identificados pelo Observatório do TCU da FGV Direito SP + SBDP ao longo de 2019 parecem corroborar esse diagnóstico: alargamento de seus próprios poderes cautelares; controle de gastos do Executivo com publicidade; uso da desconsideração da personalidade jurídica; controle prévio de contratações públicas; ampliação do controle em direção a sujeitos tipicamente não submetidos à jurisdição de contas; controle dos programas de *compliance* das empresas estatais; controle da celebração de acordos de leniência; emissão de determinações à administração, inclusive em auditorias operacionais; e controle sobre a regulação.

A seleção de casos de destaque no TCU em 2019, realizada pelo JOTA, também ajuda a ilustrar esses comportamentos.

Ao agir como se fosse uma justiça administrativa de ofício, o TCU parece ensaiar um *mix* de gestão e jurisdição exploratórias, testando suas possibilidades e limites a partir da reação do Executivo, Legislativo e Judiciário, dos agentes em geral sujeitos à sua jurisdição e da opinião pública.

Esse comportamento expansivo do TCU se beneficia da benevolência dos demais Poderes, que têm tomado decisões e agido de forma a naturalizá-lo. Assim, pouco a pouco o Tribunal ganha dimensão que, na experiência internacional, nenhuma outra instituição superior de controle da administração pública tem. Estamos na rota certa? A ver como a trajetória de desenvolvimento da instituição seguirá em 2020.

## O VIÉS PRÓ-CONTROLE E SUAS DISTORÇÕES INTERPRETATIVAS<sup>1</sup>

*É equivocado supor uma orientação geral do Direito para favorecer e empoderar o controlador, em detrimento do gestor público*

Minha coluna sobre a extensão do poder de cautela do TCU gerou respostas de membros de Cortes de Contas, que manifestaram de forma cordial a sua discordância, em saudável diálogo que me honra e que desejo manter.

Em vez de voltar diretamente ao tema, interessa-me aqui explorar um certo “viés pró-controle” que me parece marcar os textos dos colegas que me responderam e que orienta a interpretação (a meu ver distorcida) que fazem do direito.

Num dos textos de resposta (link), o viés se manifesta na preferência que os autores dão a dispositivos mais abstratos e genéricos, que podem ser usados para embasar teses pró-controle, em detrimento de dispositivos mais específicos e concretos na direção contrária. O que me chamou mais a atenção foi o argumento de que a limitação do poder de cautela não poderia ser efetivada porque “prejudicaria a missão institucional do TCU”.

Ora, dado que esta missão institucional foi dada pela própria Constituição, não dá pra entender porque ela prevaleceria ou teria mais força normativa do que os dispositivos *também constitucionais* que delimitam *a específica* medida cautelar que detém o TCU e *o específico* procedimento que deve seguir para adotá-la validamente.

Não seria mais razoável supor que o Constituinte, ele mesmo, já teria feito a opção sobre *como exatamente* (e dentro de quais limites) o controlador deve cumprir sua missão institucional?

O viés pró-controle ata as mãos do constituinte: deixa-o sem espaço para desenhar um controlador com menos poderes do que o intérprete entende ser o adequado para que ele funcione bem.

<sup>1</sup> Texto publicado na coluna Controle Público do JOTA em 26 de fevereiro de 2020.

No outro texto (link), o viés pró-controle se manifesta na compreensão de que, nas situações em que há discordância de interpretação entre gestor público e controlador, a visão deste último deve *sempre* (ou “naturalmente”) prevalecer, independentemente do que diz o direito.

Supõe-se a existência de uma espécie de *preferência apriorística e generalizada* do direito à opinião do controlador, frente à do gestor público. Mas não é assim. Em alguns casos o direito prevê a prevalência da visão do controlador, em outros não. Além disso, mesmo quando existente, o direito prevê graus diferentes deste tipo de *prevalência*, a depender do controlador em questão. A do poder judiciário sobre o gestor, por exemplo, é claramente mais ampla do que a dos Tribunais de Contas sobre o gestor - se é que esta última existe.

Na prática, isso significa que, numa situação de conflito de entendimento entre o controlador e o gestor público, não se deve supor que a solução do controlador deva necessariamente prevalecer: ao invés disso, é preciso verificar o que diz o direito sobre aquela situação concreta.

A minha tese na coluna anterior era precisamente a de que, *apenas nos casos em que prevê o direito e de acordo com o procedimento nele previsto*, pode o TCU impor medida cautelar por entender existente um risco de dano ao erário público. Fora destas hipóteses autorizadas pelo Direito, a opinião do TCU sobre este risco é *juridicamente irrelevante* (ou, ao menos, destituída de força impositiva), se dela discordar o gestor público.

O intérprete bem pode entender que seria socialmente positivo que este ou aquele controlador detivesse este ou aquele poder. Ele só não pode pressupor que este seja necessariamente também a determinação do Constituinte, que, como operador do direito, lhe cabe aplicar.



## O TCU E O RISCO DA 'AUTOIDEALIZAÇÃO'<sup>1</sup>

*Ao mirar fragilidades das agências, TCU está atento às suas próprias?*

*Em coautoria com:*

Gustavo Leonardo Maia Pereira<sup>2</sup>

Em resposta a críticas de que parte do controle que realiza sobre as agências reguladoras não tem base constitucional, o TCU costuma se esquivar com argumentos de “conveniência”: sua atuação produziria este ou aquele resultado social positivo.

Nestas ocasiões, frequentemente faz referência a problemas das agências, que a sua intervenção tenderia a corrigir. O curioso é que, ao apontar limitações das instituições controladas, o TCU pode estar negligenciando *as suas próprias*.

Três exemplos:

- 1) *O controle reduziria o problema da captura* – A captura é dilema central do modelo de agências, mas a tese de que o TCU corrigiria o problema carece de comprovação empírica e negligencia que o mesmo risco pode existir *também* em relação ao próprio TCU. Afinal, é natural e legítimo que os regulados procurem sensibilizar o órgão, da mesma forma como fazem em relação às agências. Não é desprezível, assim, o risco de conflitos setoriais penetrarem no Tribunal e repercutirem em suas decisões. Além disso, a literatura critica o per l histórico das nomeações para a Corte, em alguns casos de natureza político-partidárias, e nem sempre neutras, como parece supor o argumento. Ou seja, também há, ao menos em tese, risco de captura política.

