

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 11 | n. 1 | janeiro/abril 2020 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



O controle das agências reguladoras federais no STF como instância recursal: um estudo empírico

*The control of federal regulatory agencies by the STF as an appellate
instance: an empirical study*

Eduardo Ferreira Jordão*

Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (Brasil)

eduardo.jordao@fgv.br

Vinícius Cardoso Reis**

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)

vincreis@gmail.com

Renato Toledo Cabral Júnior***

Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (Brasil)

toledocabral@gmail.com

Recebido: 16/07/2020

Received: 07/16/2020

Aprovado: 12/09/2020

Approved: 09/12/2020

Como citar este artigo/*How to cite this article*: JORDÃO, Eduardo Ferreira; REIS, Vinícius Cardoso; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. O controle das agências reguladoras federais no STF como instância recursal: um estudo empírico. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 122-155, jan./abr. 2020. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i1.27258

* Professor da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), com pesquisas de pós-doutorado realizadas na Harvard Law School e no MIT Economics. Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: eduardo.jordao@fgv.br.

** Mestre em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). E-mail: vincreis@gmail.com.

*** Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assistente acadêmico da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Advogado Associado do escritório Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia. E-mail: toledocabral@gmail.com

Resumo

Este trabalho é resultado de pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto Regulação em Números, da FGV Direito Rio, buscando compreender se e como o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce controle sobre as agências reguladoras federais em instância recursal. Para isso, foram analisados, quantitativa e qualitativamente, todos os 2.896 processos envolvendo agências reguladoras federais no STF cujas demandas foram apreciadas em sede recursal entre 1996 e 2017. Uma primeira conclusão é a de que o STF raramente avalia o mérito das controvérsias jurídicas sobre as agências reguladoras em sede recursal (2,8% dos recursos), em jurisprudência defensiva. Uma segunda conclusão é mais relevante e menos conhecida: nos poucos casos em que o mérito da controvérsia constitucional é enfrentado (85), o STF adota postura deferente à agência, acolhendo sua tese em 88,7% dos casos. Esta orientação 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 a agência que é recorrente (85,2%). O artigo também traz descrição e análise dos temas que ultrapassaram o filtro da jurisprudência defensiva do STF, contribuindo para a compreensão do que o STF julga ter status constitucional entre as matérias de competência das agências.

Palavras-chave: regulação econômica; controle judicial; Supremo Tribunal Federal; agências reguladoras; deferência judicial.

Abstract

This paper is the result of a study conducted under FGV Direito Rio's Regulation in Numbers Project, aiming to understand if and how the Federal Supreme Court (STF) exercises its control over federal regulatory agencies at the appellate level. To this end, all 2,896 cases involving such agencies decided by the STF at the appellate level between 1996 and 2017 were analyzed both quantitatively and qualitatively. A first finding is that the STF rarely appreciates the merit of legal disputes involving regulatory agencies at the appellate level (2.8% of appeals), following the Court's defensive case law. A second finding is more relevant but less notorious: in the few cases in which the merit of the constitutional controversy is addressed by the Court (85), STF was deferential, joining the agencies' opinions in 88.7% of cases. This pro-agency stance holds in the most obvious scenario, in which the agency is the appealed party, and in the most surprising scenario in which the agency is the party that appeals (85.2%). The study also describes and analyzes the issues that overcame STF's defensive case law, what can contribute to better understanding STF's opinion on which issues have a constitutional status among the agencies' attributions.

Keywords: economic regulation; judicial control; Federal Supreme Court; regulatory agencies; judicial deference.

Sumário

1. Introdução. **1.1.** A reforma do Estado e a proliferação de agências reguladoras. **1.2.** As agências reguladoras no Brasil. **1.3.** Reação ao modelo das agências reguladoras. **1.4.** Qual a relevância do Supremo Tribunal Federal no debate sobre o controle das agências reguladoras? **1.5.** Os dois eixos da pesquisa: a propensão do STF a julgar os casos e a deferência pelo resultado final. **1.6.** A estrutura deste artigo. **2.** Metodologia da pesquisa e síntese dos resultados. **3.** Os resultados das pesquisas. **3.1.** A propensão do STF para julgar recursos envolvendo agências reguladoras (teste da jurisprudência defensiva). **3.2.** Julgamentos de mérito e a deferência do Supremo Tribunal Federal à interpretação jurídica das agências reguladoras federais em sede recursal. **3.2.1.** Matérias consideradas de *status* constitucional e o posicionamento institucional do STF. **3.2.2.** O posicionamento individual dos Ministros no julgamento das agências reguladoras. **4.** Conclusões. Referências.

