



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Novas perspectivas do processo decisório das agências reguladoras

New perspectives in the decision-making process of regulatory agencies

Marcelo Monteiro Bonelli Borges; Vladimir da Rocha França; Otacilio dos Santos Silveira Neto

Resumo: O presente artigo estuda o processo decisório das agências reguladoras e as novas perspectivas derivadas das últimas alterações legislativas. Através do método teórico-descritivo, apresentam-se as relações estabelecidas entre Direito, Economia e Regulação para se compreender as razões que levaram à institucionalização das Agências Reguladoras. Apresentadas as principais características dessas instituições, realiza-se o estudo do processo administrativo, definido como instituto jurídico que disciplina e estabelece o sequenciamento de fatos e atos administrativos antecedentes à tomada de decisões pela Administração Pública. Assentadas as premissas, é explorado o processo decisório das Agências Reguladoras e os novos parâmetros legais que trouxeram contornos realista, consequencialista e eficientista ao atuar dessas Autarquias especializadas.

Palavras-chave: Economia e Regulação; Agências Reguladoras; Processo Administrativo; Decisão administrativa; Consequencialismo; Realidade e Eficiência.

Abstract: This article analyses the decision-making process of regulatory agencies and the new perspectives perceived in the latest legislative changes. Through the theoretical-descriptive method, the relationships established between Law, Economics and Regulation are presented in order to understand the reasons that led to the institutionalization of Agencies. After presenting the main characteristics of these institutions, the administrative process is studied and defined as a legal institute that disciplines and establishes the sequence of facts and administrative acts prior to decision-making by the Public Administration. After establishing premises, the study explores the decision-making process of the Agencies and the new legal parameters that brought realistic, consequentialist and efficient contours to the action of these specialized Authorities.

Keywords: Economics and Regulation; Agencies; Administrative Process; Administrative decision; Consequentialism; Reality and Efficiency.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i1p261-288>

NOVAS PERSPECTIVAS DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Marcelo Monteiro Bonelli BORGES*; Vladimir da Rocha FRANÇA**; Otacilio dos Santos SILVEIRA NETO***

Sumário: 1 Estado, Economia e Regulação. Notas fundamentais; 2 Agências Reguladoras; 3 Processo Administrativo: o caminho até a ação ou decisão estatal; 4 Processo decisório das agências reguladoras e os novos parâmetros legais: realismo, consequencialismo e a consideração da variável eficientista; 4.1 Os parâmetros normativos estabelecidos na Lei de Liberdade Econômica para evitar o abuso do poder regulatório; 4.2 Artigos 4ª e 5ª da lei nº 13.848/2019 e a comunicação estabelecida com a LINDB para o resgate da autoridade das decisões regulatórias; 5 Conclusões; 6 Referências.

1. Estado, economia e regulação. Notas fundamentais

Direito, Economia e Estado são elementos conceituais fundamentais para a compreensão do fenômeno regulatório em sua modalidade mais usual, qual seja, a regulação decorrente de regras estatais. A análise da dinâmica operacional do agir estatal regulador evidencia o entremear de ideias. Nesse sentido, a regulação deflui da observação e imposição de regras (Direito) editadas por um ente estatal regulador (Estado) para normatizar algum evento ou setor econômico relevante (Economia).

Por mais que se possa pressupor algum nível de familiaridade desses conceitos aos que prestigiam o Direito Regulatório, oportuna é a apresentação de algumas definições basilares para o estudo proposto, seja por precaução no assentamento de premissas, seja para alcançar satisfatoriamente o núcleo duro do artigo, no caso, os novos parâmetros legais que guiam o processo de tomada de decisão das Agências Reguladoras.

*Procurador Federal, Advogado, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2008), especialização em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2010) e especialização em Direito Administrativo pela Universidade Candido Mendes (2017). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Direito Previdenciário e Direito Empresarial.

**Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Titular do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutor em Direito Público pela Universidade de Zaragoza/Espanha. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

***Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutor em Direito Público pela Universidade de Zaragoza/Espanha. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

O Direito e a modalização normatizada de comportamentos humanos são identificados em variados níveis de sofisticação no curso da história. Em comum, os diferentes ordenamentos jurídicos visavam a promover regras estáveis, garantidoras da coexistência pacífica dos reconhecidos como pertencentes à sociedade. Em outros termos, o Direito sempre foi vocacionado a servir como um instrumento de paz e segurança ofertado aos que ostentassem prerrogativas que os colocassem na condição do cidadão comum atual. Estabilidade das relações, cumprimento dos deveres assumidos, garantia dos compromissos e retribuição premial ou sancionadora formam a base dos principais ordenamentos jurídicos ao longo dos tempos.

O exponencial incremento da complexificação das relações humanas, a par de atender (e criar) demandas individuais e coletivas inimagináveis em rudimentares grupos sociais, trouxe novos desafios e problemas entre os indivíduos. Embrionárias organizações sociais disciplinadoras de conflitos e ditadoras de regras evoluíram e alcançaram os contornos atuais do que se entende como Estado. Sem tecer maiores minúcias, é possível definir Estado como a entidade suprainstitucional legitimada em uma sociedade a se valer da coerção para a manutenção da ordem jurídica, econômica e social (NOZICK, 2011, p. 32).

Os Estados, como hoje desenhados, são relativamente recentes na história. Em suas formações iniciais, refletiam a consolidação do poderio econômico e bélico em famílias que conseguiram amealhar terras, títulos e propriedades ao longo do tempo, suficientes para lhes alçar a condição de Realeza. Na Europa, muito antes das atuais fronteiras divisórias de países, os Estados Absolutistas despontaram na organização da vida social dentro de seus territórios.

Com o fim do Feudalismo e a consolidação dos Estados Absolutistas, as principais atividades privadas desenvolvidas dentro das fronteiras dos reinos estavam, em algum nível, subjugadas à concordância dos Reinados. Como os rumos da sociedade e das principais atividades de mercancia eram essencialmente submetidos ao beneplácito do Estado Absolutista, cada vez mais se formavam dois grupos: os contemplados, naturalmente satisfeitos, e os limitados ou não autorizados. Ambos, no entanto, foram-se aproximando cada vez mais, seja pela resistência aos tributos cobrados pelo exercício de suas atividades, seja pela natural inclinação humana a ser livre em seus empreendimentos ou alcançar algum nível de poder ou influência econômica. Duros confrontos levaram à gradual superação do Absolutismo.

Nesse mesmo contexto foram construídos os primeiros alicerces do que futuramente se consolidaria cientificamente como Economia. O agir racional, a noção de escassez, o funcionamento dos Mercados e a eficiência passaram a guiar pensadores em diversos lugares no mundo, reflexo da força pujante identificada na Burguesia, estrato cada vez mais influente nos rumos das sociedades europeias e propulsor de grandes feitos industriais e econômicos. Entender a dinâmica dos atos privados e o motivo que impulsiona a adoção de ações em cenários de incerteza e risco tomaram

as tintas das gráficas e trouxeram grandes obras como *A Riqueza das Nações* de Adam Smith, que ajudaram a consolidar a Economia como a ciência social que estuda as formas mais eficientes pelas quais a sociedade consegue administrar seus escasos recursos (MANKIWI, 2016, p. 04).

Com a queda dos regimes absolutistas, surgiram em momentos distintos dois modelos de Estados conceitualmente antagônicos: o Estado Liberal e o Estado Social. O primeiro deles, o Estado Liberal ou Mínimo, foi o resultado da chegada dos representantes da Burguesia ao poder. Em um movimento claramente antagônico ao cenário em que a Realeza e a Nobreza ditavam regras e rumos da Economia, com episódios de autorização ou intervenção nas atividades de mercancia realizadas por particulares, o Estado Liberal foi construído em uma perspectiva absenteísta: a interferência do Estado nos rumos da Economia deveria ser a mínima possível, sendo necessária apenas para reconhecimento e proteção de institutos jurídicos fundamentais à autodeterminação das pessoas, como o direito à propriedade, e para fins de controle e cumprimento dos contratos firmados (NOBRE JUNIOR, 2021, p. 53).

As interferências estatais na Economia e o dirigismo eram vistos com descrença e desconfiança pela perspectiva liberal. A defesa por cenários de liberdade para o agir dos particulares via-se defendida à luz do princípio da legalidade, de modo que as interações espontaneamente firmadas por agentes econômicas e os ajustes mutuamente balanceados viabilizem um Mercado sustentável, capaz de se renovar. Nesse sentido, o Estado não deveria ter a atribuição de estabelecer uma ordem econômica e social específicas, mas editar leis que garantam um contexto favorável ao funcionamento não planejado da Economia (HAYEK, 2011, p. 229).

