

SILVA, JEOVAN ASSIS DA; GUIMARÃES, TOMAS AQUINO

Agências reguladoras e tribunais: inter-relações entre Administração e Justiça

Cadernos EBAPE.BR, vol. 18, núm. 3, 2020, Julho-Setembro, pp. 512-524

Fundação Getulio Vargas, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas

DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395120190015>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=323264934007>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Agências reguladoras e tribunais: inter-relações entre Administração e Justiça

JEOVAN ASSIS DA SILVA ¹TOMAS AQUINO GUIMARÃES ¹¹ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB) / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, BRASÍLIA – DF, BRASIL

Resumo

As inter-relações entre agências reguladoras e tribunais judiciais constituem tema de alto impacto nas relações sociais em geral, porém, ainda carecem de pesquisas empíricas e maior sistematização do conhecimento, sob uma perspectiva multidisciplinar. Nessa linha, este ensaio tem por objetivo realizar uma discussão articulada das principais tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário em decisões inherentes à atividade regulatória, apoiada nas principais lentes teóricas e no estado da arte aplicáveis ao fenômeno. O relacionamento entre agências e tribunais é marcado por dicotomias e a abordagem institucional do espaço regulatório e as reflexões trazidas pela Análise Econômica do Direito, dentre outras lentes de análise, revelam-se bastante úteis para a interpretação das tensões institucionais existentes em tal relacionamento. A literatura sobre revisão judicial de decisões de agências reguladoras aponta pesquisas sobre fatores que explicam a deferência judicial ou motivam um papel mais proeminente dos tribunais, passando também por temas relativos a: a) envolvimento de tribunais com questões técnicas e científicas; b) eficiência e desempenho; c) comportamentos calculados; d) custos de transação; e e) análises de custo-benefício. Propõe-se uma agenda de pesquisa que explore percepções de atores-chave desse ambiente acerca de litígios regulatórios, bem como estudos sobre fatores e condicionantes que explicam a deferência judicial em diferentes contextos.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Tribunais. Revisão judicial. Deferência judicial. Administração da Justiça.

Regulatory agencies and courts: interactions between administration and justice

Abstract

The interrelationships between regulatory agencies and judicial courts generally have a high impact on social relations. However, there is little empirical research and a need for greater systematization of knowledge from a multidisciplinary perspective. This essay discusses the main tensions between the executive and judicial branches of government in decisions about the regulatory activity. The discussion is facilitated through the main theoretical lenses and previous studies on the application to the phenomena. The relationship between agencies and courts is marked by divisions, and the institutional approach to the regulatory space and reflections stimulated by law and economics theory, among other theoretical approaches, are very useful for interpreting institutional tensions in this relationship. The literature on judicial review of regulatory agency decisions points to factors that explain judicial deference or motivate a more prominent role of courts, as well as on topics related to: a) court involvement with technical and scientific issues; b) efficiency and performance; c) calculated behaviors; d) transaction costs; and e) cost-benefit analysis. A research agenda is suggested to explore the perceptions of key players about regulatory disputes, and factors and conditions that explain judicial deference in different contexts.

Keywords: Regulatory agencies. Courts. Judicial Review. Judicial Deference. Administration of Justice.

Agencias reguladoras y tribunales: interrelaciones entre administración y justicia

Resumen

Las interrelaciones entre las agencias reguladoras y los tribunales judiciales son un tema de alto impacto en las relaciones sociales en general, pero aún carecen de investigación empírica y una mayor sistematización del conocimiento desde una perspectiva multidisciplinaria. En esta línea, este ensayo tiene como objetivo llevar a cabo una discusión articulada de las principales tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Judicial en las decisiones inherentes a la actividad reguladora, con el apoyo de las principales lentes teóricas y el estado de la cuestión aplicable al fenómeno. La relación entre agencias y tribunales se caracteriza por las dicotomías y el enfoque institucional del espacio regulatorio, y las reflexiones aportadas por el análisis económico del derecho, entre otras lentes de análisis, son muy útiles para interpretar las tensiones institucionales existentes en esta relación. La literatura sobre la revisión judicial de las decisiones de las agencias reguladoras apunta a la investigación de factores que explican la deferencia judicial o motivan un papel más prominente de los tribunales, así como de temas relacionados con: a) participación de los tribunales en cuestiones técnicas y científicas; b) eficiencia y performance; c) comportamientos calculados; d) costos de transacción; y e) análisis de costo-beneficio. Se propone una agenda de investigación que explore las percepciones de los actores clave sobre disputas regulatorias, así como estudios sobre factores y condicionantes que expliquen la deferencia judicial en diferentes contextos.

Palabras clave: Agencias reguladoras. Tribunales. Revisión judicial. Deferencia judicial. Administración de la justicia.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de revisão judicial de decisões administrativas em matéria de regulação é algo frequente nas democracias ocidentais (BIGNAMI, 2016) e o relacionamento entre agências reguladoras e tribunais costuma ser marcado por aproximações, conflitos e disputas de autoridade (VIBERT, 2014). Entender como esses atores interagem no processo regulatório, em ambientes marcados por desenhos institucionais ainda em construção (PRADO, 2016), pode contribuir para uma melhor compreensão do funcionamento do Estado regulador que tem emergido desde o final do século XX (MAJONE, 1994; LEVI-FAUR, 2005).

A atividade regulatória atrai a atenção de diferentes disciplinas, como administração pública, direito, ciência política, economia e sociologia (WINDHOLZ, 2018). A regulação tem se tornado um campo distinto de investigação acadêmica e dotado de suas próprias teorias, conceitos e conhecimento especializado (MORGAN e YEUNG, 2007). Apesar de diferentes correntes de pensamento enxergarem o Estado regulador sob lentes distintas, algumas de suas características principais podem ser identificadas (LODGE e WEGRICH, 2012): a) confiança na regulação justificada por uma ênfase em valores de eficiência; b) maior dependência estatal de fornecedores privados para a operação de serviços públicos; e c) criação de agências reguladoras autônomas encarregadas da supervisão de atividades econômicas.

O campo da administração pública tem sido instado a colaborar na reflexão sobre o fenômeno da regulação para além de tradicionais enfoques econômicos (LODGE e WEGRICH, 2012). Apesar da existência de um grande volume de produção acadêmica que tem as agências como foco exclusivo de análise (JORDANA, FERNÁNDEZ-I-MARÍN e BIANCULLI, 2018), cumpre reconhecer a importância de realizar mais pesquisas sobre as inter-relações entre agências, tribunais e Poder Legislativo (NOLL, 1985).

Ao compartilhar com o direito a atribuição de induzir e moldar comportamentos, os sistemas regulatório e judicial estão intrinsecamente conectados (SCHMIDT, 2005; COHN, 2011; WINDHOLZ, 2018). Decisões regulatórias têm, em geral, caráter redistributivo, sendo marcadas por ganhadores e perdedores, e esse caráter favorece a litigiosidade junto aos tribunais (DUBASH e MORGAN, 2012). Apesar de um conjunto da literatura sobre regulação se voltar à crescente participação de atores não estatais e de processos autorregulatórios (BLACK, 2002), esse fato não parece eliminar a importância da perspectiva legal da regulação. Ao contrário, faz suscitar novas discussões sobre o relacionamento desses atores com o Estado e o direito (MORGAN e YEUNG, 2007).