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota, na coluna Controle Público, em 6 de novembro de 2019.

<sup>2</sup> Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP e pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp.

- 2) *O controle ampliaria a segurança jurídica* – Ao contrário do que supõe esta tese, muitas vezes a atuação do TCU configura verdadeira *accountability overload*, *comprometendo* a segurança jurídica, ao invés de promovê-la. Assim, não é raro que o TCU fundamente suas intervenções em interpretação de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, bloqueando opções regulatórias assentadas em compreensão diversa das mesmas normas.
- 3) *A atuação do TCU facilitaria o controle social* – É possível que controladores contribuam para a criação de ambiente propício ao controle social, levantando informações, prestando uma espécie de “assessoria” para a parcela da sociedade interessada numa política pública. Mas o TCU ainda não tem canais institucionais estruturados para captar a opinião da sociedade civil, o que diminui a sua capacidade para colocar em evidência os interesses da população. Além disso, não costuma promover audiências e consultas públicas nem em relação às deliberações tomadas nos julgamentos, mesmo as mais abrangentes, nem quando edita normas que regem as fiscalizações e atividades do Tribunal.

A IN nº 81/2018, que rege a análise dos processos de desestatização, não foi objeto de qualquer procedimento de consulta. A recente abertura de consulta pública prévia à edição do novo manual de auditoria operacional pode indicar mudança nesse padrão decisório, o que seria muito positivo.

A referência a limitações das agências sugere que o TCU estaria aplicando o conhecido argumento das “capacitações institucionais” para justificar a sua intervenção. Acontece que este tipo de argumento (i) se usa para *modular a intensidade* de controle constitucionalmente fundamentado, e não para justificar o controle sem base constitucional adequada; e (ii) precisa veicular uma *comparação institucional*, o que exige a consideração, também, das características do controlador. No caso dos três exemplos acima, no limite, os argumentos poderiam ser utilizados *contra* o próprio tribunal.

É fundamental que o TCU leve a sério as suas próprias fragilidades, para permitir um debate mais realista – e mais útil – sobre os limites de sua atuação.

## O STF CONTROLANDO O CONTROLADOR<sup>1</sup>

*Assumirá o Supremo o papel de frear o movimento expansionista do TCU?*

*Quis custodiet ipsos custodes?*, a conhecida frase de “As Sátiras”, do poeta romano Juvenal, veicula a preocupação do cético diante da atividade de fiscalização: quem haverá de controlar o próprio controlador, para evitar que ele abuse de seus poderes?

No contexto do esgarçamento progressivo, pelo Tribunal de Contas da União, das competências que lhe atribuiu a Constituição, esta preocupação é frequente. No nosso ordenamento jurídico, a instituição à qual caberia, eventualmente, impor limites ao TCU é o Supremo Tribunal Federal.

Estes embates institucionais são politicamente sensíveis e envolvem muito mais do que o mero exame de competências normativas. Mas a julgar por algumas movimentações recentes, o STF parece disposto a enfrentá-lo.

Nos últimos meses, pelo menos três rumorosas decisões liminares chamaram a atenção: (i) em 19 de agosto, a ministra Carmen Lúcia suspendeu decisão do TCU que multava advogado parecerista por licitação considerada irregular; (ii) em 7 de junho, a ministra Rosa Weber suspendeu os efeitos de decisão do TCU que estabeleceu a obrigatoriedade de a OAB prestar-lhe contas e submeter-se à sua fiscalização; (iii) em 3 de maio de 2019, o ministro Marco Aurélio acolheu o pleito do governador do Distrito Federal para determinar que a União se abstinhasse de reter o Imposto de Renda Retido na Fonte de policiais e bombeiros do DF, tal como havia sido determinado pelo TCU.

Decisões fortes e relevantes, prolatadas por ministros diferentes, que compartilham a intuição de que o TCU vem extrapolando as suas competências.

Os avanços da Corte de Contas naturalmente aproximam o dia em que algum freio lhe será aplicado. Neste sentido, eventual impulso de resistência do STF não chegaria a ser surpreendente.

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota, na coluna Controle Público, em 11 de setembro de 2019.

Estes avanços naturalmente afetam muita gente e é natural que os afetados recorram às armas que detêm: a Corte passa, então, de controlador a controlado; de estilingue a vidraça. Uma ilustração deste tipo de reação é o vídeo, que viralizou na internet, em que o governador do Distrito Federal critica fortemente o TCU e anuncia que irá contestar suas decisões no Supremo.

Em artigo publicado aqui na coluna Controle Público, no final do ano passado, Gilberto Mendes Gomes já chamara a atenção para o fato de que o ano de 2019 será marcado por julgamentos importantes do STF sobre a amplitude das competências do TCU.

Além da discussão sobre os prazos de prescrição aplicáveis para o TCU, o STF deverá em breve examinar se a Corte de Contas de fato pode, tal como vem fazendo, (i) desconsiderar a personalidade jurídica de empresas sob sua jurisdição; (ii) aplicar inidoneidade a empresas que houverem celebrado acordos de leniência; (iii) deixar de aplicar normas que entendam inconstitucional; entre outros temas que têm gerado polêmica.

Serão várias, portanto, as oportunidades para testar a extensão do ímpeto controlador do STF.

## A EXPANSÃO DO TCU PARA DENTRO DE ENTIDADES CONTROLADAS<sup>1</sup>

*Fenômeno é mais um sinal de desequilíbrio institucional em favor do controle*

O anúncio público de 3 atuais ou ex membros do TCU entre os 10 diretores nomeados pela nova presidência do BNDES chamou a atenção. O movimento sugere a inauguração de nova etapa na trajetória expansionista deste órgão de controle.