O Século XIX trouxe grandes desafios para o Estado, especialmente quanto à infraestrutura. A pujante Revolução Industrial encontrava cada vez mais gargalos estruturais, como a ausência de estradas e ferrovias para escoação da produção e precários serviços de distribuição de água, iluminação, gás. Diante da ausência de recursos públicos para efetivação dessas atividades, o Estado pactuava com particulares a construção de obras públicas relevantes, permitindo que agentes privados explorassem os serviços por sua conta e risco (COUTO E SILVA, 2015, p. 253).

As crises sociais e econômicas que se instalaram em diversos Estados notadamente caracterizados pela pouca intervenção estatal direta em demandas sociais ou econômicas estimularam movimentos populares e organizações sociais a clamar e lutar por mudanças. As Constituições promulgadas no Século XX evidenciam a mudança do perfil do Estado, que passa a ser promotor de direitos individuais e sociais e ator relevantíssimo no funcionamento da Economia. O Estado Social se formou de diversos modos e em diferentes níveis de intervencionismo, como se percebe ao se comparar as diferentes Constituições e ordenamentos jurídicos de países como Estados Unidos, China, Rússia e demais países da Europa e América Latina.

A Economia e seus naturais ciclos de expansão e retração percebidos nos últimos 100 anos foram duros para muitos países, especialmente para os que foram constituídos a partir de uma visão planejadora e planificadora dos rumos socioeconômicos. O esgotamento da capacidade estatal de investir, os déficits públicos, o quadro inflacionário e as amarras legais e constitucionais que determinavam a efetivação direta pelo Estado de direitos prestacionais trouxeram cenários de insustentabilidade fiscal a diversos países de Mercado fechado, como o Brasil.

Diante da constatação de impossibilidade material para a efetivação dos planos imaginados pelo constituinte e da necessidade de integração e alinhamento do Brasil à política econômica internacional, foi traçado o caminho para reformas legais e constitucionais que desenharam os contornos do que se entende atualmente como Estado Regulador. O Estado foi deixando de realizar diretamente alguns de seus compromissos constitucionais, passando para a iniciativa privada a exploração de diversos serviços públicos e atividades econômicas relevantes (MARQUES NETO, 2003, p. 12). Como os serviços e atividades absorvidas por agentes privados são fundamentais para o desenvolvimento e segurança do país, o Estado foi chamado a normatizar e regular a atuação dos agentes econômicos prestadores de serviços sociais e econômicos (BINENBOJM, 2020, p. 168).

A Regulação pode ser definida como modalidade de intervenção estatal nos domínios econômico e social, destinada a garantir o atendimento de finalidades específicas do setor regulado e concretizar interesses públicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico constitucional (FRANÇA, 2014, p. 21). Enquanto fenômeno estatal, a regulação demandou a implementação de mudanças normativas e estruturais para que os planos de desestatização e recuo estatal na prestação de serviços fosse possível. O resultado desse trilhar de caminho foi a consolidação do princípio da subsidiariedade no direito público, com o retorno à sociedade das matérias de interesse social passíveis de serem eficientemente exploradas por ela (TORRES, 2001, p. 15). A opção brasileira pelo recuar estatal se aperfeiçoou essencialmente com as Agências Reguladoras, instituídas para a implementação de políticas públicas em cada um dos setores em que o Estado fosse retirado da prestação direta dos serviços públicos, de modo a se garantir padrões de eficiência e segurança pelos agentes privados e, especialmente, proteger a população destinatária dos serviços.

Para cumprir essas funções, as Agências foram desenhadas com algumas características especiais, que as diferenciam das demais instituições públicas brasileiras, a seguir demonstradas.

2. Agências reguladoras

A Administração Pública brasileira é composta por diversas instituições, das mais variadas atribuições, responsabilidades e distinções. Tradicionalmente, os entes são divididos em dois grandes grupos: A Administração Pública Direta e a Administração Pública Indireta. A Administração Direta é formada pelos entes federativos e

seus órgãos estruturados hierarquicamente, conforme previsão legal ou constitucional. A hierarquia é o fio condutor de organização e funcionamento da máquina administrativa, com os poderes para atuação distribuídos (desconcentrados) aos órgãos. Já a Administração Indireta é composta por entidades descentralizadas, dotadas de personalidade jurídica própria, instituídas por lei ou com criação autorizada legalmente para que possam desempenhar fins de interesse público específicos (ARAGÃO, 2012, p. 114).

Dentre as instituições que compõem a Administração Pública Indireta, destacam-se as Autarquias, pessoas jurídicas de Direito Público dotadas de patrimônio e receita próprias, criadas por lei para exercício de atividades típicas de Estado, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso I do Decreto-Lei nº 200/67. Por serem materializadas por descentralização e, portanto, dotadas de personalidade jurídica própria, as Autarquias não são hierarquicamente controladas pelo ente federativo criador, mas supervisionadas, de modo que suas atuações sejam tuteladas para que não se desviem dos fins que ensejaram a edição da lei criadora.

Ao se analisar a evolução dos perfis estatais, foi possível constatar que o contexto social e econômico trouxe o que conceitualmente se consolidou como Estado Regulador. O pensamento neoliberal estimulou a inclinação pela diminuição do tamanho do Estado como uma forma de controlar os gastos necessários para a manutenção do aparelho estatal e para se promoverem maiores níveis de eficiência econômica com a iniciativa privada, dado que agentes privados atuam com menos amarras legais e, naturalmente, alcançam maior dinâmica para atender as demandas sociais e variações de Mercado. Como resultado desse movimento, observou-se no Brasil, especialmente na década de 90, desestatizações, quebras de monopólios estatais e concessões dos serviços públicos a agentes particulares. O cenário era desafiador para o Estado, que deveria adotar uma solução segura para o controle das atividades transferidas aos particulares.

Com inspiração nas experiências anglo-americanas, as Agências Reguladoras foram escolhidas para viabilizar, em maior amplitude, a política regulatória nacional, concretizando as diretrizes previstas nos artigos 174 e 175 da Constituição Federal. Na qualidade de Autarquias, as Agências Reguladoras dispõem de corpo técnico próprio e especializado, o que se coaduna com a missão de regular de modo independente setores complexos, que demandam um refinamento incomum para serem concretizados.

A independência das Agências Reguladoras é elemento fundamental em seus traços constitutivos. Dado o compromisso de concretizar políticas perenes de Estado e compatibilizá-las com os compromissos transitórios de Governo (VILELA, 2018, p. 61), apontam-se como características de destaque das Agências o mandato fixo dos seus dirigentes e o fato de que as decisões relativas à regulação do setor econômico ou de serviço público específico não são revisáveis pelo Poder Executivo.

De todas as atividades estatais possíveis, a regulação se destaca como uma das atividades mais complexas, que se perfectibiliza de três modos distintos: com a realização de atividades administrativas tradicionais, como o exercício do poder de polícia, traço sensível nas primeiras experiências da regulação do ambiente concorrencial brasileiro (BERCOVICI, 2005, p. 24); com o exercício do poder normativo, materializado em regulamentos editados para viabilizar a aplicação e minudenciar comandos legais aplicáveis ao setor; e com atividades judicantes, dada a potencial conflituosidade de agentes econômicos em concorrência e em razão de insatisfações do mercado consumidor por defeitos na prestação dos serviços públicos regulados (OLIVEIRA, 2017, p. 105). De forma sucinta, é possível conceituar a atividade regulatória como o plexo de ações estatais voltadas a modalizar ou influenciar comportamentos de agentes econômicos para o atendimento de objetivos considerados relevantes ou necessários, conforme as regras jurídicas aplicáveis ao setor socioeconômico analisado (TRAVASSOS, 2015, p. 02).

Como se percebe, as Agências Reguladoras alcançam, a um só tempo, funções judiciárias, executivas e legislativas. Essa tripla dimensão veio acompanhadas de críticas ainda em suas primeiras experiências nos Estados Unidos. Os que se mostraram resistentes às *Agencies* viam nessas instituições um caminhar de ofensa ao princípio da separação e independência harmônica dos poderes, tanto pelo aglutinar de funções quanto pela possibilidade de usurpação dos Poderes constitucionalmente estabelecidos. Do outro lado, defensores das Agências alegavam que a pluralidade de funções seria necessária para garantir maior adaptabilidade à dinâmica de Mercado, coesão e controle na execução das políticas públicas envolvidas. A tensão entre as correntes divergentes se fez perceber em vários julgados na Suprema Corte Americana, gravitando as discussões em torno da teoria da *non delegation doctrine* e os limites para a revisão judicial das escolhas das Agências (VALLE, 2021, p. 143).

