

Controle judicial das escolhas regulatórias – O fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça?

Sérgio Guerra

Resumo: O Estado brasileiro passou a ser regulador, com objetivos bem definidos em termos de respeito aos direitos fundamentais e reserva de atividades econômicas ao setor privado. No bojo da tentativa de estruturação desse modelo foram criadas dez agências reguladoras federais e reestruturadas entidades aumentando sua autonomia. Neste artigo, busca-se examinar, inicialmente, a estrutura do modelo alienígena que inspirou a criação das agências reguladoras e o *judicial review* sobre suas decisões para, assim, cotejando-se com o modelo alienígena, perquirir com que intensidade tem se apresentado o controle judicial sobre as escolhas regulatórias no Brasil, notadamente perante a mais alta Corte em sede infraconstitucional (o Superior Tribunal de Justiça).

Palavras-chave: Direito público. Direito administrativo. Agências reguladoras. Funções regulatórias. Controle judicial dos atos regulatórios.

Sumário: **1** Introdução – **2** O modelo alienígena que inspirou as agências reguladoras brasileiras – **3** O *Independent Establishment* estadunidense – **4** Controle judicial das decisões das agências reguladoras brasileiras – **5** Conclusões – Referências

1 Introdução

Sem prejuízo de algumas leis especiais e disposições constitucionais que disciplinam a matéria, o marco legal da organização administrativa brasileira ainda é disposto, em grande parte, pelo Decreto-Lei nº 200/67. Assim, o Brasil, em termos de organização administrativa, está próximo de um modelo ainda não totalmente superado de uma administração inspirada — mas, não completamente alcançada — no modelo weberiano,¹ com ilhas de excelência, rotulada de pesada, lenta e ineficiente, que acaba por frustrar a sociedade.

Sabe-se que a Administração Pública ensaiou a adoção de um modelo de administração mais eficiente, que, efetivamente, não foi implantado. Seguindo tal posicionamento, órgãos da administração federal passariam a trabalhar sob um novo formato de atuação: a administração gerencial.

O modelo de administração pública gerencial emergiu na segunda metade do século XX, como tentativa de resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior.²

A eficiência da administração pública — a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário — tornava-se então essencial. Assim, pretendeu-se criar na administração pública brasileira uma nova mentalidade, uma cultura gerencial nos moldes do que já é praticado pelas organizações que estão enfrentando desafios de modernização.³

O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções e incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados e da competição administrada.⁴

Despontou no Brasil, nas letras promulgadas da Carta Cidadã de 1988, o desenho de um novo Estado de Direito, agora democrático, estruturando a ordem social focada no trabalho, bem-estar e justiça social, e a ordem econômica sobre os pilares da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano: o Estado Regulador.

O Estado brasileiro passou a ser regulador, com objetivos bem definidos em termos de respeito aos direitos fundamentais e reserva de atividades econômicas ao setor privado.

Como a função regulatória e seu modo de execução, por meio de órgãos com ou sem autonomia, não foi explicitada na Carta de 1988, estava afeta à discricionariedade legislativa. Apenas no art. 20, XI, e no art. 177 da Constituição Federal está prevista a criação de órgãos reguladores para os serviços públicos de telecomunicações e para as atividades monopolizadas da indústria do petróleo. Ambas as previsões não constavam do texto original, decorrendo de emendas constitucionais.⁵

Assim é que, dentre algumas ações governamentais visando alcançar um modelo de organização administrativa gerencial, foram criadas (ou reestruturadas), no bojo do processo de desestatização, entidades reguladoras independentes (autarquias especiais vinculadas, e não subordinadas ao Poder Público central), compondo, em parte, a chamada administração descentralizada ou indireta.