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 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* (MAJONE, 1999)¹.

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* (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 ferroviário, etc.) passou a ser atribuída a instituição pública desenhada para lidar com a complexidade dessas funções (KING, 2008; JORDÃO; CABRAL JR., 2018).

1.2.As agências reguladoras no Brasil

¹ 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 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.

No Brasil, esse fenômeno se deu sobretudo no final da década de 1990 e no início da década seguinte², 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 econômica³. 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, 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

² Confira-se, a propósito, o relato de Gustavo Binenbojm (2014, pp. 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, 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”.

³ 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.

(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*⁴ *sob regime especial*⁵.

Ao todo, há atualmente no Brasil onze agências reguladoras no âmbito federal, cujos desenhos institucionais estão em constante revisão. Exemplos disso são as ampliações das competências regulatórias da ANCINE (Lei nº 12.485/2011)⁶ e da ANA (Medida Provisória nº 844/2018 e Medida Provisória nº 868/2018)⁷ – esta última não aprovada pelo Congresso Nacional –, bem como as recentes propostas de unificação da ANTT com a ANTAQ numa única agência de transportes⁸.

⁴ 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.

⁵ Por aparente atecnia 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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

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 (2002, p. 153-154), 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 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”*.

Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 612), 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.⁹

há ganho para a regulação’, afirmou”. Disponível em <https://istoe.com.br/correcao-infraestrutura-reforca-intencao-em-fusao-da-antt-com-antag/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

⁹ 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*

Outros autores defenderam a existência das agências reguladoras no Brasil¹⁰, propondo parâmetros para compatibilizá-las com os ditames da Constituição Federal¹¹. 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 Brasil¹² e no direito comparado¹³. Como parte das decisões regulatórias são judicializadas pelos agentes de mercado e pelos demais interessados, o controle judicial das agências reguladoras é um dado de

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, 2011, p. 612).

¹⁰ É possível enumerar diversos trabalhos sobre as agências reguladoras desde a década de 1990 até os dias atuais. Confirmam-se, por todos: CONFORTO, 1998, p. 27/40; AZEVEDO, 1998, p. 141/148; SOUTO, 1999, p. 125/162; SUNDFELD, 2000, p. 17/38; MOREIRA NETO, 2000, p. 145/184; PEREZ, 2000, p. 59/66; TÁCITO, 2000, p. 1/5; MORAES, 2001, p. 1009/1016; ARAGÃO, 2002; JUSTEN FILHO, 2002; BARROSO, 2002, p. 285/311; MARRARA, 2004, p. 723/746; WALD, 2004, p. 42/43; MARQUES NETO, 2005; MATTOS, 2006; GUERRA, 2012. Também se verifica uma propagação de estudos empíricos sobre a regulação em geral, tal como a análise da regulação da saúde no Brasil em NÓBREGA, 2018.

¹¹ Destaca-se, sobre o tema, a obra “Agências Reguladoras e Democracia”, organizada por Gustavo Binbenbojm, 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. BINENBOJIM, 2006.

¹² 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; 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, 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 (MARANHÃO, 2016, p. 26-46).

¹³ 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 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 (ESKRIDGE JR.; BAER, 2007).

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 reguladoras¹⁴. 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 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

¹⁴ 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; CABRAL JR., 2018.

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”* (MACHADO SEGUNDO, 2013, p. 01).

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.

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 Números¹⁵, 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.

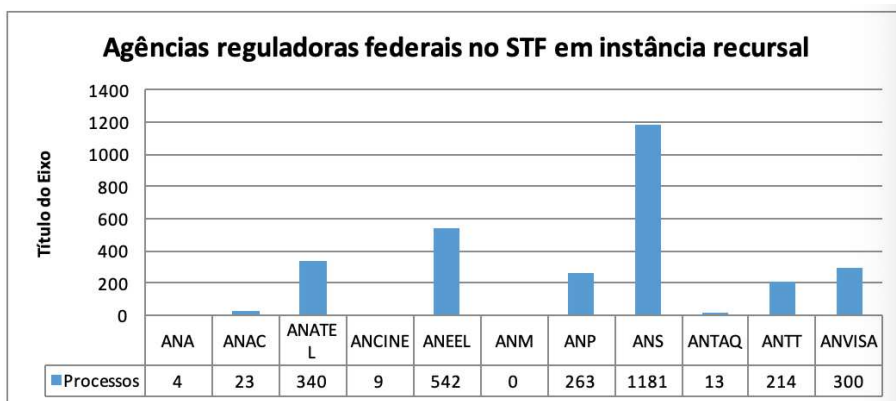
Nos diversos esforços de localização dos dados, notou-se que a forma mais confiável e replicável de se avaliar a interação do STF com as agências reguladoras e o Direito da Regulação seria procurar todos os processos naquela Corte que envolvessem tais instituições como *parte* (incluindo não só recorrentes 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, ANM, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT e ANVISA. Com isso, foi obtido um total de 3.151 processos¹⁶.

