

EDUARDO
JORDÃO

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

2ª EDIÇÃO
REVISTA E AMPLIADA

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM



MALHEIROS
EDITORES

www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 2

**PARA ALÉM DAS ROMANTIZAÇÕES:
A PRÁTICA DO CONTROLE**

2.1. CONTROLE JUDICIAL

A TEORIA DA DEFERÊNCIA E A PRÁTICA JUDICIAL: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE O CONTROLE DO TJRJ À AGENERSA¹

Em coautoria com:

Renato Toledo Cabral Junior²

I. INTRODUÇÃO

Este artigo consiste em reflexão dos autores sobre a teoria da deferência a partir das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) em relação à Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA). Os dados empíricos foram inicialmente coletados em pesquisa realizada por alunos da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) na disciplina de atividade complementar obrigatória denominada “Oficina de Pesquisa”, realizada durante o segundo semestre do ano de 2017, com a supervisão e orientação dos coautores³. A partir dos dados coletados com base em classificações e parâmetros indicados pelos autores, os alunos catalogaram 134 decisões judiciais proferidas pelo Tribunal fluminense, cuja análise inicial foi apresentada perante o corpo docente e discente da faculdade, do que resultou a publicação do artigo em nome dos alunos. Este trabalho representa uma análise própria dos coautores sobre tais dados, a partir da revisão literária

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, p. 537-573, 2018.

² Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assistente de pesquisa na FGV Direito Rio. Membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ (UERJ Reg.). Advogado.

³ A catalogação das pesquisas foi feita pelos alunos Alexandre Blois, Eduardo Adami, Fábio Rodrigues, Gabriel Arlé, Giulia Costa, Julia Rezende, Luiza Brumati, Maria Eduarda Gomes e Rodrigo Roll, sob a orientação do assistente de pesquisa Renato Toledo Cabral Junior e supervisão do professor Eduardo Jordão.

sobre a teoria da deferência e da adoção de critérios próprios, com o objetivo de evidenciar possíveis tendências do TJRJ em relação à AGENERSA.

Foram lidas e examinadas mais de uma centena de decisões, classificadas posteriormente em função de três parâmetros distintos: (i) a deferência pelo discurso, com a verificação da eventual existência, nas decisões analisadas, de um discurso de deferência em favor da agência reguladora; (ii) a deferência pelo resultado, com a verificação do resultado final do processo, mantendo ou revisando a decisão da agência; e (iii) a deferência pela amplitude de controle, com a verificação da extensão do controle operado pelo tribunal, se limitado aos aspectos formais da decisão administrativa controlada ou exercido também sobre os seus aspectos substantivos. Ao final, tais variáveis foram conjugadas para indicar possíveis tendências do TJRJ no controle judicial da AGENERSA.

A crise do Estado do bem-estar social resultou num período de intensa reforma administrativa nas últimas décadas do século XX. Antes considerado o principal agente da economia (sobretudo em seu modo de intervenção direta por meio de empresas estatais), o Estado teve seu papel reconfigurado em um contexto de sucessivas privatizações e desestatizações. O processo foi acompanhado de uma necessidade cada vez maior de fiscalização das atividades que foram delegadas ao setor privado. Este movimento levou ao que se convencionou chamar de *Estado regulador* (MAJONE, 1999)⁴.

A liberalização de alguns setores da economia à iniciativa privada constituiu um processo extremamente complexo e sensível. Para capitaneá-lo, foi frequente em vários países a opção pela criação das chamadas *agências reguladoras* – entidades relativamente independentes da administração central, com *autonomia reforçada* (ARAGÃO, 2002), compostas por especialistas na matéria, com garantias de poder decisório insulado do processo político e dotadas de significativos recursos financeiros e humanos. Com esse modelo, a regulação de atividades econômicas antes submetidas ao monopólio estatal (como os serviços de telecomunicações, energia elétrica, gás, transporte ferro-

