

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE
ano 13 · n. 49 · janeiro/março 2015 - Publicação trimestral

49

ISSN 1678-7102

Revista de
DIREITO PÚBLICO
DA ECONOMIA

RDPE
DOUTRINA

 **Fórum**

ano 13 - n. 49 | janeiro/março - 2015
Belo Horizonte | p. 1-248 | ISSN 1678-7102
R. de Dir. Público da Economia – RDPE

Revista de Direito
PÚBLICO DA ECONOMIA

RDPE

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA – RDPE

Publicação oficial de

NUPEDE
NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO ECONÔMICO
PPGD / UFPR

Manesco - Advocacia

TOMBO: 1182

CCDIR:

CUTTER:

ANO: 2005 EDIÇÃO: ...

EX: 1 VOL: 49

Diretores

Vital Moreira
Egon Bockmann Moreira

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
(Rio de Janeiro)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)
Fábio Nusdeo (São Paulo)
Florian Peixoto de Azevedo Marques Neto
(São Paulo)
Leila Cuéllar (Curitiba)
Luís Domingos Silva Morais (Lisboa)
Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Manuel Afonso Vaz (Porto)
Manuel Porto (Coimbra)
Marçal Justen Filho (Curitiba)
Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Maria Sylvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Miguel Poiares Maduro (Lisboa)
Monica Spezia Justen (Curitiba)
Paula A. Forgnoni (São Paulo)
Paulo Otero (Lisboa)
Pedro Gonçalves (Coimbra)
Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
Tércio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Antigos Conselheiros

Antônio Sousa Franco (Lisboa)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)
Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)
Marcos Jurueña Villela Souto (Rio de Janeiro)

© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

R454 Revista de Direito Público da Economia : RDPE. – ano 1,
n. 1, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum,
2003-

Trimestral
ISSN: 1678-7102
1. Direito público. 2. Direito econômico. I. Fórum.

CDD: 341
CDU: 342

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos)

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Revisão: Cida Ribeiro

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

DOCTRINA

ARTIGOS

O preço mínimo

André Leonardo

- 1 A nece
 - 2 Uma le
 - 3 O preç
 - 4 Delimi
 - 5 Aproxim
 - 6 Consic
- Referê

Levar a sério
sanitários?

Carlos Ari Sunc

- 1 Introd
- 2 A rese
- 3 A hipó
- 4 A hipó
- 5 Concl

Licitação e c
da tradição r

Carolina Leist

- 1 Introc
- 1.1 Direit
- 1.1.1 O arg
- 2 comc
- 2 A tes
- 2.1 A tes
- 3 licitar
- 3 Servi
- 3.1 Servi
- 3.2 Servi
- 4 Conc
- 4 Refe

Artigos

O preço mínimo na licitação como indicativo de conduta anticoncorrencial

André Leonardo Meerholz

Levar a sério o jurídico-formal também na regulação administrativa de fins sanitários?

Carlos Ari Sundfeld

Licitação e contratação de serviços técnicos especializados: a aplicação da tradição norte-americana da *Law & Economics* ao Direito Administrativo pátrio

Carolina Leister

Os acordos substitutivos no Direito Administrativo. Negócio jurídico privado, contrato de direito público ou ato administrativo bilateral?

David Pereira Cardoso

Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades públicas

Floriano de Azevedo Marques Neto, Marina Fontão Zago

Balço e perspectivas da regulação econômica em Portugal

Lino Torgal, Maria Manuel Simões

Tecnologias regulatórias piramidais: *responsive regulation* e *smart regulation*

Natália de Almeida Moreno

Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Limites ao exercício da função de polícia administrativa pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)

Rafael Vêras de Freitas

Equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR) nas parcerias público-privadas

Sérgio Guerra

O regime diferenciado de contratação

Yasser Reis Gabriel



1182
RDPE

ISSN 1678-7102



9 771678 710003

Fórum
www.editoraforum.com.br

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar
Funcionários - Belo Horizonte - MG
CEP 30130-007 - Tel: 0800 704 3737
editoraforum@editoraforum.com.br



Acesse nossa livreria virtual
www.editoraforum.com.br/foja

Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Procurador do Município do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público da União. Doutorando em Direito. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAJERJ). Professor de Direito Administrativo do IBMEC, da EMERJ e do CURSO FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Advogado e consultor Jurídico. Site: <www.professorrafaeloliveira.com.br>.

Resumo: O presente artigo aborda o controle dos atos das agências reguladoras brasileiras sob a perspectiva dos diálogos institucionais com a Administração direta, o Poder Legislativo, os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Regulação. Agências reguladoras. Capacidades e diálogos institucionais. Controle.

Sumário: 1 Introdução – 2 A virada institucional: capacidades e diálogos institucionais – 3 O diálogo institucional nas agências reguladoras brasileiras – 4 Agências reguladoras e o Poder Executivo – 4.1 Instituição das agências reguladoras, regime jurídico e controle do Executivo – 4.2 Nomeação dos dirigentes, estabilidade, duração dos mandatos e interferências – 4.3 Contratos de gestão – 4.4 Recurso hierárquico impróprio – 4.5 Diálogo inter-regulatório e o papel do Executivo – 5 Agências reguladoras e o Poder Legislativo – 5.1 Instituição das agências reguladoras, regime jurídico e controle do Legislativo – 5.2 Nomeação dos dirigentes e prestação de contas – 5.3 Autonomia financeira *versus* dependência orçamentária – 5.4 Diálogo com os Tribunais de Contas – 6 Agências reguladoras e o Poder Judiciário – 7 Conclusão

1 Introdução

O presente estudo pretende demonstrar a necessidade de compatibilização da autonomia das agências reguladoras brasileiras com o princípio da separação de poderes, a partir da análise das capacidades institucionais dos órgãos e entidades estatais para formulação e controle da decisão regulatória.

Isso porque parcela relevante da doutrina nacional tem pautado a discussão sobre a juridicidade das agências reguladoras e de sua atuação a partir de abordagens puramente dogmáticas, afastadas da realidade institucional do sistema em vigor.

O diálogo institucional entre as agências reguladoras e a Administração direta, o Poder Legislativo, os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário representa importante ferramenta para implementação da democracia e do princípio da separação de poderes.

2 A virada institucional: capacidades e diálogos institucionais

A importância da inserção das considerações institucionais no debate da interpretação das normas jurídicas, demonstrada por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, acarreta a análise de duas questões normalmente negligenciadas nesse debate, a saber: **a) capacidades institucionais**: ao invés da discussão sobre a melhor interpretação do texto legal, a interpretação deve levar em consideração as capacidades e as limitações das diversas instituições no papel interpretativo; e **b) efeitos dinâmicos**: o intérprete não pode desconsiderar as consequências da sua atividade para os atos públicos e privados.¹

O **dilema institucionalista** (*institutionalist dilemma*), segundo Vermeule, é a limitação racional do juiz na obtenção e no processamento das informações necessárias ao julgamento dos casos complexos, marcados por incertezas. De acordo com o autor, existem três tipos de cegueira institucional (*institutional blindness*), a saber:² **a) abstração filosófica excessiva** (*out-and-out philosophizing*): o debate centraliza-se em questões abstratas, sem qualquer preocupação com questões empíricas e institucionais (exemplo: doutrina de Ronald Dworkin, que debate o direito como integridade e pressupõe a figura metafísica do juiz Hércules, possuidor de habilidade e conhecimento sobre-humanos);³ **b) institucionalismo estereotipado ou estilizado** (*stylized institutionalism*): os teóricos, aqui, incluem as instituições no debate, mas de uma maneira estereotipada ou estilizada, a partir de visões abstratas sobre as instituições em descompasso com a realidade (exemplo: defender a primazia do Legislativo ou do Judiciário na interpretação jurídica, tendo em vista, respectivamente, a representatividade popular e a necessidade de proteção das minorias); e **c) institucionalismo assimétrico** (*asymmetrical institutionalism*): é aquele que parte de uma visão cínica ou pessimista de algumas instituições em detrimento de um olhar otimista de outras instituições (exemplo: doutrina que exalta o papel do Poder Judiciário e critica os demais Poderes, sem considerar as limitações institucionais das Cortes).

A partir da **virada institucional** (*institutional turn*), ao invés do debate teórico-abstrato sobre a melhor forma de interpretação, a questão sobre o método mais adequado de interpretação passaria em primeiro lugar pela análise das capacidades das instituições de determinado Estado.

Em razão do dissenso razoável sobre as questões abstratas, o consenso seria possível por meio do "acordo teórico incompleto", no qual os intérpretes deixariam de lado as suas divergências doutrinárias teóricas e focariam o debate na resolução do

¹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers*, Chicago Law School, n. 156, p. 2, jul. 2002.

² VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 3 e 16-17.

³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 105-130.

caso concreto.⁴ Nesse contexto, Sunstein e Vermeule sustentam que a interpretação judicial formalista, com ênfase nas regras e não nos princípios, seria mais adequada sob o ponto de vista institucional, uma vez que evitaria o debate sobre questões metateóricas. O formalismo, que dá primazia ao texto das regras jurídicas, não é justificado por questões filosóficas, mas, sim, por uma estratégia de decisão judicial que diminuiria os custos da decisão judicial.⁵

É possível perceber que a virada institucional acarreta a releitura do tradicional debate sobre o papel do controle, notadamente o judicial, sobre os atos administrativos, inclusive os atos regulatórios.

O ativismo judicial (legislador positivo),⁶ de um lado, e a deferência judicial (legislador negativo), de outro, são teses antagônicas apresentadas pela doutrina tradicional a partir de considerações abstratas e, muitas vezes, ideológicas, sobre a separação de poderes e democracia, conforme será aprofundado adiante.

Nos últimos anos, verificou-se o processo de ascensão do Judiciário, especialmente após a II Guerra, com a valorização da jurisdição constitucional no controle dos atos oriundos do Executivo e do Legislativo.⁷

O crescente processo de judicialização da política (ou politização do Judiciário), segundo Luís Roberto Barroso, pode ser explicado por três fatores: a) a independência

⁴ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Chicago John M. Olin Law & Economics. *Working Papers*, Chicago Law School, n. 156, p. 24, jul. 2002.

⁵ *Ibid.*, p. 28 e 47. Por esta razão, Sunstein defende o minimalismo judicial como forma de contenção do ativismo judicial, uma vez que pretende restringir a interferência do Poder Judiciário sobre os atos dos demais Poderes. O minimalismo propõe que os juízes utilizem construtivamente o silêncio (*constructive use of silence*), sem decidirem os grandes debates que devem ser deixados para a deliberação democrática. SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 5.

⁶ No presente estudo, o ativismo judicial é definido como uma forte intervenção do Poder Judiciário na interpretação das ações e das omissões dos demais Poderes, que se afasta do sentido literal da legislação, a partir de juízos morais e políticos dos próprios magistrados, especialmente na revisão de matérias complexas, de conteúdo preponderantemente técnico, e de políticas públicas. William P. Marshall aponta sete sentidos possíveis para o termo: 1) ativismo contramajoritário: relutância dos tribunais para acatar as decisões dos Poderes democraticamente eleitos; 2) ativismo não originalista: interpretação não se resume à literalidade do texto ou à intenção original do legislador; 3) ativismo dos precedentes: dificuldade de acatar os precedentes judiciais; 4) ativismo jurisdicional: não aderência aos limites jurisdicionais do seu próprio poder; 5) criatividade judicial: criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional; 6) ativismo corretivo: intervenção judicial para impor obrigações positivas em curso para os outros Poderes; e 7) ativismo partidário: atuação judicial pretende alcançar os objetivos claramente partidários. Sobre os sentidos atribuídos à expressão "ativismo judicial", vide, por exemplo: MARSHALL, William P. *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 104, sep. 2002. A expressão "*judicial activism*" foi pioneiramente utilizada pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger Jr., no artigo "The Supreme Court: 1947" da revista *Fortune*. Nesse sentido: LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 24.