No bojo da tentativa de estruturação desse modelo foram criadas dez agências reguladoras federais. São elas: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Cinema (Ancine), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transporte Aquaviários (Antaq) e Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Também foram reestruturadas entidades, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (criado em 10.9.1962 e recentemente alterado pela Lei nº 12.529, de 30.11.2011) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (criada em 7.12.1976), trazendo, praticamente, a esses entes estatais as mesmas características das agências reguladoras.⁶

A criação de entes estatais reguladores seguiu tendência internacional⁷ de reformar a Administração Pública mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas.⁸

Como se vê, buscou-se no início da segunda metade da década de 90, do século passado, a implantação de um novo marco teórico para a Administração Pública, que substituísse, em parte, a perspectiva burocrática weberiana. O modelo até então seguido (Decreto-Lei nº 200/67) — sob a ótica de um corpo burocrático clássico — encontrava-se em posição subordinada hierarquicamente

aos interesses governamentais. Entidades reguladoras, ao contrário, foram estruturadas apenas vinculadas ao Poder Público central, com foco na implementação continuada das políticas de Estado (busca da separação entre formulação e execução de políticas públicas).

Naquele contexto histórico, partiu-se da ideia de que havia questões em que a visão política, inerente ao ciclo eleitoral, poderia afetar a adoção de práticas que precisam de continuidade e segurança jurídica.⁹ São, por isso, consideradas práticas de Estado — e não de Governo.¹⁰

Essas entidades regulatórias receberam uma série de competências não livres de controvérsias, tanto em sede doutrinária quanto em sede pretoriana, à luz da clássica teoria tripartite de separação de poderes (funções executivas, normativas e judicantes). Uma das questões mais sensíveis, e que, recorrentemente, chega aos tribunais, tem a ver com a indefinição dos limites entre a lei e as normas editadas pelas entidades reguladoras. A dificuldade está no fato de que no campo da regulação de atividades econômicas e serviços públicos delegados pelo Estado (telecomunicações, distribuição de energia elétrica, transportes etc.), a atuação regulatória não se basta naquilo que está disciplinado nas leis editadas pelo Poder Legislativo.

Neste artigo busca-se examinar, inicialmente, a estrutura do modelo alienígena que inspirou as Agências Reguladoras e o *judicial review* sobre suas decisões para, assim, cotejando-se com o modelo alienígena, perquirir com que intensidade tem se apresentado o controle judicial sobre as escolhas regulatórias no Brasil, notadamente perante a mais alta Corte em sede infraconstitucional (o Superior Tribunal de Justiça).

2 O modelo alienígena que inspirou as agências reguladoras brasileiras

A ideia de descentralização governamental ocorrida no Brasil, na década de noventa do século passado, advém do movimento estruturado no Reino Unido, denominado *New Public Management* (NPM). Esse movimento foi adotado a partir da década de oitenta visando modernizar a organização administrativa, sendo utilizado para descrever a onda de reformas do setor público naquele período.

Com efeito, naquele período vários países — entre eles o Brasil — tentaram reformas que permitissem maior agilidade e flexibilidade à atividade estatal. Os diversos planos de melhora que, como dito, receberam a denominação comum de Nova Gerência Pública, e seus principais enunciados, foram sintetizados em relatório da OCDE (1996). Tratavam-se de medidas destinadas a dotar a administração pública de um comportamento gerencial que aliviasse a máquina ou o aparelho do Estado.¹¹

Os pontos centrais desse movimento se referiam à adaptação e à transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o público, pressupondo a redução do tamanho da máquina administrativa, uma ênfase crescente na competição e no aumento de sua eficiência.¹²

O programa do NPM pode ser resumido, de modo objetivo, nas seguintes medidas: (i) diminuir o tamanho do Estado, inclusive do efetivo do pessoal; (ii) privatização de empresas e atividades; (iii) descentralização de atividades para os governos subnacionais; (iv) terceirização de serviços

públicos (*outsourcing*); (v) regulação de atividades conduzidas pelo setor privado; (vi) transferência de atividades sociais para o terceiro setor; (vii) desconcentração de atividades do governo central; (viii) separação de atividades de formulação e implementação de políticas públicas; (ix) estabelecimento de mecanismos de aferição de custos e avaliação de resultados; (x) autonomização de serviços e responsabilização de dirigentes; (xi) flexibilização da gestão orçamentária e financeira das agências públicas; (xii) adoção de formas de contratualização de resultados; (xiii) abolição da estabilidade dos funcionários e flexibilização das relações de trabalho no serviço público.¹³