⁴ Marçal Justen Filho (2011, p. 655) identifica quatro distinções significativas entre essa nova concepção estatal diante do Estado de Providência: (i) a transferência para a iniciativa privada de atividades anteriormente desenvolvidas pelo Estado, inclusive com a liberalização de atividades até então monopolizadas; (ii) a preferência pelo instrumento interventivo indireto, por meio da regulação das atividades sociais e econômicas (competência regulatória); (iii) a atuação estatal norteada não apenas pelas correções das falhas de mercado, mas também admitindo-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política e social; bem como (iv) a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas.

viário, etc.) passou a ser atribuída a uma instituição pública cuidadosamente desenhada para lidar com a complexidade dessas funções (KING, 2008, p. 409). No Brasil, esse fenômeno foi constatado sobretudo no final da década de 1990 e no início da década seguinte⁵.

A proliferação destas entidades administrativas especializadas gerou alguns desafios para a teoria do direito administrativo. Naquilo que concerne mais especificamente a este artigo, questionou-se que tipo de controles deveriam ser aplicados a elas, e se eles deveriam diferir daqueles que se aplicavam às autoridades administrativas tradicionais. Em diversos países, ganhou relevo a discussão a propósito da conveniência da aplicação de alguma *deferência* (ou *autocontenção*) do controlador às decisões tomadas por estas entidades, em função das suas características.

A “teoria da deferência” corresponde à tese segundo a qual a autocontenção seria conveniente (VERÍSSIMO, 2012). No caso específico do controle judicial, o argumento em favor da deferência seria o seguinte. Como a matéria regulatória é tecnicamente complexa, a deferência judicial às decisões das agências reguladoras transmitiria a ideia de respeito judicial a uma instituição comparativamente mais bem adaptada para enfrentá-la (tanto em função da natureza da sua atuação diuturna, como em função do seu maior aparelhamento institucional). Além disso, veicularia a intenção de não prejudicar a coerência e a dinâmica da política regulatória da autoridade administrativa. Dito de outro modo, a justificativa do controle judicial deferente às decisões das agências reguladoras reside, de um lado, na inadequação subjetiva e objetiva

⁵ Confira-se, a propósito, o relato de Gustavo Binenbojm (2014, p. 266-267) sobre o assunto: “Com efeito, a superação da crise econômico-gerencial do Estado brasileiro, cujo auge se atingiu na década de 1980, passava pela reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia. Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto. O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias. Por outro lado, a transferência de serviços públicos e/ou de sua execução à iniciativa privada não poderia conduzir a um Estado puramente liberal, guiado pelo não-intervencionismo. Daí as agências constituírem também efeito da reforma por que passou o Estado brasileiro, na medida em que foram institucionalmente incumbidas da regulação tanto de serviços públicos desestatizados, como de outras atividades econômicas de relevante interesse social, devolvidas total ou parcialmente à iniciativa privada”.

dos tribunais para a regulação; de outro, no prejuízo que a sua intervenção pode causar à política regulatória das agências.⁶

Sob um certo ângulo, a aplicação de um controle judicial deferente sobre decisões das agências reguladoras veicula a compreensão de que matérias tecnicamente complexas devem ser definidas prioritariamente pelas autoridades administrativas especializadas – aos tribunais caberia apenas uma revisão relativamente superficial.

A realização de estudos empíricos para verificar (e medir) a adoção judicial da teoria da deferência tem relevância acentuada na literatura jurídica. Nos Estados Unidos, por exemplo, William Eskridge e Lauren Baer (2008) realizaram importante pesquisa em que questionam a importância prática da doutrina *Chevron* e a sua percepção como marco do direito administrativo americano. Os autores consultaram todas as 1.014 decisões da Suprema Corte americana entre 1984 (ano da decisão paradigmática) e 2005 que envolviam o controle judicial de interpretação legislativa promovida por uma autoridade administrativa. Chegaram à conclusão de que o regime de *Chevron* só era mencionado em 8,3% delas. Em mais da metade dos casos, nenhum precedente sobre deferência judicial sequer foi citado. A despeito disso, o estudo indicou uma propensão à manutenção da interpretação da autoridade administrativa. Outras pesquisas empíricas, também nos Estados Unidos, demonstraram o aumento percentual relevante de decisões em favor das agências nos tribunais inferiores nos anos que se seguiram a *Chevron*⁷.