⁷ Conforme leciona Eduardo García de Enterría, três fatores foram determinantes para o câmbio radical do constitucionalismo europeu no período pós-II Guerra, a saber: a) a ascensão do princípio democrático, após o período totalitário, como único princípio de organização política; b) a consagração da jurisdição constitucional concentrada, inspirada na doutrina Kelseniana; e c) a criação de um sistema especial dos direitos fundamentais frente às maiorias eventuais e transitórias, assegurado pela justiça constitucional. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 293-294.

e a força do Judiciário são imprescindíveis à defesa dos direitos fundamentais; b) existe uma crescente desilusão com a política majoritária e a democracia representativa; e c) atuação estratégica dos agentes políticos que preferem, por vezes, a judicialização de questões polêmicas em vez de decidirem politicamente sobre elas.⁸

No Direito norte-americano, o ativismo judicial remonta ao período da “era Lochner” (1890 a 1937), em que a Suprema Corte, em nome dos ideais liberais do *laissez-faire*, invalidou diversas tentativas de regulação estatal da economia.⁹ A postura nitidamente ideológica da Suprema Corte Americana, absolutamente contrária a qualquer intervenção do Estado na economia, passou a representar verdadeiro obstáculo à recuperação econômica dos Estados Unidos.

Na tentativa de pôr um fim à Grande Depressão econômica, iniciada em 1929 e que tem como uma das causas a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, o então Presidente Franklin Roosevelt propôs o plano econômico conhecido por “New Deal”.

Ocorre que, conforme esclarece Keith E. Whittington, em dez casos envolvendo o “New Deal”, entre 1935 e 1936, o governo federal saiu derrotado em oito, o que gerou uma enorme crise entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, a tal ponto que o Presidente submeteu ao Congresso projeto de lei propondo a criação de mais seis cargos na Corte Suprema. A intenção era forçar uma mudança na orientação que prevalecia na mais alta corte do país. O plano não chegou a vingar, mas teve impacto suficiente para levar à indispensável alteração da jurisprudência até então em vigor.¹⁰

É possível afirmar que o ativismo manifesta-se, especialmente, na invalidação de atos e na superação judicial de omissões legislativas e administrativas, colocando em aparente conflito o constitucionalismo e a democracia. Enquanto o constitucionalismo fundamenta-se na limitação do poder e na supremacia da Constituição, a democracia relaciona-se com a soberania popular.¹¹

⁸ No contexto de ascensão do Judiciário, o ativismo judicial representa, de acordo com o autor, “uma deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes”. BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 39 e 40.

⁹ 198 U.S. 45 (1905). Ao julgar o célebre caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), a Suprema Corte invalidou uma lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, pois ela violava a liberdade contratual implícita na cláusula do devido processo legal da 14ª Emenda. Em outras decisões, posteriores a essa, a Suprema Corte seguiu invalidando sucessivas tentativas de interferência estatal na economia, v. g.: *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922).

¹⁰ WHITTINGTON, Keith E. Judicial Supremacy in the Twentieth Century. In: *Marbury v. Madison: Documents and Commentary*. Mark A. Graber and Michael Perman eds., 2002, p. 116.

¹¹ Sobre o tema, confira-se o célebre debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o responsável pela guarda da Constituição. De um lado, Schmitt sustentava que o papel deveria ser exercido pelo presidente do Reich, em conformidade com o art. 48 da Constituição de Weimar. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. De outro lado, Kelsen afirmava que o papel de guardião da Constituição competia ao Tribunal Constitucional. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 237-298.

Os
Judiciári
vontade
maioria,
fundame
Err
que proj
Poderes,
No
têm exer
nistrativ
te, da cr
judicial p
lacionad
em 2008
permitia
união ho
sado às i
que o ab
Nã
ou pior q
de uma s
nais, nor

¹² A defesa
rights sei

¹³ Nos Esta
decisão c
em sua h
da Consti
final da C

¹⁴ Nesse se
TUSHNET
BICKEL, A
Yale Univ
Harvard U
1999. Ing
uma vene
MAUS, Ing
França, a
de podere
Poderes, i
eminenter
lembrar q
o controle
¹⁵ STF, ADI n
¹⁶ STF, ADPF

Os defensores do ativismo afirmam que o protagonismo da atuação do Poder Judiciário decorre da necessidade de proteção dos direitos das minorias contra a vontade das maiorias eventuais.¹² A democracia não pode ser resumida à vontade da maioria, mas deve englobar, necessariamente, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais.¹³

Em oposição ao ativismo, temos a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) que propõe menos intervenção do Judiciário nas ações e omissões dos demais Poderes, tendo em vista o princípio constitucional da separação de poderes.¹⁴

No Brasil, os tribunais, notadamente após o advento da Constituição de 1988, têm exercido um papel cada vez mais ativo no controle dos atos legislativos e administrativos, inclusive na implementação de políticas públicas, em razão, especialmente, da crise da representatividade democrática dos Poderes majoritários. O ativismo judicial pode ser demonstrado por algumas decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às grandes questões jusfilosóficas. Assim, por exemplo, a Corte decidiu, em 2008, pela constitucionalidade da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permitia pesquisas com células-tronco embrionárias. Em 2011, a Corte reconheceu a união homoafetiva como família, sujeitando-a ao mesmo tratamento jurídico dispensado às relações jurídicas heteroafetivas.¹⁵ Posteriormente, a Suprema Corte decidiu que o aborto de feto anencéfalo não deve ser considerado crime.¹⁶

Não nos parece possível afirmar, de maneira abstrata, que o ativismo é melhor ou pior que a autocontenção. A opção por uma dessas posturas judiciais depende de uma série de variáveis, especialmente de considerações pragmáticas e institucionais, normalmente olvidadas no debate.

¹² A defesa do maior protagonismo do Judiciário é apresentada, por exemplo, por: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

¹³ Nos Estados Unidos, o debate em torno da *judicial review* é antigo. A Suprema Corte americana, na célebre decisão do Justice Marshall, proferida no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, reconheceu, pela primeira vez em sua história, o controle judicial de constitucionalidade, em razão das seguintes premissas: a) a supremacia da Constituição, b) a nulidade de lei inconstitucional e c) o reconhecimento do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.

¹⁴ Nesse sentido, com a análise crítica do ativismo judicial a partir de diferentes abordagens e intensidades, vide: TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986; ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999. Ingeborg Maus sustenta que, no "Estado Judicial", notadamente após a II Guerra, os juízes recebem uma veneração religiosa por parte da população e são encarados como "prophets" ou "olympians of the law". MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-18. Na França, a desconfiança em relação aos juízes acarretou a adoção de uma concepção de separação rígida de poderes, após a Revolução Francesa, que proíbe a interferência do Judiciário na atuação dos demais Poderes, o que justificou a adoção do controle, originariamente, preventivo de constitucionalidade por órgão eminentemente político — o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional) — e não pelo Judiciário. Vale lembrar que o art. 61-1 da Constituição Francesa de 1958, inserido na Reforma Constitucional de 2008, prevê o controle repressivo de constitucionalidade pelo Conselho Constitucional.

¹⁵ STF, ADI nº 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe-198 14.10.2011.

¹⁶ STF, ADPF nº 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe-080 30.04.2013.

Verifica-se que o pano de fundo da polêmica normalmente desconsidera as limitações institucionais do Poder Judiciário para dar a última palavra, com celeridade, sobre questões complexas e técnicas, sem a capacidade de visualizar os efeitos sistêmicos de suas decisões.

No Estado Democrático de Direito, a consagração da separação de poderes pressupõe a necessidade de capacitar cada um dos Poderes para o exercício de suas finalidades.¹⁷ O Poder Judiciário, nesse contexto, não é a instituição que deve servir de palco precípua para os debates democráticos e definição das questões fundamentais controversas dos cidadãos, sem olvidar do seu relevante papel no controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos estatais.

É verdade, contudo, que o debate sobre a capacidade institucional começa a ser utilizado na jurisprudência pátria. No famoso “Caso Cesare Battisti”, o STF utilizou argumentos de capacidade institucional para concluir que a competência para definir se o extraditando seria vítima de perseguição política seria do Presidente da República e não do Poder Judiciário.¹⁸

Em razão das diversas teorias normativas sobre a função judicial, o argumento das capacidades institucionais considera as habilidades e limitações do Judiciário para concluir que as decisões proferidas por “juízes reais” (*second-best*) podem se sair melhor aplicando teorias que não levariam aos resultados mais justos e mais precisos em condições “ideais” (*first-best*), que pressupõem, por exemplo, tempo e recursos infinitos, imparcialidade absoluta, capacidade intelectual e conhecimento jurídico sobre-humanos.¹⁹ Em síntese: revela-se necessária a inserção no debate dos argumentos institucionais para se definir o papel ativista ou de contenção do Judiciário.²⁰

¹⁷ A separação tripartite de poderes, proposta por Montesquieu, vem sofrendo mitigações e contestações nos últimos anos, especialmente pela crescente complexidade da organização estatal. A sua implementação varia de acordo com as características político-institucionais de cada ordenamento jurídico. No Brasil, por exemplo, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e as agências reguladoras são alguns exemplos de instituições dotadas de forte independência que colocam em debate o tradicional princípio. Bruce Ackerman critica o princípio da separação de poderes proposto por Montesquieu e demonstra o perigo de exportação do modelo norte-americano de separação de poderes para outros países. Segundo o autor, nos Estados Unidos é possível encontrar, ao menos, cinco poderes: Câmara, Senado, Presidente, Corte e agências independentes. O autor sugere a adoção do parlamentarismo restrito ou moderado (*constrained parliamentarianism*), com a criação, por exemplo, do “poder supervisor da integridade burocrática”, que analisa os problemas de corrupção, do “poder supervisor da regulação”, que obriga a burocracia justificar a criação de regras adicionais, do “poder supervisor da democracia”, que protege o direito de participação dos cidadãos, e do “poder de justiça distributiva”, que garante a provisão econômica para os cidadãos menos capazes de se defenderem politicamente. ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. México: FCE, 2007, p. 124-125.

¹⁸ De acordo com o Ministro relator, Luiz Fux, apoiado nas lições de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, “o Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior”. STF, Rcl nº 11.243/República Italiana, Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 05.10.2011.

¹⁹ Nesse sentido: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade* n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

²⁰ Ao tratar do ativismo judicial a partir da capacidade institucional do Judiciário, Luís Roberto Barroso sustenta que “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria

A
intérpret
justifica
assunto
As
de 198
pelo Juc
que dec
da Cons
período
sua utili
o diálogo
de limit
des cor
da inter
importa
restring
relação
O
sobre a
as Cas
judicial
de resp
na Cart

capaci
diminu
Jacinto
e da d
21 Consti
of a p
Act or
this C
under
referre
have
Re-en
(1), FI
Mark
para C
22 TUSHI
1, p. 1
23 Const
Freed
law as
no ca
24 HOGG
Chart

A relativização da supremacia judicial, que pressupõe o Judiciário como intérprete final do ordenamento jurídico, e a abertura ao diálogo entre os Poderes são justificadas pela limitação da capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir assuntos técnicos complexos e avaliar os efeitos sistêmicos de suas decisões.