Até aqui a literatura já documentava (i) a extrapolação, pelo TCU, de suas competências legais e constitucionais; (ii) o uso desmedido de poderes de sanção; (iii) a consequente submissão de diferentes entidades administrativas às “meras recomendações” deste órgão de controle; e (iv) o costume desenvolvido por várias destas entidades de “consultar” o TCU antes da tomada de decisões de sua competência.

Estas circunstâncias vinham transformando o TCU em autêntica entidade “supra-reguladora” nacional, ainda que esta função nunca lhe tenha sido oficialmente atribuída e que este desenho institucional jamais tenha sido pensado pelos legisladores.

Mas a nova etapa da trajetória expansionista pode ser ainda mais forte, e envolver a progressiva ocupação, por membros do Tribunal, do corpo dirigente de seus jurisdicionados. O TCU deixaria de ocupar apenas espaços decisórios de diferentes entidades administrativas, para passar a ocupar seus espaços físicos.

A propósito, se o caso do BNDES chamou a atenção pelo volume, ele não é inédito. (i) Há pouco, um ex-auditor do TCU foi nomeado diretor da ANTT, agência que já vinha sofrendo com intervenções do tribunal e que é explicitamente caracterizada por alguns de seus membros como detentora de “má reputação”. (ii) Antes dele, outro auditor federal e ex-chefe de Gabi-

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota, na coluna Controle Público, em 17 de julho de 2019.

nete de ministro fora nomeado Presidente do CADE. (iii) O atual Subchefe de Assuntos Governamentais da Casa Civil, um dos principais órgãos de articulação interministerial para elaboração de políticas públicas, também foi auditor do TCU.

Se não é inédito o movimento é certamente novo. Dados de Pesquisa Empírica realizada em 2016 pela FGV Direito SP não identificaram, até aquele ano, dirigente de agência reguladora federal no setor de infraestrutura com ligações pretéritas com o TCU. Aliás, até recentemente, o Tribunal possuía clara orientação de não ceder seus funcionários para o Poder Executivo.

Sob a perspectiva individual de cada uma destas entidades importadoras de membros do TCU, o movimento é compreensivo: chamar para dentro de sua diretoria membros ou ex-membros dos órgãos de controle é mais uma estratégia de blindagem institucional e de preservação de seus funcionários.

Com esta incorporação, espera-se mesmo que a relação com este órgão de controle seja “aperfeiçoada”, numa linguagem eufemística. No caso do BNDES, era notória a preocupação de integrantes do banco com o incremento do ímpeto fiscalizatório e sancionatório do TCU em processos relacionados com políticas públicas do governo anterior (em especial, investimentos nos chamados “campeões nacionais” ou na exportação de serviços de engenharia).

Mas, sob uma perspectiva institucional, o fato é mais uma demonstração do desequilíbrio institucional pendente em favor de órgãos de controle e, em especial, do TCU. Pode significar que o TCU vem vencendo (ou já venceu) o jogo de poder que disputa com diferentes entidades administrativas. E, a menos que se compartilhe da visão idealizada e ingênua de que a intervenção do controlador se faz sempre para melhor, este desequilíbrio institucional não pode ser entendido como positivo.

## QUAL MINISTRO QUEREMOS PARA O TCU?<sup>1</sup>

*Debate já típico nas nomeações ao STF deve chegar também ao TCU*

Há cerca de 20 anos, poucos estudantes de direito conseguiriam citar o nome de mais de um ou dois ministros do STF. Hoje, os onze são conhecidos até pelo grande público, que se interessa e discute sobre indicados ao cargo e sobre as regras relativas à escolha e ao exercício do mandato.

O TCU é o próximo STF. Pouco conhecido até recentemente, ampliou progressivamente as suas competências, participou de polêmicas relevantes e se colocou no centro do debate nacional. Não surpreende que a antecipação de aposentadoria do Ministro José Múcio, para o final deste ano, venha causando expectativa, fazendo a mídia especular possíveis nomeados e abrir rodas de apostas.

Até recentemente, nomeações ao TCU não mereciam mais do que uma pequena nota nos jornais e eram objeto de barganha e arranjos políticos. Uma situação muito distante da realidade do STF, em que as ideias do indicado (“terrivelmente evangélico”?) sempre contaram muito. Na nova realidade do TCU, a tendência é que seja necessário conhecer mais a fundo o que mexe com o coração também dos seus nomeados.

Qual perfil desejamos para o novo Ministro? Alguém que encarne a sanha anticorrupção que tem sensibilizado o Tribunal nos últimos anos? Alguém mais propenso à autocontenção, para contrabalancear a (criticada) tendência expansionista do Tribunal? Seriam esses perfis contraditórios ou é possível equilibrar autocontenção e combate a irregularidades?

Dos nove atuais Ministros, não há nenhum negro e apenas uma mulher (a segunda nos mais de 100 anos de história do Tribunal). Seis são formados em direito (dois deles com graduação adicional, em Medicina e Engenharia), e os outros, em Engenharia, Administração e Medicina Veterinária. Dos sete de

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado no portal Jota, na coluna Controle Público, em 26 de agosto de 2020.

livre nomeação, cinco eram políticos ao serem nomeados (quatro deputados e um senador); os outros dois eram servidores de carreira do Senado. Quais destes padrões devem ser perpetuados e quais exigem mudança?

São perguntas particularmente relevantes porque as oportunidades para alterar a composição do TCU são raras, além de repartidas entre diferentes instituições. O último presidente a nomear um ministro foi Lula, em 2009. Permanecendo os atuais Ministros nos cargos até a idade limite de 75 anos, os próximos cinco anos verão a abertura de apenas mais duas vagas, em 2022 (Ana Arraes) e 2023 (Raimundo Carreiro).

A rara ocasião, aliás, encoraja debates também sobre as regras de nomeação e de exercício do cargo. Dada a jurisdição do Tribunal sobre agentes públicos e políticos, seria melhor evitar que as indicações viessem do ambiente político? Nas regras atuais, três dos ministros são escolhidos pelo Presidente da República (um livremente, dois após listas tríplices do próprio TCU). As outras vagas são reservadas ao Congresso Nacional (Câmara e Senado, alternadamente).