2.1 Entidades regulatórias britânicas

No bojo das reformas administrativas pautadas pelo *New Public Management*, trazidas nos governos Margareth Thatcher e John Major, foram criadas diversas entidades regulatórias. Destaque-se a *Office of Telecommunication* (OfTel), na área de telecomunicações, criada no ano de 1984; a *Office of Gas* (Ofgas), para regular o setor de gás, e a *Office of Electricity Regulation* (Offer), regulando o setor de eletricidade. Estas entidades, após fusão no ano de 1999, transformaram-se na *Office of Gas and Electricity Markets* (Ofgem), abrangendo os setores de gás e eletricidade.¹⁴

Foram criadas a *Water Services Regulation Authority* (Ofwat)¹⁵ para o setor voltado aos recursos hídricos; a *Office of Rail Regulation* (ORR),¹⁶ do sistema ferroviário; a *Civil Aviation Authority* (CAA),¹⁷ para o setor aéreo; a *Office of Fair Trading* (OFT),¹⁸ atuando na defesa da concorrência, e uma agência responsável por loterias, a *Office of The National Lottery* (Oflot), sucedida pela *National Lottery Commission*.¹⁹

O controle judicial sobre os atos regulatórios expedidos por essas entidades não será objeto deste estudo, haja vista que o modelo brasileiro se inspirou na estrutura organizacional estadunidense, como será demonstrado.

2.2 A profusão de entidades regulatórias em grande parte do mundo

A criação de entidades regulatórias passou a ser uma tendência internacional. As entidades reguladoras independentes, com suas características próprias, estão implantadas em diversos países. A título exemplificativo identificam-se as seguintes "agências": as *independent regulatory commissions* estadunidenses, as *autorités administratives indépendantes* francesas, as *autorità indipendenti* italianas, as *administraciones independientes* espanholas, as *régies canadiennes*, as *ambetswerk* suecas e finlandesas, os *ministerialfreien Raums* germânicos.²⁰

Cumprir destacar, ainda, que com o processo de unificação europeia tornou-se quase imperativa a necessidade de coordenar a atividade das diversas agências reguladoras de cada país. Assim, foram criadas inúmeras instituições com esse objetivo.

Cite-se a Agência Europeia para a Segurança da Aviação (Easa). Essa entidade foi criada pelo

Parlamento Europeu e pelo Conselho da Europa no ano de 2002.²¹ Vale destacar a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar (EFSA), também criada no ano de 2002 pelo Conselho da Europa. É um órgão comunitário com personalidade jurídica própria, independente das instituições da comunidade.²²

Cabe ressaltar a existência da Agência Europeia de Segurança Marítima (EMSA), criada em 2002 com o objetivo de reduzir o risco de acidentes marítimos, a poluição produzida por navios e a perda de vidas humanas no mar.²³

Outro ente criado em 2003 é o Grupo Europeu de Reguladores de Eletricidade e Gás (ERGEG – *European Regulators Group for Electricity and Gas*), que surgiu no âmbito da Comissão Europeia como grupo assessor das autoridades reguladoras independentes de cada país, de modo a apoiar a Comissão na consolidação do mercado europeu de eletricidade e gás;²⁴ e, também, o Grupo Europeu de Reguladores de Redes e Serviços de Comunicação Eletrônica (ERG Telecom)²⁵ criado pela Comissão Europeia em 2002, com o objetivo de fomentar a cooperação e coordenação das autoridades nacionais de regulação com a Comissão, promover o desenvolvimento do mercado interno de redes e serviços de comunicação eletrônica, e lograr a aplicação efetiva, em todos os Estados membros, das determinações do novo marco regulatório.

Também merece registro o fato de que após a crise do sistema financeiro norte-americano, em 2008, provocando verdadeiro colapso sistêmico, foram criados novos entes reguladores, em que se destaca o Conselho de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board* – FSB).

O FSB é um órgão regulador mundial integrado por Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, França, Alemanha, Hong Kong, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Holanda, Coreia, Rússia, Arábia Saudita, Singapura, África do Sul, Espanha, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos da América.

É a entidade reguladora encarregada de implementar a agenda de reformas do grupo das dezenove maiores economias do mundo mais a União Europeia, conhecido como G20. A regulação implementada por esse órgão afeta 29 instituições financeiras mundiais sistemicamente importantes com exigências adicionais de capital.