As teorias dialógicas têm origem na Seção 33 da Carta de Direito Canadense de 1982, que autoriza o Legislativo a reeditar texto legal declarado inconstitucional pelo Judiciário (*override clause ou notwithstanding clause*). A cláusula parlamentar, que declara a validade dos atos legislativos contrários a determinados dispositivos da Constituição, tem validade de cinco anos, permitida a sua prorrogação por igual período.²¹ Em razão da ambiguidade do texto e do elevado custo político envolvido na sua utilização, o instituto não teve maior efetividade prática.²² Outro fundamento para o diálogo constitucional canadense seria a Seção nº 1, que afirma a possibilidade de limitações legais, devidamente justificadas e razoáveis, aos direitos e liberdades constitucionais, quando preenchidos os seguintes parâmetros criados a partir da interpretação da Suprema Corte do Canadá: a) a lei deve perseguir um objetivo importante; b) a lei deve ser adequada para a efetivação do seu objetivo; c) a lei deve restringir o mínimo possível o direito em jogo; e d) a lei deve ser proporcional em relação aos efeitos gerados sobre seus destinatários.²³

O diálogo constitucional sustenta que não cabe ao Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional, revelando-se necessário o debate público com as Casas Legislativas que podem promulgar novas leis para superarem a decisão judicial. Nesse caso, a decisão judicial geraria o debate público, com a viabilidade de resposta do Poder Legislativo, levando em consideração os valores consagrados na Carta Constitucional e as questões suscitadas pelo Poder Judiciário.²⁴ A nova lei

capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui". BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda *et al.* (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 288.

²¹ Constitution Act, 1982, section 33: "**Exception where express declaration** 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. **Operation of exception** (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. **Five year limitation** (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. **Re-enactment** (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). **Five year limitation** (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)." Mark Tushnet destaca que a pouca utilização da *override clause* pela Suprema Corte canadense abre espaço para decisão final do Judiciário (*strong-form of judicial review*).

²² TUSHNET, Mark. Judicial activism or restraint in a section 33 world. *University of Toronto Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 89-100, 2003.

²³ Constitution Act, 1982, section 1: "**Rights and freedoms in Canada** 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Os referidos parâmetros foram fixados no caso *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103 at 138-39, julgado pela Suprema Corte canadense.

²⁴ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgood Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 79-80, 1997.

sidera as
celerida-
s efeitos

poderes
de suas
ve servir
indamen-
ntrole da

ega a ser
tilizou ar-
definir se
República

gumento
Judiciário
odem se
mais pre-
o e recur-
o jurídico
dos argu-
iciário.²⁰

stações nos
tação varia
or exemplo,
instituições
an crítica o
do modelo
s é possível
es. O autor
criação, por
, do "poder
r supervisor
utiva", que
ACKERMAN,

armeule, "o
ternacional,
idade para
órdão: Min.

titucionais"
in. 2011.
so sustenta
a da própria

seria fortemente influenciada pela decisão judicial, pois, ao reeditar uma lei declarada inconstitucional, o Legislativo seria obrigado a abordar as preocupações apresentadas na decisão judicial, que não tinham sido levadas em consideração quando da elaboração da primeira norma jurídica. Nesse caso, o diálogo culmina na decisão democrática a ser tomada pelo Legislativo, relativizando as dificuldades com a legitimidade do Poder Judiciário.²⁵

No Canadá, as teorias dialógicas apresentam diversas vertentes, sendo oportuno destacar a teoria que defende uma atuação judicial que, ao invés de invalidar as opções legislativas, permite uma nova análise da questão pelo Poder Legislativo (*second look*).²⁶ No direito norte-americano, por sua vez, a teoria do diálogo constitucional foi defendida por autores como Louis Fisher, Barry Friedman, Abner S. Greene, Jeb Barnes e Mitchell Pickerill, que sustentam, em síntese, a necessidade de interpretação constitucional compartilhada entre os poderes e não o papel de exclusividade do Judiciário.²⁷

O diálogo institucional torna o processo interpretativo aberto, dinâmico e democrático, pois evita o congelamento da interpretação judicial e abre caminho para o debate nos fóruns de representação popular, adequando-se às necessidades cambiantes da sociedade.

Evita-se, com isso, a manutenção de decisões judiciais conservadoras que coloquem em risco direitos fundamentais, tal como ocorreu, nos Estados Unidos, no julgamento de dois casos emblemáticos. Mencione-se, em primeiro lugar, o caso *Dred Scott v. Sandford*, considerado uma das piores decisões do Judiciário americano em toda sua história, quando a Suprema Corte reconheceu o status constitucional da escravidão e concluiu que os afrodescendentes não teriam direitos protegidos pela Constituição.²⁸ No segundo caso, *Lochner v. New York*, a Suprema Corte invalidou leis que limitavam a jornada de trabalho de padeiros em Nova Iorque, o que gerou prejuízos aos direitos dos trabalhadores.²⁹ O caráter dialógico da interpretação constitucional, portanto, afasta o perfil conservador da supremacia de um dos Poderes na interpretação jurídica e permite o progresso da deliberação pública, com eventuais correções em interpretações pretéritas.

²⁵ *Ibid.*, p. 80. De acordo com os autores, em três casos, no entanto, não seria possível o diálogo e a correção legislativa, cabendo ao Judiciário a "palavra final": a) impossibilidade de fixação de limites razoáveis ("reasonable limits") para determinados direitos que são descritos detalhadamente pela Constituição, sem margem de conformação para o Legislativo; b) objetivo da lei for inconstitucional; e c) matérias tão controvertidas que as forças políticas impedem a correção legislativa.

²⁶ DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada: Charter dialogue and deference. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 284, p. 4, 2009.

²⁷ Sobre a teoria do diálogo constitucional no direito norte-americano, vide: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito Tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Impetus, 2013, p. 46-53.

²⁸ 60 U.S. 393 (1856).

²⁹ 198 U.S. 45 (1905).

harm
deve
do pro

3 C

partir
é pos
a corr
exemp
tituiçã
regular
decisõ
constit
pela EC
tos das
N
servido
reflexã
ção dire
situaçõ
intuito
a promi
incluir
tório do
STF no
Em out
como, p
CRFB pe

³⁰ OLIVEIR

³¹ "Art. 10
diretas
todos e
e indire

³² "Art. 10
dos seu
sua pub
à admin
revisão

³³ STF, ADI

No âmbito do constitucionalismo democrático, que consagra a separação e a harmonia entre os Poderes, a ideia de superioridade de um Poder sobre os demais deve ser substituída pela exigência do diálogo constante entre os Poderes. Ao invés do protagonismo judiciário, teríamos o protagonismo da sociedade.

3 O diálogo institucional nas agências reguladoras brasileiras

No Brasil, não obstante a tese corrente da supremacia judicial, especialmente a partir da afirmação de que o STF exerce a “guarda da Constituição” (art. 102 da CRFB), é possível a interpretação constitucional por parte do Poder Legislativo, inclusive a correção legislativa da jurisprudência, tendo em vista os seguintes argumentos exemplificativos:³⁰ a) o caráter compromissório, principiológico e pluralista da Constituição de 1988, que reservou ao Legislativo relevante papel na densificação e regulamentação das normas constitucionais; b) a ausência de efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade em relação ao Poder Legislativo (art. 102, §2º da CRFB, incluído pela EC nº 45/04);³¹ e c) o Legislativo não é inserido no rol de destinatários dos efeitos das súmulas vinculantes do STF (art. 103-A da CRFB, incluído pela EC nº 45/04).³²

Nesse contexto, o Poder Legislativo, por meio de seus quadros técnicos de servidores, teria maior expertise para tratar das referidas questões, sem olvidar da reflexão democrática por meio dos representantes eleitos ou da própria participação direta dos indivíduos (ex.: audiências e consultas públicas). É possível encontrar situações em que o Congresso Nacional aprovou emendas constitucionais com o intuito de corrigir ou superar o entendimento fixado pelo STF, tal como ocorreu com a promulgação da EC nº 19/98, que alterou o inciso XI do art. 37 da CRFB, para incluir “as vantagens pessoais e de qualquer natureza” no cômputo do teto remuneratório dos servidores públicos, com o intuito de afastar o entendimento fixado pelo STF no julgamento da ADI nº 14/DF que afastou as vantagens pessoais do teto.³³ Em outras oportunidades, o Congresso ratificou o entendimento fixado pelo STF, como, por exemplo, a promulgação da EC nº 20/98 que inseriu o §10 ao art. 37 da CRFB para vedar a acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos,

³⁰ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de, *Op. cit.*, p. 53-57.

³¹ “Art. 102 (...) §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (grifo nosso).

³² “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (grifo nosso).

³³ STF, ADI nº 14/DF, Rel: Min. Célio Borja, Tribunal Pleno, DJ 01.12.1989, p. 17.759.

salvo nas hipóteses das exceções constitucionais que admitem a acumulação remunerada de cargos públicos, tese que havia sido fixada quando do julgamento do RE nº 163.204/SP.³⁴

Verifica-se, portanto, que o diálogo institucional ratifica a ideia de que o Judiciário não possui o monopólio da interpretação constitucional e critica a concepção da supremacia judicial, em razão da suposta ausência de legitimidade dos juízes, com o objetivo de estabelecer um processo dialético entre os Poderes na interpretação das normas jurídicas. Ao invés da visão idealizada das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo (supremacia parlamentar) e Judiciário (supremacia judicial), a análise deve levar em consideração uma visão realista, enfatizando as virtudes e fraquezas nas capacidades institucionais dos referidos Poderes.

Apesar de centralizado na interação entre o Judiciário e o Legislativo, o debate sobre o diálogo institucional deve englobar, também, o Executivo, incluindo, nesse ponto, as agências reguladoras. Aliás, esse é o objetivo do presente estudo.

O modelo regulatório brasileiro, especialmente a partir da década de 1990, tem como protagonistas as agências reguladoras, instituídas com a roupagem jurídica de autarquias, com regime especial, dotadas de forte independência administrativa e financeira.

A partir de reformas constitucionais liberalizantes da economia e da instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND), o legislador infraconstitucional optou pelo modelo de agências reguladoras para implementação da regulação das atividades econômicas e dos serviços públicos que seriam prestados pela iniciativa privada.³⁵

A discussão quanto ao modo de intervenção estatal, direta ou indireta, na ordem econômica e na regulação dos serviços públicos, que pautou o período das desestatizações, é substituído, ao menos em parte, pelo debate da qualidade da

³⁴ STF, RE nº 163.204/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 31.03.1995, p. 7.779.