Pesquisas sobre as relações entre tribunais e administração pública e também sobre o grau de deferência judicial de tribunais em relação a decisões de agências reguladoras são frequentes nos Estados Unidos da América (EUA), mas a tradição norte-americana de delegação de poderes normativos a agências independentes (SCOTT, 2001) abre espaço para a realização de pesquisas em contextos empíricos diferentes e multidisciplinares. Este ensaio parte do entendimento de que a discussão do controle judicial da administração pública se insere em um contexto mais amplo da relação entre Poder Executivo e Poder Judiciário no Estado contemporâneo e não deve ficar restrita à área do direito, que costuma presumir uma centralidade dos aspectos legais na regulação (SCHMIDT, 2004).

Tribunais judiciais se tornam parte do processo regulatório ao reformular regras ou ao intervir mais ativamente em políticas regulatórias. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário tem se mostrado um ator relevante na atividade de regulação (KINGSBURY e DONALDSON, 2013): a) a contestação judicial pode ser instrumento de diferentes grupos de interesse em conflitos; b) os tribunais são chamados a opinar sobre normas regulatórias, o que influencia sobremaneira o processo de definição e legitimação dessas políticas; e c) o Poder Judiciário é chamado a arbitrar conflitos entre diferentes órgãos envolvidos na regulação e pode assumir um papel pedagógico perante os atores, em especial em ambientes institucionais ainda em construção, como no caso de países em desenvolvimento.

Exemplos desses diferentes papéis emergem ao redor do mundo. A Corte Constitucional da Colômbia articulou uma nova racionalidade para regulação em aspectos de eficiência econômica, em relação a um novo sistema de abastecimento de água fornecido por entes privados, bem como exigiu maior participação pública no quadro regulatório (URUEÑA, 2012). Tribunais da Índia foram acionados para tomar parte em disputa acerca do controle do processo decisório na área de telecomunicações e propiciaram um melhor diálogo entre diferentes atores envolvidos na regulação (THIRUVENGADAM e JOSHI, 2012). Na Indonésia, a Corte Constitucional foi chamada a deliberar sobre conflitos decorrentes da privatização do setor elétrico e a restituir poderes estatais no que tange à prestação de serviços públicos (KINGSBURY e DONALDSON, 2013).

O movimento de difusão de agências reguladoras no Brasil acompanhou uma mudança estrutural na administração pública, advinda de reformas que, a partir de 1995, buscaram reduzir a presença direta e indireta do Estado na vida econômica e social (PECI, 2014; PRADO, 2016). O Poder Judiciário, que, por força da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV) tem o poder de controle sobre atos administrativos, tem se envolvido em um engajamento rotineiro com processos regulatórios, por exemplo: a) em manifestações sobre a homologação de reajustes tarifários, com marcadas diferenças entre decisões de primeiro grau e de tribunais de apelação (SILVA e COSTA JÚNIOR, 2011); b) na complexa arbitragem entre a proteção ao consumidor e o exame de assuntos técnicos setoriais do setor elétrico (SAMPAIO e WADA, 2016); c) na busca do equilíbrio entre o interesse público de proteção à saúde e os interesses privados daqueles envolvidos em atividades econômicas relacionadas a esse setor (AITH, 2016).

Um estudo patrocinado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2011) apontou diversas disfuncionalidades no modelo brasileiro de revisão judicial de decisões das agências reguladoras. Haveria um quadro de morosidade (tempo médio de quatro anos de tramitação na esfera judicial) e de incerteza jurídica na reanálise de decisões regulatórias pelo Poder Judiciário, com múltiplas reversões de decisões – anulações e confirmações de atos de agências – no curso do processo judicial. No que tange à atuação judicial, identificou-se uma indefinição entre os juízes acerca de qual deve ser seu papel nessa atividade de revisão e uma hesitação sobre a necessidade de convocação de peritos judiciais. Os magistrados parecem sentir-se em um ambiente de pouco incentivo para o exame desses processos, uma vez que a realidade de elevado congestionamento dos tribunais estimularia a priorização de casos mais simples. Em relação à complexidade das decisões de agências reguladoras, os juízes parecem evitar o enfrentamento de questões mais substantivas ou de mérito nos julgamentos, muitas vezes preferindo abordar questões formais e processuais.

Compreender os motivos e impactos de tais disfunções envolve reflexões a respeito das interações entre agências reguladoras e tribunais judiciais. Essa discussão vai além do debate sobre judicialização de políticas públicas, que se dedica a explorar a dimensão dos papéis institucionais de juízes e tribunais a partir do momento em que são provocados a deliberar sob tais políticas (COUTINHO, 2013). Alguns trabalhos postulam que a própria possibilidade de revisão judicial surte efeitos importantes em decisões administrativas e pode despertar comportamentos defensivos de agências reguladoras (LI, 2012; DRAGU e BOARD, 2015). Além disso, a judicialização das políticas públicas ainda se mostra bastante voltada a temas sociais e constitucionais, ao passo que as questões regulatórias suscitam tensões ainda pouco estudadas (GINSBURG, 2009). Portanto, em virtude da natureza plural dos processos regulatórios (KOMESAR, 1997; MANTZARI, 2016) ainda não há um quadro claro sobre o comportamento do Poder Judiciário no exame dessas questões.

Nessa linha, este ensaio tem por objetivo realizar uma discussão articulada das principais tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário em decisões inerentes à atividade regulatória, apoiada nas principais lentes teóricas e no estado da arte aplicáveis ao fenômeno. Ao final, propõe-se uma agenda de pesquisa visando a ampliar o conhecimento sobre as inter-relações entre tribunais e agências reguladoras.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As definições de regulação variam de acordo com o olhar de distintas áreas de conhecimento e, como o escopo do conceito é vasto, a literatura sobre o tema tem avançado pouco em questões conceituais e oferece poucas e abstratas definições (KOOP e LODGE, 2015). Reconhece-se, contudo, que algumas conceituações lograram obter apelo interdisciplinar e ampla utilização, como a que entende a regulação como um “controle estruturado e focado, exercido por uma agência pública sobre atividades que são valorizadas pela comunidade” (SELZNICK, 1985, p. 363, tradução nossa). Uma leitura atualizada dessa proposta aponta a fragilidade no que tange à falta de uma visão mais sistêmica da regulação (LODGE e WEGRICH, 2012).

