

Poder Judiciário e deferência administrativa: o caso Fator GSF

Judiciary and Judicial Deference: The GSF Factor Case

Submetido(submitted): 07/12/2017

Parecer(revised): 17/12/2017

Aceito(accepted): 12/01/2018

Rodrigo Parente Paiva Bentemuller*

Resumo

Propósito – Propõe-se, através do presente artigo, avaliar, dentro do âmbito de um Estado Administrativo, com o aumento da complexidade do sistema normativo, as decisões da Suprema Corte americana, nos casos Chevron e Auer, acerca da deferência administrativa e possível aplicação de tais doutrinas no âmbito do sistema brasileiro, através de um caso existente nas cortes brasileiras, denominado aqui caso Fator GSF.

Metodologia/abordagem/design – Partiu-se da descrição do caso Fator GSF para demonstrar o impacto das decisões judiciais brasileiras sobre o mercado regulado da energia elétrica. Com tais premissas assentadas, passou-se a avaliar as Doutrinas Chevron e Auer, utilizando-se dos preceitos do Estado Administrativo, e, por fim, um panorama jurisprudencial acerca da deferência administrativa e possível aplicação no sistema jurídico brasileiro.

Resultados – Ao final, procurou-se demonstrar que, no âmbito do sistema normativo brasileiro, em relação a agências reguladoras, o Judiciário ainda apresenta a última palavra sobre a interpretação das normas regulatórias, apesar de haver indícios de deferência administrativa, especialmente em casos ligados à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Implicações práticas – A aplicação prática refere-se a um novo olhar a ser dado pelo Judiciário brasileiro quanto à interpretação das normas regulatórias e respectiva interpretação pelos órgãos reguladores, com base na deferência administrativa avaliada pela Suprema Corte norte-americana.

Palavras-chave: Estado Administrativo. Poder Judiciário. Regulação. Deferência administrativa. Casos Chevron e Auer.

Abstract

Purpose – This article evaluates, from the perspective of the Administrative State, the decision of the Supreme Court of USA, in the Chevron e Auer cases, about judicial deference and possible implications in the Brazilian normative system, considering an existing judicial case called GSF Factor.

Methodology/approach/design – The article begins with the description of the GSF Factor case to demonstrate the impacts of judicial decisions in regulation of the electric sector. With theses premises, it evaluates the Chevron e Auer doctrines,

*Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Defensor Público no Estado do Ceará nos anos de 2012-2013. Juiz Federal Substituto desde 2013. E-mail: rodrigoppb@gmail.com.

through the precepts of Administrative State. Finally, it analyses the judicial deference in the Brazilian law system.

Findings – *The findings of this articles are to demonstrate that Brazilian Courts still have the last word of interpretation of regulatory statutes, although Courts use judicial deference to cases related to the Brazilian Court of Accounts.*

Keywords: Administrative State. Judiciary. Regulation. Judicial Deference. Chevron and Auer doctrines.

Introdução

O Judiciário brasileiro, ao avaliar marcos regulatórios, adentra na interpretação das normas legais e regulatórias para dar a solução ao caso, acabando por vezes impactando o setor regulado, alterando as regras do jogo no curso do sistema regulatório. Exemplo disso é o que aconteceu – e vem acontecendo – no caso Fator GSF, relacionado, em especial, à liquidação de valores no âmbito do Mercado de Curto Prazo, regulado pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Percebe-se que não há preocupação do Poder Judiciário em avaliar ou fazer deferência às decisões técnicas administrativas.

No âmbito do Estado Administrativo, com aumento dos poderes normativos do Executivo ou de agências independentes/autônomas, o sistema legal apresenta maior complexidade, sobrelevando-se as normas técnicas dos experts dos entes reguladores. Tal circunstância impacta diretamente a avaliação por parte do Poder Judiciário, tendo este, por vezes, apresentado deferência às decisões técnico-administrativas, especialmente no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Neste artigo, procura-se, em um primeiro momento, expor o caso Fator GSF e o impacto das decisões judiciais no mercado regulado do setor elétrico. No segundo capítulo, aborda-se o Estado Administrativo e o papel do Judiciário, em especial através das Doutrinas Chevron e Auer, no âmbito da Suprema Corte norte-americana, culminando em uma breve análise do panorama jurisprudencial brasileiro. Nas conclusões, procura-se compatibilizar a inafastabilidade da jurisdição com a deferência administrativa.

Nesse panorama, o Judiciário, ao ingressar na seara de mercados regulados, deve guardar deferência às decisões técnicas dos órgãos reguladores, indo ao encontro da finalidade da criação das agências reguladoras no Brasil: estabilidade nas relações econômicas, por critérios técnicos.