No Brasil, alguns estudos sobre o tema vêm sendo desenvolvidos, com enfoque sobretudo nas agências reguladoras federais⁸. Uma pesquisa do CNJ, por exemplo, analisou 1.371 ações judiciais em que foram questionadas decisões de agências reguladoras entre 1994 e 2010 e revelou que mais de 80% dos casos que tiveram seu mérito julgado pelos tribunais superiores foram favoráveis às agências – embora, no decorrer do processo, a incidência de decisões desfavoráveis esteja presente com alguma incidência (AZEVEDO; FERRAZ JUNIOR; MARANHÃO, 2011). Segundo o relatório, a complexidade e o caráter estritamente técnicos das entidades administrativas autônomas é uma de suas razões de decidir. Juliano Maranhão (2016, p. 26-46), ao analisar

⁶ Para desenvolvimento destes argumentos e ilustrações práticas e jurisprudenciais de seu uso, ver o capítulo 1.1 de JORDÃO (2016).

⁷ Confira-se, por exemplo, KERR (1998) e SCHUCK e ELLIOTT (1991). Kent Barnett e Christopher Walker (2017, p. 01-73) demonstraram que, nas cortes federais de apelação, a aplicação da doutrina *Chevron* pelos tribunais garantiu uma taxa de êxito 25% superior em favor das agências americanas.

⁸ Nesse sentido, ver, por todos, WANG, PALMA e COLOMBO (2010) e MARANHÃO (2016).

o estudo, observa que (i) há uma supervalorização de questões procedimentais; (ii) os magistrados geralmente carecem de conhecimento técnico para resolver as questões; (iii) a dicotomia entre o direito público e privado dificulta a compreensão judicial sobre assuntos regulatórios complexos; e (iv) há uma insensibilidade ao raciocínio regulatório que, muitas vezes, leva o Poder Judiciário a um formalismo jurídico.⁹

Esse tipo de estudo possui grande importância porque, a partir da orientação judicial identificada, é possível saber até que ponto o controle judicial é uma engrenagem relevante do processo regulatório. Ao operar o controle sobre decisões administrativas, os tribunais podem terminar por *tomar* diretamente decisão diversa ou *limitar* o leque de decisões que poderiam ser adotadas pela administração pública. Naturalmente, este risco é tanto maior quanto mais intenso for o controle aplicado. Os resultados da pesquisa empírica podem revelar, portanto, se o Poder Judiciário preserva a coerência e a dinâmica da políticas regulatórias setoriais.

Outro ponto relevante é a segurança jurídica, especialmente no Brasil. A Administração Pública no Brasil vive um momento de altíssima incerteza jurídica¹⁰, em que os agentes administrativos, os tribunais e os setores regulados atuam num ambiente bastante fluido, no qual o resultado concreto de uma ação judicial é muitas vezes imprevisível (JORDÃO, 2017, p. 357).¹¹ Daí porque os dados estatísticos podem ser relevantes para apontar tendências específicas da jurisprudência e orientar a atuação dos agentes envolvidos.

A verificação empírica e a mensuração da deferência judicial, no entanto, envolvem dificuldades não negligenciáveis. Em primeiro lugar, porque a definição de uma postura intrusiva ou deferente requer a avaliação de va-

⁹ Em razão de tais conclusões, o autor sugere, diante da especificidade dos dados relacionados às decisões sobre agências reguladoras, a criação de varas especializadas dotadas de uma equipe de conselheiros técnicos (economistas e engenheiros, por exemplo) treinados para lidar com matérias econômicas e regulatórias (MARANHÃO, 2016).