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

¹⁵ FGV DIREITO RIO. Projeto Supremo em Números. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em: 16 jul. 2018

¹⁶ 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.

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:



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,¹⁷ contendo a identificação dos processos, os Ministros Relatores,

¹⁷ 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,

as agências que eram partes, as datas de autuação e decisão¹⁸, 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.¹⁹

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 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.

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.

¹⁸ Estes dados permitiram verificar que os processos examinados neste artigo tramitaram pelo STF em média por 1 ano e 8 meses.

¹⁹ 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.

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:



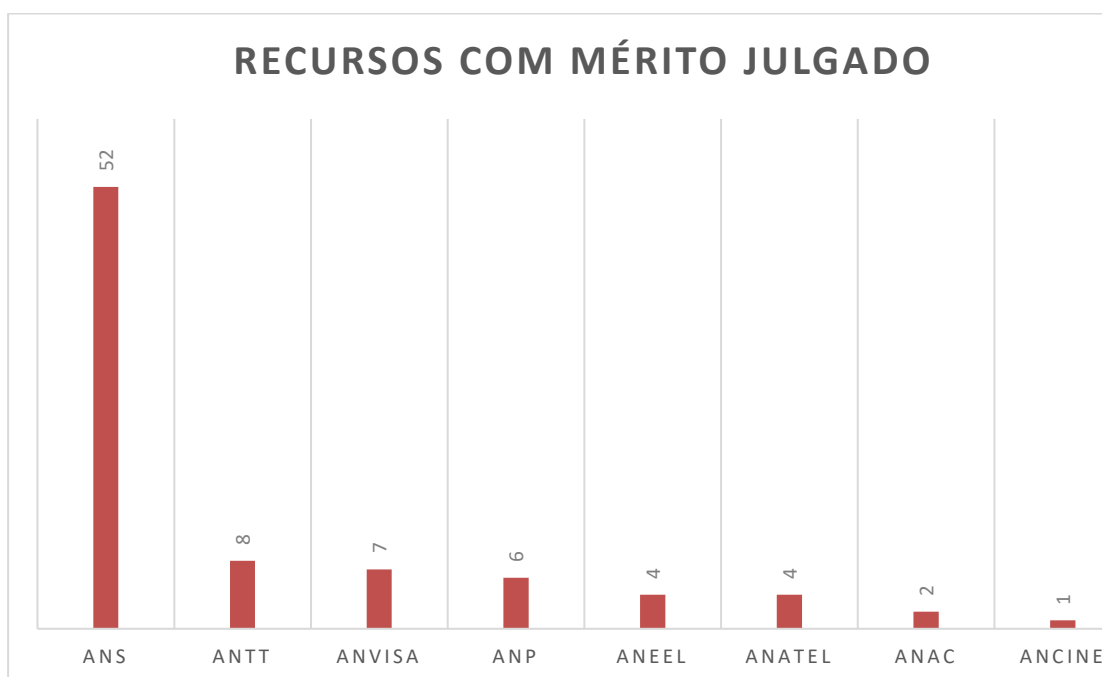
Isto significa dizer que, independentemente da parte que interpõe o recurso, o Supremo Tribunal Federal adota postura similar no sentido de racionalizar sua atividade e negar um exame mais aprofundado de recursos que não cumprem estritamente os requisitos estabelecidos para a sua interposição.

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 (sobre o tema, v. SILVA, 2011). 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).

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 suplementar²⁰ 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”*²¹.

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

²⁰ 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 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).

²¹ RE 597.064 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 07/02/2018, DJe 16/05/2018.

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.²²

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 1973.²³

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.²⁴ Neste cenário,

²² “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).

²³ 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.

²⁴ 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

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 do 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. 5º, inciso II, CRFB) vedavam que o poder punitivo do Estado pudesse ser disciplinado por meio de regulamentos infralegais que prevíssem 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

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, mas, de um modo geral, preservou a competência da ANATEL em um momento determinante para a consolidação do regime jurídico das agências reguladoras.