A atuação do Poder Judiciário em mercados regulados: o caso Fator GSF¹

Para situar a problemática do presente estudo acerca do controle de legalidade por parte do Poder Judiciário sobre mercados regulados, faz-se uma abordagem sobre o caso do Fator GSF no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. Antes, porém, deve-se situar a posição da CCEE no sistema elétrico brasileiro.

Cumpra desde logo informar que o sistema elétrico é bastante complexo, apresentando diversos entes, com função de estipulação de políticas energéticas, como o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e o Ministério de Minas e Energia (MME); de regulação do setor (v.g., Agência Nacional de Energia Elétrica); e de operacionalização tanto do fornecimento da energia elétrica (Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS) como da comercialização de energia elétrica (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e Empresa de Pesquisa Energética - EPE). Para o presente estudo, será focada a atuação da CCEE

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE é pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma de associação civil, sem fins lucrativos, cuja criação foi autorizada pela Lei 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

A CCEE tem como objetivo a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), proveniente do Ambiente de Contratação Regulada – ACR, Ambiente de Contratação Livre – ACL e Mercado de Curto Prazo – MCP.

Para efeitos deste artigo, será avaliado o MCP, pois é no âmbito deste que operam os efeitos de decisões judiciais limitadoras ou isentivas de prejuízos decorrentes, seja oriundos do Fator GSF ou da inadimplência ficta (*loss sharing*), conceitos a serem em breve explicitados.

O Mercado de Curto Prazo representa o encontro de contas entre os produtores de energia, fornecedores e consumidores livres, em que quem produz ostenta crédito e quem consome salda débitos, devendo apresentar uma

¹A título de exemplificação, processos de nº 43676-90.2015.4.01.3400, 58715-30.2015.4.01.3400, 4811-78.2015.4.01.3400, 63980-76.2016.4.01.3400, 22777-37.2016.4.01.3400, 10012535-65.2017.4.01.3400, todos que tramitam/tramitaram na Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal.

conta zero ao final das operações, sendo excluídos os casos de contratação direta.

Assim, quando o agente no âmbito da CCEE não consegue entregar toda a energia para o qual foi contratado, ele deve realizar compra da energia elétrica faltante no MCP, sujeitando-se ao pagamento do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

O PLD busca refletir o preço de equilíbrio do mercado, denominado Custo Marginal de Produção, apurado semanalmente, e que leva em conta a forma de produção de energia (se hidrelétrica, mais barata; se termelétrica, mais cara).

Em suma, quem não consegue produzir energia suficiente para cobrir o pactuado em contratos, seja com distribuidoras ou consumidores diretos, fica sujeito ao PLD do Mercado de Curto Prazo, devendo arcar com tal custo adicional.

Assim, em um sistema de normalidade hídrica, o custo do PLD é menor para aqueles que não produziram o suficiente para responder ao lastro contratual. Entretanto, nos anos de 2014 e 2015, ocorreu uma grave crise hídrica, diminuindo consideravelmente o nível dos reservatórios das hidrelétricas².

Isso afetou as hidrelétricas que integravam o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), o qual foi concebido para compartilhar o risco hidrológico (risco de ausência de energia a ser produzida pelos reservatórios) entre todas as usinas hidrelétricas dele participantes.

O MRE se caracteriza pelo compartilhamento do risco hidrológico, sob um viés financeiro, no qual são alocados montantes de energia entre os seus membros, considerando-se a energia assegurada³ de cada usina participante do MRE e o volume de energia efetivamente gerado em determinado mês, formando um condomínio de distribuição de lucros e prejuízos, a depender da produção de energia elétrica.

A proporção entre a soma da geração efetiva das usinas e o somatório das respectivas garantias físicas (energia assegurada) de cada usina constitui um fator de escala chamado de GSF (*generation scaling factor*), em que, se tiver fração superior a 100% (mais energia produzida que as garantias físicas), cada usina poderá vender sua energia extra no Mercado de Curto Prazo; do

²Fato este amplamente noticiado na imprensa em tais anos. Entre outros: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/02/hidreletricas-registram-em-2015-o-janeiro-mais-seco-em-85-anos.html>.

³Também denominada garantia física, que representa o montante de energia que a hidrelétrica pode contratar com (vender) algum distribuidor/consumidor. Em outros termos, é a energia produzida que fica adstrita a um ou mais contratos, havendo obrigação de ser entregue tal energia, ante a força vinculante dos contratos.

outro lado, se inferior a 100%, as hidrelétricas deverão comprar energia no MCP, respeitada a proporção de sua garantia física e a energia produzida por todos.