¹⁰ Não somente em razão do controle judicial, mas também pela crescente atuação dos Tribunais de Contas.

¹¹ De fato, nem sempre o controle da atuação administrativa é positivo. Em primeiro lugar, porque, assim como os controladores podem corrigir erros, eles podem também desfazer acertos. O controlador não é infalível. Em segundo lugar, porque, se a intensificação reduz a possibilidade de abusos de poder perpetrados pelo administrador público, por outro lado, ela aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador. Finalmente, em um cenário em que as determinações jurídicas são cada vez mais inexatas e abertas à interpretação, é irreal supor que há respostas corretas para cada questão que é levada ao controlador. Há espaço de liberdade em grande parte das decisões tomadas pelo administrador público. E, se é assim, há um risco que o controle veicule não a correção de decisões tomadas pela entidade controlada, mas mera substituição de suas escolhas pelo controlador.

riáveis complexas e multifacetadas. A intensidade do controle a ser aplicado a uma decisão administrativa concreta envolve uma série de considerações subjetivas e até mesmo políticas, tanto dos tribunais em si como dos demais atores envolvidos nesta decisão, cuja conversão em dados objetivos se revela uma tarefa tormentosa.

Em segundo lugar, porque não há, no direito brasileiro, uma orientação jurisprudencial clara sobre o assunto, a servir de baliza para a mensuração da postura deferencial. Embora alguns julgados apontem para a necessidade de uma postura autocontida dos tribunais em matérias originariamente atribuídas às agências, não é possível identificar no Brasil um caso paradigmático tal como a doutrina *Chevron* nos Estados Unidos¹², que definiu a relação entre os tribunais e as autoridades administrativas, elucidando a distribuição de competências entre eles (SUNSTEIN, 1990, p. 2078-2079). Desta ausência de orientação jurisprudencial pátria clara, decorre uma atuação descoordenada entre diferentes tribunais e instâncias judiciais, levando casos similares a razões de decidir e resultados finais distintos. Alinhar tais dados em categorias específicas, sem um parâmetro uniforme de comparação, dificulta ainda mais o trabalho do pesquisador na análise dos julgados sobre o controle judicial das agências reguladoras para que se possa chegar a uma conclusão senão definitiva, ao menos indiciária.

Em terceiro lugar, porque a junção da cultura de litigância das empresas brasileiras em determinados setores regulados, de um lado, e a precária estrutura do Poder Judiciário brasileiro, de outro, também compromete a análise. Afinal, o alto número de processos judiciais nos tribunais pátrios leva a uma produção massificada de decisões que, por questões pragmáticas, não são analisadas a fundo, levando a sentenças e acórdãos padronizados e genéricos.

Em quarto lugar, e por fim, porque o discurso da especialidade técnica das agências brasileiras pode ser comprometido pela realidade política nacional. Administrações em todos os níveis federativos, para garantir sua governabilidade, realizam coalizões que muitas vezes resultam na nomeação

¹² A referência é a *Chevron U.S.A Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), caso em que a Suprema Corte americana defendeu longamente a autorrestrição judicial nos casos de controle de interpretações promovidas pelas autoridades administrativas de ambiguidades na legislação a elas pertinente. No julgamento desse caso, a Suprema Corte americana afirmou que “os juízes não são especializados na matéria” da regulação ambiental, e sugeriu que a utilização, pelo legislador, de termos ambíguos equivaleria a uma delegação para as agências, “que estariam numa melhor posição” institucional para conciliar os interesses contrapostos na legislação pertinente.

de dirigentes de agências reguladoras por razões eminentemente políticas, em prejuízo do modelo institucional teórico que motivou a criação das agências¹³ – e que fundamentaria a deferência judicial a elas.