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.²⁵ 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 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

²⁵ STF, RE 603627, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em 11/11/2009, DJe 25/11/2009.

do Poder Judiciário, o Ministro Luiz Fux adotou postura autocontida na análise da constitucionalidade do ato editado pela ANEEL, desprovido 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 (cf. JORDÃO; RIBEIRO, 2017). 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 – CONDECINE 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.

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 20,²⁶ 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 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.²⁷

D. A defesa dos marcos regulatórios pelas agências reguladoras

²⁶ 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.”

²⁷ 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.

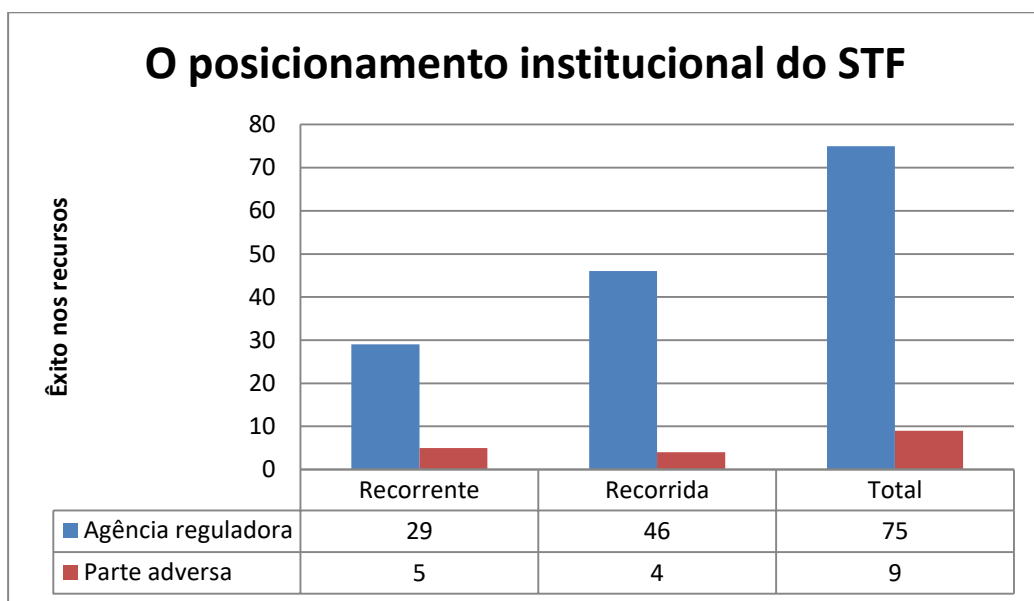
Por último, ressalte-se que, muitas vezes, as agências reguladoras figuram como parte de uma demanda judicial não porque suas decisões foram objeto de impugnação, mas para a defesa do marco regulatório previsto na legislação ordinária que serve de base para sua atuação.

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 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

Analizadas 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.²⁸ 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 foi 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,²⁹ 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 reguladoras³⁰.

²⁸ Os ministros não listados na tabela acima não participaram do julgamento de recursos que tiveram o seu mérito analisado pela Corte.

²⁹ 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.

³⁰ “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

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 se inserem 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

produto no território brasileiro, por melhor que seja a intenção que impere" (ADI nº 4874, voto do Ministro Marco Aurélio, p. 186).

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**, n. 213, p. 141-148, 1998.

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**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 229, p. 285-311, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CONFORTO, Glória. Descentralização e Regulação da Gestão de Serviços Públicos. **Revista de Administração Pública – RAP**, v. 32, n. 01, p. 27-40, 1998.

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.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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**, v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/307/266>. Acesso em: 10 maio 2020.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples”. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 01, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. **Oxford J. Legal Stud**, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O (Projeto de) Novo Código de Processo Civil e a “jurisprudência defensiva”. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 01, jul./ago. 2013.

MAJONE, Giandomenico. “Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança”. **Revista do Serviço Público**, v. 50, n. 01, 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**, São Paulo, n. 99, p. 723-746, jan./dez. 2004.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 01, n. 08, p. 1009-1016, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Agências reguladoras**. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NÓBREGA, Theresa C. Albuquerque. A regulação da saúde no Brasil: o controle externo do Tribunal de Contas da União nas unidades do SUS geridas por instituições privadas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 101-119, jul./set. 2019.

PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 2, n. 5, p. 59-66, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 216, p. 125-162, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 221, p. 1-5, 2000.

WALD, Arnoldo. A autonomia das agências reguladoras. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 8, n. 170, fev. 2004.