Em suma, na hipótese da soma da geração de energia de todas as usinas participantes do MRE ser inferior à soma de suas energias asseguradas (percentual inferior a 100%), aplica-se o fator de ajuste GSF na idêntica proporção da falta de geração havida sobre a energia assegurada de cada usina, fazendo com que as usinas fiquem expostas ao Mercado de Curto Prazo e obrigadas a comprar energia, pelo PLD – Preço de Liquidação de Diferenças, para poderem honrar seus contratos de venda de energia.

Nesse cenário, com a crise hídrica, em que os reservatórios diminuíram e houve necessária diminuição da produção de energia, ante os diferentes usos da água, e, por conseguinte, GSF inferior a 95%, as hidrelétricas ingressaram em juízo, aduzindo que o fator de ajustamento das garantias físicas das usinas não poderia ultrapassar o patamar de 5% (cinco por cento), na esteira do que preceitua o art. 21 do Decreto nº 2.655/98⁴; que regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências.

No entanto, a União teria invertido a ordem lógica da operação do SIN, despachando⁵ as termoeletricas integralmente e reduzindo a geração das usinas hidrelétricas, provocando déficit no setor e impedindo que a geração alcançasse as respectivas garantias físicas, implicando, por consequência, fatores GSF inferiores a 100%.

⁴Art. 21. A cada usina hidrelétrica corresponderá um montante de energia assegurada, mediante mecanismo de compensação da energia efetivamente gerada.

§1º Revogado

§ 2º Considera-se energia assegurada de cada usina hidrelétrica participante do MRE a fração a ela alocada da energia assegurada do sistema, na forma do disposto no caput deste artigo.

§ 3º A energia assegurada relativa a cada usina participante do MRE, de que trata o parágrafo anterior, constituirá o limite de contratação para os geradores hidrelétricos do sistema, nos termos deste regulamento.

§ 4º O valor da energia assegurada alocado a cada usina hidrelétrica será revisto a cada cinco anos, ou na ocorrência de fatos relevantes.

§ 5º As revisões de que trata o parágrafo anterior não poderão implicar redução superior a cinco por cento do valor estabelecido na última revisão, limitadas as reduções, em seu todo, a dez por cento do valor de base, constante do respectivo contrato de concessão, durante a vigência deste.

§ 6º A alocação da energia assegurada, de que trata o caput, e as revisões previstas nos §§ 4º e 5º, propostas, em conjunto pelo GCOI e GCPS e seus sucessores, serão homologadas pela ANEEL.

⁵Em um sistema “saudável” de energia elétrica, privilegia-se a compra de energia mais barata, a fim de o PLD ser mais módico. A ordem para produção de energia denomina-se despacho.

Tal inversão da ordem do mérito do despacho energético⁶, priorizando as termoeletricas em detrimento das hidrelétricas, além da própria redução da capacidade de produção das hidrelétricas, aliado a políticas públicas de fomento ao consumo da energia elétrica em época de crise hidrológica, com diminuição das tarifas de energia elétrica, tanto residenciais como comerciais, feriria o disposto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 10.848, de 2004⁷, onerando demasiadamente as hidrelétricas, que vinham amargando prejuízos.

Em suma, sustentavam que sua exposição a risco superior a 5% (GSF inferior a 95%) revelava uma situação de onerosidade excessiva, provocada pela União, afetando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, importando responsabilização civil da União pelos prejuízos ocorridos desde maio de 2014.

Com efeito, as hidrelétricas passaram a demandar o Judiciário acerca da revisão do referido fator GSF, seja através da limitação dos prejuízos deste a 5%, seja pela impossibilidade de compartilhamento dos débitos no condomínio do MRE, tendo algumas delas obtido decisões favoráveis, limitando tais prejuízos.

Com essa redução de perdas para alguns integrantes do setor elétrico, os demais *players* (participantes) foram impactados, tendo em vista que, por o MRE ser um condomínio de dividendos, os débitos, ora limitados por ordem judicial, foram rateados entre os demais integrantes deste condomínio. Referida distribuição do prejuízo é decorrente de o MCP dever necessariamente apresentar conta zero, em que créditos e débitos restam matematicamente anulados.

⁶O despacho fora da ordem de mérito é aquele despacho que não privilegia a produção de energia mais barata. No caso, a produção de energia termoeletrica é bastante superior à energia hidrelétrica.

⁷Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

(...)

§ 4º Na operação do Sistema Interligado Nacional – SIN, serão considerados:

- I - a otimização do uso dos recursos eletroenergéticos para atender aos requisitos da carga, considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho de usinas e de cargas que se habilitem como interruptíveis;
- II - as necessidades de energia dos agentes;
- III - os mecanismos de segurança operativa, podendo incluir curvas de aversão ao risco de deficit de energia;
- IV - as restrições de transmissão;
- V - o custo do deficit de energia; e
- VI - as interligações internacionais.