A regulação pode ser explicada por diversas perspectivas teóricas, dentre as quais sobressaem (MORGAN e YEUNG, 2007): a) teorias do interesse público; b) teorias do interesse privado; e c) teorias institucionais. As teorias do interesse público e do interesse privado têm um viés mais econômico e enxergam a regulação sob a perspectiva de falhas de mercado, de questões setoriais ou de ações de atores que, na busca do interesse público de forma “desinteressada”, terminaram vulneráveis a falhas, como, por exemplo, a captura de sistemas regulatórios por agentes econômicos (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2010). Adaptações da teoria de custos de transação e da teoria principal-agente também buscam aprofundar a investigação sobre

motivações e estratégias regulatórias (LEVY e SPILLER, 1996; BALDWIN, CAVE e LODGE, 2010). As teorias institucionais, por sua vez, pressupõem estudar a regulação para além de uma atividade ou agência, com foco em dinâmicas institucionais mais amplas nas quais as ações e intenções de atores regulatórios estão imersas (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2010; WINDHOLZ, 2018), como se discute a seguir.

Os aportes de teorias institucionais

Para o institucionalismo das linhas organizacional e sociológica, as instituições são socialmente construídas e não correspondem necessariamente a organizações, mas àquelas normas e convenções que têm *status de regra* no pensamento social e na ação, que podem ou não ter um pano de fundo legal, mas que são tomadas como garantidas e legítimas (MEYER e ROWAN, 1977; DIMAGGIO e POWELL, 1992). Sob tal lente de análise, na regulação as agências não atuam em um vácuo institucional e, em busca de prestígio e legitimização, também são sensíveis e responsivas a sinais de outros atores, como tribunais, comissões do Poder Legislativo, imprensa etc. (NOLL, 1985).

Regras formais e informais, a partir da ênfase no papel de organizações e instituições, orientam estudos de regulação na ótica institucionalista (MORGAN e YEUNG, 2007). Nessa linha de pensamento, o direito e as regras legais em processos regulatórios representam mais um conjunto de normas em coexistência com outras oriundas de outros sistemas e moldadas por diferentes *éthos* burocráticos e organizacionais. O ambiente legal, ao definir as bases da regulação, exerceria um papel que vai além do estabelecimento de doutrinas jurídicas e operaria tanto em níveis mais diretos – no próprio litígio e na definição das regras legais –, mas também em níveis menos tangíveis, ao afetar expectativas quanto à forma e operação de processos decisórios regulatórios (BLACK, 1997). Nesse sentido, a análise de processos decisórios na área de regulação não deveria limitar-se à dimensão exclusivamente jurídico-legal, em virtude de sua fragilidade para captar os diversos elementos e influências institucionais que ocorrem nesses processos. A análise institucionalista sugere atenção para aspectos extralegais e para o quadro mais amplo das estruturas cognitivas dos tomadores de decisão – de seus entendimentos e percepções dos ambientes e das situações de decisão –, o que pode ser particularmente pertinente para pesquisas empíricas sobre processos legais e regulatórios.

O conceito de “espaço regulatório” (HANCHER e MORAN, 1989) sugere que recursos relevantes para a manutenção do poder regulador e o exercício de capacidades regulatórias estão dispersos ou fragmentados na sociedade (BLACK, 1997). O espaço regulatório constitui um construto analítico bastante útil para a descrição e análise dos ambientes nos quais a regulação ocorre (HANCHER e MORAN, 1989; SCOTT, 2001; VIBERT, 2014; WINDHOLZ, 2018) e organiza a discussão além dos tradicionais enfoques sobre instrumentos e técnicas de regulação. Tal perspectiva tem sido adotada por estudos na ciência política, na sociologia, no direito e na teoria das organizações (SCOTT, 2001) e oferece um rico conjunto de análises de atores, recursos e relacionamentos que compõem o espaço regulatório.

No que tange aos *atores*, parte-se da premissa de que não apenas atores estatais e autoridades públicas fazem parte do espaço regulatório, mas isso também abrange atores não estatais sobre os quais o Estado, apesar de influente, não logra monopolizar o poder regulatório (HANCHER e MORAN, 1989). Admite-se, contudo, que países de tradição legal romano-germânica favorecem um maior destaque para a soberania dos entes estatais. Porém, mesmo na esfera governamental, a autoridade no espaço regulatório se revela dispersa e a regulação adquire um caráter policêntrico (WINDHOLZ, 2018). Nessa linha, esse conceito desperta oportunidades para a compreensão da coordenação e respostas desses atores, a partir de diferentes valores e interesses (SCHMIDT, 2004).

No que concerne aos *recursos*, o conceito propõe que os diversos atores participantes aportam recursos relevantes para o exercício do poder regulatório (informações, credibilidade institucional, influência política etc.). Recursos em regimes regulatórios não estão, portanto, restritos à autoridade legal e o fato de que diversos atores têm outros tipos de recursos leva à contestação de concepções hierárquicas de regulação e ressalta a interdependência entre os atores no espaço regulatório (SCOTT, 2001). Mostra-se relevante examinar os conflitos no interior do espaço regulatório, os recursos utilizados nessas lutas e a distribuição de recursos entre as diferentes instituições envolvidas (HANCHER e MORAN, 1989).

Em relação aos *relacionamentos* no espaço regulatório, relações de cooperação e conflito na prática da regulação influenciam como as questões regulatórias são identificadas e definidas e a maneira como os atores interagem (HANCHER e MORAN, 1989). Esse espaço é caracterizado por complexas relações horizontais e de interdependência negociada (SCOTT, 2001).

Assim, o fenômeno da captura, presente em estudos de regulação nas áreas de economia e ciência política, também pode ser visto pela lente de comportamentos recíprocos nos quais reguladores e regulados realizam trocas (p. ex., de informação).

Uma discussão recente do conceito de espaço regulatório é proposta com base em reflexões sobre sistemas contemporâneos de autoridade (entendida como o exercício do poder percebido como legítimo) no exercício da atividade regulatória (VIBERT, 2014). Essa perspectiva enfatiza a importância de olhar a atividade regulatória a partir de diferentes ângulos e domínios de autoridade, sendo uma delas a esfera do direito em sua relação com os órgãos técnicos regulatórios. A partir de uma preocupação metodológica que era ausente na formulação inicial de Hancher e Moran (1989) para o espaço regulatório, Vibert (2014) defende um nível “meso” para a análise dos relacionamentos nesse espaço, uma vez que representaria um elo intermediário entre a teorização dos comportamentos individuais (que abrange as organizações individuais que regulam ou são reguladas) e do comportamento do sistema como um todo.

Em análises de cunho organizacional, o espaço regulatório pode ser visto sob as seguintes perspectivas: a) do conceito de “setor societal”, definido como um conjunto de organizações que operam no mesmo domínio, marcadas por similaridades de produtos, serviços e funções e que influenciam criticamente o desempenho de determinada organização focal (SCOTT e MEYER, 1991); b) da teoria de redes, que examina sistemas relacionais nos quais atores desempenham papéis e como a natureza desses relacionamentos impactam comportamentos e influenciam o resultado de políticas públicas (ROWLEY, 1997; BERRY, BROWER, CHOI et al., 2004); e c) da teoria de *stakeholders*, que busca explicar como organizações respondem a outras partes interessadas no contexto de relações de interdependência, bem como conhecer as influências desses atores nos objetivos de determinada organização (GOMES, LIDDLE e GOMES, 2010). Reguladores, regulados e tribunais precisam interpretar a regulação e ajustar-se a mudanças no ambiente regulatório, de modo que se mostra oportuno investigar quais fatores mitigam ou maximizam divergências de interpretação nessa rede de atores (RANDOLPH e FETZNER, 2018).