Esse órgão conta com a colaboração dos seguintes organismos internacionais: *Bank for International Settlements* (BIS), *European Central Bank* (ECB), *European Commission* (EC), *International Monetary Fund* (IMF), *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD), *The World Bank*, *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS), *Committee on the Global Financial System* (CGFS), *Committee on Payment and Settlement Systems* (CPSS), *International Association of Insurance Supervisors* (Iais), *International Accounting Standards Board* (Iasb) e *International Organization of Securities Commissions* (Iosco).

O FSB foi criado para coordenar a nível internacional o trabalho de autoridades financeiras nacionais e organismos internacionais de normalização e de desenvolver e promover a implementação de medidas eficazes de regulação, supervisão e outras políticas do setor financeiro. O FSB reúne autoridades nacionais responsáveis pela estabilidade financeira em importantes centros financeiros internacionais, instituições financeiras internacionais, agrupamentos

internacionais de reguladores e supervisores e comitês de especialistas dos bancos centrais.

O FSB é presidido por Mark Carney, governador do Banco do Canadá. Sua secretaria está localizada na Basileia, Suíça, e organizada pelo Banco de Compensações Internacionais. No último ano foram expedidas mais de 14.000 (catorze mil) normas regulatórias mundiais, o que perfaz mais de 60 (sessenta) por dia útil.

Ademais disso, temos o Comitê de Basileia para supervisão bancária, que opera em estreita colaboração com o FSB e também vem defendendo seus planos de fazer os membros cumprirem suas promessas quanto à capitalização e à liquidez dos bancos.

3 O independent establishment estadunidense

Sofremos, no Brasil, direta influência estadunidense quanto à estruturação dos entes regulatórios autônomos. Com efeito, os Estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, quando surgiu a *Interstate Commerce Commission*, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual.

Diante da experiência acumulada com tantas décadas de regulação setorial descentralizada e respectivo controle judicial (*judicial review*), cumpre examinarmos os principais aspectos jurídicos relacionados a esses entes com independência frente o Poder Executivo central.

Os *independent establishments* são entes estatais autônomos, dirigidos por um colegiado composto por *commissioners* eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo. Desse modo, esses dirigentes só podem ser exonerados em caso de falta grave.

Os mandatos dos *commissioners* variam, sendo certo que sempre são determinados por prazos escalonados, de modo que os mandatos não sejam coincidentes. A nomeação do *chairperson*, que preside o órgão colegiado, compete ao Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal.²⁶

Existem, atualmente, diversas entidades regulatórias independentes nos Estados Unidos da América.

3.1 As atuais entidades regulatórias independentes norte-americanas

No modelo de *Administrative Agencies*, podemos encontrar, atualmente, as seguintes entidades norte-americanas: *Administrative Conference of the United States*, *Advisory Council on Historic Preservation*, *African Development Foundation*, *Central Intelligence Agency*(CIA), *Commission on Civil Rights*, *Commodity Futures Trading Commission*, *Consumer Product Safety Commission* (CPSC), *Corporation for National and Community Service*, *Court Services and Offender Supervision Agency for the District of Columbia*, *Defense Nuclear Facilities Safety Board*, *Director of National Intelligence*, *Environmental Protection Agency* (EPA), *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), *Export-Import Bank of the United States*, *Farm Credit Administration*, *Federal*