O impacto das decisões judiciais, inicialmente, ficou restrito ao MRE, mas, posteriormente, alcançou o condomínio maior da CCEE, à medida que os *players* da CCEE restaram igualmente prejudicados por tais ingerências jurisdicionais.

Dessa forma, a conta do MCP, que deveria ter como resultado o valor zero, passou a apresentar valores negativos, em que os devedores não pagavam a integralidade do PLD, o que acarretou em os credores não receberem a totalidade de seus créditos.

A situação agravou-se chegando ao ponto de ter havido liquidação zero, em que restaram paralisados os trabalhos da CCEE, ante a inadimplência amparada por decisões judiciais e ausência de numerário para pagamento dos credores e, posteriormente, liquidações parciais, pois não havia crédito suficiente para cobrir os valores dos credores.

Em outros termos, as decisões judiciais a respeito de tal matéria influenciaram negativamente a liquidação promovida pela CCEE, impactando diretamente o setor elétrico, tendo em vista que, ao procurar uma solução interna no MCP, foi gerado um desequilíbrio nas contas, mudando o quadro regulatório e fático do setor elétrico.

Partindo então desse quadro acima exposto, sem realizar juízo de valor sobre o acerto ou desacerto de tais decisões judiciais, passa-se a avaliar o impacto do controle de legalidade do Judiciário em mercados regulados, em uma ótica do Estado Administrativo.

O Estado Administrativo e o papel do Judiciário: Doutrinas Chevron e Auer

Inicialmente, a análise do caso parte do pressuposto de uma revisão da separação dos Poderes constituídos no Estado, com ampliação do poder normativo do Executivo, o que é denominado de Estado Administrativo.

Na esteira do que aponta Waldo (2007), abordando os trabalhos de Goodnow e Willoughby, com a evolução do Estado, exsurge a denominada função administrativa, sendo apartada da função executiva, em que esta é relacionada ao estabelecimento das políticas de governo; enquanto aquela fica ligada à execução de tais políticas então traçadas.

Para Henry Walker, a divisão tripartite dos Poderes do Estado somente traz complicações desnecessárias e indesejáveis, sob o ponto de vista das concepções administrativas modernas, devendo existir somente duas funções do Estado: legislativa, em que é estabelecido o que é para ser feito (nos termos acima referenciados, função executiva); e administrativa, configurada para fazer cumprir o que foi estabelecido.

Nessas circunstâncias, dentro de um perfil democrático, a função legislativa estaria relegada a representantes eleitos, com o fito de dar legitimidade ao estabelecimento das diretrizes do governo. Do outro lado, para a função administrativa, apresenta-se essencial a figura do expert, sendo o critério técnico e meritório como norteadores de sua atuação.

Dentro desse contexto estão assentadas as premissas básicas para as agências reguladoras em nosso sistema normativo, espelhadas em parte pelo modelo americano de *independent agencies*.

Em parte porque, no âmbito norte-americano, como bem pontua Binenbojm (2005), as agências reguladoras são tidas como instrumentos de intervencionismo e relativização, afetando as liberdades públicas clássicas (direito à liberdade, por exemplo).

O contexto brasileiro de instituição das agências reguladoras, durante a década de 1990, por seu turno, teve como pano de fundo as privatizações, com o fito de garantir estabilidade e previsibilidade das regras nas relações dos investidores, notadamente estrangeiros, com o Poder Público, em especial para evitar os dissabores ou desmandos das autoridades políticas, impactando negativamente os contratos, o que inegavelmente afetaria a captação de investimentos. Como conclui Binenbojm (2005, p. 153):

“em última análise, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos. senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do status quo: enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros”.

As agências reguladoras do sistema brasileiro são autarquias dotadas de natureza especial, integrantes da Administração Pública indireta, de natureza setorial, com relativa autonomia, tendo em vista a necessidade de atingimento do interesse público aliado à eficiência da atividade regulada.

Nos dizeres de Aranha (2015), as agências ficam em uma posição equidistante entre os demais atores do esquema regulatório: produtor da utilidade pública, usuário/consumidor e Poder Público, a fim de garantir sua condição de espaço público de discussão e tomada de decisões.

No quadro de relativa autonomia acima mencionado, há a previsão de poder normativo, arvorando-se na ideia de Estado Administrativo acima exposta, e independência, na classificação de Aranha (2015): a) decisória,

relacionado à fixação de mandatos dos Diretores, escolhidos pelo Executivo e chancelados pelo Legislativo; b) de objetivos, afastando-a do comando hierárquico direto do Executivo, estando isenta, a princípio, de interferências executivas diretas; c) de instrumentos, com a possibilidade de aplicação de sanções ou outras medidas punitivas dentro do mercado regulatório; e d) financeira, com dotação orçamentária necessária ao cumprimento de seus objetivos.