O conceito de espaço regulatório propicia terreno fértil para a discussão das interações entre agências reguladoras e Poder Judiciário, ao sugerir que não apenas informações e recursos estão desigualmente dispersos entre os atores, mas tanto a autoridade formal (decorrente de instrumentos legais) quanto a informal (decorrente de experiências e informações) também estão fragmentadas. Os tribunais, apesar de invocarem o direito de deliberar em última instância sobre questões administrativas, perderiam de vista que a autoridade em matéria de regulação está crescentemente dispersa e que a prevenção de arbitrariedades nesse campo também pode ocorrer por meio de outros canais (MCDONALD, 2004). Seria preciso reconhecer que o volume e a tecnicidade das regras regulatórias apontam situações desafiadoras nas quais a defesa da legalidade, apesar de importante, não precisa sempre assumir um papel central, em grande medida pelo risco da discricionariedade legal comprometer a previsibilidade frequentemente almejada em contextos regulatórios.

Contudo, uma discussão ampla das interações entre agências reguladoras e tribunais também passa pela análise das diferentes rationalidades que pautam essas instituições e que é particularmente enfocada por outro conjunto da literatura de regulação, como exposto no próximo tópico.

As distintas rationalidades de agências e tribunais

Uma corrente de pensamento que se preocupa em ressaltar distinções entre agências reguladoras e tribunais é a *análise econômica do direito*. Para essa corrente, o direito atua como facilitador dos processos de troca na sociedade, uma vez que pode remover impedimentos aos contratos privados ao internalizar certos custos de transação (COOTER e ULEN, 2012). No aspecto específico das relações entre regulação e Poder Judiciário e sob inspiração do Teorema de Coase (COASE, 1960), essa abordagem, inicialmente, via com ceticismo a presença e interferência das agências reguladoras (KESSLER, 2010). Mas essa objeção *a priori* não impediu refinamentos teóricos posteriores que também questionam o papel dos tribunais e consideram a intervenção judicial custosa e até inadequada (KESSLER, 2010; SHLEIFER, 2010). Modelos mistos nos quais agências e tribunais participam do controle da regulação teriam desvantagens como, por exemplo, morosidade e duplicidade de custos, mas não seriam de todo inadequados, uma vez que pode haver complementaridade entre as qualidades de ambos os sistemas (POSNER, 2010).

Algumas dimensões conflitantes são identificáveis nos regimes regulatórios realizados por agências e tribunais (POSNER, 2010): a) agências tendem a usar mecanismos de controle e acompanhamento preventivos, enquanto tribunais usam métodos suspensivos e costumam agir retrospectivamente sobre violações ou danos que já ocorreram; b) agências lidam com regras, geralmente bastante claras, enquanto tribunais lidam com padrões legais mais abertos e de interpretação mais subjetiva; e

c) agências conduzem seus trabalhos sob os auspícios de especialistas, enquanto tribunais são compostos por juízes de perfil e formação mais generalista, na área do direito.

Em geral, as agências estariam mais adaptadas a mobilizar conhecimentos e informações relevantes em seus trabalhos e essa *expertise* seria mais apropriada do que aquela passível de ser provida no âmbito jurídico-legal. Embora também haja crítica no sentido de que as agências possam ser excessivamente dependentes de informações providas pelos regulados (HALL, SCOOT e HOOD, 2000). E, do lado judicial, pode haver oportunidades de contribuições técnicas na escuta de peritos trazidos pelas partes para refutar ou defender análises e evidências, mas esse procedimento pode ser eventualmente frágil e passível de manipulação (POSNER, 2010).

Ao examinar controvérsias específicas e aterem-se aos participantes de um litígio em particular, os tribunais seriam incapazes de avaliar objetivos e resultados de questões regulatórias mais amplas (KNIGHT e JOHNSON, 2007). Reguladores moldam sua atuação de modo amplo para uma indústria ou para um setor econômico como um todo enquanto tribunais se limitam às particularidades de um caso concreto (POSNER, 2010). Há, portanto, um conflito sobre decisão acerca de casos particulares e o caráter generalista inerente às decisões e políticas de regulação (SCHAUER e ZECKHAUSER, 2010).

A natureza plural dos processos regulatórios administrativos e judiciais – marcada por escolhas imperfeitas de tomada de decisão e por complexas disputas técnicas – sugere análises comparativas institucionais em estudos sobre interação entre regulação e judiciário (MANTZARI, 2016). A partir de uma teoria de análise comparativa institucional (KOMESAR, 1997), postula-se que os tribunais, comparados com o mercado e com o sistema político, têm atributos peculiares e exigências formais que limitam a informação que os juízes recebem e restringem sua capacidade decisória. Desse modo, os tribunais deveriam posicionar-se com cautela em relação a decisões políticas ou do mercado quando o equilíbrio de vieses ou de competências encorajem uma postura de deferência. Essa autocontenção, contudo, pode ser eventualmente flexibilizada por meio de outros fatores institucionais, como as cortes especializadas (MANTZARI, 2016).

A ocorrência dessa autocontenção ou deferência judicial em matéria regulatória é bastante estudada no contexto norte-americano e a partir de recortes variados. Fatores para uma maior deferência pelos tribunais são aventados: a) grau de insulamento e antiguidade da agência (MEAZELL, 2012); b) boa reputação do órgão regulador (MAGGETTI e PAPADOPoulos, 2016); c) excessiva complexidade dos casos, podendo até encorajar a “superdeferência” em alguns temas (MEAZELL, 2011); d) área temática de atuação e comportamentos estratégicos das agências, no sentido de antecipar-se a futuras decisões judiciais (MAGILL e VERMEULE, 2011). Uma menor deferência judicial ocorreria em casos de divergência ideológica entre agências e tribunais, em especial quando o órgão regulador revisa seus próprios posicionamentos ao longo do tempo (GIVATI e STEPHENSON, 2011).

Estado da arte sobre a interação entre agências reguladoras e tribunais

Foram selecionados artigos teórico-empíricos publicados em periódicos revisados por pares no período de 2010 a julho de 2018. A revisão se deparou com dificuldades similares àquelas apontadas por Osorio e O’Leary (2017), que realizaram uma revisão de literatura sobre as relações entre tribunais e administração pública, e relatam haver poucos estudos sobre o tema, em particular nos periódicos dessa área. A discussão é abordada mais frequentemente em periódicos da área jurídica, que podem apresentar as seguintes fragilidades: a) enfoque predominantemente normativo e jurisprudencial sobre a conveniência da intervenção judicial; b) pouco uso de dados empíricos e que, quando presentes, muitas vezes servem para corroborar argumentos doutrinários; e c) excessiva autorreferência a partir do pouco diálogo travado com trabalhos de outras ciências sociais.