³⁵ Diversas emendas constitucionais publicadas na década de 1990 liberalizaram a economia, com a abertura ao capital estrangeiro e a atenuação dos monopólios estatais. O PND, por sua vez, foi instituído pela Lei nº 8.031/90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491/97. Ao lado das exigências específicas de instituição de órgão reguladores no setor de telecomunicações (art. 21, XI, da CRFB) e de petróleo (art. 177, §2º, III, da CRFB), o art. 174 da CRFB consagra o perfil do Estado Regulador e remete ao legislador ordinário a definição do modelo regulatório, o que permitiu a opção pelo modelo de agências reguladoras com natureza autárquica, tais como: Lei nº 9.427/1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL); Lei nº 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL); Lei nº 9.478/1997 (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP); Lei nº 9.782/1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA); Lei nº 9.961/2000 (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS); Lei nº 9.984/2000 (Agência Nacional de Águas – ANA); Lei nº 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ); MP nº 2.228-1/2001 e Lei nº 10.454/2002 (Agência Nacional de Cinema – ANCINE); Lei nº 11.182/2005 (Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC). Registre-se que a instituição das agências reguladoras brasileiras não foi imune às críticas de parcela da doutrina. Mencione-se, por exemplo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 162-173; GRAU, Eros. As agências, essas repartições. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25-28.

regulação estatal por meio da institucionalização de mecanismos capazes de garantir maior legitimidade, eficiência e controle da política regulatória.³⁶

As agências reguladoras brasileiras, por opção do legislador infraconstitucional, possuem natureza jurídica de autarquias, com regime especial, dotadas de forte independência administrativa e financeira, bem como poderes para edição de normas nos setores regulados, o exercício de atividades administrativas clássicas, inclusive poder de polícia, a resolução de conflitos regulatórios e os poderes sancionatórios.³⁷

A autonomia reforçada das agências reguladoras brasileiras, que pode variar de intensidade de acordo com o perfil institucional desenhado por cada lei instituidora, é justificada por dois fundamentos principais: a) despolitização (ou “desgovernamentalização”), compreendida como a diminuição de influências político-partidárias, conferindo tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor regulado; e b) necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades técnicas.

Evidentemente, a natureza autárquica, por si só, confere certa autonomia administrativa para as agências reguladoras, uma vez que as mesmas seriam instituídas por lei como pessoas jurídicas de direito público, com personalidade jurídica própria, atributo inexistente nos ministérios, secretarias e demais órgãos estatais.

A natureza autárquica, contudo, não é suficiente para garantir autonomia administrativa real. Em verdade, a intensidade da autonomia dos órgãos e entidades da Administração indireta varia de acordo com a legislação, razão pela qual a análise deve ser feita empiricamente, em cada caso.

É oportuno esclarecer, contudo, que a autonomia das agências reguladoras não significa independência absoluta em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo possível o diálogo institucional e a interferência recíproca, o que funciona inclusive como instrumento de contenção do arbítrio.³⁸ Evidentemente, o diálogo entre as agências reguladoras e os Poderes republicanos não significa a

³⁶ A importância do debate, na atualidade, sobre a análise institucional das agências reguladoras brasileiras foi reconhecida pela OCDE: “O Brasil ainda precisa melhorar sua capacidade de regular com qualidade e aumentar a transparência e responsabilização para uma efetiva governança pública. A escolha correta do equilíbrio entre independência e responsabilização ao mesmo tempo em que se delegam competências regulatórias reflete as escolhas estratégicas de política públicas. Enquanto o principal foco inicial era a privatização e o equilíbrio do orçamento público, hoje em dia as questões referentes ao desenho institucional estão recebendo mais atenção, junto com a necessidade de estabelecer uma política regulatória ampla de governo”. OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória. BRASIL: Fortalecendo a governança para o crescimento, p. 8. Disponível em: <portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>. Acesso em: 10/02/2014.

³⁷ Sobre a origem, evolução e as características das agências reguladoras brasileiras, remetemos o leitor para outra obra: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 93-153.

³⁸ O insulamento técnico das agências reguladoras não afasta o risco de que os assuntos regulados sejam apropriados (capturados) indevidamente pelos grupos economicamente mais fortes e politicamente mais influentes, o que exige maior legitimidade dos atos regulatórios, especialmente por meio da institucionalização de audiências e consultas públicas, com transparência e efetiva participação dos regulados. Sobre o déficit democrático das agências, vide: MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”*. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 2, p. 221-255, 2003.

substituição das decisões técnicas dessas entidades pela decisão política, mas seria juridicamente impossível imaginar uma entidade administrativa insulada e completamente descolada dos Poderes políticos.

Em razão da autonomia institucional reforçada das agências reguladoras, consideradas autarquias, com regime especial, e dotadas de poderes administrativos, normativos e judicantes, as interferências externas, inclusive por intermédio dos órgãos de controle, não podem significar a substituição das valorações técnicas dessas entidades regulatórias, conforme será demonstrado a seguir.

Isso porque as agências reguladoras, em virtude de suas capacidades institucionais, devem implementar a política regulatória, com independência e caráter técnico, o que não significa o seu isolamento institucional e jurídico. Desse modo, a atividade regulatória não pode desconsiderar a política pública delimitada pelos Poderes Executivo e Legislativo, bem como não pode ser imunizada do controle judicial.

Saliente-se, contudo, que a efetivação do diálogo não pode suprimir a autonomia reforçada da agência, sob pena de ocorrer o colapso regulatório, com a captura do regulador pelo regulado e a ineficiência da regulação.³⁹

Nos próximos itens, o estudo abordará o diálogo institucional entre as agências reguladoras e a Administração direta, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

4 Agências reguladoras e o Poder Executivo

Não obstante a autonomia técnica das agências reguladoras e o objetivo de despolitizar o setor regulado, garantindo, com isso, maior segurança jurídica e expertise na política regulatória, não se pode desconsiderar que tais entidades integram a Administração indireta e, portanto, submetem-se ao controle do Executivo, especialmente a Chefia desse Poder. Alguns exemplos demonstram o diálogo institucional entre as agências reguladoras e o Executivo, como se passa a demonstrar.

4.1 Instituição das agências reguladoras, regime jurídico e controle do Executivo

O Poder Executivo interfere no ato de instituição da agência reguladora, uma vez que a lei instituidora é de sua iniciativa privativa, tendo em vista o disposto nos arts. 37, XIX, e 61, §1º, II, "b" e "e", da CRFB. Ao confeccionar o projeto de lei, que será votado no Congresso, o Presidente da República estabelece o desenho institucional

³⁹ Sobre o colapso regulatório, Marcos Juruena Villela Souto destaca que o fenômeno decorre de alguns fatores, dentre os quais a captura do regulador pelo regulado, a má formulação de políticas regulatórias e a falta de capacitação e recursos para implementar as regulamentações existentes de forma apropriada. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 352.

da agência reguladora, conferindo-a maior ou menor autonomia, com as hipóteses de vinculações ministeriais, fontes de recursos, formas e requisitos para nomeação e exoneração de dirigentes, entre outras características.

Não se pode esquecer, também, da possibilidade de utilização de medidas provisórias para modificação das leis regulatórias (exemplo: MP nº 2.177-44/01, que alterou dispositivos da Lei nº 9.961/00, que instituiu a ANS) ou que acarretam impacto direto na estrutura regulatória setorial (exemplo: MP nº 2.198-5/01 que instituiu a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE), com a fixação de novo desenho institucional.

4.2 Nomeação dos dirigentes, estabilidade, duração dos mandatos e interferências

Mencione-se, também, a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras federais que é de competência do Presidente da República, com a aprovação do Senado. No momento da nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, o Chefe do Executivo tem alguma margem de liberdade para escolher a pessoa de sua confiança que exercerá a função de direção da entidade.

É fácil perceber que a liberdade de nomeação, no entanto, é mitigada pela exigência de cumprimento dos requisitos legais por parte do indicado (brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade do setor regulado) e, especialmente, pela necessidade de aprovação do Senado do nome indicado pelo Chefe do Executivo, na forma do art. 5º da Lei nº 9.986/00.⁴⁰

Após a nomeação, o dirigente da agência reguladora recebe blindagem institucional contra interferências políticas, notadamente com a garantia da estabilidade reforçada, que apenas admite a demissão em caso de falta grave, apurada em processo administrativo ou judicial.⁴¹

Os órgãos de direção das agências reguladoras são presididos por um diretor-geral (presidente ou diretor-presidente), que será nomeado pelo Presidente da República dentre os membros da diretoria, com mandato fixado no ato de nomeação.⁴² Normalmente, as decisões relevantes das agências reguladoras são provenientes

⁴⁰ Os dirigentes exercem suas funções durante determinado mandato, cujo prazo será definido na lei de cada agência reguladora. Na ANEEL, por exemplo, os diretores possuem mandatos de quatro anos (art. 5º da Lei nº 9.427/96); na ANATEL, os membros do Conselho Diretor têm mandatos de cinco anos (art. 24 da Lei nº 9.472/97); na ANP, os mandatos dos membros da Diretoria são de três anos (art. 11, §3º, da Lei nº 9.478/97).

⁴¹ Lei nº 9.986/00: art. 7º “A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.” (...) art. 9º: “Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato”.

⁴² Art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.986/2000.

dos seus respectivos órgãos colegiados de direção que decidem questões pelo critério da maioria.⁴³

O diretor-geral da agência, dependendo das competências previstas na respectiva lei de instituição da entidade, pode influenciar, decisivamente, na agenda regulatória e na tomada de decisão do órgão colegiado de direção.

Por essa razão, a sobredita prerrogativa confere certa margem de influência nas políticas das agências, uma vez que o Presidente da República pode utilizar, estrategicamente, a definição dos mandatos do Diretor-Geral para influenciar nos assuntos das agências. Assim, por exemplo, a definição de mandatos curtos permitiria maior poder de influência presidencial sobre as decisões das entidades regulatórias. Dessa forma, uma solução para garantir maior independência das agências reguladoras seria, por exemplo, a previsão de que os diretores-gerais fossem nomeados por eleição interna da entidade.⁴⁴

Além da duração dos mandatos, outro fator que influencia na independência das agências reguladoras em relação ao Executivo é a não coincidência dos mandatos dos próprios dirigentes das agências e dos seus mandatos com o mandato do Presidente da República.⁴⁵

Registre-se, finalmente, que a referida blindagem institucional, durante os mandatos dos dirigentes das agências, sofreu mitigações no campo político (e não jurídico) e, normalmente, por vias informais, especialmente na transição do governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso para o governo do Luiz Inácio Lula da Silva.

⁴³ Na ANATEL, por exemplo, o Conselho Diretor é composto por cinco conselheiros e decide por maioria absoluta, na forma do art. 20 da Lei nº 9.472/1997.

⁴⁴ Nesse sentido: PRADO, Mariana Mota. *Agências reguladoras, independência e desenho institucional*. In: *Agências reguladoras: mercado de capitais, energia elétrica e petróleo*. Instituto Tendências de Direito e Economia: São Paulo, 2005, p. 135-137. De acordo com a autora, a indicação do Diretor-Geral pelo Presidente da República no Brasil foi inspirada pelo modelo norte-americano, adotado após a reforma dos anos 50, o que enfraquece a independência da agência reguladora.