Por ter natureza setorial, no âmbito do sistema elétrico, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi criada pela Lei 9.427/1996, que também disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

Referida autarquia especial é responsável por dar os contornos regulatórios ao setor elétrico, tendo, nos termos legais, por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal (art. 2º), apresentando mandato fixo a seus diretores (art. 5º), nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

Como visto acima, no âmbito do setor elétrico, a ANEEL não age sozinha na regulação do mercado, tendo ainda outros órgãos com poderes normativos, ainda que restritos, e executivos, dando concretude às políticas públicas definidas pelo Executivo, através, em primeiro plano, do Ministério de Minas e Energia; e pelo Legislativo, sendo-lhes conferida certa independência, exatamente para garantir ao mercado a não-intervenção no direito de propriedade e liberdade contratual dos diversos atores do mercado elétrico.

Nessa tônica, a lei, ao atribuir à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional, inegavelmente confere igualmente poderes regulatórios, derivados da própria interpretação das normas relativas à liquidação financeira, entre outros, do Mercado de Curto Prazo (MCP).

Como exposto acima, ao avaliar o risco hidrológico de 5%, em face da dubiedade legal, a CCEE concluiu que se trata exclusivamente de percentual relativo ao estabelecimento da garantia física, enquanto que as hidrelétricas entenderam que se tratava de fator limitador de prejuízos, em que não poderia ser ultrapassado o patamar de 95% da proporção do fator GSF.

Ao ser aceita a argumentação das geradoras de energia elétrica, o Judiciário substituiu a interpretação da CCEE, entendido aqui como ente regulador, e passou a dar a própria solução ao caso, interferindo substancialmente no setor, o que acarretou, em certo momento, paralisação da liquidação (liquidação zero), em que nenhum credor recebeu.

Duas soluções se descortinam quanto ao papel do Judiciário nesse âmbito de Estado Administrativo: a primeira relacionada à manutenção da clássica separação dos poderes, em que cabe ao Judiciário dar a interpretação final quanto à aplicação das leis e regulamentos; a segunda reforçada pelas doutrinas Chevron e Auer, sufragadas pela Suprema Corte estadunidense, em que caberia ao Judiciário avaliar a formalidade dos procedimentos para a prolação do ato e coibir eventuais arbitrariedades ou interpretações absurdas do comando legislativo, cabendo às agências reguladoras seguir a política de Estado e, nesse contexto, realizar as interpretações das próprias normas legislativas e também regulatórias.

Trataremos das doutrinas Chevron e Auer, fazendo assim um contraponto à avaliação do Poder Judiciário no caso fator GSF.

No âmbito do direito administrativo norte-americano, como sói ocorrer no Brasil nos últimos anos, um dos principais problemas a ser enfrentado, no âmbito da avaliação judicial de atos administrativos regulatórios, é o controle sobre a validade destes atos, em outros termos, se as conclusões adotadas pelas agências respeitam a delegação legislativa a que lhes foi conferida. Dentro desse debate exsurge a doutrina Chevron, derivada do *julgado Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos.

O ponto central do caso Chevron, bem relatado por Ventura Rodríguez (2010), em sua tese de doutorado, foi a alteração da interpretação dada pela *Environmental Protection Agency* (EPA), em 1981, durante o governo Reagan, sobre fontes estacionárias de poluição previstas no *Clean Air Act*, pós-emendas de 1977.

Antes, durante o governo Carter, os Estados que não se haviam ajustado aos parâmetros de qualidade do ar deveriam estabelecer um programa de licenças para modificação ou estabelecimento de novas fontes de poluição do ar, sendo estas definidas como qualquer dispositivo em uma fábrica que gerasse poluição.

Durante o governo Reagan, houve alteração do conceito de fonte estacionária de poluição, permitindo que uma fábrica conseguisse licenças para adquirir novos equipamentos que não obedecessem aos parâmetros de controle de qualidade do ar, desde que o total de emissões da fábrica não aumentasse (*bubble concept*).

Com a mudança de entendimento da EPA, a associação *Natural Resources Defense Council, Inc* questionou judicialmente a interpretação da norma regulatória, conseguindo decisão favorável na *US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, tendo esta entendido que as regras ora alteradas pela EPA eram contrárias à intenção legislativa passada pelas emendas de 1977 e que, portanto, não era adequada sua aplicação.

Como não havia nenhuma definição legislativa clara, passada ou presente, sobre o conceito de fonte estacionária de poluição, o *D.C. Circuit* decidiu pela interpretação que seria aquela que mais atenderia à finalidade perseguida pela norma, tendo a *Chevron* recorrido à Suprema Corte.

No julgamento pela *Supreme Court*, como sintetizado por Scalia (1989, p. 511-512), Justice Paul Stephens posicionou-se da seguinte forma:

“First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress.