A seguinte consulta em inglês (e traduzida para o português ou espanhol quando necessário) foi estruturada:

- “regulatory agencies” or “administrative law” and “judicial review” or “court*” or “judicial*”.

A busca foi realizada nas bases de dados SPELL, SciELO, SAGE, SCOPUS, JSTOR e Web of Science. Após a leitura dos títulos e resumos, aqueles artigos que realizavam apenas discussões teóricas e análise de jurisprudência ou precedentes foram descartados. Ao final desse processo, chegou-se a 10 artigos teórico-empíricos, o que confirma a escassez de pesquisas sobre o papel dos tribunais na regulação (LEVI-FAUR, 2011) e a existência de aspectos ainda bastante inexplorados academicamente sobre esse tema (DUBASH e MORGAN, 2012; PRADO, 2016; WINDHOLZ, 2018). A essa quantidade inicial foram acrescidos

7 artigos com base na técnica denominada *bola de neve*, com consulta das referências dos artigos da listagem anterior. A leitura e análise desses 17 artigos propiciou o agrupamento de pesquisas nas temáticas elencadas a seguir.

Deferência judicial

Uma pesquisa revisou 10 estudos empíricos sobre revisão judicial de ações das agências reguladoras de acordo com 6 doutrinas (ou precedentes) judiciais diferentes (PIERCE, 2011). Constatou-se um alto percentual de confirmação de decisões de agência (aproximadamente 70%) por tribunais federais, independentemente da doutrina invocada no caso específico. Desse modo, as variações de confirmação na revisão judicial precisariam ser explicadas por outros fatores, como: a) embasamento procedural da decisão da agência; b) consistência do posicionamento da agência ao longo do tempo; c) familiaridade judicial com a matéria objeto da decisão; e d) preferências ideológicas dos juízes.

Outro artigo contesta a dicotomia relativa à existência ou não de deferência judicial sobre decisões das agências reguladoras (FIX, 2014). Para o autor, a importância política da questão substantiva objeto de apreciação pelo Poder Judiciário constitui um fator que agrupa complexidade às interações entre tribunais e agências. A pesquisa partiu de uma amostra de 852 processos decididos entre 1961 e 2002, que foi submetida à técnica de regressão logística. Os resultados mostram que em casos “menos importantes” o nível de deferência é estático, enquanto que em casos “proeminentes” o nível de deferência está fortemente relacionado à compatibilidade ideológica entre o tribunal e a agência no caso específico.

Comportamento judicial

Três artigos se debruçaram primordialmente sobre fatores existentes em sistemas regulatórios demandando que o Poder Judiciário desempenhe um papel mais proeminente no contexto da regulação. O Judiciário pode desempenhar papéis de apoio não convencionais, ao fomentar comunicação e interação entre diversas instituições do espaço regulatório e adotando um papel pedagógico por meio da revisão do papel de instituições regulatórias constituídas recentemente (URUEÑA, 2012) ou exigindo satisfação do Poder Executivo sobre a falta de uma agência reguladora (THIRUVENGADAM e JOSHI, 2012). Em recorte similar, um estudo de caso empírico abordou o envolvimento de tribunais chineses em questões regulatórias ambientais, buscando entender a razão dessa aproximação e como ela afetou o comportamento das partes reguladas (ZHANG, 2016). Tais pesquisas realizaram estudos de caso, têm caráter mais descritivo e realizaram cotejos teóricos a partir de teorias da regulação e do comportamento judicial.

Envolvimento de tribunais com questões técnicas e científicas

Um subconjunto de artigos discute como o Poder Judiciário lida com questões regulatórias nas quais aspectos técnicos e científicos são cruciais. Um estudo examinou, a partir de entrevistas com autoridades regulatórias, como a Suprema Corte colombiana tem assumido um papel proativo em questões na área da saúde, no que tange, por exemplo, a decisões sobre eficácia de medicamentos e obrigatoriedade de tratamentos por planos de saúde, frequentemente desconsiderando argumentos técnicos do Poder Executivo (HAWKINS e ALVAREZ ROSETE, 2019). Um estudo brasileiro se dedicou a analisar o controle judicial de norma regulatória adotada pela Agência Nacional de Saúde (ANS) para a cobertura de urgências e emergências médicas em planos de assistência à saúde (RAMALHO, 2016). Esse autor realizou uma revisão da jurisprudência de acórdãos de três tribunais de Justiça e constatou um controle judicial que desconsiderava sistematicamente a norma da agência, evidenciando atrito interinstitucional.

Um terceiro estudo nessa linha, sobre decisões da Agência de Proteção ao Meio Ambiente dos EUA, apontou que o engajamento crescente de tribunais em matéria de regulação ambiental pode favorecer a emergência de uma parceria construtiva entre tribunais e agências em questões científicas complexas (FISHER, PASCUAL e WAGNER, 2015). Os tribunais atuariam como críticos necessários que encorajam as agências a desenvolver *accountability* e adotar modelos de governança mais sólidos que, por seu turno, aprimoram e tornam os padrões de revisão judicial mais focados e coerentes, em um relacionamento simbiótico positivo para as duas partes.

Outro estudo (BAYE e WRIGHT, 2011) enfocou o problema de um eventual despreparo do Poder Judiciário para lidar com questões relacionadas ao antitruste, cujos litígios envolvem cada vez mais predições e cálculos sofisticados. O trabalho concluiu que a complexidade econômica do caso aumenta a probabilidade de apelações nos processos e que a capacitação

dos juízes se mostra útil para processos simples, pouco contribuindo em casos complexos. Um achado interessante da pesquisa foi que a repetida exposição dos juízes a casos complexos não é um substituto para a capacitação. Desse modo, a hipótese costumeiramente levantada de criação de varas especializadas não se mostraria tão relevante, uma vez que a capacitação mais avançada e a designação de peritos pelo juízo teriam impactos mais significativos.

Eficiência e desempenho em modelos mistos (com agências e tribunais) na regulação

Dois trabalhos analisam dimensões de eficiência e desempenho em desenhos institucionais regulatórios marcados pela coexistência de agências e tribunais. No contexto dos litígios levados aos tribunais contra decisões de 12 agências reguladoras da Croácia foram analisadas decisões tomadas entre 1995 e 2011 (BAJAKIĆ e KOS, 2016). Foram analisados aspectos como vencedor da demanda, percentual de sucesso, custo e duração do processo. As agências obtêm vitória em 82% dos casos e análises de tendência indicaram que esses órgãos têm logrado êxito crescente na confirmação da legalidade de suas decisões. Tal resultado iria ao encontro dos achados de outras pesquisas que indicam correlação positiva entre a complexidade técnica ou econômica de um processo regulatório e o percentual de decisões dos tribunais em favor das agências. Caminho diferente foi apontado por um estudo que comparou decisões de juízes federais e de comissários da Comissão Federal de Comércio, submetidas a tribunais federais de apelação, no contexto do direito antitruste norte-americano (WRIGHT e DIVELEY, 2013). O estudo almejou identificar se o presumido maior grau de *expertise* nas decisões das agências se traduziria em menor reversibilidade em apelações no Poder Judiciário. O resultado apontou que as decisões da comissão tinham maior probabilidade tanto no sentido de serem objeto de apelação quanto de anulação na corte federal.