Em um esforço de perenizar boa parte da tradição jurídico-doutrinária construída sobre as Agências Reguladoras no direito brasileiro, o Estado brasileiro editou a lei nº 13.848/2019 e consolidou as regras gerais relativas à gestão, organização, processo decisório e controle social das Agências Reguladoras em nosso sistema jurídico.

As normas relativas ao processo decisório serão analisadas um pouco mais a frente, sendo relevante destacar, na atual fase do presente artigo, que a caracterização legal da natureza especial das Agências Reguladoras na lei nº 13.848/2019 consagra as tradicionais lições definidoras dessas instituições e reforçam o traço da independência como um atributo que se exercita perante o próprio governo (NOBRE JUNIOR, 2021, p. 70). Nesse sentido, o artigo 3º aponta que 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. Em complemento, o parágrafo 2º do

artigo 3º da lei pormenoriza as competências que firmam a autonomia administrativa das Agência Reguladoras, notadamente, o poder de celebrar contratos administrativos e iniciar junto ao Ministério da Economia processos relativos à realização de concursos públicos, provimento de cargos e alterações do quadro de pessoal e dos planos de carreira dos seus servidores.

Traçado esse quadro geral, fica evidente a importância das Agências Reguladoras no sistema jurídico brasileiro. Ao estimular, desencorajar, penalizar ou premiar comportamentos de agentes privados na consecução de atividades econômicas ou na prestação de serviços públicos relevantes, as Agências Reguladoras estabelecem as principais regras do jogo (NORTH, 2018, p. 13) que guiam o funcionamento de setores cruciais para o desenvolvimento do país. Dessa forma, é possível antever que a ampla gama de atuações e responsabilidades dessas Autarquias reclama por segurança, previsibilidade e estabilidade. Nesse contexto, despontam as regras que disciplinam o processo administrativo que antecede a tomadas de ações e decisões das Agências Reguladoras. Entender o caminho que envolve a informação enviada pelo sistema social ou econômico, a sua assimilação pela Autarquia e a resposta materializada em algum ato ou decisão administrativa é desafio que se impõe para enfrentamento no tópico sequencial.

3. Processo administrativo: o caminho até a ação ou decisão estatal

As entidades que compõem o Estado brasileiro são colocadas a todo instante em situações de tomada de decisão. Reagindo ou atuando sem prévia provocação, o agir administrativo não se materializa de modo espontâneo, como um reflexo humano, independente de uma normatização prévia. No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública encontra suas atribuições, responsabilidades e competências no ordenamento jurídico, de modo que a aferição de consentaneidade jurídica (juridicidade) do agir administrativo desponta como o sustentáculo fundamental legitimador do atuar estatal. A juridicidade deriva dos princípios e regras constitucionais e legais que legitimam democraticamente ações e decisões dos órgãos administrativos (BINENBOJM, 2014, p. 37).

As tomadas de decisão e as ações administrativas no Estado brasileiro se materializam por atos administrativos. Os atos administrativos são espécies de atos jurídicos regidos por normas de Direito Público, que conferem prerrogativas ao agir da Administração na concretização de interesses públicos (FRANÇA, 2007, p. 55). Os atos administrativos são praticados para realizar os objetivos constitucionais conferidos aos entes públicos e aos que estejam no exercício de sua apresentação. Logo, o controle de juridicidade dos atos administrativos será guiado pela verificação de existência de fundamentação legal ou constitucional do ato ou decisão administrativa à luz das normas jurídicas aplicáveis ao caso.

Em complemento à perspectiva estática normativa, em que se investiga o respaldo legal e constitucional do ato administrativo praticado, identifica-se no processo administrativo o regramento de atos e fatos que materializam ações concretizadoras dos objetivos, interesses e fins sociais, estatais ou individuais e que reclamem, em algum nível, a participação de algum ente ou órgão administrativo na interpretação/aplicação do direito. A par da relevância da necessidade de aferição de legitimidade normativa da ação estatal final, é no processo administrativo que se aferirá a referibilidade jurídica da dinâmica que resultou em um dado encaminhamento de um órgão público.

O processo administrativo pode ser definido como o complexo de trâmites e exigências legais posto pelo ordenamento jurídico para disciplinar o sequenciar de fatos e atos administrativos que envolvem a tomada de decisões pela Administração Pública (SUNDFELD, 2014, p. 299). O regramento do procedimento administrativo por meio de normas adjetivas visa a estabelecer uma sucessão de eventos e atos assessoriais encetados a concretizar um ato principal, que representa o agir administrativo esperado.

No âmbito da Administração Pública Federal, destaca-se a Lei nº 9.784/1999, conhecida como a Lei do Processo Administrativo Federal, principal diploma normativo infraconstitucional a estabelecer as normas gerais relativas a procedimentos administrativos. Realizando-se um mapeamento geral da lei, observa-se a explicitação de guia principiológico e critérios de atuação procedimental no artigo 2º; direitos e deveres do administrado nos artigos 3º e 4º; regras fundamentais atinentes a instauração, tramitação e atribuição de competências no processo administrativo entre os artigos 5º a 47; a consubstanciação do dever de decidir e de motivar nos artigos 48 a 50; disciplinamento sobre desistência, extinção, anulação, revogação e invalidação entre os artigos 51 a 55; o regramento nuclear da recorribilidade das decisões administrativas entre os artigos 56 a 67; e a previsão dos tipos de sanções possíveis de serem impostas administrativamente no artigo 68, além das disposições finais entre os artigos 69 a 70.

Como é possível se depreender do panorama apresentado, a Lei nº 9.784/1999 trouxe as balizas gerais dos processos administrativos instaurados na esfera federal. Para afastar quaisquer dúvidas que pudessem surgir sobre sobreposição de normas, o legislador plasmou no artigo 69 da lei que regras e procedimentos específicos previstos em outras leis continuariam vigentes, aplicando-se os comandos da lei nº 9.784/1999 apenas subsidiariamente. Logo, no âmbito federal, aplicam-se as regras descritas no parágrafo anterior, salvo regramento próprio constante em diplomas normativos que disciplinem procedimentos administrativos específicos, como a Lei do Processo Decisório das Agências Reguladoras, a seguir estudada.

4. Processo decisório das agências reguladoras e os novos parâmetros legais: realismo, consequencialismo e a consideração da variável efficientista

A concretização de todo o universo de competências legalmente atribuído às Agências Reguladoras passa por tomadas de decisões. Decisões administrativas concluem a análise de uma demanda que urge, em algum grau, por definição. Pior que uma decisão ruim, passível de correção por um recurso, é não decidir. Para as situações que demandam por atos estatais liberatórios de exercício de atividades exploradas por particulares, a inação ou o silêncio administrativo pode alcançar cenários ainda mais sensíveis para os administrados e para determinados setores econômicos. Nesses casos, a inércia estatal faz com que pessoas sejam levadas a agir ilícitamente, sem o respaldo do ato administrativo que o ordenamento estabelece como requisito para a exploração de uma determinada atividade social ou econômica (MARRARA, 2021, p. 20).

No âmbito da Administração Pública, postergar injustificadamente uma decisão é não concretizar uma determinada competência legalmente atribuída, prolongando um cenário de indefinição, o que é incompatível com a dinâmica vida em sociedade e com as legítimas expectativas dos administrados. Seja pela necessidade de definir uma discordância entre dois ou mais agentes, seja pela necessidade de adoção de um dado encaminhamento materializado em um agir, decidir é o verbo que respalda a existência das Agências Reguladoras enquanto instituições públicas.

A regulação estatal da economia materializada pelas Agências Reguladoras é vocacionada a conduzir atividades econômicas relevantes aos interesses públicos legitimamente tutelados pelo ordenamento jurídico e a corrigir falhas de mercado, compreendidas como as variáveis que gravitam ao redor de ações econômicas e resultam em maiores custos e ineficiente alocação de recursos (NUSDEO, 2015, p. 115). Apesar disso, nem todas as vocações humanas ou institucionais são concretizadas e isso não é diferente com as Agências Reguladoras.

As dificuldades para se alcançar eficiência na regulação iniciam com a própria definição de interesse público, conceito indeterminado e extremamente aberto, variável, de difícil precisão nos casos concretos e, principalmente, passível de colisão com outros interesses, públicos ou não, tutelados pelo ordenamento jurídico, dado que muitos são os valores depreensíveis do texto constitucional. Do mesmo modo, o diagnóstico e a correção estatal das falhas de mercado não é algo simples. Sempre há o risco de a regulação não atender a outros interesses públicos também relevantes, mas desconsiderados na tomada de decisão, ou, simplesmente, termos o ente regulador cooptado por grupos de interesse.