If, however, the court determines that Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute”⁸.

Restou assentada, pois, uma das bases do princípio da deferência administrativa, em que o Judiciário deve guardar respeito às interpretações dadas pelas agências reguladoras, nas competências dadas pelo Legislativo, quando o comando emanado pelo Congresso for silente ou ambíguo em relação à determinada matéria e essa interpretação for razoável ou permitida dentro dos contornos legislativos, sem olvidar do controle de legalidade do procedimento adotado pelas agências (devido processo administrativo; nos EUA, regulado, entre outros, pelo *Administrative Procedure Act – APA*⁹).

A segunda premissa do princípio da deferência, no âmbito da Suprema Corte Americana, veio anos depois do Caso *Chevron*, mais precisamente em 1997, no julgamento do caso *Auer et al vs. Robbins et al*.

⁸Em tradução livre: “Primeiro, sempre, é a questão se o Congresso diretamente manifestou-se sobre a exata questão sob análise. Se a intenção do Congresso é clara, é o fim do assunto; a corte, e assim também a agência, devem dar efeito à intenção expressa e clara do Congresso. Se, entretanto, a corte determina que o Congresso não se manifestou diretamente sobre a exata questão sob análise, a corte não impõe simplesmente sua própria interpretação acerca do estatuto, como seria necessária na ausência de interpretação administrativa. Mais além, se o estatuto é silente ou ambíguo em relação ao assunto específico, a questão para a corte é se a resposta da agência é baseada em uma interpretação admissível do estatuto.”

⁹No contexto aqui apresentado, o APA é instrumento para o disciplinamento do devido processo administrativo para elaboração de normas (*formal rulemaking*). Não se busca nesse artigo ingressar em interpretações acerca do controle judicial previsto em tal estatuto, pois, a depender do ponto de vista, não se coaduna com a Doutrina *Chevron* ou a Doutrina *Auer*. (sobre as interpretações que podem ser dadas ao APA: Sunstein e Vermeule, 2015).

O caso centrava-se na interpretação dada pelo Secretário do Trabalho acerca do conceito de salário-base, para fins de exclusão do pagamento de hora-extra.

O *Fair Labor Standards Act* (FLSA) de 1938, quanto à percepção de *overtime pay*, definiu que aqueles empregados que recebessem um salário-base (piso salarial), que seria aquele pago semanalmente e que não estaria suscetível à redução por qualidade ou quantidade do trabalho executado, estariam excluídos da percepção de hora extra. Além disso, a norma igualmente excepcionou os empregados "*bona fide executive, administrative, or professional*" do recebimento de hora-extra.

Inicialmente, tal previsão legislativa era exclusivamente aplicável ao serviço privado; entretanto, foi estendido ao serviço público pelo Congresso, em 1974.

Com base em tal diploma normativo, alguns sargentos e um tenente do Departamento de Polícia de St. Louis, em Missouri, ingressaram com uma demanda contra *St. Louis Board of Police Commissioners*, pleiteando a percepção de hora-extra, tendo em vista que, no regulamento da Polícia de St. Louis, havia a possibilidade de redução salarial, com base em sanções disciplinares.

Tal abatimento de sua remuneração afastaria, portanto, o conceito de piso salarial, pois haveria redução do salário com base em quantidade ou qualidade do trabalho executado, não se enquadrando em nenhuma regra excepcional da norma aqui debatida.

O caso foi julgado improcedente no *District Court* como no *Eighth Circuit Court of Appeals*, ficando estabelecido por esta que os policiais autores percebiam salário-base e que as deduções disciplinares não desvirtuavam o piso salarial.

A Suprema Corte americana, quando avaliou o caso, confirmou a decisão de 2º grau, estatuinto que a interpretação do *Secretary of Labor* do FLSA, para redução salarial por questões disciplinares, era válida dentro do contexto normativo, em especial porque, na iniciativa privada, os executivos, agentes administrativos e profissionais são apenados com demissão, perda do cargo ou limitação de seus serviços, não abrangendo redução salarial como punição direta.

No serviço público, como são normalmente inviáveis esses tipos de punição, a sanção mais adequada para cumprimento das regras disciplinares é a pecuniária, o que não invalida o salário-base.

A importância desse julgado é que, citando expressamente o caso *Chevron*, não havendo comando expresso do Congresso, a autoridade deu interpretação aos dispositivos regulatórios (comandos secundários) e, assim, o

Judiciário teve que guardar deferência à referida interpretação, desde que baseada em construção interpretativa válida do estatuto.