A despeito destas dificuldades, parece-nos possível identificar variáveis que iluminam determinadas tendências específicas dos tribunais brasileiros em relação ao controle judicial das agências reguladoras. Neste artigo, a partir de dados jurisprudenciais em demandas envolvendo a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), buscaremos avaliar questões como (i) se o Poder Judiciário do Rio de Janeiro adota um discurso de autorrestrição quando controla alguma decisão específica de uma agência reguladora (exame da deferência como *discurso*); (ii) se o percentual de revisão judicial é significativo (exame da deferência como *resultado*); e (iii) se o tribunal limita o objeto daquilo que pode revisar (exame da deferência como *amplitude* de controle).

A particularidade deste trabalho envolve não só a pesquisa e os parâmetros adotados ao longo da pesquisa, mas a própria escolha de uma agência reguladora estadual como objeto de exame. Com efeito, a doutrina costuma ter por enfoque as agências reguladoras federais¹⁴, tendo em vista sua importância na economia do país, o maior conhecimento geral sobre a sua existência e a presença de um maior número de entidades regulatórias independentes no Poder Executivo federal. A escolha de uma agência reguladora estadual, portanto, permite conhecer quais matérias são levadas ao Tribunal de Justiça local, quem são os litigantes no setor regulado e como o Poder Judiciário fluminense, que não possui câmaras especializadas em matéria de direito público, se comporta em relação ao contencioso regulatório do Estado.

Este artigo está estruturado da seguinte forma. Após esta introdução, a seção II abordará o objeto da pesquisa, a sua metodologia, os critérios de avaliação e uma síntese dos resultados obtidos. Na seção III, então, serão exibidos os dados empíricos a partir de classificação própria desenvolvida pelos autores, para que, ao final, tais variáveis possam ser conjugadas com o objetivo de identificar tendências de atuação do TJRJ. Na seção IV, por fim, serão apresentadas as conclusões finais do trabalho e breves reflexões sobre o assunto.

¹³ Sobre o tema, ver JORDÃO e RIBEIRO (2017).

¹⁴ Em relação à literatura sobre agências regionais e locais, ver SOUZA e RIBEIRO (2013) e OLIVEIRA (2010).

II. METODOLOGIA DA PESQUISA E SÍNTESE DOS RESULTADOS

Como já se afirmou acima, este artigo é produto de uma análise feita pelos autores a partir de dados coletados e pesquisados por alunos da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) na disciplina de atividade complementar obrigatória denominada “Oficina de Pesquisa”, realizada durante o segundo semestre do ano de 2017.

O objetivo inicial da pesquisa foi o exame da aplicação concreta da teoria da deferência judicial a todas as agências reguladoras no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em razão disso, foram catalogadas, de início, decisões judiciais em 2ª instância do TJRJ envolvendo as duas agências estaduais fluminenses: a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP, desde o ano de 2005 (em que tais agências foram criadas)¹⁵ até agosto de 2017, data em que a pesquisa foi realizada pelos alunos da FGV Direito Rio.

O projeto envolveu, em um momento inicial, a pesquisa dos termos “AGETRANSP” e “AGENERSA” na ferramenta de pesquisa de jurisprudência do TJRJ. Encontraram-se, então, 244 demandas em 2ª instância com decisões finais sobre o assunto. Em seguida, adotou-se estratégia complementar e pesquisaram-se no *site* do TJRJ todos os processos em que a AGETRANSP e a AGENERSA figuravam como parte do feito. Nesta oportunidade, encontraram-se 202 processos.