Ao se considerar que as Agências Reguladoras encampam suas principais decisões por meio de órgãos colegiados e heterogêneos (com representantes do Governo, Mercado e sociedade civil), observa-se que o caminho traçado com uma composição

plural foi o de compensar, ainda que parcialmente, a natural limitação da legitimidade democrática dessas instituições, especialmente ao compará-las com o Executivo e o Legislativo, Poderes que criam as Agências Reguladoras e demais normas do sistema jurídico através do processo legislativo.

Outro elemento a complexificar a tomada de decisões regulatórias é a consideração da escassez, fundamental para a compreensão do funcionamento do sistema econômico capitalista, mas tradicionalmente negligenciada por construções doutrinárias jurídicas ou timidamente considerada em decisões administrativas. Nessa perspectiva, a consideração da variável econômica na análise de institutos jurídicos vem-se revelando relevante na compreensão do Direito e sua operabilidade.

Comparando a funcionalidade dos sistemas jurídico e econômico, percebe-se que a análise das consequências práticas em razão das tomadas de decisões é algo natural à Economia. De fato, a Economia, enquanto ciência, pode ser definida como o estudo de modelos econômicos e dos comportamentos de agentes racionais ao considerar a escassez dos recursos e seus usos alternativos em um contexto de infinitas possibilidades de alocações (ROBBINS, 1932, p. 15). A realidade e as consequências verificadas em função de uma ação econômica são o campo de estudos apropriado para a valoração eficientista das condutas e comportamentos econômicos. No Direito, por outro lado, embora haja linhas de pensamento que entendem que as mudanças promovidas na realidade por uma decisão devem ser consideradas, como o Realismo Jurídico, há consolidada tradição no sentido de que as consequências, enquanto elementos extrajurídicos, não podem guiar ou influenciar decisivamente na tomada de decisões, sob pena de fragilizar valores caros como a segurança jurídica e a legalidade.

Todavia, não se pode esquecer que o Direito também é realidade (NOBRE JUNIOR, 2019, p. 246). Especialmente em situações complexas, nas quais binômio lícito/ilícito é apenas uma saudosa lembrança de tempos em que as questões postas apontavam com clareza uma única solução, a tomada de decisão deve considerar as consequências, sob pena de risco de desperdício de recursos públicos, oportunidades e, no longo prazo, insustentabilidade jurídica e econômica. A desconsideração da variável econômica em lúdimas decisões já trouxe duras consequências à sociedade brasileira.

Um consequencialismo sem parâmetros, em que as decisões são casuisticamente escolhidas em função das consequências, certamente não será um caminho para a previsibilidade das decisões estatais e, conseqüentemente, para a segurança jurídica, valor fundamental para uma sociedade (ÁVILA, 2021, p. 66). No outro extremo, negligenciar o fato de que as consequências existem e que o Direito integra e faz parte do mundo real pode representar a aniquilação de compromissos e direitos sociais com a inviabilização de restritos orçamentos públicos, assim como tornar o sistema

econômico disfuncional e distante do seu principal objetivo: promover a criação e a circulação de riquezas.

Considerando que a interpretação/aplicação do direito não opera, independentemente da situação concreta que reclame por definição, os mandamentos constitucionais aplicáveis ao caso devem ser interpretados em função das condições factuais e não em razão de abstrações eminentemente normativas (MOREIRA, 2020, p. 35).

Dada a peculiar posição das Agências Reguladoras, verdadeiras portas giratórias que, ao mesmo tempo em que divisam os sistemas jurídico e econômico, viabilizam a recepção, filtragem e resposta das mensagens encaminhadas pelos dois sistemas, a perspectiva consequencialista, especialmente a efficientista, deve ser considerada por essas especiais entidades em suas funções.

As decisões das Agências Reguladoras interferem em alguma medida no funcionamento do Mercado. Logo, atentar para as consequências econômicas é dever que se impõe ao ente regulador que almeja ser eficiente e condizente com seus objetivos constitucionalmente estabelecidos. Dada a escassez de recursos, mudanças promovidas por ações regulatórias que incrementem os níveis de eficiência do sistema econômico e se afastem do desperdício de recursos serão naturalmente valorizadas e absorvidas, ainda que se percebam naturais e pontuais resistências de agentes no curto prazo.

Negligenciar essas premissas é arriscar a aproximação das ações regulatórias aos equívocos de governo, espécie de falha de mercado em que a causa para uma determinada ineficiência econômica verificável no Mercado é identificada em uma ação governamental (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 77). Após anos de experiências estatais que negligenciaram a variável econômica e, a par de boas intenções, geraram graves problemas socioeconômicos, o Estado brasileiro foi instigado a refinar os instrumentos jurídicos que viabilizam ações e decisões administrativas, inclusas as regulatórias.

Como resultado dessa evolução e com o objetivo de conferir melhores instrumentos para as Agências Reguladoras desempenharem suas funções, identifica-se no novo diploma legislativo disciplinador do processo decisório das referidas entidades a Lei nº 13.848/2019, e, no atual microssistema jurídico disciplinador das decisões administrativas, o caminho identificado pelo legislador brasileiro para atender as expectativas de maior refinamento econômico nas ações regulatórias. Antes, avaliar-se-á o necessário exercício que antecede à decisão: o necessário planejamento e firmamento de premissas metodológicas para evitar o abuso do poder regulatório.

4.1 Os parâmetros normativos estabelecidos na Lei de Liberdade Econômica para evitar o abuso do poder regulatório

Ao analisar a evolução da atuação do Estado brasileiro na Economia, verificou-se que a sucessão de Constituições e mudanças normativas retiraram o protagonismo do Estado enquanto agente operador, passando ao setor privado a exploração de serviços públicos e setores econômicos relevantes. Esse caminho traçado consolidou o Estado brasileiro com o perfil regulatório, responsável por editar as principais regras que disciplinam o funcionamento da Economia.

Dentre os principais resultados identificados nessa mudança do perfil institucional, observa-se a profusão de leis, decretos e regulamentos voltados a regular a Economia em todos os níveis de governo de nossa Federação. O emaranhado legislativo e regulamentar trouxe conflitantes direcionamentos para a interpretação/aplicação do direito e cenários de indefinição sobre quais comandos normativos devem ser atendidos. A comunicação estabelecida entre Estado e Economia passou a ser cada vez mais ruidosa e, em alguns casos, interrompida. O afã de querer regular para orientar e resolver problemas sociais e econômicos deu espaço para intervenções indevidas, abusivas, desvirtuadas e morosas.

O exercício de determinados direitos ou poderes pode vir acompanhado do risco de abuso ou desvio de finalidade imaginada para o instituto jurídico. E isso não escapa ao direito regulatório. Eventual distanciamento dos objetivos pensados para a regulação pode ser fruto de displicente ou dolosa atuação do ente regulador, que não anteviu determinadas consequências em seu agir regulatório ou materializou em suas ações interesses exclusivos de agentes econômicos específicos em detrimento da funcionalidade do Mercado. O abuso de poder regulatório é tema que se encontra inserido nas tradicionais construções doutrinárias do Direito Administrativo no estudo do desvio de poder dos atos administrativos, sendo uma espécie de vício que distancia o ato da finalidade para o qual foi pensado.

Com o objetivo de auxiliar a Administração Pública na definição de políticas regulatórias, a Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, consagrou no Capítulo “Das Garantias da Livre Iniciativa” os principais requisitos e premissas a serem consideradas para que uma determinada ação regulatória não seja considerada abusiva. A mercê de regulamentar, corrigir falhas de mercado e conferir segurança e previsibilidade ao cenário econômico, a regulação, quando abusiva, desnatura algumas das garantias concretizadoras da liberdade de iniciativa (MENDONÇA, 2019, p. 213), princípio constitucional fundante da Ordem Econômica.

Diante da relevância das orientações traçadas nos dispositivos legais, impõe-se o detalhamento dos principais guias normativos estabelecidos no artigo 4º e incisos.