Assim, a doutrina Auer vai além da doutrina Chevron, pois nesta o órgão regulador dava interpretação válida ao comando legislativo, enquanto naquela foi permitida que o próprio órgão regulador desse interpretação de previsões regulatórias, no caso de elas serem vagas ou imprecisas, o que expande a deferência administrativa então disposta pelo caso Chevron, evitando assim que o Judiciário interfira nas decisões das agências reguladoras, desde que possíveis dentro do arcabouço interpretativo, resguardando a discricionariedade interna do ente regulador.

Referidas doutrinas não estão imunes de críticas. Como exposto por Sustain e Vermeule (2015), há argumentos desfavoráveis às construções realizadas pelas doutrinas, em que restaria ampliado o Estado Administrativo, dando enormes prerrogativas ao Executivo, desequilibrando os freios e contrapesos da clássica separação de poderes, inibindo, em especial, a atuação do Poder Judiciário.

Nos EUA, ainda persiste, no âmbito da *Supreme Court*, o respeito à doutrina Auer, e, por decorrência lógica, à doutrina Chevron, como apontado por Sheehan (2017), no caso *United Student Aid Fund v. Bible*, quando foi negada uma *petition for a writ of certiorari*.

Contudo, pelo menos duas circunstâncias podem alterar a aplicação das doutrinas já vastamente citadas: a primeira referente ao *Regulatory Accountability Act*, que está tramitando no Congresso americano, em que, modificando o APA, permitiria ao Judiciário rever “*questions of law, including the interpretation of constitutional and statutory provisions, and rules made by agencies*”¹⁰, retornando ao Judiciário a avaliação de interpretações dadas por agências reguladoras. A segunda refere-se à mudança da composição da Suprema Corte, com a saída do Judge Scalia e a posse do Judge Gorsuch.

Judge Gorsuch, quando magistrado do 10th Circle, no ano de 2016, expressou opinião, no caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, da seguinte forma¹¹:

“the fact is Chevron . . . permit[s] executive bureaucracies to swallow huge amounts of core judicial and legislative power and concentrate federal power in a way that seems more than a little difficult to square with the

¹⁰Em tradução livre: “questões de direito, inclusive a interpretação de previsões constitucionais e estatutárias e normas elaboradas por agências.”

¹¹Apud Sheehan (2017)

Constitution of the framers' design. Maybe the time has come to face the behemoth.”¹²

Dessa forma, com a alteração da *Supreme Court*, é possível que sejam revistas as doutrinas *Chevron* e *Auer*, delegando ao Judiciário a interpretação de normas regulatórias.

E no Brasil? Das demandas de GSF e daquelas relacionadas a *loss sharing*, segundo informações da CCEE, obtidas via e-mail, foram ajuizadas 235 demandas, dentre estas 164 liminares foram concedidas, o que ocasionou o quadro acima exposto de paralisação da liquidação por parte da CCEE, em alguns meses, e liquidações parciais durante outros meses.

Esse tipo de demanda ainda não chegou aos Tribunais Superiores, salvo por meio de suspensão de liminar¹³ no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em que somente restou assentada a possível lesão às ordem e economia públicas, não ingressando, neste incidente, sobre eventual discricionariedade interna das agências reguladoras.

Invariavelmente, nas demandas em sede de 1º grau, em que concedidos provimentos antecipatórios de tutela, há nítida ingerência sobre o entendimento esposado pela CCEE, tendo em vista que, ao conceder a tutela de urgência, substituiu-se a interpretação dada pelo ente regulador e passou-se a ser adotada a interpretação dada pelo juiz da causa, em afronta, principalmente, à doutrina *Auer* ora comentada, pois, com base neste, na ausência de comando legislativo expresso e a norma regulatória podendo ser interpretada de várias formas, como sói acontecer no caso GSF e suas demandas secundárias, deveria o Judiciário guardar deferência ao entendimento administrativo.

O Judiciário pátrio ainda resta tímido quanto à deferência administrativa em casos de agências reguladoras. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão no recurso especial 1.171.688 / DF¹⁴, entendeu, inicialmente, pela deferência técnico-administrativa, no caso de taxa de interconexão em chamadas de fixo para MÓVEL (Valor de uso de rede móvel - VU-M), em que expressamente restou consignado o respeito à decisão no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Entretanto, já em sede de embargos de declaração nos embargos de declaração do citado recurso¹⁵, o STJ volta atrás e consigna a necessidade de instrução processual

¹²Em tradução livre: “o fato é que *Chevron*...permite burocracias executivas engulam enormes poderes do núcleo do Judiciário e do Legislativo e concentrem poder federal de uma maneira que parece ser um pouco difícil de enquadrar na Constituição. Talvez seja a hora de encarar o gigante”.

¹³STJ, Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.162 - DF (2016/0167162-9).

¹⁴STJ, REsp 1171688 / DF (2009/0242534-7).