Para garantir maior renovação, seria melhor cogitar de mandatos fixos?

Embora a vitaliciedade e o longo do tempo no cargo possam trazer vantagens, alguns Ministros poderão passar quase 40 anos no TCU. É o caso de Walton Rodrigues e de Bruno Dantas, indicados quase com a idade limite de 35 anos, e que só se aposentarão, respectivamente, em 2037 e 2053.

São muitas as perguntas. E o debate só está começando.



## O QUE PERGUNTAR AO INDICADO A MINISTRO DO TCU EM SUA SABATINA?<sup>1</sup>

*Carta do Observatório do TCU ao Senado Federal*

*Em coautoria com:*

**Observatório do TCU da FGV Direito SP e SBDP<sup>2</sup>**

Bolsonaro escolheu Jorge Oliveira, atual Ministro da Secretaria-Geral da Presidência, para ocupar a vaga do Ministro José Múcio, no Tribunal de Contas da União (TCU). A escolha depende de aprovação pelo Senado Federal. A sabatina está agendada para esta terça-feira, dia 20 de outubro.

O TCU existe desde 1890 e sempre teve papel relevante no controle do Executivo. No entanto, apesar de se tratar de órgão cuja história se confunde com a da República — e de seu perfil, no plano normativo, não ter sofrido mudanças radicais ao longo do tempo —, parece seguro dizer que, hoje, há ainda mais razão para se conhecer em profundidade os escolhidos para tomar assento no Tribunal. E isso tem a ver com o fato de o TCU ter puxado para si novas e inusitadas funções, projetando-se para o epicentro do debate público nacional. Esse protagonismo é sem precedente para uma Corte de Contas — no Brasil e no mundo.

A Constituição determina que só poderá ocupar o cargo de Ministro do TCU aquele que possuir “mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade”, “idoneidade moral e reputação ilibada”, “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública” e “mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado no Jota, na coluna Controle Público, em 19 de outubro de 2020.

<sup>2</sup> Esse texto é subscrito por André Rosilho, Conrado Tristão, Daniel Bogéa, Eduardo Jordão, Gabriela Duque, Gilberto Gomes, Juliana Bonacorsi de Palma, Mariana Vilella, Pedro Lustosa, Ricardo Kanayama, Vitória Damasceno e Yasser Gabriel.

profissional que exija os conhecimentos” mencionados acima (art. 73, § 1º, incisos I a IV).

A sabatina é fundamental não só para garantir que o indicado preencha os requisitos constitucionais para o cargo, mas também para que o Senado e a sociedade como um todo possam conhecer seu perfil e sua visão sobre o papel do TCU no controle da administração pública.

No caso, se Jorge Oliveira tiver a indicação confirmada pelo Senado, poderá permanecer no TCU por até 30 anos.

O Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público tem se dedicado intensamente à tarefa de compreender o Tribunal e identificar pontos de aprimoramento da instituição e de sua jurisprudência.<sup>3</sup>

Por meio deste texto, pretende colaborar com o Senado, sugerindo perguntas que poderiam ser direcionadas ao nomeado, para fazê-lo manifestar-se sobre alguns dos temas mais polêmicos relativos à atuação do TCU.

### **Perguntas sugeridas pelo Observatório do TCU da FGV Direito SP + SBDP:**

\* O senhor concorda com a afirmação de que o TCU tem extrapolado as suas competências constitucionais? Quais exemplos de extrapolação de competências constitucionais que o TCU vem exercitando que o senhor, se confirmado, pretenderia combater e evitar?

\* A Constituição estabelece claramente, no seu artigo 71, os poderes cautelares que detém o TCU (sustar efeitos de atos administrativos irregulares), além de prever o procedimento que o Tribunal deve seguir para exercitá-los (a sustação deverá (i) ser precedida do esgotamento de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara e ao Senado).<sup>4</sup> O TCU, no entanto, com base em jurisprudência do próprio STF desde 2004, tem entendido dispor de um “poder geral de cautela”, adotando

<sup>3</sup> Os textos do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público podem ser consultados aqui: [http://sbdp.org.br/category/artigos-e-balanços-críticos/?post\\_type=publication](http://sbdp.org.br/category/artigos-e-balanços-críticos/?post_type=publication).

<sup>4</sup> Ver, por exemplo, André Rosilho, “Tribunal de Contas da União: Competências, jurisdição e instrumentos de controle”. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 260 e ss.; Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, “*Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*”. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.), “Contratações Públicas e seu Controle”. São Paulo: Malheiros, 2013; e Eduardo Jordão, “A intervenção do TCU sobre editais de licitação não

medidas cautelares diferentes das previstas constitucionalmente e sem seguir o procedimento ali previsto. Qual a sua posição sobre este assunto? Qual é a extensão do poder de cautela do TCU?

\* A Constituição parece ter circunscrito a jurisdição de contas do TCU aos gestores públicos – ou seja, àquele que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (art. 70, parágrafo único). Contudo, em decisões recentes, o Tribunal tem buscado defender suposta competência para “julgar contas” de particulares contratados pela administração.<sup>5</sup> O senhor entende ser possível compatibilizar tal entendimento com o texto expresso da Constituição?

\* Apesar de o TCU reconhecer que não pode interferir no “jogo regulatório”, pesquisas apontam que o Tribunal, na prática, se transformou numa espécie de super regulador nacional.<sup>6</sup> Qual é o seu entendimento sobre os limites das competências do TCU sobre a atuação das entidades reguladoras nacionais?

\* A Constituição confere competência ao TCU para realizar “fiscalização operacional” (arts. 70 e 71), instrumento usado por Tribunais de Contas de diversos países para avaliar a economicidade, eficiência e efetividade da administração e elaborar recomendações de melhoria. Contudo, na minuta do novo “Manual de Auditoria Operacional”, submetida a consulta pública em 2019, o TCU previu a possibilidade de uso das fiscalizações operacionais para emitir determinações à administração. Tal entendimento parece destoar do texto constitucional, e contrasta com aquilo que é praticado em outros países

---

publicados – controlador ou administrador?”. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out/dez. 2014.