O artigo 4º, incisos I e II estabelecem que as regulações não devem criar indevidas reservas de mercado ou dificultar a entrada de novos competidores no Mercado, em evidente concretização dos princípios da liberdade de concorrência e livre iniciativa. Será abusiva a regulação que instituir benefícios injustificados, concedendo privilégios a determinados agentes privados de modo a inviabilizar um ambiente de livre concorrência e acesso aos Mercados. Medidas regulatórias viabilizadoras de reserva de mercado são exemplos clássicos de captura do órgão regulador. A teoria da captura aponta que há situações em que o ente competente para editar regras necessárias para o funcionamento de um determinado setor econômico atua de modo a refletir os interesses de corporações influentes, em detrimento dos que estejam distanciados dos centros de decisão regulatória e, conseqüentemente, em prejuízo da população (MARQUES NETO, 2020, p. 21). O cenário de liberdade de ingresso e permanência no exercício de atividades econômicas são alguns dos principais guias para controle da captura regulatória.

Em uma tentativa de frear as desnecessárias e tradicionalmente conhecidas regulamentações burocráticas e exigências cartorárias estabelecidas pelo Estado brasileiro ao exercício de atividades empresariais, o artigo 4º, incisos III, IV, VI, VII e IX apresentam comandos normativos para diminuir as dificuldades de se abrir e operar uma empresa no Brasil. Nos relatórios intitulados “*Doing Business*”, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento – OCDE, o Brasil sempre ocupou péssimos índices relativos à avaliação do ambiente de negócios. Os parâmetros de avaliação envolvem, especialmente, a análise da dificuldade de abertura de empresas, de obter alvarás para funcionamento, a infraestrutura disponibilizada para produção e escoamento, o cenário creditício e as demais regulamentações disciplinadoras das atividades econômicas. Enquanto estava sendo mantido, o Brasil ocupava a 124ª posição no ranking relativo à “facilidade de se fazer negócios”, que pontua as normatizações que prestigiam a eficiência e a liberdade na execução das atividades econômicas e empresariais (BANCO MUNDIAL, 2021). A expectativa é a de que as normas estabelecidas nos incisos em destaque guiem os entes reguladores no planejamento de suas ações, alertando para os efeitos colaterais desestimuladores da circulação e geração de riquezas que alguns atos regulatórios podem trazer, para que, após alguns meses ou anos, o Brasil tenha condições de alcançar um melhor posicionamento no cenário internacional quanto ao ambiente de negócios aqui existente.

O artigo 4º, inciso V traz relevantíssimo norte normativo, qual seja o de orientar para que as regulações não incrementem injustificadamente os custos de transação dos negócios. A expressão “custos de transação” se tornou popular com os estudos de Ronald Coase sobre a natureza das empresas (*firms*), externalidades e os custos sociais existentes nos Mercados. Para o autor americano, o sistema jurídico deveria propiciar um ambiente de negociação o mais livre possível, de modo a reduzir os custos de transação e direcioná-los aos que tivessem melhores condições de os assumir (COASE, 2016, p. 129). A diminuição de gastos com custos sociais significa

maiores recursos para geração e circulação de riquezas, o que deve ser o mote principal de qualquer sistema econômico que busque eficiência, não devendo ser negligenciado pelos entes reguladores.

Destaca-se também o artigo 4º, inciso VIII com a diretriz para que as regulações não restrinjam publicidades e propagandas, ressalvadas situações de vedação estabelecida em lei. Considerando que as peças publicitárias dão vida à apresentação de produtos e serviços para uma população dispersa por meio de diversos meios de comunicação e mídias sociais, permitir que elas tenham possibilidade de alcançar diferentes perfis e interesses contribui para que as empresas consigam realizar melhor suas atividades.

Em complemento, o artigo 5º da Lei da Liberdade Econômica apresenta a Análise de Impacto Regulatório, também previsto na Lei Geral das Agências Reguladoras, no artigo 6º. Trata-se de instituto jurídico que antecedente a mudança de regras regulatórias e destinado a auxiliar no controle de abusos regulatórios.

A Análise de Impacto Regulatório pertence às etapas de estudo e planejamento de políticas regulatórias e pode ser definida como o procedimento voltado a avaliar as mudanças fáticas que decorrerão em função da alteração de normas regulatórias, de modo a se confirmar a razoabilidade do impacto e garantir maior racionalidade e previsibilidade às decisões dos entes reguladores (MENEQUIN, 2020, p. 360).

No âmbito federal, a Análise de Impacto Regulatório é regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020, normativo que estabelece as principais regras do instituto, como os métodos, critérios e as situações de obrigatoriedade e dispensa. Prestigiando o princípio da não surpresa e com o objetivo de conferir maior legitimidade às políticas regulatórias, o Decreto prevê hipóteses de consulta pública e participação social dos afetados pelas mudanças, além de inovar com a previsão da Avaliação do Resultado Regulatório, instrumento de acompanhamento das alterações promovidas no cenário regulatório.

Complementa o Decreto nº 10.411/2020 o “Guia para elaboração de Análise de Impacto Regulatório” (BRASIL. Ministério da Economia, 2021), publicado pelo Governo Federal com didático minudenciar de etapas e orientações gerais do procedimento. Percebe-se uma evidente preocupação para que as tomadas de decisões regulatórias não sejam abusivas, não surpreendam os agentes privados e viabilizem um melhor ambiente de negócios.

Por fim, há que se considerar que o abuso no exercício do poder regulatório pode se dar também pela via omissiva, quando, por exemplo, Agência Reguladora, provocada ou não, deixa de editar, de forma injustificada, atos regulatórios necessários para a normatização de determinados eventos ou fatos econômicos que reclamam por um disciplinamento pelo ente regulador. Como destacado em tópico anterior, o silêncio administrativo pode representar uma frustração para um setor ou agentes

privados que carecem de uma manifestação estatal sobre um determinado tema. Considerando que Agências Reguladoras editam atos regulatórios cruciais para a dinâmica de Mercado, a omissão ou retardamento injustificado pelas Agências poderá resultar em prejuízos à sociedade, além de estimular comportamentos inadequados ou ilegais nos envolvidos, como corrupção ou tráfico de influência, voltados a garantir que os processos alcancem um desfecho.

As Agências Reguladoras encontram amparo para o exercício de suas competências normativa, fiscalizadora e regulatória no texto constitucional e em leis. Na já apresentada lei de processo administrativo federal, o artigo 48 estabelece o dever da Administração Pública de decidir matérias de sua competência, ao passo que o artigo conferiu um prazo de 30 dias, prorrogável por igual período, para a confecção da decisão. Nesse sentir, ultrapassados os 60 dias sem decisão, estaria a Administração em mora, devendo haver motivo justificável para que não tenha concluído. O legislador reconheceu a necessidade de evitar cenários de indefinição, em claro prestígio ao princípio da duração razoável do processo (MARRARA, 2021, p. 24).

Para mitigar cenários de paralisia decorrentes do silêncio administrativo, leis foram editadas voltadas a proporcionar efeitos positivos para os casos de inação pelas Agências Reguladoras. Nesse sentido, destaca-se a possibilidade de aprovação tácita dos atos públicos de liberação de atividade econômica, previsto no artigo 3º, inciso IX da Lei de Liberdade Econômica.

De acordo com o dispositivo legal, para ser possível a materialização de efeitos positivos em situações de silêncio administrativo, há situação deve envolver um requerimento formulador por interessados de confecção de ato administrativo liberatório de atividade econômica. Estando o processo devidamente instruído e tendo a Administração Pública estabelecido um prazo para decidir, o descumprimento do prazo gerará os efeitos positivos de liberação, ressalvados os casos vedados em lei (CYRINO, 2019, p. 152).

Feito o panorama dos comandos normativos voltados a evitar o abuso do poder regulatório, é possível concluir que o objetivo do legislador foi contribuir na consolidação de uma sociedade mais inclusiva, compreendida como aquela formada por instituições jurídicas, econômicas e políticas que garantam condições mínimas de inserção social e autodeterminação dos indivíduos (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 61). O Direito regulatório, como qualquer outro instrumento jurídico, pode ser desenhado para inclusão ou marginalização de indivíduos ou grupos sociais. Dessa forma, Agências Reguladoras que editem abusivas regulações se consolidarão como instituições extrativistas e legitimadoras de iniquidades sociais. A guinada percebida na Lei da Liberdade Econômica é a de redimensionar o Estado e viabilizar um cenário propício à geração e circulação de riquezas pela iniciativa privada.

4.2 Artigos 4º e 5º da Lei nº 13.848/2019 e a comunicação estabelecida com a LINDB para o resgate da autoridade das decisões regulatórias

A lei nº 13.848/2019, também conhecida como lei geral das Agências Reguladoras, concentrou nos artigos 4º e 5º as regras fundamentais das decisões destas Autarquias. Os dispositivos apontam a necessidade de adequação do ato decisório ao fim proposto e o dever de explicitação dos pressupostos de fato e de direito que respaldam um determinado encaminhamento administrativo, em clara concretização dos princípios da proporcionalidade (em sua perspectiva ou subprincípio da adequação) e o princípio da motivação, já consagrados no Direito Administrativo, em evidente respeito do legislador à principiologia administrativa.