¹⁵STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1171688 / DF (2009/0242534-7).

nos autos em trâmite perante o Juízo da 1ª instância, sendo esta a autoridade que terá plenas condições, após cognição exauriente, de determinar qual o melhor valor a ser cobrado a título de VU-M.

Em outros termos, no julgado do REsp, foi determinada a deferência administrativa, porém, em revisão do julgado através de embargos de declaração, afastou-se a premissa da deferência administrativa e passou-se a permitir a intervenção judicial no caso, para inclusive alterar o valor da VU-M, através de instrução probatória.

Contudo, em outra seara, em demandas relacionadas a decisões tidas como discricionárias, a jurisprudência vem se firmando pelo juízo de conveniência e oportunidade do administrador, o que englobaria desde decisões técnicas do TCU até atos administrativos ligados a servidores públicos.

Mesmo assim, é atribuído ao Judiciário a avaliação de eventuais violações ao princípio da legalidade, inclusive de natureza principiológica, como possíveis violações aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, derivada de previsão constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Apesar de díspares os fundamentos quanto à discricionariedade administrativa e aqueles relacionados à atividade regulatória (discricionariedade técnica, utilizando o termo usual), é de se constatar, inclusive no âmbito das Cortes Superiores brasileiras, que oscila a deferência administrativa, ora guardando respeito à decisão executiva ora ingressando no controle do mérito administrativo/norma regulatória.

Conclusões

No âmbito da clássica separação de poderes, o Judiciário tem como função primordial dar a última palavra sobre a interpretação das normas integrantes do sistema jurídico, sejam estas inseridas no bloco de constitucionalidade, sejam legais sejam infralegais.

Em um Estado Administrativo, contudo, em que o legislador (*policy maker*) delega ao Executivo ou a agências independentes / autônomas, envolvendo questões eminentemente técnicas, o papel do Judiciário precisa ser alterado.

O espírito da criação das agências reguladoras no Brasil foi idealizado (ampliado) na era das privatizações, com o escopo de garantir, em especial, a preservação dos direitos de propriedade, autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*, com o objetivo de atrair capital brasileiro e estrangeiro, aptos a

realizar os serviços públicos estatizados, estabilizando as relações jurídicas reguladas contra eventuais ingerências demasiadas do Executivo¹⁶.

O Judiciário, ao interferir em mercados regulados, substitui o âmbito de atuação da agência reguladora e passa a adotar a sua interpretação das normas regulatórias, impactando o setor regulado, como exemplificado, neste artigo, o caso Fator GSF, em que chegou ao ponto de paralisar a liquidação do Mercado de Curto Prazo, administrado pela CCEE.

Nesse cenário, o Judiciário age contrário à própria criação das agências reguladoras, gerando incerteza das relações regulatórias, estando os *players* sujeitos à alteração de entendimentos, culminando em modificações dos contratos de concessão, impactando, assim, a projeção de lucros e riscos envolvidos da atividade das sociedades empresárias, ante a alteração do quadro fático-normativo imposto pelo Poder Judiciário.

Assim, a atuação do Judiciário deve passar por uma reflexão: qual seu papel dentro de um Estado Administrativo? Como compatibilizar a deferência administrativa, evitando substituição de interpretações das agências reguladoras, ante a falta de conhecimento técnico e a incerteza nas relações entre os diversos *players* do mercado regulado e o necessário controle de legalidade dos atos administrativos?

Defende-se que, na esteira das Doutrinas Chevron e Auer, em casos de ambiguidade ou ausência de clareza do comando normativo (legislativo ou regulatório), deve ser privilegiada a interpretação dada pela agência reguladora, em razão de sua especialização técnica e ainda da análise do impacto regulatório, evitando prejuízos ao mercado regulado, englobando, no caso do setor elétrico, produtores, distribuidores e consumidores.

Referências Bibliográficas

- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3ªed. rev. ampl., London: Laccademia Publishing, 2015.
- BINENBOJM, G. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 147-167, 2005.
- SCALIA, A. *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*. Duke Law Journal, v. 1989, n. 3, 1989.

¹⁶Fala-se em demasiada ingerência porque há intervenções do Poder Executivo e Legislativo sobre as atividades regulatórias, em especial para atendimento do interesse público, um dos objetivos da regulação.

SHEEHAN, C. C. *The Demise of Deference? Chevron's and Auer's Uncertain Future.* Disponível em <https://www.modrall.com/2017/05/05/demise-deference-chevrons-auers-uncertain-future/>. Acesso em 03 dez. 2017.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law.* (SSRN-id2631873.pdf)

VENTURA RODRIGUÉZ. M. E.. *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho administrativo.* 2005. 295 f. Tese (Doutorado) – Universidad Carlos III, Madrid. 2005.

WALDO, D. *The Administrative State: a study of the political theory of American public Administration.* New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2007.