Communications Commission (FCC), Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), Federal Election Commission (FEC), Federal Energy Regulatory Commission, Federal Housing Finance Board, Federal Labor Relations Authority, Federal Maritime Commission, Federal Mediation and Conciliation Service, Federal Mine Safety and Health Review Commission, Federal Reserve System, Federal Retirement Thrift Investment Board Federal Trade Commission (FTC), General Services Administration (GSA), Institute of Museum and Library Services, Inter-American Foundation, International Broadcasting Bureau (IBB), Merit Systems Protection Board, Millennium Challenge Corporation, National Aeronautics and Space Administration (Nasa), National Archives and Records Administration (Nara), National Capital Planning Commission National Council on Disability, National Credit Union Administration (NCUA), National Endowment for the Arts, National Endowment for the Humanities, National Labor Relations Board (NLRB), National Mediation Board, National Railroad Passenger Corporation (AMTRAK), National Science Foundation (NSF), National Transportation Safety Board, Nuclear Regulatory Commission (NRC), Occupational Safety and Health Review Commission, Office of Compliance, Office of Government Ethics, Office of Personnel Management, Office of Special Counsel, Office of the Director of National Intelligence, Office of the National Counterintelligence Executive, Overseas Private Investment Corporation, Panama Canal Commission, Peace Corps Pension Benefit Guaranty Corporation, Postal Regulatory Commission, Railroad Retirement Board, Securities and Exchange Commission (SEC), Selective Service System, Small Business Administration (SBA), Social Security Administration (SSA) Tennessee Valley Authority, U.S. Trade and Development Agency, United States Agency for International Development, United States International Trade Commission e United States Postal Service (USPS).

Apenas pela lista de entidades reguladoras independentes, pode-se inferir a grande experiência (e conflitos) decorrente(s) da atuação nos diversos segmentos da sociedade estadunidense.

3.2 Evolução do controle judicial dos atos regulatórios expedidos pelos *independent establishments*

Nos Estados Unidos da América, as pautas de estudo do Direito Administrativo basicamente se limitam à *nondelegation doctrine*, o correspondente *judicial review* relacionado aos atos dos *independent establishments*.

Diante dos conflitos decorrentes da delegação de funções normativas pelo Poder Legislativo norte-americano (*Legislative Branch*) para o Poder Executivo (*Executive Branch*), tanto a imparcialidade quanto a independência/autonomia dos *independent establishments* sofreram questionamentos em diversas situações. Na verdade, houve uma oscilação no alcance do *judicial review* estadunidense, em vista da alternância entre o controle adjetivo e substantivo exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos regulatórios.^{[27](#)}

Ao lado do controle adjetivo da regulação administrativa, o devido processo legal teve um importante papel nos Estados Unidos da América, com o controle do conteúdo das decisões emanadas do *Executive Branch*. De origem processual penal e depois civil, a garantia do devido processo legal espalhou-se pelos procedimentos administrativos. Assumiu grande importância na área de regulação feita pelas agências reguladoras, haja vista a competência destas entidades para disciplinar o exercício das liberdades e ponderação dos direitos individuais em harmonia com os

interesses coletivos.

O *due process of law* erigiu-se como limite do poder de polícia do Estado, em particular no campo regulatório, que ocupou grande parcela da produção normativa estatal. A concepção adjetiva da cláusula do devido processo legal não se dirigia a um questionamento ou controle substantivo dos atos do Poder Público. Por essa razão, essa garantia não se apresentou, inicialmente, como controle do mérito dos atos administrativos (*substantive due process*).²⁸

Contudo, a Suprema Corte norte-americana, com o intuito de repelir a arbitrariedade, passou a aplicar a cláusula do devido processo legal como instrumento de controle do mérito dos atos estatais. Foi com base na compreensão estrutural dos valores da liberdade estadunidense que a Suprema Corte passou a entrever na cláusula *due process of law* a fórmula para suportar e fundamentar a expansão da *judicial review*, por meio do controle da razoabilidade e da racionalidade dos atos estatais.

Sem uma prévia definição da cláusula *due process of law*, nos moldes da *common law*, a sua aplicação deu-se segundo o método de “inclusão” e “exclusão” no caso concreto, caracterizador do *case system*.

Antes mesmo do fim do século XIX, várias decisões judiciais anularam as primeiras normativas de cunho intervencionista, sob o enfoque do liberalismo. Foi no período conhecido como “governo dos Juízes” em que o Judiciário assumiu o papel de censor dos aspectos econômicos e sociais.

No início do século XX, a garantia do devido processo legal assumiu um nítido caráter substantivo e limitador do mérito das ações estatal. O *leading case* na área do controle judicial da legislação econômica ocorreu no ano de 1905, no famoso caso *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte declarou inconsistente com a Constituição a lei que fixara jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria.

Aquela Corte reconheceu que a garantia do devido processo legal assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, sem qualquer ingerência do Poder Público.