A necessidade de observância de “adequação entre meios e fins” estabelecida no artigo 4º preconiza a adoção de orientações e imposição de deveres que sejam proporcionais e suficientes ao atendimento do interesse público. Já o dever de motivar as decisões adotadas pelas Agências Reguladoras, constante no artigo 5º, materializa diretriz coadunada ao princípio da segurança jurídica, garantindo aos agentes privados prestadores de serviços públicos, aos que explorem atividades econômicas reguladas e à população em geral o conhecimento das razões fáticas e jurídicas que ensejaram a prática do ato (SCHIER, LIMA, 2021, p. 53).

A par da relevância dos referidos dispositivos legais, a complexa atuação e relevância das Agências Reguladoras reclama por uma regulamentação mais detalhada, naturalmente inviável de ser guiada exclusivamente por dois artigos. Sem avançar em regras legais e infralegais tematizadas, próprias de Agências que regulam serviços públicos ou setores econômicos específicos, há diplomas normativos que são plenamente aplicáveis para o disciplinamento do agir das Autarquias destinadas a regular. Antes, fundamental entender o que é o decidir, em complemento à noção de ato administrativo já apresentada, sua evolução histórica e o contexto atual.

Decidir é cristalizar em um determinado momento uma escolha dentro de um universo de possibilidades ofertadas ao que toma a decisão. Há situações em que o encaminhamento administrativo é mais simples, cabendo no máximo a decisão entre agir por um caminho ou não agir. Em outras, mais complexas, há uma ampla gama de escolhas, sem que nenhuma delas possa ser aprioristicamente considerada incompatível com o sistema jurídico. De todo modo, a análise feita do que se decidiu é naturalmente realizada em um contexto fático diverso do gerado em razão das consequências verificadas.

Quanto maior o leque de possibilidades concretas de encaminhamentos, maior o trabalho mental do gestor público na tarefa de exclusão dos caminhos para não se seguir. Decidir é, ao final, dizer sim para uma solução e não para todas as outras possíveis, inclusive para as sequer conjecturadas pelo gestor público, dada a natureza humana, naturalmente dotada de limitada racionalidade, e as dificuldades impostas

por cenários recamados de assimetria de informações. Considerando que as decisões administrativas envolvem o uso e empenho de escassos recursos orçamentários, é legítima e normativamente fundada a expectativa de que as ações adotadas sejam eficientes.

Concluir que uma decisão administrativa é ruim, não tão oportuna ou ineficiente é muito menos desafiador em um exame retrospectivo (como ocorre com as de controle) do que a avaliação feita no momento da tomada de decisão pelo ente regulador. A constatação posterior na realidade do que efetivamente a decisão promoveu de mudanças e a contínua coleta de informações no decurso de tempo auxiliam naturalmente o julgamento da ação administrativa adotada. Dada a relevante incumbência que recai sobre os órgãos de controle, desafiados cada dia mais por refinados esquemas de corrupção, capturas do ente regulador por setores econômicos organizados e de desvio do agir administrativo do interesse público, a dinâmica temporal auxilia na análise de legalidade dos atos administrativos, sem que isso seja considerado um problema para o agente público ou para a Agência Reguladora.

Especialmente após a Constituição de 1988, o controle das decisões administrativas evoluiu e passou a valorar e sindicá-las cada vez mais o mérito do ato administrativo. As escolhas administrativas, antes reservadas ao gestor público, tradicionalmente entendido como o agente mais apropriado para avaliar a conveniência e oportunidade dos encaminhamentos das políticas públicas definidas, começaram a ser questionadas judicialmente e junto a outros órgãos de controle, dada a percepção de que os malfeitos deveriam ser combatidos pelas instituições republicanas com maior intensidade.

Nesse contexto, permaneceram as consequências do deslocamento temporal entre a prática do ato e seu julgamento, vistas no parágrafo anterior, que colocam o órgão de controle em uma situação mais favorável que o gestor público para considerar a ação adotada como incorreta. No entanto, a mudança do que efetivamente se controla alcançou um novo cenário, o de sindicabilidade do ponderado pelo gestor público e o questionamento das possibilidades existentes e ofertadas ao decisor em um contexto diverso do que existente no momento da tomada de decisão.

Após anos de experiência nesse sentido, o resultado desse cenário foi a sensação de substituição do gestor público pelos órgãos de controle, em especial, pelo Judiciário. Não se desconhecem as boas intenções que levaram a esse cenário de ativismo judicial e de deferência aos posicionamentos das Cortes de Contas, mas a lógica de funcionamento do sistema administrativo terminou sensivelmente fragilizada. As fronteiras divisórias que fundam a separação de poderes foram sendo desnaturadas, em prejuízo à *expertise* técnica dos servidores do Executivo e da própria competência constitucional deste Poder em administrar recursos orçamentários escassos para concretização de políticas públicas democraticamente definidas em eleições (NIEBUHR; OLIVEIRA; MEDEIROS, 2020, p. 82). A pauta pública passou a iniciar não

mais com o exercício mental em como resolver problemas sociais, mas em definir quais caminhos passarão pelo crivo do controlador.

Atualmente, afloram teses sobre os receios percebidos pelos gestores públicos em, simplesmente, decidir, materializando em ações as incumbências postas para a concretização de políticas públicas. O que fora pensado para trazer mais segurança jurídica acabou fragilizando-a, estabelecendo o que se comumente denomina como Direito Administrativo do medo (SANTOS, 2020, p. 39). Considerando os longos prazos de prescrição e decadência para análise e desfazimento dos atos administrativos no sistema jurídico brasileiro, muitos gestores públicos olham para o espaço disponibilizado para assinatura de contratos administrativos ou expedição de atos e realizam o árduo exercício de futurologia sobre como os órgãos de controle poderão avaliar a decisão tomada. A impressão comum identificada nas repartições públicas é de que, com o inexorável passar dos dias, a fina poeira do tempo que recama paulatinamente sobre os documentos instrumentalizadores de atos públicos dificultará a compreensão do órgão de controle em avaliar a gravidade e a sensibilidade das circunstâncias factuais que ensejaram um determinado encaminhamento administrativo.

Sensível a essa realidade, o Congresso Nacional aprovou leis voltadas a resgatar o protagonismo do gestor público na tomada de decisões e, principalmente, para dar novas balizas de controle dos atos administrativos praticados. Em especial, destaca-se a Lei nº 13.655/2018 que trouxe novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Da leitura dos dispositivos incluídos em 2018, em especial, dos artigos 20 a 24, observa-se uma clara inclinação do legislador a atenção à realidade dos fatos que envolvem o agir administrativo e uma preocupação com os compromissos assumidos pela Administração. As novas regras objetivam conferir maior estabilidade, transparência, segurança, fundamentação e previsibilidade das decisões públicas e suas consequências (MOREIRA, 2019).

A título de registro, importante destacar que a LINDB, em sua redação originária, já apresentava dispositivo legal com clara preocupação com a realidade afeta às decisões. Trata-se do artigo 5º, com redação inalterada, que aponta que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Por mais que o dispositivo se refira à atividade do integrante do Poder Judiciário, há que se reconhecer a plena aplicabilidade do comando normativo ao administrador público para que teça descrições empiristas e realize considerações realistas em suas atividades.

De todo modo, o que se percebe da leitura dos novos dispositivos da LINDB é uma exortação para que o gestor público minudencie na motivação do ato administrativo todas as circunstâncias fáticas relevantes e não apenas o principal fato que ensejou a tomada de decisão. Há uma sugestão, uma indicação para que, especialmente em

situações complexas, o gestor público aponte todo o cenário que influenciou a escolha realizada, seja para auxiliar o controlador a compreender as agruras às quais o administrador estava submetido, seja para respaldar ainda mais o encaminhamento adotado. Em muitos casos, por mais que uma razão fática seja suficiente para fundamentar, ela, por si só, não tem condições de retratar todo o cenário em que a decisão foi tomada. Logo, pormenorizar na motivação o contexto factual e não apenas o fato principal, suficiente para fundamentar um determinado encaminhamento, mas insuficiente para a apresentação do quadro geral posto à definição, pode auxiliar o controlador a compreender as razões que levaram à ação administrativa.