Comportamentos calculados

Um subconjunto de trabalhos destacou a possibilidade de agências reguladoras e litigantes modularm suas condutas de acordo com as expectativas sobre o posicionamento judicial ou buscando auferir benefício próprio. Um estudo realizado no Brasil investigou o comportamento de empresas reguladas no setor de energia (MONTEIRO, RAVENA e CONDE, 2013) e identificou o problema de instâncias regulatórias concorrentes que favorecem a judicialização de políticas públicas e comportamentos procrastinatórios, que reduzem a efetividade de instrumentos de regulação. Apontou-se um quadro disfuncional, no qual empresas logram escapar ou adiar sanções decorrentes do descumprimento de exigências contratuais a partir de recursos ao Poder Judiciário.

O estudo de Wagner (2010) na Agência de Proteção ao Meio Ambiente dos EUA, apontou os riscos da supervisão judicial quando os tribunais são expostos a um excesso de informações levadas por partes que tentam capturar e controlar o processo regulatório. Para a autora, o aporte excessivo de informações, muitas vezes complexas, ao contrário de contribuir para a elucidação das questões técnicas regulatórias pode envolver um comportamento calculado que termina por desencorajar a revisão substantiva por parte dos tribunais.

Outro trabalho apontou que as agências podem evitar expor-se à revisão judicial ao deixar de levar à Justiça casos com baixas chances de sucesso em virtude de jurisprudência contrária (LI, 2012). Grande parte da literatura enfoca o resultado de processos administrativos que passaram pelo crivo judiciário, mas esse estudo optou por examinar procedimentos e investigações de uma agência antitruste que foram encerrados ainda na esfera administrativa. A partir de um modelo estatístico que examinou decisões do departamento antitruste norte-americano prolatadas entre 1940 e 1994, a pesquisa concluiu que tribunais regionais com maior grau de variabilidade de suas decisões e, portanto, maior incerteza jurídica nos julgados, reduziam significativamente a disposição da agência em buscar a persecução judicial.

Custos de transação e análises de custo-benefício

Um trabalho empreendeu a análise da interação entre Poder Judiciário e política regulatória sob a ótica dos custos de transação (SILVA e COSTA JÚNIOR, 2011). A pesquisa procurou desviar-se de enfoques que avaliam negativamente a intervenção judicial e partiu do entendimento de que essas visões negligenciam a heterogeneidade de preferências existente nos tribunais. A partir do estudo de caso de uma majoração tarifária autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), o artigo conclui que o Poder Judiciário é marcado por controles internos, sobretudo provenientes dos órgãos de cúpula, que podem complementar e reafirmar a implementação de determinadas políticas regulatórias.

O desenho institucional sob a ótica de análises de custo-benefício foi explorado em duas pesquisas. A partir da comparação das análises realizadas por órgãos regulatórios dos setores ambiental e financeiro, no contexto das atividades de uma agência supervisora da regulação federal e da revisão judicial (REVESZ, 2017). Discute-se um caso específico no qual, além dos atritos entre agências e tribunais, há duplicidade de revisão (tanto por parte da agência reguladora quanto do Poder Judiciário) que influencia negativamente, sobretudo, a regulação do setor financeiro, menos amadurecida do que a regulação ambiental. Outra análise de custo-benefício teve achados no sentido favorável à revisão judicial e foi empreendida por estudo que identificou um papel cooperativo por parte dos tribunais (GELBACH e MARCUS, 2018). Os tribunais exerceriam uma “supervisão orientada por problemas” que identificaria e ajudaria a corrigir disfunções no trabalho de agências administrativas (a pesquisa abrangeu tanto agências reguladoras quanto tribunais administrativos encarregados de outras funções).

CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Observa-se que a compreensão do funcionamento do Estado regulador (MAJONE, 1994; LEVI-FAUR, 2005) não pode prescindir de um entendimento aprofundado das interações entre agências reguladoras e tribunais. Trata-se de discussão de alta relevância econômica e social, já que são grandes os impactos gerados por decisões regulatórias no cotidiano dos cidadãos, bem como o tema ainda carece de pesquisas empíricas e maior sistematização, em especial nos países em desenvolvimento (GINSBURG, 2009; DUBASH e MORGAN, 2012). A discussão empreendida neste ensaio demonstra que, embora existam muitos problemas que demandam investigação a respeito das interações entre Poder Judiciário e agências reguladoras, a agenda de pesquisa acadêmica não vem acompanhando adequadamente a temática em pesquisas de campo. Buscou-se chamar atenção para a complexidade teórica dos debates relativos ao controle judicial e para a escassez de estudos empíricos sobre como a revisão judicial das decisões administrativas é concretamente determinada, em especial a partir de lentes externas à área jurídica.

Como abordado neste ensaio, o espaço regulatório constitui um construto analítico bastante útil para a descrição e análise dos ambientes nos quais a regulação ocorre (HANCHER e MORAN, 1989; SCOTT, 2001; VIBERT, 2014; WINDHOLZ, 2018) e organiza a discussão além dos tradicionais enfoques sobre instrumentos e técnicas de regulação. As diversas organizações que lidam com a regulação precisariam lidar com essa dispersão do poder regulatório em meio a relações complexas e marcadas por percepções e preferências conflitantes (SCOTT, 2001; VIBERT, 2014). Em vista disso, formula-se a seguinte proposição:

- **Proposição 1:** A sobreposição de autoridade no espaço regulatório implica conflitos entre o controle legal dos tribunais e a aplicação por agências reguladoras de padrões regulatórios.

Em complemento às contribuições que a teoria institucional parece oferecer à compreensão do fenômeno, a análise econômica do direito também fornece elementos para a discussão das relações entre agências reguladoras e tribunais, enfatizando as tensões entre as rationalidades técnico-administrativa e jurídico-legal e os diferentes padrões de interpretação dos assuntos regulatórios adotados por agências e tribunais. Há, portanto, um conflito em decisões judiciais acerca de casos específicos e o caráter mais amplo inerente aos objetivos e às políticas de regulação (POSNER, 2010; SCHAUER e ZECKHAUSER, 2010). Em vista disso, propõe-se:

- **Proposição 2:** A revisão judicial de decisões de agências reguladoras implica conflitos de escolha entre processos regulatórios e adjudicatórios e de rationalidades técnico-administrativas e jurídico-legais.

As proposições apresentadas parecem apontar diversas possibilidades de pesquisa empírica. Estudos qualitativos podem ser relevantes para compreender como juízes percebem seu papel em contextos regulatórios e como essas percepções afetam suas decisões. Em contrapartida, outro recorte de análise importante pode partir da busca da compreensão de como técnicos, gestores e advogados das agências percebem as consequências de litígios regulatórios nos resultados de seu trabalho. Como o estudo do CNJ (2011) apontou, a morosidade e a imprevisibilidade no sistema judicial afetam de modo significativo o trabalho e as políticas desenvolvidas na esfera técnica.