⁴⁵ Art. 7º da Lei nº 9.986/00: "A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não coincidência de mandato". Os mandatos dos dirigentes das agências reguladoras têm variado de três a cinco anos. O mandato do Presidente da República é de quatro anos, admitida uma reeleição (art. 82 da CRFB). Ressalte-se que Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta a inconstitucionalidade da não coincidência de mandatos, tendo em vista a violação do princípio republicano, cuja essência é a temporariedade dos mandatos. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168. Contudo, não nos parece inconstitucional a não coincidência de mandatos, uma vez que os dirigentes são independentes e responsáveis por decisões técnicas (e não políticas), bem como os órgãos colegiados das agências são formados por correntes diversas de pensamento da sociedade (pluralismo político). Ademais, o objetivo da regulação é despolitizar a área regulada e o próprio chefe do Executivo, responsável pela nomeação do dirigente da agência, não possui poder (formal) de ingerência e pressão, uma vez que a legislação veda a exoneração *ad nutum*, não havendo prorrogação indireta e disfarçada do seu respectivo mandato. Em sentido semelhante: SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Op. cit.*, p. 128; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 103; PRADO, Mariana Mota. *Agências reguladoras, independência e desenho institucional*. In: *Agências reguladoras: mercado de capitais, energia elétrica e petróleo*. Instituto Tendências de Direito e Economia: São Paulo, 2005, p. 130.

Em
Telecom
tratualm
a recom
concess
renunci
Ou
pressão
iniciada
Re
enfraq
cargos v
En
gentes
informa

4.3

O
contrat

⁴⁶ Fonte:
10 ou
Mario
com c
ROSIL

⁴⁷ Fonte
da-an
da-an

⁴⁸ Nesso
05.06

seu g
nunc
sujeit
assin

políti
de di
mínir

notic

⁴⁹ "Art.
diret
públi
dispo

direit
de g
se q
(end

Lei r

R. de Dir

Em 2003, durante o primeiro mandato do presidente Lula, o Ministério das Telecomunicações oficiou a ANATEL para que suspendesse o reajuste, previsto contratualmente, para o serviço de telefonia fixa. A agência, no entanto, desconsiderou a recomendação e aplicou o reajuste de preços, na forma prevista no contrato de concessão. Com o desgaste político, o dirigente da ANATEL, Luiz Guilherme Schymura renunciou em 2004.⁴⁶

Outro exemplo emblemático foi a renúncia dos diretores da ANAC, após forte pressão do Ministério da Defesa, durante a crise do "Apagão Aéreo" (2006 e 2007), iniciada após grave acidente aéreo.⁴⁷

Registre-se, ainda, a interferência informal do Executivo, com o claro propósito de enfraquecimento das agências, por meio da demora na nomeação dos dirigentes para cargos vagos, impedindo a tomada de decisões deliberativas no seio das agências.⁴⁸

Em síntese, os casos demonstram que a estabilidade dos conselheiros e dirigentes das agências não impede as pressões políticas e a utilização de mecanismos informais de relativização da autonomia das agências reguladoras.

4.3 Contratos de gestão

Outro mecanismo de diálogo entre as agências reguladoras e o Executivo é o contrato de gestão previsto no art. 37, §8º da CRFB, inserido pela EC nº 19/98,⁴⁹

⁴⁶ Fonte: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?codigoDocumento=93339>>. Acesso em: 10 out. 2012. O exemplo de diálogo institucional no campo político foi citado também por: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 151-152.

⁴⁷ Fonte: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2007/08/322886-denise-abreu-renuncia-ao-cargo-de-diretora-da-anac.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2012; <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,leir-lomanto-diretor-da-anac-renuncia-ao-cargo-na-agencia,47652>>. Acesso em: 10 out. 2012; *Ibid.*, p. 152-153.

⁴⁸ Nesse sentido foi a conclusão do editorial "destruição das agências" do jornal *O Estado de S. Paulo* de 05.06.2006: "O presidente Luiz Inácio Lula da Silva criticou as agências reguladoras logo no começo de seu governo. Passados três anos e meio, ele parece estar vencendo a guerra sempre intensa, ainda que nunca declarada, que moveu contra elas. Quando pôde, usou critérios políticos nas nomeações de diretores, sujeitando a conveniências partidárias e eleitorais o sistema regulatório da infra-estrutura. Pôs em risco, assim, atividades básicas para a economia e para normalidade da vida brasileira. Mas foi além da distribuição política de cargos e deixou as agências serem sufocadas por falta de recursos e, no final, também por falta de direção. Estão incompletas as diretorias de várias agências. Algumas têm apenas três diretores, número mínimo para deliberação". Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/319714/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁴⁹ "Art. 37. [...] §8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal." A expressão "contrato de gestão" foi consagrada nos arts. 51 e 52 da Lei nº 9.649/98 que trata das agências executivas. Registre-se que os contratos de gestão previstos no art. 37, §8º da CRFB, celebrados no interior da Administração (endógenos ou internos) não se confundem com aqueles celebrados com organizações sociais, na forma da Lei nº 9.637/98 (exógenos ou externos)."

que permite a fixação de metas de desempenho pelo Executivo em relação aos seus órgãos e entidades da Administração indireta, o que inclui as autarquias regulatórias.

Durante o período de 2003 a 2012, quatro agências reguladoras federais (ANEEL, ANS, ANVISA e ANA) celebraram contratos de gestão com o Executivo. Não houve, todavia, a fixação de metas relacionadas às políticas regulatórias nesses contratos de gestão, mas a estipulação de metas operacionais, inclusive para elaboração de estudos, manuais e normas, sem a previsão de ampliação da autonomia das agências com o repasse de recursos orçamentários.⁵⁰

Não há uniformização normativa em relação aos contratos de gestão celebrados pelas agências reguladoras, mas, ao contrário, previsão heterogênea nas respectivas leis de instituição dessas entidades (art. 7º da Lei nº 9.427/96 – ANEEL; arts. 19 e 20 da Lei nº 9.782/99 – ANVISA; arts. 14 e 15 da Lei nº 9.961/00 – ANS; art. 5º, §2º da MP nº 2.228-1/01 – ANCINE; etc.). No tocante às agências que não possuem previsão expressa desses contratos nas suas respectivas leis (exs: ANATEL, ANA), a celebração do contrato de gestão é permitida pelo próprio art. 37, §8º, da CRFB e arts. 51 e 52 da Lei nº 9.649/98.

Com o objetivo de incrementar o controle sobre as agências reguladoras, o governo federal elaborou o Projeto de Lei nº 3.337/04 que, após inúmeras críticas pelo excesso de intervenção nas agências, foi arquivado em 2013. Atualmente, o Projeto de Lei do Senado nº 52/13, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, prevê a obrigatoriedade da celebração de contratos de gestão e de desempenho entre as agências e os Ministérios a que estiverem vinculadas. Na forma do art. 11, §4º, do PL, o contrato de gestão tem por objetivos principais o aperfeiçoamento do acompanhamento da gestão, promovendo maior transparência e controle social, e das relações de cooperação da agência reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei. Ademais, o contrato de gestão, que terá duração mínima de um ano, especificará as metas de desempenho e de fiscalização; prazos, indicadores de avaliação; estimativa de recursos orçamentários; obrigações e responsabilidades; sistemática de acompanhamento e avaliação; medidas aplicáveis em caso de descumprimento; vigência e condições para revisão e prorrogação (arts. 12 e 13 do PL).⁵¹

Saliente-se que a interferência relativa do Executivo sobre as agências tem sido implementada de forma crescente nos Estados Unidos, berço do modelo. Além dos decretos executivos (*Executive Orders*), que disciplinam a atuação das agências, a

⁵⁰ Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória (PRO-REG). Análise dos contratos de gestão celebrados com as agências reguladoras quanto à regularidade, efetividade e contribuição para a gestão regulatória e fiscalizatória (Período de 2003 a 2012). Relatório Final, p. 173. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria/estudo-sobre-os-contratos-de-gestao-firmados-pelas-agencias-reguladoras-federais/view?searchterm=an>>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁵¹ Fonte: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=111048>. Acesso em: 10 out. 2014.

partir da edição do *Government Performance and Results Act*, de 1993, as agências reguladoras americanas devem elaborar planos estratégicos que devem ser aprovados pelo Legislativo e Executivo.⁵²

A utilização do contrato de gestão com as agências reguladoras deve ser analisada com cautela, uma vez que pode servir de captura dos assuntos regulados pelo poder político, o que comprometeria a autonomia das agências.⁵³ O risco é a utilização indevida do contrato de gestão para politização do setor regulado, com a substituição da discricionariedade técnica das agências pela decisão política, o que enfraqueceria o próprio modelo regulatório.

Por essa razão, os contratos de gestão devem fixar metas relacionadas, preponderantemente, aos procedimentos e resultados previstos no ordenamento jurídico, estabelecendo uma espécie de moldura de atuação, sem adentrar no conteúdo na política regulatória.⁵⁴

4.4 Recurso hierárquico impróprio

Outro exemplo de diálogo institucional envolve a discussão sobre a possibilidade do recurso hierárquico impróprio contra decisões das agências reguladoras, o que viabilizaria a revisão das decisões regulatórias pela Chefia do Executivo ou seus ministérios.

Tem prevalecido o entendimento de que o recurso hierárquico impróprio, interposto perante pessoa jurídica diversa daquela que proferiu a decisão recorrida, não seria possível contra as decisões das agências reguladoras, uma vez que a respectiva legislação não prevê tal possibilidade (*nulla tutela sine lege*).⁵⁵

Diversamente, a Advocacia-Geral da União (AGU) emitiu o Parecer nº AC-051, que, aprovado pelo Presidente da República, passou a ostentar caráter normativo para toda a Administração Pública federal, na forma do art. 40, §1º, da Lei Complementar nº 73/93, com a conclusão pela possibilidade do recurso hierárquico impróprio contra decisões das agências reguladoras.⁵⁶ No referido parecer, reconheceu-se a possibilidade de revisão, por parte dos respectivos Ministérios (de ofício ou mediante recurso

⁵² Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/omb/mgmt-gpra/gplaw2m>>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁵³ Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta a inaplicabilidade dos contratos de gestão às agências reguladoras. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

⁵⁴ Em sentido semelhante, sustentando a necessidade de metas de transparência, mas não de metas substantivas, vide: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. *Op. cit.*, p. 159.

⁵⁵ Nesse sentido, por exemplo: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 75.

⁵⁶ No supracitado parecer, a questão concreta envolvia uma divergência instaurada entre o Ministério dos Transportes e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) acerca da cobrança que operadores portuários do Porto de Salvador faziam de taxa de segregação dos contêineres destinados aos demais recintos alfandegários. O Ministério havia provido recurso hierárquico impróprio para rever ato exarado pela agência.

hierárquico impróprio), dos atos das agências que extrapolem os limites legais de suas competências ou que violem as políticas públicas setoriais de competência do Ministério ou da Administração Central, tendo em vista o disposto nos arts. 37; 84, II; 87, parágrafo único, I, da CRFB.

O problema da tese veiculada no parecer é a admissão da advocatória e do recurso hierárquico impróprio em situações excessivamente abrangentes (violação de políticas públicas), bem como a permissão para substituição das decisões regulatórias por decisões políticas, o que refletiria uma ausência real de autonomia técnica da agência.

No cenário normativo atual, não cabe recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, em razão da ausência de previsão legal expressa.⁵⁷ O recurso hierárquico impróprio é modalidade recursal excepcional só tolerada nos casos expressamente previstos em lei, tendo em vista a sua utilização no bojo de uma relação administrativa em que inexistente hierarquia (subordinação é inerente à estrutura interna das pessoas administrativas e órgãos públicos), mas apenas vinculação (a relação de vinculação existe entre pessoas administrativas).