Voltando os olhos aos principais comandos normativos inseridos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, iniciemos à análise pelo artigo 20. O referido dispositivo legal traz, simultaneamente, uma permissão e uma contenção ao agir administrativo. Nesse sentido, destaca-se a possibilidade de se decidir com base em valores jurídicos abstratos (permissão), desde que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (contenção).

Valores jurídicos abstratos, conforme artigo 3º, §1º do Decreto nº 9.830/2019, diploma regulamentador dos artigos 20 e 30 da LINDB, são normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração. Essas seriam as normas que, ao fundamentar uma decisão administrativa, demandariam uma oposição consequencialista.

Nesse ponto, vale destacar a dificuldade em se imaginar no atual cenário vivenciado pela Administração Pública situações que sejam disciplinadas exclusivamente por “valores jurídicos abstratos”. A grande maioria das situações apontam no sentido contrário, ou seja, de pluralidade de normas, orientações ou práticas administrativas conflitantes, que apresentam soluções em sentidos diversos, cabendo ao gestor público a identificação do que seria aplicável ou não caso concreto. Nesses cenários, o administrador, complementando a fundamentação ordinariamente posta em dispositivos legais e regulamentares, pode se valer de princípios, conceitos abertos ou indeterminados e valorações jurídicas para colmatar a motivação do ato e decidir. Nesse caso, ao se conferir peso a valor jurídico abstrato na decisão administrativa, o gestor público deverá apontar as consequências práticas que advirão da prática do ato.

A previsão de oposição expressa das consequências práticas assume um papel de contenção do administrador público, pois limitará não apenas “atos inconsequentes”, ou seja, atos que não conseguem antever o consumo de recursos públicos e problemas de operabilidade administrativa que advirão de sua prática inusual (por mais que algum princípio jurídico possa respaldá-lo), como franqueará a possibilidade de sindicat a metodologia utilizada para a previsão das consequências elencadas.

Obviamente, o gestor não tem como prever todos os riscos e consequências que advirão de uma tomada de decisão, mas a oposição do que foi visualizado poderá dar

luz ao controlador sobre a idoneidade do método utilizado para a previsão de consequências. Nesse sentido, exigir fundamentação para a antevisão das consequências, com regras de ônus de prova a determinar o resultado que deve ser privilegiado, selecionar critérios jurídicos para ordenação das consequências e avaliar mecanismos de vinculação para os casos futuros são caminhos a respaldar a ação administrativa e viabilizar um seguro controle futuro (LEAL, 2020, p. 31). Ainda sob essa perspectiva, o artigo 3º, §2º do Decreto 9.380/2019 aponta que consequências práticas são as possíveis de serem vislumbradas no caso concreto em razão de diligente atuação do gestor público.

Afinado ao artigo 20, o artigo 21 apresenta que em situações de decretação de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, as consequências jurídicas e administrativas deverão ser indicadas. Dada a gravidade da sanção de anulabilidade administrativa, a antevisão das consequências auxiliará na determinação dos novos encaminhamentos administrativos e tenderá a adiantar a solução que será sentida pelos administrados e servidores públicos, atingidos com a invalidação decretada.

Os dois artigos analisados olham não apenas para a realidade, mas também para o futuro, para as consequências dos atos administrativos. Ainda num esforço de atenção à realidade, centrando as energias ao contexto em que tomada a decisão, os artigos 22 e 24 estabelecem a necessidade de consideração dos obstáculos e dificuldades impostas ao gestor público ao atuar em concretização de políticas públicas de sua competência, bem como a consideração das orientações gerais à época da tomada de decisão.

Complexificando o desafio de avaliação e possível controle das decisões administrativas, encontram-se as ações de cunho regulatório, como as adotadas pelas Agências Reguladoras. Decisões estatais voltadas a regular a Economia são tomadas a partir de um diagnóstico técnico realizado pelo regulador ao olhar a realidade, naturalmente complexa e dinâmica, e imaginar um futuro alinhado com os objetivos e princípios do setor econômico em que a ação regulatória gerará efeitos. Por sua vez, no instante em que a decisão regulatória é tomada, o esforço futuroológico fica cristalizado no tempo, de modo que os agentes econômicos reagirão à previsão e à mudança percebida no cenário econômico. Naturalmente, a responsividade do Mercado leva a novas previsões e o ciclo reinicia.

Ultrapassando a discussão extremada entre a desconfiança da utilidade em se regular, inclinando-se para uma postura clássica e não intervencionista, e a tradicional ação regulatória arrimada exclusivamente em preceitos normativos democraticamente definidos, ou seja, regulação normatizada, mas sem uma explicitação da previsão das consequências possíveis e esperadas em razão da alteração promovida no cenário econômico, percebe-se que as mudanças promovidas na LINDB institucio-

nalizaram parâmetros consequencialistas e considerações realistas ao sistema jurídico. Dada a vocação instrumental das Agências Reguladoras em promover maior eficiência econômica e corrigir falhas de Mercado, a consideração das variáveis econômicas que estão presentes no cenário de tomada de decisão e as que advirão em função da ação regulatória tenderão a consolidar a noção ou princípio da deferência à Administração Pública em casos complexos.

Dentre as funções exercidas pelas Agências Reguladoras, a função normativa é de relevante destaque institucional, seja pelo alcance, seja pelos pontos de tensão decorrentes de seu exercício. A competência normativa deflui da lei que a criou e fica restrita aos termos em que delegada, dentro da matéria em que a instituição tecnicamente atua. Ao inovar no sistema jurídico com a edição de atos normativos, há sempre o risco de atritos com os Poderes Legislativo (exorbitando os poderes atribuídos) e Executivo (contrariando as políticas setoriais em execução ou frustrando as expectativas em uma política pública específica). Nesses cenários, há que se investigar se os atos editados pelas Agências estão de acordo com a finalidade pensada legalmente para a instituição.

Ao se estudarem os limites do controle judicial da Administração Pública, identifica-se na experiência norte-americana o desenvolvimento da ideia de deferência. O princípio ou *standard* da deferência é uma limitação ao ativismo judicial, representando uma diretriz para que o Judiciário realize um exercício de autocontenção ao analisar atos administrativos praticados dentro dos parâmetros legais aplicáveis, especialmente em situações em que não há um mero conflito de lícito/ilícito, mas uma abertura de encaminhamentos possíveis. O mero discordar da ação administrativa ou da interpretação adotada não é suficiente para respaldar a invalidação de ato administrativo (MEDEIROS, 2020, p, 227).

O caso Chevron é o precedente que simboliza um marco para o sistema judicial dos Estados Unidos. Partindo do pressuposto da *expertise* das Agências em atuar no setor para as quais foram instituídas, naturalmente há uma expectativa de que a análise do cenário realizada pela Autarquia seja a mais adequada e eficiente. Com o estabelecimento dessa diretriz, o precedente americano aponta ao Judiciário uma inclinação para a deferência às decisões das Agências Reguladoras que se revelarem razoáveis e fundamentadas em delegação legal em favor da Agência para regular sobre o tema (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1984).

Ao passo em que a lógica da deferência resultou no robustecimento do grau de autonomia das Agências Reguladoras, consolidaram-se parâmetros de investigação do acerto na política regulatória adotada, que guiaram uma atuação do Judiciário mais ou menos acolhedora dos atos editados pelas Agências.

Os principais fundamentos da decisão do caso Chevron foram a expertise das Agências Reguladoras em tratar de temas específicos, para os quais possuem vocação ins-

titucional, e a *accountability* política, de modo a permitir que novas orientações políticas sejam absorvidas pelas Agências, em compasso com as sucessões presidenciais. O fundamento complementar que se consolidou posteriormente foi o da consistência das interpretações, notadamente, o tempo que elas resistem e a assimilação delas pelos regulados. A consistência do comportamento das Agências, de modo que se pautem também pelas suas próprias interpretações, passa a ser vista como uma relevante necessidade de segurança jurídica (SUNSTEIN, VERMEULE, 2021, p. 108).

Limitando o alcance do *standard Chevron*, a Suprema Corte Americana, ao julgar o caso *Mead versus Estados Unidos*, consolidou uma etapa prévia à análise de ambiguidade em que a Agência atuou normatizando. O primeiro passo a ser dado seria o de investigar a intenção do Congresso na formação da lei, de modo a se avaliar se a atuação administrativa estava de acordo com ela. O caminhar da Suprema Corte trouxe um incremento de complexidade aos julgamentos, cabendo aos juízes investigar os motivos que levaram à edição da lei que lastreou a atuação da Agência (JORDÃO, 2022, p. 391).