Sob a perspectiva de uma abordagem quantitativa, mostra-se oportuno pesquisar os fatores e condicionantes que explicam a deferência judicial. Os conflitos entre a rationalidade técnico-administrativa e a jurídico-legal podem ser explorados sob a perspectiva da investigação sobre quais fatores e contextos maximizam ou minimizam divergências de interpretação em matéria regulatória no ambiente institucional-legal. Este ensaio apontou que determinados fatores podem ter impacto decisivo na

maneira como as disputas regulatórias são tratadas no Poder Judiciário, tais como características institucionais das agências e tribunais e variações setoriais ou temáticas na regulação.

Os principais temas que emergiram da discussão do estado da arte podem apontar para posturas de autocontenção ou maior protagonismo judicial, de modo que convém verificar e refinar a influência dessas e de outras variáveis no contexto brasileiro. Tais pesquisas podem partir de análise documental de processos judiciais envolvendo agências reguladoras na Justiça Federal brasileira. A partir disso, bases de dados podem ser construídas e utilizadas em modelos estatísticos que apontem possíveis preditores da deferência judicial na realidade brasileira ou que, por outro lado, levam o Poder Judiciário a desempenhar um papel mais proeminente no contexto da regulação. Uma análise de conteúdo dessas decisões judiciais, com apoio de técnicas de mineração de texto, também se mostraria bastante pertinente para a análise de fatores que influenciam decisões judiciais que envolvem matéria regulatória no Brasil.

REFERÊNCIAS

- AITH, F. Agências reguladoras de saúde e Poder Judiciário no Brasil: uma relação conflituosa e necessária para a garantia plena do direito à saúde. In: PRADO, M. M. (Org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p.209-230. x-y.
- BAJAKIĆ, I.; KOS, V. What can we learn about regulatory agencies and regulated parties from the empirical study of judicial review of regulatory agencies' decisions? The case of Croatia. **Central European Journal of Public Policy**, v. 10, n. 1, p. 22-34, 2016.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Introduction: regulation - the field and the developing agenda. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. (Ed.). **Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 5-17.
- BAYE, M.; WRIGHT, J. Is Antitrust too complicated for generalist judges? The impact of economic complexity and judicial training on appeals. **Journal of Law and Economics**, v. 54, n. 1, p. 1-24, 2011.
- BERRY, F. S. et al. Three traditions of network research: what the public management research agenda can learn from other research communities. **Public Administration Review**, v. 64, n. 5, p. 539-552, 2004.
- BIGNAMI, F. Introduction: a new field – comparative law and regulation. In: BIGNAMI, F.; ZARING, D. (Ed.). **Comparative law and regulation: understanding the global regulatory process**. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. p.1-55.
- BLACK, J. New institutionalism and naturalism in socio-legal analysis: institutionalist approaches to regulatory decision making. **Law and Policy**, v. 19, n. 1, p. 52-56, 1997.
- BLACK, J. Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world. **Current Legal Problems**, v. 54, p. 103-146, 2002.
- COHN, M. Law and regulation: the role, form and choice of legal rules. In: LEVI-FAUR, D. (Ed.). **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p.185-200.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2018.
- COOTER, R.; ULEN, T. (Ed.). **Law and economics**. 6. ed. Cranbury, NJ: Addison-Wesley Longman, 2012.
- COUTINHO, D. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, E.; FARIA, C. (Org.). **Política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. UNESP, 2013. p.181-200.
- DIMAGGIO, P.; POWELL, W. (Ed.). **The new institutionalism in organizational analysis**. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- DRAGU, T.; BOARD, O. On judicial review in a separation of powers system. **Political Science Research and Methods**, v. 3, n. 3, p. 473-492, 2015.
- DUBASH, N.; MORGAN, B. Understanding the rise of the regulatory State of the South. **Regulation & Governance**, v. 6, n. 3, p. 261-281, 2012.
- FISHER, E.; PASCUAL, P.; WAGNER, W. Rethinking judicial review of expert agencies. **Texas Law Review**, v. 93, p. 1681-1721, 2015.
- FIX, M. P. Does deference depend on distinction? Issue salience and judicial decision-making in administrative law cases. **Justice System Journal**, v. 35, n. 2, p. 122-138, 2014.
- GELBACH, J. B.; MARCUS, D. Rethinking judicial review of high volume: agency adjudication. **Texas Law Review**, p. 1097-1162, 2018.
- GINSBURG, T. Judicialization of administrative governance: causes, consequences and limits. In: GINSBURG, T.; CHEN, A. (Ed.). **Administrative law and governance in Asia: comparative perspectives**. New York: Routledge University Press, 2009. p. 1-19.
- GIVATI, Y.; STEPHENSON, M. Judicial deference to inconsistent agency statutory interpretations. **The Journal of Legal Studies**, v. 40, n. 1, p. 85-113, 2011.
- GOMES, R. C.; LIDDLE, J.; GOMES, L. O. M. A five-sided model of stakeholder influence. **Public Management Review**, v. 12, n. 5, p. 701-724, 2010.
- HALL, C.; SCOTT, C.; HOOD, C. **Telecommunications regulation: culture, chaos and interdependence inside the regulatory process**. London: Routledge, 2000.
- HANCHER, L.; MORAN, M. Organizing regulatory space. In: HANCHER, L.; MORAN, M. (Ed.). **Capitalism, culture and economic regulation**. Oxford: Clarendon Press, 1989. p. 271-300.
- HAWKINS, B.; ALVAREZ ROSETE, A. Judicialization and health policy in Colombia: the implications for evidence-informed policymaking. **Policy Studies Journal**, v. 47, n. 4, p. 953-977, 2019.-
- JORDANA, J.; FERNÁNDEZ-I-MARÍN, X.; BIANCULLI, A. Agency proliferation and the globalization of the regulatory State: introducing a data set on the institutional features of regulatory agencies. **Regulation & Governance**, v. 12, n. 1, p. 1-17, 2018.
- KESSLER, D. Introduction. In: KESSLER, D. (Ed.). **Regulation vs. litigation: perspectives from economics and law**. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p.1-9.
- KINGSBURY, B.; DONALDSON, M. Roles of Law in Regulatory States of the South. In: DUBASH, N.; MORGAN, B. (Ed.). **The rise of the regulatory State of the South**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 256-266.
- KNIGHT, F.; JOHNSON, J. The priority of democracy: a pragmatist approach to political-economic institutions and the burden of justification. **The American Political Science Review**, v. 101, n. 1, p. 57-61, 2007.
- KOMESAR, N. **Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy**. Chicago: University of Chicago Press, 1997.
- KOOP, C.; LODGE, M. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. **Regulation and Governance**, v. 11, n. 1, p. 95-108, 2015.
- LEVI-FAUR, D. The global diffusion of regulatory capitalism. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 598, p. 12-32, 2005.