Ao prevalecer a tese sustentada pela AGU, as decisões de órgãos estatais e de entidades administrativas poderiam ser revistas com igual intensidade, o que afastaria a relevância da distinção entre órgãos despersonalizados e pessoas jurídicas. As pessoas administrativas descentralizadas (entidades integrantes da Administração indireta, como é o caso das agências reguladoras) gozam de autonomia administrativa, não havendo subordinação hierárquica entre elas e a Administração direta, sendo certo que a possibilidade aberta de revisão de ofício ou mediante recurso hierárquico impróprio de atos regulatórios pelo Executivo central aniquila a autonomia inerente das agências.

Uma proposta intermediária, que propicia o diálogo institucional, sem desconsiderar a autonomia das agências reguladoras, é a admissão do recurso hierárquico impróprio nas hipóteses de ilegalidade e a sua vedação nos casos de controle de mérito, com o objetivo de propiciar o controle de legalidade pelo Chefe do Executivo (art. 84, II da CRFB).⁵⁸ Nesse caso, ao declarar a ilegalidade do ato regulatório, o Executivo devolveria a questão à agência para prolação de nova decisão, respeitados os parâmetros fixados na decisão presidencial.⁵⁹

⁵⁷ Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 101-103.

⁵⁸ Em sentido semelhante: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-142.

⁵⁹ No Estado do Rio de Janeiro, a solução proposta foi consagrada no art. 66 da Lei estadual nº 5.427/2009: "Art. 66 – Das decisões finais produzidas no âmbito das entidades da administração indireta caberá recurso administrativo, por motivo de ilegalidade, nas mesmas condições estabelecidas neste capítulo, para o titular

Dessa forma, o recurso hierárquico impróprio, que depende de previsão legal expressa, somente teria cabimento na hipótese de vício de legalidade e não permitiria a substituição da decisão da agência, mas apenas a devolução do tema para nova decisão regulatória, com respeito ao ordenamento jurídico.

4.5 Diálogo inter-regulatório e o papel do Executivo

A especialização da regulação, com a instituição de agências para setores distintos da ordem econômica e de serviços públicos, não afasta a potencial interferência ou conflito entre os diversos interesses regulatórios.

Isso porque os referidos setores não são completamente independentes, havendo influências recíprocas que devem ser analisadas por órgão de coordenação que tenha a visão intersistêmica da regulação. Vale dizer: a atuação de determinada agência reguladora acarreta efeitos imediatos para o respectivo setor regulado, mas, também, potenciais efeitos para outros setores regulados por outras agências.

A especialização e a forte autonomia das agências reguladoras tiveram por objetivo principal garantir a despolitização de setores regulados, viabilizando, dessa forma, tratamento técnico aos desafios apresentados por cada setor do mercado.

Todavia, o insulamento das agências gerou a fragmentação regulatória, com a fixação de normas e políticas setoriais sem maiores preocupações com os impactos gerados de forma global em outros setores econômicos. A excessiva especialização da agência, ainda que acarrete a desejada despolitização do setor regulado, pode gerar a denominada “visão de túnel” da agência reguladora que seria incapaz de dimensionar os efeitos secundários e sistêmicos de suas decisões.⁶⁰

Por essa razão, os ideais de governança regulatória dependem da instituição de instrumentos de coordenação entre as agências, bem como os respectivos órgãos políticos supervisores, que garantam coerência à regulação a partir de uma visão intersistêmica entre os diversos mercados e respectivos consumidores.⁶¹

Com esta preocupação, a instituição do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), por meio do Decreto nº 6.062/07, teve como uma de suas finalidades a função de garantir a “melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo

da Secretaria de Estado à qual se vinculem. [...] §5º – A decisão do recurso limitar-se-á à declaração da ilegalidade da decisão e, em sendo o caso, devolverá o processo à entidade de origem para prolação de nova decisão”.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 372.

⁶¹ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o controle administrativo intersetorial pode ser realizado, ainda, por meio de instituição de órgãos interagenciais pelas próprias agências ou por meio da instituição legal de agência intersetorial. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 202.

regulatório" (art. 2º, III).⁶² O PRO-REG, por meio do Comitê Gestor (CGP) e do Comitê Consultivo (CCP), que integram a Casa Civil da Presidência da República, tem a incumbência de estabelecer a coordenação entre os órgãos e as entidades envolvidas no processo regulatório (art. 3º).⁶³

É possível perceber, com alguma frequência, que as agências têm efetuado diálogos entre si e com entidades similares, geralmente por meio de convênios (exemplo: termo de compromisso celebrado entre a ANEEL e o CADE para cooperação institucional em ações conjuntas na defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro).⁶⁴

Da mesma forma, as agências costumam editar atos normativos inter-regulatórios que tratam de assuntos de interesse comum dos setores envolvidos (exemplos: resoluções conjuntas instituídas pela ANEEL, ANATEL e ANP, tais como a Resolução Conjunta nº 01/99, que aprova o "Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo"⁶⁵ e a Resolução Conjunta nº 2/01, que aprova o "Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo".⁶⁶

Destaque-se, por fim, a celebração de convênios de cooperação firmados entre agências reguladoras federais e agências estaduais com o objetivo de promover a descentralização regulatória e a delegação de competências. A ANEEL, por exemplo, editou a Resolução Normativa nº 417/10, que estabelece os procedimentos para a delegação de competências aos Estados e ao DF para a execução de atividades descentralizadas em regime de gestão associada de serviços públicos.⁶⁷

Em âmbito federal, os conflitos inter-regulatórios serão resolvidos, em princípio, pela AGU e pelo Chefe do Executivo, na forma dos arts. 4º, incisos X e XI, e 40 da LC nº 73/93.⁶⁸

⁶² De acordo com a OCDE, diversos países instituíram unidades centrais de coordenação de políticas regulatórias, tais como a Coreia do Sul (Comitê de Reforma Regulatória), Reino Unido (Escritório de Melhores Práticas da Regulação da Austrália – OBPR), Japão (Escritório de Avaliação Administrativa), México (Comissão Federal para Melhoria Regulatória – COFEMER). OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória. BRASIL: Fortalecendo a governança para o crescimento, p. 43/44. Disponível em: <portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>. Acesso em: 10 fev. 2014.

⁶³ O CGP é composto por representantes da Casa Civil da Presidência da República, que tem a função de coordenação do órgão, Ministério da Fazenda e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (art. 5º do Decreto nº 6.062/07). Por outro lado, o CCP é formado por representantes de cada uma das agências reguladoras e dos Ministérios aos quais estão vinculadas, além de representantes do Ministério da Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na forma do art. 8º do citado decreto.

⁶⁴ Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura_arquivo/default.cfm?idAplicacao=4>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁶⁵ Disponível em: <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/resolucoes-conjuntas/84-resolucao-conjunta-1>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁶⁶ Disponível em: <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/resolucoes-conjuntas/85-resolucao-conjunta-2>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁶⁷ Fonte: <www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010417.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁶⁸ LC nº 73/1993: "Art. 4º – São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) XI – unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal" (...) "Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este

Em razão dos efeitos internos e externos da atividade regulatória, revela-se de fundamental importância a instituição de órgão ou entidade responsável pela articulação, coordenação das agências reguladoras, com a direção do Poder Executivo.

5 Agências reguladoras e o Poder Legislativo

Ao lado do diálogo com o Poder Executivo, as agências reguladoras estabelecem diálogo com o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas.

5.1 Instituição das agências reguladoras, regime jurídico e controle do Legislativo

O diálogo com o Poder Legislativo ocorre no nascimento da agência reguladora, espécie de autarquia, uma vez que a sua instituição é efetivada por meio de lei ordinária, de iniciativa do Chefe do Executivo, na forma dos arts. 37, XIX, e 61, §1º, II, "b" e "e", da CRFB.

Em razão do princípio da legalidade, admite-se que, a qualquer tempo, a legislação modifique as características institucionais das agências, com o intuito de restringir ou ampliar a autonomia administrativa, bem como extinguir a própria entidade. Vale dizer: não há imunidade do modelo adotado até o presente momento em face do legislador. Ao legislador, após iniciativa do Chefe do Executivo, compete instituir autarquias e delimitar o respectivo regime jurídico que pode ser alterado, posteriormente, por meio de lei.

Ademais, o Poder Legislativo possui competência para fiscalizar as agências reguladoras, sustar atos normativos que exorbitarem dos parâmetros legais, na forma do art. 49, V e X, da CRFB, bem como investigar, por meio de Comissão Parlamentar de Inquérito, fatos determinados imputados às agências reguladoras (art. 58, §3º, da CRFB).

5.2 Nomeação dos dirigentes e prestação de contas

Conforme destacado anteriormente, a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras é ato complexo, pois depende das manifestações autônomas do Executivo e do Legislativo. O nome indicado pelo Presidente da República, cumpridos os requisitos legais, deve ser aprovado pelo Senado Federal, na forma do art. 52, III, "f", da CRFB e art. 5º da Lei nº 9.986/00.

submetidos à aprovação do Presidente da República. §1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. §2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência".

Todavia, a análise, pelo Senado, do nome indicado pelo Poder Executivo, ao que parece, não tem sido acompanhada do rigor necessário que deve existir em razão da importância do cargo a ser ocupado. Raramente, o Senado deixa de aprovar o nome indicado pelo Presidente da República, bem como a sabatina não envolve, em regra, questionamentos sobre a competência técnica do indicado e rotina mais rigorosa sobre sua aptidão direção da agência.⁶⁹ Com o objetivo de implementar a fiscalização do nome escolhido durante o seu mandato, o art. 96-A do Regimento Interno do Senado estabelece a obrigatoriedade de prestação de contas, anualmente, por parte dos dirigentes das agências reguladoras federais.

5.3 Autonomia financeira *versus* dependência orçamentária

A independência de qualquer órgão ou pessoa jurídica depende, necessariamente, da garantia de autonomia financeira, com a previsão de recursos próprios suficientes para o exercício das respectivas atribuições institucionais. A regulação independente pressupõe, necessariamente, a previsão de autonomia financeira por meio da possibilidade e viabilidade de cobrança de recursos perante o setor regulado, suficientes para garantir o exercício das funções regulatórias.

Não é por outra razão que as leis instituidoras das agências estabeleceram, como regra, fontes autônomas de recursos financeiros para os respectivos setores (exemplo: taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica no âmbito da ANEEL; taxas de fiscalização e outras receitas integrantes do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL; contribuições para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST).

Ocorre que os mencionados recursos, com alguma frequência, não são suficientes para custeio das atividades das agências que continuam, por esta razão, dependentes do repasse dos recursos orçamentários.⁷⁰ Nesses casos, a independência regulatória fica comprometida, uma vez que a agência reguladora passa a depender da vontade política no momento de elaboração das leis orçamentárias pelo Executivo e Legislativo. Quanto maior a dependência do orçamento, menor será a autonomia da agência reguladora.

⁶⁹ Nesse sentido: TCU, Acórdão nº 2.261/2011, Rel. Min. José Jorge, Plenário, *DOU* 24.08.2011; PRADO, Mariana Mota. *Op. cit.*, p. 139; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. *Op. cit.*, p. 160.