A adoção de ambas as estratégias de pesquisa se explica. É que muitos casos envolvendo decisões de agências reguladoras estaduais são contestadas judicialmente não em face delas, mas do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, há casos em que a impugnação de uma decisão de uma agência se dá

¹⁵ A AGENERSA é resultado do desmembramento, no ano de 2005, da antiga ASEP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, originalmente criada pela Lei Estadual nº 2.686/97. Conforme disposto no próprio *site* da agência: “No ano de 2005 é ocorreu a cisão da ASEP-RJ. O desmembramento da agência multissetorial aconteceu para dar mais agilidade ao processo regulatório. A ASEP-RJ foi extinta no dia 06 de junho de 2005, por força da Lei Estadual 4.555/2005 e sucedida pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP). Uma nova agência, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), foi criada em 06 de junho de 2005, através da Lei Estadual 4.556/05, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 07 de junho de 2005, sob a forma de autarquia especial” (Disponível em: <<https://bit.ly/2O8bQVG>>. Acesso em: 24 out. 2018.

apenas no processo judicial de cobrança desta multa, cuja legitimidade ativa é do ente central, *i.e.*, do Estado do Rio de Janeiro, diante da ausência de lei delegando a capacidade tributária para a agência reguladora¹⁶. Ambas as hipóteses justificaram a pesquisa por meio da ferramenta de jurisprudência do Tribunal. Por outro lado, nem sempre o nome da agência consta da ementa. Noutras vezes, o nome é escrito incorretamente na transcrição do *decisum*. Daí porque foi necessária também a pesquisa pelos processos em que a agência consta como parte do feito.

Na oportunidade, com a junção dos resultados de ambos os métodos de pesquisa, foi identificado um total de 139 (cento e trinta e nove) processos nos quais havia uma análise judicial de uma decisão de uma agência reguladora estadual, assim entendidos como acórdãos proferidos em 2ª instância, tanto em recursos de apelação ou em agravos de instrumento¹⁷. Desses casos relevantes,

¹⁶ APELAÇÃO CÍVEL. Embargos à execução fiscal. Multa administrativa aplicada pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA, em razão de descumprimento de deveres relativos ao contrato de concessão. Alegação de ilegitimidade ativa do Estado para executar a multa sob fundamento de inconstitucionalidade material do art. 74 do Decreto 38.618/05 em face do que dispõe o art. 176, § 6º da Constituição Estadual. Sentença de improcedência. Inconstitucionalidade que se rejeita. Dispensa de reserva de plenário na forma do art. 949, I do CPC/15 quando se rejeita tal arguição. Competência privativa da Procuradoria Geral do Estado para a inscrição, cobrança e execução da Dívida Ativa Estadual estabelecida no art. 176, § 6º da Constituição Estadual. Inconformismo da embargante que sustenta que o Estado não tem atribuição legal para inscrever e executar o crédito não-tributário relativo à autarquia, por ambos possuírem personalidades jurídicas distintas. Decreto 38.618/05 que regulamenta as competências da AGENERSA, e que, no art. 74, determina à Procuradoria Geral do Estado a representação judicial para a cobrança das multas aplicadas pela agência reguladora. A Lei Estadual 4.556/05, que criou a AGENERSA, estabelece as atribuições e responsabilidades da autarquia estadual, dentre elas a de fiscalização, com possibilidade de aplicação direta das sanções cabíveis. O crédito gerado pela imposição de multa passa a integrar a chamada dívida ativa não-tributária do ente público estadual, uma vez que ele é o detentor da competência tributária. Inexistência de delegação da capacidade tributária à AGENERSA, que não possui competência para inscrever multas em dívida ativa e nem para executá-las. Legitimidade do Estado do Rio de Janeiro para executar os créditos inscritos em dívida ativa provenientes de multas aplicadas pela AGENERSA. Sentença mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO” (TJRJ, Processo nº 0158579-53.2014.8.19.0001, Rel. Des. Peterson Barroso Simão, 3ª Câmara Cível, j. em 20/09/2017).