Com a chamada doutrina *Lochner*, que serviu de base para o controle jurisdicional sobre as medidas de intervenção do Estado na ordem econômica e social, a Suprema Corte invalidou dezenas de normas na década de 20, que regulavam vários subsistemas econômicos.

Em 1928, com o julgamento do caso *J.W. Hampton Jr. and Co. v. United States* 276 US 394, a Suprema Corte julgou constitucional a chamada delegação legislativa para as agências reguladoras desde que nas respectivas leis estivessem plenamente definidos os princípios para a sua atuação (*standards*).

Com o *New Deal* de Roosevelt, a regulação econômica por meio das agências reguladoras ganhou impulso. Após a grande depressão, reergueu-se a economia com a prática de políticas públicas setoriais, importando a delegação de uma grande parcela da função normativa às agências reguladoras, para que pudessem definir o modo de intervir nas esferas econômica e social dos subsistemas. É certo que em 1935, ainda, portanto, na fase denominada de *New Deal legislation*, no caso *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 US 388, a Suprema Corte voltou a reduzir as

possibilidades de delegação legislativa.

Uma virada nesse comportamento da Suprema Corte ocorreu em 1940, quando aumentou essas possibilidades desde que a delegação contivesse princípios mínimos para a atuação das Agências Reguladoras. A partir dessa fase, a Suprema Corte dos Estados Unidos passou a admitir as decisões de política econômica inspiradas no modelo keynesiano. Com a edição do *Administrative Procedure Act*, em 1946, uniformizou-se o tratamento dispensado às agências reguladoras, definindo as entidades regulatórias como sendo qualquer autoridade do Governo, sujeita ou não ao controle por outra agência, à exceção do Congresso e dos Tribunais:

(1) "agency" means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include: (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title; (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; chapter 2 of title 41; or sections 1622, 1884, 1891-1902, and former section 1641 (b)(2), of title 50, appendix.

Dessa forma, o *judicial review* passou a funcionar com uma instância revisora das agências reguladoras, em que se verifica a forma com que a entidade regulatória fundamentou sua decisão, seja de modo singular (*adjudication making*) ou normativo (*rulemaking*). Nesse contexto, o *Administrative Procedure Act*, de 1946, contém na seção 706 uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme ao direito:

§706. Scope of review - To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall - (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be - (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (D) without observance of procedure required by law; (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the

record of an agency hearing provided by statute; or (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court. In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error.

Para esse controle judicial há uma pluralidade de motivos ou técnicas de controle da discricionariedade, resumidamente inseridos no teste de razoabilidade (*test of reasonableness*).²⁹ Na verdade, a aplicação do princípio da razoabilidade não identifica efetivamente um parâmetro ou critério único para aplicação a todos os casos decididos pelas Agências Reguladoras. No entanto, em geral, os Tribunais estadunidenses respeitam as decisões das entidades reguladoras, diante do reconhecimento da capacidade técnica e científica detida pelas agências (*judicial deference*).³⁰

Os Tribunais adotam um critério mais flexível de controle judicial quando apreciam decisões proferidas por *regulatory agencies*, com competência normativa, valendo-se, apenas, do sistema *hard look* quando do controle das decisões discricionárias de grande impacto, a exemplo da implantação de grandes projetos de infraestrutura e de complexos nucleares.

Cumprir destacar que esse modelo instituído para controlar as decisões das agências reguladoras teve como *leading case* a sentença proferida pela Suprema Corte no caso *Citizens to Preserve Overton Park, Inc v. Volpe*, julgado em 1971. Nesse caso, a decisão da agência reguladora permitia a construção de uma estrada através de um parque nacional. Depois desse caso, tantos outros vieram a exemplo do caso *Vermont Yankee Nuclear Power Corpn. v. Natural Resources Defense Council Inc.* (1978).

Em 1980 a Suprema Corte voltou a reduzir os “poderes” das agências. Foi no caso *Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute* 448 US 607. De 1981, merece registro o caso *Sierra Club v. Costle, Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company*, em 1983, e o caso *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, em 1984.