Finalmente, tem-se a Deferência Auer, que reavivou o debate em torno da deferência, notadamente, por permitir a revisão judicial das interpretações adotadas pelas Agências de seus atos regulatórios que se revelassem equivocadas ou inconsistentes com a regulação originária (VALLE, 2021, p. 156).

Ponto relevante a ser destacado é que a deferência Auer é restrita às interpretações realizadas pelas Agências de suas próprias normas. De todo modo, há críticas a deferência Auer, especialmente por incrementar as chances de cenários autoritários, em que as Agências teriam ampla liberdade de alterar suas interpretações. Para evitar cenários de injustiça e autoritarismo, o Judiciário americano passou a estabelecer condições de procedibilidade para a aplicação da deferência Auer, de modo a evitar que as interpretações realizadas pelas Agências não configurassem surpresas injustas para as partes reguladas, como uma retroatividade indevida. Exige-se das atividades das Agências uma consistência interna, de modo que suas interpretações não gerem um cenário de insegurança (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 99).

Ponto a ser destacado quanto à aplicabilidade da ideia de deferência, desenvolvida em um sistema jurídico de *common law*, no sistema jurídico civilista brasileiro é a necessidade, ainda que mínima, de esteio legislativo (NOBRE JUNIOR, 2021, p. 124). Nesse sentido, em situações de judicialização de política regulatória, havendo mais de uma interpretação aplicável ao caso e se verificando que a solução adotada na prática encontra razoabilidade e compatibilidade com as possibilidades ofertadas pela legislação, deve-se dar deferência à escolha realizada pela Agência reguladora, instituição mais capaz tecnicamente de compreender o Mercado no momento em que adotada a ação, ainda que o controlador não concorde com a decisão tomada.

Há que se ter em mente que as decisões das Agências Reguladoras são materializações do Plano Estratégico, do Plano de Gestão Anual e da Agenda Regulatória, previstas nos artigos 17 a 21 da Lei nº 13.848/2019. Dessa forma, a análise casuísta realizada pelo órgão controlador de um específico encaminhamento adotado e reputado inconveniente ou não suficientemente motivado pela Agência Reguladora poderá fragilizar todo um planejamento pensado para um complexo setor econômico. A noção de falha de governo não pode ficar restrita às avaliações das decisões do Executivo e das Agências Reguladoras, devendo naturalmente alcançar as decisões de controle que interferem na dinâmica de Mercado ao alterar as regras do jogo.

Em vias de conclusão dos principais pontos que apresentam o novo cenário normativo voltado a resgatar o prestígio e autoridade das decisões das Agências Reguladoras, não se pode negar a existência de perigos na futura acomodação operacional e interpretativa a ser conferida aos novos dispositivos legais em nosso sistema jurídico. Assim como pode ocorrer com qualquer inovação normativa bem-intencionada, há riscos para que as considerações realistas e a perspectiva consequencialista institucionalizada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pensadas a guiar as decisões das Agências Reguladoras a resolver problemas mais complexos, sejam cooptadas para malfeitos, dirigismos afastados do interesse público ou para respaldar preguiçosas ações administrativas. Dessa forma, entende-se que fundamentar que o ato administrativo teve que ser praticado de uma determinada forma em razão de um hipotético e não comprovado contexto ou a genérica alegação de necessidade circunstancial é, simplesmente, não fundamentar. Decididamente, a LINDB não socorrerá lacônicas fundamentações.

Nesse ponto, relembra-se que, para situações simples, em que o encaminhamento administrativo não demanda maiores esforços, o gasto de energia para a caracterização pormenorizada de consequências evidentes e rotineiras não apenas será inútil como contraproducente, consumindo desnecessariamente mais tempo que o normal para materializar a decisão. Considerações realistas e consequencialistas auxiliam na construção de camadas ao debate de temas complexos e que fujam do trivial, de modo que a análise de legalidade e dos regulamentos pertinentes continuará sendo suficiente para a solução da maioria das questões ordinárias (TOSTA, 2020, p. 25).

5. Conclusões

As Agências Reguladoras foram a opção escolhida pelo Estado brasileiro para a normatização e regulação dos mais sensíveis serviços públicos e atividades econômicas exercidas em nossa sociedade. Defender a autoridade das decisões das Agências Reguladoras e avaliar novas e refinadas possibilidades de atuações para essas Autarquias é necessidade que se impõe para a manutenção de um Mercado funcional e para a preservação dos interesses da sociedade alcançados pelas regulações.

Riscos quanto à acomodação final de novos institutos jurídicos criados por força de lei sempre existiram. Essa relevante preocupação, no entanto, não pode ser alçada à condição de inviabilizar a necessária atualização do sistema jurídico para o eficiente enfrentamento dos novos problemas sociais que demandem por diferentes respostas estatais.

A reforma legislativa materializada com a Lei Geral das Agências Reguladoras, os novos dispositivos da LINDB e a Lei da Liberdade Econômica trouxe novos parâmetros de contenção (voltados especialmente ao combate ao abuso do poder regulatório) e permissão às ações regulatórias materializadas ao final do processo decisório das Agências Reguladoras. Notadamente, destaca-se a institucionalização de parâmetros consequencialistas, realistas e pragmáticos, vocacionados a conferir uma regulação mais eficiente na correção de falhas de mercado e na concretização de valores constitucionalmente afetos a serviços de interesse público. Não se trata de um mero transplante jurídico de teorias desenvolvidas em outros sistemas ou um desfazimento da tradição juridicamente assentada, mas uma tentativa de refinar as possibilidades de regulação e robustecer a autoridade das Agências Reguladoras em nosso sistema jurídico.

6. Referências

- ACEMOGLU, Daren; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BANCO MUNDIAL. *Ranking Doing Business*. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>. Acesso em: 19 ago. 2021.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Guia para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)*. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/abril/arquivo/af_min_guiua_tecnico_plano_plurianual_alta.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

- COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Trad. Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CYRINO, Andre. Atos de liberação. In: MARQUES NETO, Floriano Marques; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à lei de liberdade econômica: lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC*, 467 U.S. 837. 1984.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 202, p. 7-29, abr./jun. 2014.
- HAYEK, Friedrich A. von. *The constitution of liberty: the definitive edition*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.
- JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública*. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- LEAL, Fernando. Consequencialismo. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. In: LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro. (Coord.). *Direito regulatório comportamental e consequencialismo: nudges e pragmatismo em remas de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à economia*. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à Intensidade da regulação estatal. *RDPE*, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=70>. Acesso em: 02 jan. 2022.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à regulação: liberdade de iniciativa – caso “UBER, STF”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sergio. *Dinâmica da Regulação. Estudo de Casos da Jurisprudência Brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte: Forum, 2020.
- MARRARA, Thiago. Administração que cala consente? Dever de decidir, silêncio administrativo e aprovação tácita. *Revista Digital De Direito Administrativo*, v.

8, n. 1, p. 19-49, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8i1p19-49>. Acesso em: 02 nov. 2022.

MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. Art. 4º: requisitos para regulação pública. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR. Otávio Luiz. *Comentários à lei da liberdade econômica: lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENEGUIN, Fernando B. A análise de impacto regulatório e o aprimoramento das normas. In: YEUNG, Luciana (Org.). *Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. São Paulo: Actual, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. A nova lei de introdução: segurança reforçada ao direito administrativo. In: VALIATI, Thiago Priess; húngaro, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. (Org.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. Normatividade legal V. regulatória – caso “tv a cabo, STF”: ADI nº 4.923, STF. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sergio. *Dinâmica da Regulação. Estudo de Casos da Jurisprudência Brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NIEBUHR, Pedro; OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MEDEIROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à administração pública: um ensaio sobre a doutrina chevron e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). *Nova LINDB: Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *As Normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

NORTH, Douglas C. *Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

- PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- ROBBINS, Lionel, *An essay on the nature and significance of economic Science*. London: Macmillan and Co, 1932.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; LIMA, Maria Cristina. O processo decisório das agências reguladoras: elementos de instrução à decisão regulatória (artigos 4º ao 6º da Lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo et al. (Coord.). *Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Lei e leviatã: resgatando o estado administrativo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.
- TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TOSTA, André Ribeiro. Realismo e a LINDB: amor à primeira vista? In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). *Nova LINDB: Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública*. Estudo de caso sobre os argumentos paternalistas. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- VALLE, Vanice Regina Lirio do. Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com standards aplicados pela Suprema Corte estadunidense. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 137-164, maio/ago. 2021.
- VILELA, Danilo Vieira. *Agências reguladoras e a efetivação da ordem econômica constitucional brasileira*. Salvador: Juspodivm, 2018.