- LEVI-FAUR, D. Regulation and regulatory governance. In: LEVI-FAUR, D. (Ed.). *Handbook on the politics of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 3-21.
- LEVY, B.; SPILLER, P. A framework for resolving the regulatory problem. In: LEVY, B.; SPILLER, P. (Ed.). *Regulation, institutions and commitment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 1-35.
- LI, Q. To prosecute or not to prosecute, that is the question: agency litigation under the influence of appellate courts. *Canadian Journal of Political Science*, v. 45, n. 1, p. 185-205, 2012.
- LODGE, M.; WEGRICH, K. **Managing regulation**: regulatory analysis, politics and policy. New York: Palgrave Macmillan, 2012.
- MAGGETTI, M.; PAPADOPOULOS, Y. The principal-agent framework and independent regulatory agencies. *Political Studies Review*, v. 14, n. 4, p. 1-12, 2016.
- MAGILL, E.; VERMEULE, A. Allocating power within agencies. *The Yale Law Journal*, v. 120, n. 5, p. 1032-1083, 2011.
- MAJONE, G. The rise of the regulatory State in Europe. *West European Politics*, v. 17, p. 77-101, 1994.
- MANTZARI, D. Economic evidence in regulatory disputes: revisiting the court-regulatory agency relationship in the US and in the UK. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 3, p. 565-594, 2016.
- MCDONALD, L. The rule of law in the "new regulatory State". *Common Law World Review*, v. 33, n. 3, p. 197-221, 2004.
- MEAPELL, E. Super deference, the science obsession, and judicial review as translation of agency science. *Michigan Law Review*, v. 109, n. 5, p. 733-784, 2011.
- MEAPELL, E. Presidential control, expertise, and the deference dilemma. *Duke Law Journal*, v. 61, n. 8, p. 1763-1810, 2012.
- MEYER, J. W.; ROWAN, B. Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony. *American Journal of Sociology*, v. 83, n. 2, p. 340-363, 1977.
- MONTEIRO, M.; RAVENA, N.; CONDE, C. Judicialização da regulação e perda da qualidade do fornecimento de energia elétrica em áreas periféricas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 403-419, 2013.
- MORGAN, B.; YEUNG, K. **An introduction to law and regulation**: text and materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- NOLL, R. G. Introduction. In: NOLL, R. G. (Ed.). **Regulatory policy and the social sciences**. Berkeley: University of California Press, 1985. p.3-8.
- OSORIO, A.; O'LEARY, R. The impact of courts on public management: new insights from the legal literature. *Administration & Society*, v. 49, n. 5, p. 658-678, 2017.
- PECI, A. Regulação e administração pública. In: GUERRA, S. (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014. P 57-80.
- PIERCE, R. J. What do the studies of judicial review of agency actions mean? *Administrative Law Review*, v. 63, n. 1, p. 77-98, 2011.
- POSNER, R. Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework. In: KESSLER, D. (Ed.). **Regulation vs. litigation**: perspectives from economics and law. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 11-26.
- PRADO, M. M. Introdução. In: PRADO, M. M. (Org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 7-22.
- RAMALHO, B. A. A interface institucional entre a ANS e o Poder Judiciário: análise de acórdãos sobre a cobertura de emergências médicas em planos de saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 17, n. 1, 2016.
- RANDOLPH, G.; FETZNER, J. Regulatory interpretation: regulators, regulated parties, and the courts. *Business and Politics*, v. 20, n. 2, p. 301-328, 2018.
- REVESZ, R. L. Cost-benefit analysis and the structure of the administrative State: the case of financial services regulation. *Yale Journal on Regulation*, n. 34, p. 545-600, 2017.
- ROWLEY, T. J. Moving beyond dyadic ties: a network theory of stakeholder influences. *Academy of Management Review*, v. 22, n. 4, p. 887-910, 1997.
- SAMPAIO, P.; WADA, R. A regulação e o Judiciário: o caso do setor de eletricidade. In: PRADO, M. M. (Org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 135-160.
- SCHAUER, F.; ZECKHAUSER, R. The trouble with cases. In: KESSLER, D. (Ed.). **Regulation vs. litigation**: perspectives from economics and law. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 45-70.
- SCHMIDT, P. Law in the age of governance: regulation, networks and lawyers. In: JORDANA, J.; LEVI-FAUR, D. (Ed.). **The politics of regulation**: institutions and regulatory reforms for the age of governance. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 273-295.
- SCHMIDT, P. **Lawyers and regulation**: the politics of the administrative process. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- SCOTT, C. Analysing regulatory space: fragmented resources and institutional design. *Public Law*, Summer, p. 329-353, 2001.
- SCOTT, W. R.; MEYER, J. W. The organization of societal sectors: propositions and early evidence. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. (Ed.). **The new institutionalism in organizational analysis**. Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 108-140.
- SELZNICK, P. Focusing organizational research on regulation. In: NOLL, R. G. (Ed.). **Regulatory policy and the social sciences**. Berkeley: University of California Press, 1985. p.363-368.
- SHLEIFER, A. Efficient regulation. In: KESSLER, D. (Ed.). **Regulation vs. litigation**: perspectives from economics and law. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 27-43.
- SILVA, R. S.; COSTA JÚNIOR, A. P. S. Judiciário e política regulatória: instituições e preferências sob a ótica dos custos de transação. *Revista de Economia Política*, v. 31, n. 4, p. 659-679, 2011.
- THIRUVENGADAM, A.; JOSHI, P. Judiciaries as crucial actors in southern regulatory systems: a case study of Indian telecom regulation. *Regulation & Governance*, v. 6, p. 327-343, 2012.
- URUEÑA, R. The rise of the constitutional regulatory State in Colombia: the case of water governance. *Regulation and Governance*, v. 6, n. 3, p. 282-299, 2012.

VIBERT, F. **The new regulatory space**: reframing democratic governance. Chelteham: Edward Elgar, 2014.

WAGNER, W. Administrative Law, Filter Failure, and Information Capture. *Duke Law Journal*, v. 59, p. 1321–1432, 2010.

WINDHOLZ, E. **Governing through regulation**: public policy, regulation and the law. New York/London: Routledge, 2018.

WRIGHT, J. D.; DIVELEY, A. M. Do expert agencies outperform generalist judges? Some preliminary evidence from the Federal Trade Commission. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 1, n. 2, p. 82-103, 2013.

ZHANG, X. Judicial enforcement deputies: causes and effects of Chinese judges enforcing environmental administrative decisions. *Regulation & Governance*, v. 10, p. 29-43, 2016.

Jeovan Assis da Silva

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5523-6980>

Doutorando em Administração pela Universidade de Brasília (PPGA/UnB); Mestre em Relações Internacionais (UnB); Servidor público federal da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em Brasília – DF, Brasil. E-mail: jvnsilva@gmail.com

Tomas Aquino Guimarães

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9261-2407>

Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP); Professor titular da Universidade de Brasília (UnB), onde leciona nos cursos de graduação e de pós-graduação em Administração, Brasília – DF, Brasil. E-mail: tomas.aquino.guimaraes@gmail.com