Em 2001 a Suprema Corte proferiu relevante decisão, ao firmar posicionamento de que as delegações não devem comportar espaços discricionários criados pela própria agência por meio de suas resoluções. Foi no caso *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 US 457, nos seguintes termos:

When conferring decisionmaking authority upon agencies, Congress must lay down an intelligible principle to which the person or body authorized to act is directed to conform. *J. W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U. S. 394, 409. An agency cannot cure an unlawful delegation of legislative power by adopting in its discretion a limiting construction of the statute. The limits that §109(b)(1) imposes on the EPA’s discretion are strikingly similar to the ones approved in, e.g., *Touby v. United States*, 500 U. S. 160, and the scope of discretion that §109(b)(1) allows is well

within the outer limits of the Court's nondelegation precedents, see, e.g., *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U. S. 388. Statutes need not provide a determinate criterion for saying how much of a regulated harm is too much to avoid delegating legislative power. Pp. 11-15.

Pelo *judicial review* estadunidense resta claro que o Poder Judiciário pode e deve pronunciar-se sobre a questão de fundo da decisão regulatória, respeitando, contudo, os juízos prospectivos técnicos dos agentes reguladores. Por óbvio, não se aplicam às agências reguladoras brasileiras a integralidade das considerações antes expostas sobre o controle judicial sobre as decisões dos *independent establishments*. Contudo, algumas lições podem servir para a evolução da questão em nosso país.

4 Controle judicial das decisões das agências reguladoras brasileiras

A exemplo do que ocorreu em relação aos *independent establishments*, algumas questões relacionadas às competências das agências reguladoras chegaram ao Poder Judiciário brasileiro sob a forma de controle difuso.

É certo que inúmeras liminares foram concedidas para sustar atos regulatórios, muitas delas confirmadas pelos Tribunais sob a forma do "duplo grau de jurisdição". Essas liminares, também em grande escala, foram confirmadas em decisões de mérito, em sede recursal (2º grau), chegando, por meio de recurso especial ou agravo de instrumento, ao Superior Tribunal de Justiça, como adiante será examinado.

4.1 A apreciação do modelo regulatório pelo Supremo Tribunal Federal

Antes, porém, de examinar as decisões proferidas pelo STJ, cumpre assinalar que do ponto de vista do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal examinou, logo no início de implantação do modelo regulatório descentralizado e reforçado, as competências da Anatel. Ocorreu em cognição liminar na ADI nº 1668, em que diversos partidos políticos questionaram dispositivos da Lei Federal nº 9.472/1997, que criou a Anatel.

Dentre os vários dispositivos legais atacados pela referida ADI, destacam-se os incisos IV e X, do art. 19, da mencionada Lei nº 9.472/97, que trata da competência da Anatel para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Com relação a esse dispositivo legal, foi deferido, em parte, o pedido cautelar requerido na ADI, no sentido de dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Anatel para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.^{[31](#)}

Outro caso também chegou ao STF, porém em sede de *habeas corpus* (HC nº 94.397/BA), julgado em março de 2010, sendo Relator o Ministro Cezar Peluso. No caso, o que interessa ao presente estudo refere-se à resolução expedida pela Anvisa e acolhida como válida para os efeitos então tratados naquele HC. A ementa está assim posta: AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de “lança-perfume”. Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. Abolitio criminis. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. HC concedido.

No corpo da ementa, constou: “A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA nº 104, de 7/12/2000, retirou o cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º. XL, da Constituição Federal”.

Não se pode desprezar esse julgado, ainda que em caso isolado, do STF que, textualmente, reconheceu como válida uma resolução da Anvisa, portanto, de agência reguladora autônoma do poder executivo central.

4.2 A apreciação favorável ao modelo regulatório pelo Superior Tribunal de Justiça

Como dito, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de julgar inúmeras questões envolvendo as escolhas das agências reguladoras, notadamente no que se refere à função normativa.

Várias decisões foram importantes, haja vista que, efetivamente, ao reafirmar as competências das agências reguladoras, preservando as opções regulatórias, o STJ acabou por “confirmar” o modelo de agencificação implantado a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, trazendo segurança jurídica.

Uma das decisões que marcaram o limite do Poder Judiciário no controle das escolhas regulatórias ocorreu na Suspensão de Liminar nº 162, publicada em 20.9.2005.