⁷⁰ O PRO-REG, no relatório que avaliou a execução orçamentária e financeira no período de 1999 a 2009 das agências reguladoras federais, verificou contingenciamentos orçamentários que prejudicam as políticas regulatórias. PRO-REG. Agências Reguladoras: aspectos relevantes da execução orçamentária, financeira e fontes de financiamento e análise de desempenho no período 1999-2009. RELATÓRIO FINAL. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria/agencias-reguladoras-aspectos-relevantes-da-execucao-orcamentaria-financeira-e-fontes-de-financiamento-e-analise-de-desempenho-no-periodo-1999-2009/view?searchterm=or%C3%A7ame>>. Acesso em: 10 out. 2014.

Ainda que as agências possuam atribuição para envio de suas propostas orçamentárias ao Ministério supervisor (exemplo: art. 19, XXVI, da Lei nº 9.472/97 – ANATEL), não há qualquer garantia de que a proposta será integralmente acolhida na legislação orçamentária.

Ao invés de diálogo saudável, a situação revela o enfraquecimento da agência, afastando o próprio fundamento de sua existência, ou seja, a independência técnica.

5.4 Diálogo com os Tribunais de Contas

As agências reguladoras, assim como as demais entidades administrativas, órgãos públicos e gestores de bens e valores públicos, submetem-se ao controle de legalidade, legitimidade e economicidade do respectivo Tribunal de Contas, na forma dos arts. 70 e 71, II, da CRFB.

Embora a Constituição Federal mencione os Tribunais de Contas como órgãos auxiliares do Poder Legislativo, as Cortes de Contas, em virtude da sua forte independência, devem ser consideradas órgãos constitucionais independentes que não estão inseridos na relação hierárquica dos três Poderes.⁷¹

Não obstante a importância do seu papel institucional, o controle não pode acarretar a substituição da decisão regulatória pela decisão da Corte de Contas. Explica-se: a Corte de Contas, ao concluir pela violação aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, deve invalidar a decisão da agência, com a fixação dos parâmetros legais que deverão ser observados, no futuro, pela agência.

De fato, não compete ao Tribunal de Contas instituir a política regulatória, mas, sim, fixar, no âmbito do controle, as balizas normativas que deverão ser observadas pelas agências.

Ocorre que, em algumas oportunidades, o Tribunal de Contas da União acabou por exercer papel ativista, estabelecendo a própria política regulatória que deveria ser implementada pela agência. Mencione-se, por exemplo, o caso envolvendo consulta formulada pelo Ministério das Comunicações sobre a interpretação das normas jurídicas relativas à aplicação de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST. No caso, o TCU estabeleceu a política regulatória de universalização, sem a participação da ANATEL.⁷²

Em outras oportunidades, sem substituir a análise da agência, o TCU fiscalizou e expediu recomendações durante as “Rodadas de Licitação” para outorga de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural

⁷¹ Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 389; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 223, p. 1-24, jan.-mar. 2001.

⁷² TCU, Acórdão nº 1.107/2003, Plenário, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, DOU 25.08.2003.

promovidas pela ANP. A Corte de Contas, por exemplo, determinou as seguintes providências: regulamentação por parte da agência das penalidades previstas nos contratos de concessão (primeira e terceira Rodadas de Licitação);⁷³ demonstração da adequação do processo de escolha dos blocos a serem licitados com a política energética nacional, inclusive mediante uma obrigatória manifestação do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) sobre os critérios utilizados (segunda e terceira Rodadas de Licitação);⁷⁴ adoção de mecanismos de cooperação a fim de integrar as ações de implementação da política energética à ambiental (quinta Rodada de Licitação);⁷⁵ entre outras.

Em caso posterior, o TCU adotou posição de maior deferência às agências, preservando a atribuição institucional dessas entidades na fixação da política regulatória.⁷⁶ Trata-se do julgamento pela Corte de Contas da solicitação formulada pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal (CMA) para realização de auditoria operacional na execução dos contratos de concessão de serviços públicos de telefonia fixa e móvel, especificamente quanto aos mecanismos de cobrança dos usuários. Em sua conclusão, o TCU, após afirmar a competência primária da ANATEL para realização da auditoria, determinou que a agência estudasse a viabilidade de realizar auditoria específica nos sistemas de cobrança e faturamento das prestadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP), levando em consideração alguns parâmetros fixados na decisão da Corte de Contas.⁷⁷

A postura de autocontenção do TCU, adotada no último caso, respeita, de um lado, o papel de controle da Corte de Contas, e, de outro lado, a autonomia das agências reguladoras, preservando as competências dessas instituições. Aliás, a tese aqui defendida foi incorporada ao "Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública direta e indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração", encomendado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.⁷⁸ De acordo com o art. 50, parágrafo único do anteprojeto, "os órgãos e entes de controle

⁷³ TCU, Decisão nº 493/1999, Plenário, Rel. Min. Adhemar Ghisi, DOU de 13.08.1999; Decisão nº 232/2002, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 11.04.2002.

⁷⁴ TCU, Decisão nº 417/2001, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 20.07.2001; Decisão nº 232/2002, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 11.04.2002.

⁷⁵ TCU, Acórdão nº 787/2003, Plenário, Rel. Min. Iram Saraiva, DOU de 11.07.2003.

⁷⁶ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. *Op. cit.*, p. 163-164.

⁷⁷ TCU, Acórdão nº 210/2013, Plenário, Rel. Min. José Jorge, DOU 20.02.2013.

⁷⁸ O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Portaria MP nº 426 de 06 de dezembro de 2007, constituiu Comissão de juristas com o objetivo de elaborar o Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração. A Comissão foi composta por de notáveis juristas, a saber: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Presidente), Paulo Modesto (Secretário-Geral) e Sérgio de Andréa Ferreira. Os trabalhos da Comissão encerraram-se em 2009 e o anteprojeto contém as normas gerais sobre a Administração Pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração. Fonte: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_segex_Arq_LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 20.09.2012.

não podem substituir-se aos agentes, órgãos ou entes controlados no exercício de suas competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas".⁷⁹

8 Agências reguladoras e o Poder Judiciário

Além dos diálogos com os Poderes Executivo e Legislativo, as agências reguladoras, naturalmente, dialogam com o Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, XXXV, da CRFB.

Conforme demonstrado anteriormente, o debate tradicional sobre o papel do Poder Judiciário na interpretação e no controle dos atos dos demais Poderes centraliza-se em duas visões extremas: de um lado, o ativismo, com fundamento, em especial, na necessidade de defesa dos direitos das minorias, e, de outro lado, a deferência judicial, centralizada no caráter contramajoritário do Judiciário e no perfil democrático das arenas executivas e legislativas.

A partir da proposta do diálogo institucional, todavia, a análise do papel do controle judicial é elaborada com destaque para as capacidades institucionais dos atores envolvidos na elaboração das escolhas públicas.⁸⁰

Mencione-se, nesse ponto, que os magistrados brasileiros têm se mostrado avessos à ideia de deferência às decisões técnicas das agências reguladoras. Em pesquisa realizada pelo IPEA, em 2003, a maioria dos magistrados (50,6%) discordou inteiramente da opinião segundo a qual o Judiciário deveria respeitar, em princípio, as decisões tomadas pelas agências, limitando-se a garantir o respeito às normas processuais, sem adentrar, normalmente, no conteúdo da decisão.⁸¹

Todavia, em estudo sobre a judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações, Alexandre D. Faraco, Caio Mario da Silva Pereira Neto e Diogo R. Coutinho verificam certa deferência do Judiciário no tocante às decisões da ANATEL. Com base em dados fornecidos pelo *Diário Oficial da União* e dos sítios eletrônicos da Justiça Federal, os autores, ao analisarem 48 ações propostas por entidades de proteção dos consumidores e por entidades representantes das empresas reguladas,

⁷⁹ Luís Roberto Barroso, de forma similar, ao tratar dos limites do controle pelo Tribunal de Contas sobre as agências reguladoras, sustenta: "Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma Agência Reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza". BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107.

⁸⁰ Sobre as tendências do controle judicial, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos*. RBDP, Belo Horizonte, n. 39, p. 9-34, out.-dez., 2012.

⁸¹ PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: IPEA, 2003, p. 43. Fonte: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4198&catid=311>. Acesso em: 10 out. 2014.

constatarem a existência de 11 liminares contra a ANATEL, mantidas em grau recursal. Nas demais ações, as liminares não foram concedidas ou foram reformadas por decisão posterior.⁸²

Em pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), entre 2009 e 2010, sobre a revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), autarquia federal com atribuição de regular a concorrência no mercado, verificou-se que, na amostra analisada envolvendo decisões transitadas em julgado, o Judiciário manteve a decisão do CADE em 62% dos casos e reformou a decisão administrativa em 38% dos casos, o que também revela certa deferência judicial em relação às decisões do CADE.⁸³

No campo da regulação, as agências reguladoras possuem o papel de protagonista na elaboração das políticas regulatórias e definição das decisões técnicas do setor regulado, permanecendo com os Poderes Executivo e Legislativo o papel de definição primária das prioridades e políticas públicas, que pautarão, inclusive, a atuação regulatória.

O Judiciário, por sua vez, possui a importante missão constitucional de controlar as omissões e os abusos praticados pelos demais Poderes, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser afastada de sua análise.

Em razão das limitações institucionais do Judiciário, as respectivas decisões sobre questões de alta complexidade técnica ou de relevante impacto para a coletividade devem ser submetidas, quando possível, ao diálogo social (exemplo: audiências públicas realizadas pelo STF) e ao diálogo institucional, deixando para o Poder Executivo, responsável, em última análise, pela formulação e execução das políticas públicas, a definição do caminho a ser seguido na implementação dos direitos fundamentais.

No contexto brasileiro, as agências reguladoras, com atribuição para regulação de serviços públicos e de atividades econômicas de relevo social, devem aprimorar seus procedimentos institucionais de formulação de normas regulatórias e avaliação da qualidade da atividade regulada, o que demonstra a importância do fortalecimento da Análise de Impacto Regulatório (AIR), considerada importante mecanismo processual de formulação e avaliação de políticas regulatórias, que concilia a *expertise* necessária ao tratamento de assuntos dotados de grande complexidade e a legitimidade democrática inerente à abertura do procedimento para participação dos regulados e dos usuários/consumidores.⁸⁴

⁸² FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. *RDA*, v. 265, p. 41, jan./abr. 2014.

⁸³ Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 62.

⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. *RDPE*, Belo Horizonte, n. 36, p. 173-203, out./dez., 2011.

Quanto maior a legitimidade da atuação regulatória, maior será a deferência judicial. Em razão da *expertise* e do reforço democrático da atuação da agência, o Judiciário atuaria com maior deferência à decisão regulatória, limitando-se a definir os limites e os parâmetros a serem adotados pela agência, inclusive com a possibilidade do diálogo institucional.⁸⁵

No diálogo institucional entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras, os juízes definem os papéis dos atores institucionais envolvidos na regulação, bem como controlam a juridicidade dos atos e omissões regulatórias, fixando, eventualmente, os parâmetros que devem ser observados pelas agências, conforme destacado a seguir.⁸⁶

No primeiro caso, o Judiciário define os papéis que devem ser desenvolvidos por cada ator institucional. Assim, por exemplo, ao julgar a constitucionalidade de lei estadual que exigia a participação do Poder Legislativo na nomeação e exoneração de dirigentes de agência reguladora estadual, o STF entendeu que, não obstante se tratar de cargos comissionados, a nomeação e a exoneração poderiam ser condicionadas ao crivo do Legislativo (e não apenas do Executivo), o que conferiria maior autonomia à agência, com a diminuição do risco de interferência política e arbitrária do Chefe do Executivo.⁸⁷

No segundo caso, os juízes controlam os atos regulatórios, fixando, quando for o caso, os parâmetros de juridicidade. Registre-se, por exemplo, decisão proferida pelo STF no sentido de reconhecer a existência de poderes de busca e apreensão na ANATEL, com fundamento no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.871/04.⁸⁸

Outro caso, que merece destaque no diálogo institucional entre o Judiciário e as agências reguladoras, envolveu a análise da legalidade das normas regulatórias da ANATEL que estipularam a previsão de cobrança de tarifa básica nos serviços de telefonia fixa. O STJ, após julgar casos similares no mesmo sentido, editou a Súmula

⁸⁵ Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso sustenta: "É bem de ver que, em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no mínimo da incerteza e do subjetivismo". BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

⁸⁶ Em sentido semelhante: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. *Op. cit.*, p. 165.