¹⁷ Foram excluídos quatro blocos de decisões que não se adequaram à finalidade da pesquisa. Em primeiro lugar, não foram incluídos no bojo da pesquisa os casos em que se discutia a legitimidade ativa do Estado do Rio de Janeiro para a proposição de ações de execução fiscal das multas aplicadas pelas agências, uma vez que eles não relevam nenhuma característica específica da deferência do Poder Judiciário fluminense às agências. Em segundo lugar, foram igualmente excluídas as decisões que deferiram a suspensão da exigibilidade das multas aplicadas por agências reguladoras em função de realização de depósito judicial como garantia, uma vez que se trata de um direito potestativo do administrado conforme o disposto no art.

apenas 5 (cinco) se referiam à AGETRANSP, de modo que se preferiu limitar o escopo da pesquisa unicamente para os casos da AGENERSA.¹⁸ Chegou-se, pois, ao número final de 134 processos envolvendo decisões judiciais do TJRJ tendo por objeto algum ato praticado pela AGENERSA. É a partir de tais dados que os autores desenvolveram a análise apresentada no capítulo seguinte.

Algumas observações prévias sobre os dados são, contudo, necessárias. A primeira dela é relativa aos autores dos litígios. Apenas 1 das 134 demandas examinadas não foi ajuizada pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG¹⁹. Isso demonstra que o contencioso da AGENERSA é praticamente focado no setor de gás canalizado – embora a agência também regule a atividade de outras concessionárias. Não foram identificados, no âmbito do TJRJ (em 1ª ou 2ª instância), litígios entre a AGENERSA (ou o Estado do Rio de Janeiro) e a Prolagos, Águas de Juturnaíba (abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto); e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (Cedae) que envolvam decisões da agência reguladora.

Outro ponto a ser destacado relaciona-se com a natureza das decisões administrativas contestadas judicialmente. De um total de 134 decisões, apenas 2 envolvem discussões quanto ao regime tarifário da CEG²⁰⁻²¹ e as

151 do Código Tributário Nacional. Em terceiro lugar, não foram catalogadas as decisões do TJRJ em demandas que envolvessem a antiga ASEP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro. Por fim, não foram incluídas decisões de embargos de declaração que não alteraram o entendimento final do órgão colegiado sobre o resultado do julgamento.

¹⁸ Todos esses resultados foram preenchidos em uma tabela com os seguintes campos: “número do processo”; “agência reguladora”; “discurso de deferência”; “amplitude de controle”; “natureza da decisão administrativa”; “parte autora”; “parte ré”; “cognição sumária/exauriente”; “decisão de 2ª instância”; “relator”; “órgão julgador”; “data da decisão”; e “observação”. A combinação desses dados podem resultar em análises praticamente intermináveis sobre os resultados dessa pesquisa. No entanto, alguns pontos iniciais merecem destaque especial em relação aos resultados obtidos, os quais serão devidamente apresentados neste artigo.

¹⁹ No Agravo de Instrumento nº 0015408-17.2009.8.19.0000, o autor da ação foi a ABRAGET - Associação Brasileira de Geradoras Termelétricas.

²⁰ No Agravo de Instrumento nº 0015141-50.2006.8.19.0000, o recurso foi interposto decisão que indeferiu uma liminar em favor delas com relação à suspensão dos efeitos de diversos artigos das Deliberações AGENERSA de 2016, que versam acerca do momento correto para que os aumentos do preço do gás aplicados pela Petrobrás junto às agravantes possam ser repassados aos consumidores. Assim, a Desembargadora Relatora Helda Lima Meireles alegou que os fundamentos do juízo de primeira instância são os mesmos que foram utilizados para a concessão da liminar que foi cassada. Desse modo, as Deliberações da AGENERSA estariam em contradição com a decisão proferida no Ag. de Inst. citado no relatório. Portanto, a desembargadora dá provimento ao agravo para suspender a eficácia dos artigos 1º, 2º, 4º e 5º da Deliberação AGENERSA nº 16 e dos artigos 1º, 3º, 4º e 5º da Deliberação AGENERSA