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, Conrado Tristão, “Tribunais de contas têm jurisdição sobre particulares contratados?”, *JOTA*, 08.05.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/tribunais-de-contas-tem-jurisdicao-sobre-particulares-contratados-08052019>. Ver também Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Revista Justiça do Direito*, v. 33, p. 198-221, 2019.

<sup>6</sup> Ver, por exemplo, Gustavo Leonardo Maia Pereira. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?*. Dissertação de Mestrado. FGV Direito SP, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27366/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Gustavo%20Maia%20-%20Vers%C3%A3o%20Biblioteca.pdf>. e Martin Lodge e outros. *Regulação da Infraestrutura Logística no Brasil*. Center for Analysis of Risk and Regulation (CARR), London School of Economics and Political Science (LSE). Relatório disponível em: <http://www.lse.ac.uk/accounting/assets/CARR/documents/Impact/Regulation-of-Logistics-Infrastructures-in-Brazil/Brazil-Infrastructure-logistics-translated-FINAL.pdf>.

(como França, Itália e Bélgica).<sup>7</sup> Como o senhor se posicionará sobre essa questão na deliberação quanto ao conteúdo do novo manual?

\* A Lei de Anticorrupção, de 2013, criou novo instrumento de combate a desvios: o acordo de leniência. Desde então, uma série de acordos têm sido celebrados por instituições diferentes (MPF, AGU e CGU). Os acordos costumam prever o pagamento de valores e preveem benefícios à empresa que colabora com investigações. Um dos principais gargalos à sua eficácia é a ausência de mecanismos de coordenação entre órgãos de controle. Para tentar suprir esse problema legal, vários deles têm celebrado protocolos de cooperação. Em um ponto, contudo, parece haver impasse. O TCU — a quem realmente compete zelar pelo erário — não abre mão de revisar os valores das multas negociados por outros órgãos de controle. O impasse tem colocado em dúvida a eficácia dos acordos.<sup>8</sup> Qual é a sua posição sobre este assunto? Se confirmado, o senhor votará no sentido de que o TCU tem ou não competência para revisar os valores das multas negociados por outros órgãos de controle?

\* O STF, em decisões recentes, tem negado a possibilidade de o TCU realizar controle incidental de constitucionalidade, afastando a aplicação de leis consideradas por ele como inconstitucionais em casos concretos.<sup>9</sup> Contudo, com base em interpretação da Súmula 347 do STF, editada ainda sob a vigência da Constituição de 1946, o TCU permanece sustentado ter competência para realizar tal controle de constitucionalidade em seus julgamentos.<sup>10</sup> Na sua avaliação, a Constituição autorizaria a realização de controle de constitucionalidade por órgão responsável pelo controle de contas, como o TCU?

\* Em 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi atualizada. Houve a inserção de dispositivos voltados a trazer mais segurança jurídica à criação, interpretação e aplicação do direito público. O

<sup>7</sup> Ver, por exemplo, Conrado Tristão, “TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?”, *JOTA*, 14.09.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-orgao-de-controle-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019>.

<sup>8</sup> Ver, por exemplo, Yasser Gabriel, “Cooperação dos controles em acordo de leniência”, *JOTA*, 12.08.20. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/cooperacao-dos-controles-em-acordo-de-leniencia-12082020>.

<sup>9</sup> Ver, por exemplo, MS 35410 MC/DF, min. rel. Alexandre de Moraes, j. em 15.12.2017.

<sup>10</sup> Ver, por exemplo, Conrado Tristão, “Controle de constitucionalidade por tribunais de contas?”, *JOTA*, 11.03.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/controle-de-constitucionalidade-por-tribunais-de-contas-11032020>.

dispositivo que parece ter gerado mais oposição, inclusive por parte do TCU, é o art. 28 (só haverá responsabilização pessoal do agente público em caso de dolo ou erro grosseiro). O dispositivo nada mais faz do que reforçar jurisprudência do STJ. O art. 28 é visto como fundamental para o estímulo à boa gestão pública e à inovação. De certo modo, busca ser antídoto ao chamado “apagão de canetas”, fenômeno para o qual o TCU também parece contribuir.<sup>11</sup> Qual a sua opinião sobre o art. 28 da LINDB? O senhor o entende constitucional?

\* A maioria dos ministros do TCU defende que o art. 28 da LINDB não se aplica à aferição da culpabilidade dos gestores públicos em processos que discutem o ressarcimento de dano ao erário. O senhor está de acordo com essa interpretação do art. 28?

\* Qual é, na sua opinião, a relevância da atuação do TCU no fenômeno chamado de “apagão das canetas” e como acredita que o TCU poderia contribuir para reduzir o problema?

\* A literatura tem registrado a ocupação cada vez mais frequente, por parte de ex-membros do TCU, do corpo dirigente de seus jurisdicionados. No recente anúncio oficial dos seus 10 diretores, a nova presidência do BNDES chamou a atenção ao fato de que 3 deles seriam ex-membros do TCU. Há ex-auditores do TCU na diretoria da ANTT e no CADE, por exemplo. Alguns autores chamaram a atenção de que esta pode ser resultado do movimento expansionista do TCU: os órgãos jurisdicionados estariam se munindo de ex-membros do TCU como forma de se defender dos seus avanços. Qual é a sua opinião sobre este assunto?

\* Na opinião do senhor, poderia o TCU fazer juízo de improbidade administrativa em relação às condutas dos agentes públicos?

\* Apesar de o TCU dizer que superou o critério do “administrador médio” para decidir sobre a responsabilização dos agentes públicos, na prática há vários acórdãos recentes em que o referencial é utilizado.<sup>12</sup> O que é o administrador médio para o senhor? Além disso, a jurisprudência do Tribunal é bastante vacilante na definição daquilo em que consistiria, na prática, “erro

<sup>11</sup> Ver Gustavo Binenbojm e André Cyrino. “O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo”, em *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>.