⁸⁷ STF, ADI/MC nº 1.949/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 25.11.05, p. 5.

⁸⁸ STF, Recl nº 5.310/MT, Rel(a). Min(a). Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe-088 16.05.08. O art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.871/2004, com a redação dada pela Lei nº 11.292/2006, dispõe: "Art. 3º (...). Parágrafo único. No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas aos ocupantes dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta lei as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções".

nº 356, que estabeleceu a legitimidade da cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.

A discussão central envolvia os limites dos poderes da agência reguladora para estabelecer norma regulatória (no caso, a Resolução nº 85/98 da ANATEL), com fundamento na legislação especial das concessões de serviços públicos e das próprias agências, em detrimento das normas consumeristas (arts. 6º, III, 39, V, e 51, IV, do CDC). De um lado, o CDC veda a cobrança por serviços não usufruídos pelos consumidores. De outro lado, o art. 3º, XXI, da Resolução 85/98, editada na forma do art. 19, IV e X, da Lei nº 9.472/97, estabelece a possibilidade de cobrança de tarifa básica, independentemente da utilização efetiva do serviço no mês de referência.⁸⁹

Em sua conclusão, o STJ definiu que a cobrança de tarifa básica para os serviços de telefonia não configura cobrança abusiva, pois o seu objetivo é remunerar os custos de disponibilização do serviço, o que justifica a juridicidade das resoluções das agências, editadas com fundamento na interpretação sistemática das seguintes normas: art. 175, parágrafo único, III, da CRFB, art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95, arts. 19, IV e X, e 93, VII, da Lei nº 9.472/97.⁹⁰

Em outra oportunidade, o STJ, ao controlar a omissão da ANATEL na análise do pedido de funcionamento de rádio comunitária, afastou a inércia desproporcional da agência para exigir a apreciação e decisão do requerimento administrativo, sem substituir, contudo, a discricionariedade técnica do regulador. Na hipótese em comento, a associação privada impetrou mandado de segurança em face da ANATEL, tendo em vista a omissão, por mais de cinco anos, na análise do pedido de autorização para funcionamento de rádio comunitária.⁹¹

Após a procedência do pedido para determinar que a possibilidade de funcionamento da rádio, enquanto não decidida a questão na agência reguladora, a ANATEL interpôs embargos de divergência que foram providos para julgar improcedente o

⁸⁹ Resolução nº 85/98: "Art. 3º Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições: XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura: valor de trato sucessivo pago pelo Assinante à Prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço". A citada resolução foi revogada pela Resolução nº 426/2005 que, em seu art. 3º, XXIV, estabelece: "tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço". Registre-se que a cobrança de tarifa básica encontrava previsão anterior nas Portarias nºs 217 e 226, ambas de 3 de abril de 1997, editadas pelo Ministério das Comunicações.

⁹⁰ Antes da edição da súmula, no julgamento do REsp nº 994.144/RS, a Primeira Turma, por meio do Relator Luiz Fux, decidiu: "[...] 10. Em suma, a cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, razão pela qual a obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo certo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, amparada no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997. STJ, REsp nº 994.144/RS, Primeira Turma, Min. Rel. Luiz Fux, DJe 03.04.2008, grifo nosso.

⁹¹ De acordo com o art. 6º da Lei nº 9.612/1998: "Compete ao Poder Concedente outorgar à entidade interessada autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária, observados os procedimentos estabelecidos nesta Lei e normas reguladoras das condições de exploração do Serviço".

pedido, uma vez que o Judiciário não poderia substituir a decisão da agência reguladora, mas apenas fixar prazo para que a autarquia regulatória profira decisão técnica em prazo razoável. A associação pretendia a substituição da agência pela decisão judicial, sem formulação de pedido para fixação de prazo para decisão da agência, o que acarretou a improcedência do pedido.⁹²

Mencione-se, ainda, a discussão quanto ao poder normativo da ANTAQ, que, por meio da Resolução nº 858/07, estabeleceu a obrigação de submissão à aprovação prévia da agência dos termos aditivos de prorrogação contratual ou qualquer espécie de alteração da área de arrendamento das instalações portuárias, sob pena de imposição de multa. De acordo com o STJ, a resolução da agência não violaria o princípio da legalidade, pois estaria em conformidade com a Lei nº 10.233/01.⁹³

Recentemente, o STJ voltou a adotar posição de maior deferência aos atos das agências reguladoras, com fundamento na complexidade técnica dos assuntos regulados. No caso em comento, Santo Antônio Energia S.A. solicitou à ANEEL, por

⁹² "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO - OUTORGA DE RÁDIO COMUNITÁRIA: LEI 9.612/98 E DECRETO 2.615/98 - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE - DEMORA INJUSTIFICADA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA - PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - SOLUÇÃO VIÁVEL NO CASO ESPECÍFICO. 1. A Lei 9.612/98 criou novo sistema de radiodifusão, facilitando a concessão, mas exigindo para funcionamento autorização prévia. 2. A falta do serviço de autorização, na linha da jurisprudência desta Corte, com base nos princípios da moralidade e da eficiência, permite, excepcionalmente, a intervenção do Poder Judiciário. 3. *Intervenção que não aceita a substituição do Legislador pelo Juiz, que se limita a assinar prazo para que a Administração delibere sobre o processo administrativo. Precedentes.* 4. Pretensão examinada pelo pedido formulado na inicial. 5. Solução que resta inviabilizada em razão da ausência de pedido na exordial. 6. Embargos de divergência providos" (grifo nosso). STJ, EREsp nº 1.100.057/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10.11.2009 (Informativo de Jurisprudência nº 413 do STJ). Em seu voto, a Ministra Relatora, Eliana Calmon, afirmou: "[...] Cabe ao Executivo, por disposição constitucional, autorizar, conceder e fiscalizar o serviço de radiodifusão, não podendo o Judiciário imiscuir-se na esfera de um serviço eminentemente técnico e complexo, como se vislumbra pelas exigências da lei à obtenção da permissão aqui questionada. [...] Entendo, contudo, que a autorização estatal é obrigatória, por força de lei, não cabendo ao Poder Judiciário, a pretexto de suprir omissão administrativa, permitir o funcionamento de emissora de radiodifusão, sob pena de contrariar o princípio da separação de poderes. [...] Consigno, entretanto, que a jurisprudência desta Corte evoluiu e passou a encampar o entendimento de que, caso formulado pedido pela parte interessada, pode o Poder Judiciário, constatando a omissão administrativa, fixar prazo para que o órgão competente delibere sobre o requerimento de autorização de funcionamento de emissora de radiodifusão, posição que inclusive acolhi em precedentes de minha lavra. [...] Enfim, o Poder Judiciário, com a adoção da solução acima citada, não pretende imiscuir-se na atividade precípua do órgão público. A intervenção que se pretende é em nome do princípio da eficiência e da moralidade, porque não se pode admitir que permaneça uma comunidade a aguardar solução, por mais de 05 (cinco) anos, como ocorre no caso em tela. O que se espera é que haja uma resposta, uma informação, um reconhecimento, pelo menos".

⁹³ "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À RESOLUÇÃO ANTAQ 858/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. 1. Aplicação de multa por infração a obrigação imposta por resolução editada pela ANTAQ, no exercício de competência normativa assegurada pela Lei 10.233/2001 - 'submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração'. 2. Ausência de violação ao princípio da legalidade, pois a Lei 10.233/2001 é precisa ao definir as condutas puníveis, as penalidades cabíveis e a forma de gradação da pena, estando os demais procedimentos para processamento e julgamento das infrações disciplinados em regulamento próprio, conforme autoriza a própria lei. 3. Recurso especial não provido". STJ, REsp nº 1.386.994/SC, Rel(a). Min(a). Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13.11.2013.

meio de procedimento administrativo específico, o reconhecimento da excludente de sua responsabilidade pelos eventos imprevisíveis que atrasaram as obras da Usina Hidrelétrica Santo Antônio.

Antes da finalização do processo administrativo, a sociedade empresária impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor-Geral da ANEEL, objetivando o afastamento de quaisquer sanções pelo atraso na geração de energia. Indeferido o pedido liminar em primeiro grau, em sede de agravo de instrumento o TRF da 1ª Região, concedeu, parcialmente, a antecipação de tutela para assegurar os efeitos da excludente de responsabilidade no tocante à execução do contrato de concessão e no fornecimento de energia elétrica no mercado regulado às distribuidoras até a decisão definitiva da agência reguladora. Todavia, a referida decisão foi revista pelo STJ, tendo em vista a grave lesão à ordem pública, uma vez que o Judiciário deveria agir com cautela e respeito à legalidade "mormente em se tratando de questões concernentes a atos administrativos de agências reguladoras, cujo âmbito de atuação se dá com fulcro em legislação com ampla especificidade técnica sobre o mercado regulado".⁹⁴

As decisões retiradas da jurisprudência dos tribunais superiores demonstram certa deferência do Poder Judiciário no controle dos atos regulatórios, o que permite o exercício do controle de juridicidade, sem desconsiderar as capacidades institucionais das agências reguladoras.

7 Conclusão

A inserção das capacidades institucionais no debate relativo ao controle dos atos regulatórios representa uma importante alternativa ao debate tradicional, normalmente contaminado por dogmas e mitificações ideológicas.

As limitações e as capacidades institucionais dos órgãos e entidades estatais não podem ser negligenciadas na discussão das potencialidades do controle administrativo, legislativo e judicial das agências.

Se a autonomia técnica das agências reguladoras brasileiras tem por objetivo garantir a blindagem administrativa necessária à despolitização dos setores regulados, não é menos verdade que as referidas entidades estão inseridas na Administração indireta, o que revela a necessidade de fixação de mecanismos de controle compatíveis com o perfil institucional conferido pelo ordenamento jurídico pátrio.

No contexto brasileiro, o diálogo institucional entre as agências reguladoras, a Administração direta, o Poder Legislativo, os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário constitui mecanismo eficiente de ponderação entre os ideais da democracia e do princípio da separação de poderes.

⁹⁴ STJ, AgRg na SS nº 2.727/DF, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 16.10.2014.

Regulatory Agencies, Institutional Dialogues and Control

Abstract: This article discusses the control of the acts of Brazilian regulatory agencies from the perspective of institutional dialogue with the direct administration, the legislature, the Federal Court of Accounts and the Judiciary.

key words: Administrative Law. Regulation. Regulatory agencies. Capacity and institutional dialogues. Control.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015.

Recebido em: 09.01.2015

Aprovado em: 19.02.2015