<sup>12</sup> Ver, por exemplo, Juliana Palma, “Quem é o administrador médio do TCU?”, *JOTA*, 22.08.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>.

grosseiro”, para fins de responsabilização de gestores.<sup>13</sup> Caso seja Ministro, como irá analisar se um ato de gestão pública é erro grosseiro?

\* Na visão do senhor há limites da interferência ou apreciação do TCU em decisões de gestão dos administradores públicos? Deve haver deferência do TCU aos atos de gestão da Administração quanto ao seu mérito e escolhas ou não há limites para o controlador? Quais seriam esses limites?

\* Essenciais ao desenvolvimento econômico e social, os novos projetos de infraestrutura devem explorar soluções inovadoras e ampliar fontes de financiamento para serem viáveis em um cenário pós-pandemia. O TCU entende ser viável o controle prévio dos editais de licitação não publicados, o que é alvo de crítica por usurpação de competência decisória administrativa e por ser uma manifestação do chamado risco-Brasil. Qual é a sua avaliação sobre o controle prévio dos editais de licitação de infraestrutura não publicados? Caso entenda favorável, quais são os limites a esse controle?

\* Neste ano a ANATEL firmou seu primeiro TAC, substituindo sanções por investimentos diretos no valor de R\$ 639 milhões. Em monitoramento desse acordo, o TCU firmou entendimento que as próximas minutas de TAC devem ser previamente encaminhadas ao TCU para controle prévio, considerando os altos valores envolvidos. No entanto, além de o Legislativo não ter autorizado o TCU a controlar previamente a consensualidade, isso pode levar a desenho de cláusulas que atendam aos anseios do TCU, mas não ao interesse público concreto. Qual é a sua avaliação sobre o papel do TCU nos acordos de investimento em infraestrutura?

\* Você entende que as normas editadas pelo TCU devem se submeter a prévio processo, com abertura à participação administrativa e análise de impacto regulatório, como se verifica em qualquer órgão público com competência normativa?

\* Qual a opinião do senhor a respeito da atual jurisprudência do TCU sobre prescrição? O senhor entende que a instauração de tomada de contas especial para apuração de danos ao erário se encontra limitada por algum prazo prescricional? Em caso positivo, de quantos anos seria esse prazo?

<sup>13</sup> Ver, por exemplo, Eduardo Jordão e Conrado Tristão, “O que é erro grosseiro para o TCU?”, **JOTA**, 27.05.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/o-que-e-erro-grosseiro-para-o-tcu-27052020>.

## MAIS DEFERÊNCIA PARA AGÊNCIAS COM MELHOR REPUTAÇÃO?<sup>1</sup>

O grau de deferência que os órgãos de controle prestam às agências reguladoras deve depender da reputação destas entidades controladas?

O Ministro Bruno Dantas, do TCU, parece entender que sim. Em painel do Abdib Fórum 2019, na semana passada, Dantas chegou a mencionar nominalmente duas agências que gozariam de reputações diversas – e, por isso, sofreriam controle de intensidades diversas: “O que justifica que com a ANTT o TCU seja rigoroso e com a ANEEL a fiscalização não seja tão apertada? A resposta é simples: governança e credibilidade de que as agências desfrutam”, reportou a Agência INFRA.<sup>2</sup>

A proposta pode soar teoricamente interessante, na medida em que promete inserir elementos de maior realismo no controle que o TCU realiza sobre as agências reguladoras. Faz sentido cogitar da limitação do controle só no caso de instituições controladas que mereçam algum crédito, alguma confiança. Além disso, se a deferência serve precisamente para alocar poder decisório à entidade pública que detém as características institucionais mais adequadas para enfrentar determinada questão, seria natural que, para identificar esta maior adequação, se levassem em consideração *todos os critérios contextuais* relevantes, inclusive elementos reputacionais.

Há algumas circunstâncias, no entanto, que criam problemas para a proposta.

A primeira é a de que, sabidamente, a análise institucional que orienta a determinação da intensidade do controle é uma análise *comparativa*. Assim, por exemplo, não é suficiente sustentar que uma agência detém expertise sobre determinado assunto para que lhe seja prestada deferência nas decisões que tomar sobre a matéria. É preciso sustentar que a sua expertise naquela matéria é *superior à do controlador*.

<sup>1</sup> Texto publicado no portal da Agência INFRA em 28 de maio de 2019.

<sup>2</sup> Declaração semelhante já havia sido dada pelo Ministro em entrevista concedida à Folha de São Paulo, publicada em 26/08/2018.

Portanto, caso o critério da reputação institucional viesse mesmo a se tornar relevante, seria necessário proceder a uma *análise comparativa* das reputações institucionais – no caso, da agência reguladora em questão e do próprio TCU, para identificação da *vantagem institucional* relativa a este elemento. Naturalmente, no entanto, não parece razoável que uma análise dessa natureza seja realizada pelo próprio TCU.

A segunda circunstância é a de que a avaliação da reputação institucional é um exercício fortemente subjetivo. Não há critérios claros e precisos para se medir e comparar reputações institucionais.

Em abstrato, pode parecer razoável afirmar que *merece pouca deferência uma entidade com reputação ruim*. Mas é muito mais difícil admitir, concretamente, que merece menos deferência *uma entidade que o TCU entende ter reputação ruim*.

Em auditoria operacional recente, o TCU realizou uma medição da governança de diferentes agências reguladoras, sob critérios e parâmetros que o próprio tribunal entendeu adequados. Quer dizer: o TCU seleciona livremente os critérios a serem utilizados para julgar a reputação das agências e, na sequência, leva em consideração o resultado deste exercício especulativo para determinar quais agências sofrerão intervenções mais intensas suas.

As dificuldades de pautar a modulação da intensidade do controle em critério tão subjetivo são evidentes, inclusive sob a perspectiva da segurança jurídica – objeto do painel em que o ministro fez a afirmação acima.

A propósito, note-se que, mesmo jurisdições notórias por sua inclinação à deferência à administração pública, como os Estados Unidos e o Canadá, não hesitam em limitar o realismo do controle, restringindo o leque de características institucionais que são de fato levadas em consideração para fins de determinação da intensidade do controle.<sup>3</sup> As circunstâncias oficialmente relevantes são sempre objetivamente aferíveis.

Nos Estados Unidos, os tribunais jamais admitiram variar a deferência judicial em função da reputação de determinada entidade administrativa. A literatura até especula que esse tipo de avaliação seja feito, na prática, ainda que não de forma explícita. Assim, uma das explicações mais difundidas para o controle inesperadamente intenso que a Suprema Corte aplicou no caso *Allentown Mack* relaciona-se com a reputação da agência correspondente,

<sup>3</sup> Sobre o tema, para maiores detalhes, ver o meu Controle judicial de uma administração pública complexa, São Paulo, Malheiros, 2016.



o *National Labor Relations Board*.<sup>4</sup> Mas a eventual relevância desta variável jamais foi admitida oficialmente pelos tribunais, muito menos elevada à condição de um critério decisório.

No Canadá, a Suprema Corte deixou claro, em diversos casos, que a expertise a ser considerada para fins de prestação da deferência judicial era a expertise *institucional*, da entidade administrativa como um todo objetivo, e não a expertise individual e subjetiva dos seus membros, relativa à sua formação e experiência progressa, por exemplo.<sup>5</sup> Há um conhecido caso da jurisprudência americana exatamente no mesmo sentido.<sup>6</sup>

A proposta do Ministro Bruno Dantas possui o louvável objetivo de perseguir mais realismo no controle operado pelo TCU sobre as agências reguladoras. Mas um olhar mais atento parece desencorajar a sua adoção concreta. De um lado, porque o realismo caria pela metade se não envolvesse o exame reputacional, e comparativo, também do próprio TCU. De outro, porque esta autoavaliação reputacional e mesmo a avaliação da reputação alheia envolve dificuldades operacionais não negligenciáveis. Parece ser uma daquelas circunstâncias em que uma ideia interessante é simplesmente inviável.

<sup>4</sup> Allentown Mack Sales & Services, Inc. v. NLRB, 522 US 359, 376 (1998).

<sup>5</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Coleen Flood and Lorne Sossin (coord.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 219: “Although the Supreme Court clearly prioritizes expertise in formulating the standard of review, its inquiry is limited to the statutory role of the administrative actor, not to the particular individual occupying it. Courts will glean evidence of expertise from statute and surrounding context, but will not scrutinize the qualifications, competence, training, or experience of the specific decision-maker”.

<sup>6</sup> Cf. *Elliot v. Commodity Futures Trading Commission*, 202 F.3d 926 (7th Cir. 2000).



## ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA OU AMEDRONTADA?<sup>1</sup>

*Diálogo real não parece combinar com risco de sanção*

Administradores públicos de todo o Brasil têm investido no diálogo com instituições de controle, com o objetivo de reduzir contestações à sua atuação.

Esta “aproximação” tem sido saudada sem reservas pela doutrina:

(i) a *causa* seria um novo perfil da administração, mais dialógico e menos impositivo, e, (ii) a *consequência* seria a redução da litigância e a adoção de decisões *melhores*, porque decorrentes da contribuição de diferentes instituições.

Uma visão mais cética recomendaria algumas ressalvas.

Em relação às *causas*, a aproximação pode ser indicativa não de uma administração dialógica, mas amedrontada ou encurralada pelos controladores. Ouvi-los pode ser impositivo, como forma de preservação.

Quanto às consequências, é irreal supor que serão necessariamente positivas.

Primeiro, porque a intervenção de diferentes instituições nem sempre se faz para o melhor. Ao invés de ideal conjunção de expertises para um objetivo comum, é possível que elas se prejudiquem ou interfiram, com considerações genéricas, em análises técnicas. Em suma: uma segunda opinião nem sempre contribui, pode também atrapalhar.

Segundo, porque a aproximação pode facilitar a transferência de competências administrativas do gestor público para o controlador. Este risco será particularmente acentuado quando o controlador detiver poder de sanção, como é o caso do TCU.

Nestes casos, a opinião do controlador soará como imposição para o gestor, que não hesitará em segui-la.

Estas ameaças (veladas ou implícitas) terminam por consagrar um desenho institucional de *controladores-administradores*. Esta configuração

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota, na coluna Controle Público, em 22 de maio de 2019.

não foi idealizada por ninguém e faz pouco caso da opção do legislador ou constituinte no estabelecimento das competências primárias. Além disso, ela só pode ser entendida como conveniente se se partir de um preconceito a respeito da competência ou da probidade do administrador.

Se se quer um controlador atuando *ao lado* do administrador, o ideal é que se lhe retire o poder de sanção. Então teríamos de fato duas instituições dialogando como iguais, sem que uma delas ostente um tacape na mão, como a relembrar à outra da conveniência de aceder à sua opinião.

Esta configuração institucional já existe em alguns âmbitos. Na sua função de “advogado da concorrência”, a SEAE pode comunicar ao gestor público o seu entendimento sobre a ilicitude concorrencial de decisão administrativa já tomada ou ainda em fase de cogitação. Mas não tem poderes de sancionar ou impor seu entendimento caso o gestor dele discorde.

Este *real* diálogo institucional, despido de qualquer ameaça, tem se revelado bastante útil.

Frequentemente as sugestões da SEAE resultam no abandono voluntário, pelo gestor, de medidas restritivas da concorrência.

No caso de instituições que detêm poder de sanção, contudo, o ideal seria que se abstivessem de interferir no processo de tomada de decisão e de formação de escolhas pelo gestor público.

Nesta hipótese, o eventual diálogo deveria se dar *pós-tomada de decisão administrativa*, e para implicar eventuais reduções de punições indevidas e excessivas.

Será neste contexto que uma postura dialógica (e não impositiva) do controlador (e não do administrador) será muito bem vinda.

## O QUE É ERRO GROSSEIRO PARA O TCU?<sup>1</sup>

*A segurança jurídica é obra coletiva de legisladores e controladores*

*Em coautoria com:*

Conrado Tristão<sup>2</sup>

No exame da MP 966/20, o STF julgou constitucional limitar a responsabilidade do gestor público a “erro grosseiro”, para dar-lhe tranquilidade para decidir em contexto de incerteza quanto a fatos e direito.

Mas, para o TCU, o que este conceito significa?

Análise de dezenas de acórdãos em que o termo foi empregado identificou pelo menos quatro sentidos distintos.

No primeiro, erro grosseiro é traduzido por meio de *outros* conceitos indeterminados, como quando o TCU o aproxima da “culpa grave” (ac.2391/18-P), ou caracteriza como tal “a conduta que foge ao referencial do ‘administrador médio’” (ac.1628/18-P); a “atuação com nível de diligência abaixo da média” (ac.2928/19-P) ou “abaixo do normal ou aquém do ordinário” (ac.2872/19-P); ou a “grave inobservância do dever de cuidado” (ac.2759/19-P).

No segundo, o TCU caracteriza como erro grosseiro condutas específicas que lhe chegam a controle: “a prestação de contas dos recursos oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social (...) desacompanhada do parecer do Conselho Municipal de Assistência Social” (ac.4778/19-1ª C.); “o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa” (ac.1264/19-P); “a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção” (ac.185/19-P); ou “a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa” (ac.2699/19-1ª C.).

<sup>1</sup> Texto publicado no Jota, na coluna Controle Público, em 27 de maio de 2020, em coautoria com Conrado Tristão.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela FGV Direito SP. Doutorando em Direito pela FGV Direito SP. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp.

No terceiro, o TCU entende por erro grosseiro o mero descumprimento de normas jurídicas: “grave ofensa a norma orçamentário-financeira” (ac.2659/19-P); “desconsideração de (...) normas de responsabilidade contábil” (ac.2924/18-P); “inobservância de normas contábeis aplicáveis” (ac.2892/19-P); “graves inobservâncias a disposições afetas aos procedimentos licitatórios” (ac.986/19-P).

No quarto, enfim, o TCU diz ser erro grosseiro “o descumprimento, sem a devida motivação, de determinação expedida pelo TCU” (ac.1941/19-P).

Em nenhum dos quatro sentidos mapeados acima, as definições do TCU parecem totalmente satisfatórias.

No primeiro, o uso de *novos* conceitos jurídicos indeterminados não contribui para a densificação normativa da ideia e segue deixando espaço para a subjetividade do controlador.

No segundo, as situações são tão específicas que dificultam a generalização e extrapolação para outros casos, de modo a permitir ao gestor a antecipação da licitude da sua conduta.

No terceiro, equiparar a mera violação a normas a erro grosseiro desconsidera que muitas normas são indeterminadas e permitem interpretações várias, como admitido pelo próprio TCU em Resolução recente sobre simplificação do controle.

No quarto, enfim, a interpretação é pouco aderente à ideia abstrata de erro grosseiro e parece consistir mais em tentativa do TCU de reforçar seu próprio poder de controle.

Problema adicional: nenhuma destas interpretações aproxima-se da que o próprio STF fez, no seu esforço de detalhamento da regra.

Como se vê, o esforço do legislador de limitar a responsabilidade a casos realmente graves, não obstante louvável e relevante, é apenas o primeiro passo. A batalha por mais segurança jurídica para o gestor público vai depender também, e significativamente, da interpretação que os controladores farão deste conceito indeterminado.

## O TCU SE ABRINDO ÀS CRÍTICAS<sup>1</sup>

*Tribunal faria bem se multiplicasse iniciativas de debates sobre sua atuação*

Em setembro deste ano, algum tempo depois da publicação de “O Soberano da Regulação”, livro de Pedro Dutra e Thiago Reis bastante crítico da atuação do Tribunal de Contas da União (TCU), o ministro Benjamin Zymler fez, em sessão plenária, referências elogiosas à pesquisa, apontando educadamente algumas discordâncias e reconhecendo que o tribunal faria bem de participar e levar a sério o debate sobre a sua performance ou os limites de sua competência.

Mais recentemente, a convite de Nicola Khoury, coordenador-geral de Controle Externo de Infraestrutura do TCU, alguns membros desta coluna Controle Público (JOTA/SBDP), também frequentemente crítica à atuação do tribunal, participamos de um encontro com todos os seus coordenadores de infraestrutura. Apresentamos algumas de nossas críticas (em especial, ao que entendemos ser extrapolações das suas competências constitucionais e legais) e ouvimos reações e contra-argumentos cordiais de vários dos auditores presentes à reunião.

Essas aberturas à crítica e ao debate são atitudes louváveis e adequadas à importância que o TCU adquiriu ao longo do tempo. Seria salutar que inaugurassem uma nova fase de maturidade intelectual e institucional do Tribunal.

Até há pouco tempo, textos críticos ao TCU publicados na internet frequentemente recebiam respostas acaloradas de alguns membros do tribunal. As reações vinham não para rebater os argumentos expostos nos textos, como seria adequado e esperado, mas para acusar os autores do texto de serem defensores de interesses privados ou escusos. Pouco debate de substância, muito argumento ad hominem.

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado no Jota em 23 de dezembro de 2020.

Essas reações pareciam derivar de uma compreensão idealizada do tribunal, que personificava a virtude e a luta contra a corrupção, de modo que qualquer crítica que lhe fosse direcionada só poderia estar mal informada ou mal intencionada. Um tipo de reação defensiva que não se viu do Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo – outra entidade pública que alegadamente ampliou os seus poderes e a sua importância, e que foi objeto das críticas correspondentes.

É elementar: toda instituição da República precisa conviver harmonicamente com críticas e comentários à sua performance.

Isso é particularmente esperado, no entanto, de uma entidade que vem exercendo a função de avaliar (e criticar) a performance de outras entidades públicas. Quem vive de avaliar e criticar deve encarar naturalmente eventuais avaliações e críticas do seu próprio trabalho.

Que as iniciativas acima reportadas sejam a marca de uma nova fase de entendimento, assimilação e discussão substancial das críticas feitas ao TCU, para o bem dos jurisdicionados e o aprimoramento do próprio Tribunal.