No caso em tela o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Pernambuco ajuizaram contra a Celpe (Companhia Energética de Pernambuco), a Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica) e a Termopernambuco S/A, ação civil pública pretendendo a declaração de nulidade do reajuste de tarifa autorizado pela referida entidade regulatória por meio da Resolução Homologatória nº 112/2005, bem como do Despacho Aneel nº 892, de 8.11.2004, que autorizou revisão tarifária extraordinária. Postulou-se, em consequência, a nulidade de todos os atos normativos ou homologatórios emanados da Aneel que, de uma forma ou de outra influenciaram na respectiva revisão tarifária.

O pedido de antecipação da tutela foi deferido pelo Juízo *a quo*, para suspender os efeitos dos mencionados atos, até a fixação de novos valores para as tarifas. Determinou-se, ainda, naquela decisão, a fixação provisória, pela Aneel, de novos percentuais para as tarifas de energia elétrica fornecida pela Celpe e a desconsideração, nas faturas de energia, dos valores decorrentes da Resolução nº 112/2005, mantendo os valores anteriores até que fossem divulgadas as novas

tarifas, devendo a Celpe substituir as faturas que já tivessem sido expedidas com o aumento impugnado.

É assinalável que contra essa decisão a Aneel formulou pedido de suspensão de liminar, negado pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que ensejou agravo regimental, não provido pelo Pleno daquele Regional, restando mantida, por consequência, a liminar concedida pelo juiz da causa.

Em decorrência dessa decisão, foi requerido à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, pela Aneel, pedido de suspensão da antecipação da tutela, com base na Lei nº 8.437/92 c/c Lei nº 9.494/97, por alegadas lesões ao interesse público, à ordem administrativa e à economia pública.

O que interessa ao tema enfrentado neste artigo se atém à fundamentação da decisão proferida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Enfrentando o mérito e preocupando-se com a contracautela, destacou o potencial lesivo da liminar em comentário diante do ponto nevrálgico destacado pela Aneel, e que envolve os critérios técnicos adotados para a autorização do reajuste, fiéis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente.

Segundo manifestou-se o Ministro Edson Vidigal, na oportunidade da celebração do contrato de concessão da distribuidora de energia elétrica, conforme autorizado pela legislação pertinente, inseriram-se cláusulas prevendo mecanismos de manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, como o reajuste tarifário.

Foi destacado na decisão monocrática que esses mecanismos têm origem na política tarifária previamente aprovada pelo Conselho Nacional de Desestatização (CND), e são vitais para que a prestação do serviço público possa se dar em conformidade com os princípios constitucionais e legais incidentes, e que não só permitam, mas viabilizem a celebração de tais contratos entre o Poder Público e o particular que se disponha a negociar com a Administração, notadamente em se tratando de contratos de concessão com prolongado prazo de duração.

Nesse aspecto, e valendo-se de decisão outrora proferida, reafirmou que o descumprimento de cláusulas contratuais, impedindo a correção do valor real da tarifa, nos termos em que previsto no contrato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e sua manutenção. Implica ausência de investimentos no setor, prejudica os usuários, causando reflexos negativos na economia pública, porquanto inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração Pública, afastando os investidores, resultando graves consequências também para o interesse público como um todo, além, é claro, de repercutir negativamente no chamado "risco Brasil".

Prosseguiu sua decisão afirmando que o interesse público não se resume a conter tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade do fornecimento de energia, a manutenção do contrato de concessão do serviço público, de modo a viabilizar investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão. O descumprimento do que foi legalmente pactuado, com a chancela do Judiciário, pode, no caso, afetar o seu equilíbrio econômico-financeiro, até porque não há como olvidar a real inflação do País a atingir a quem contrata em longo prazo.

Aduziu que no caso concreto não lhe passou despercebido que a decisão impugnada determinou que a Aneel fixasse o índice de reajuste tarifário com base em parâmetros não previstos nos contratos aprovados pelo Poder Concedente, desconsiderando, inclusive, o contrato de fornecimento de energia termoelétrica firmado entre a Celpe e a Termopernambuco, já aprovado pela agência reguladora. Assim, obrigou a administração a calcular o reajuste tarifário substituindo o valor da energia termoelétrica adquirida pela Celpe pelo valor da energia hidráulica apontado no leilão de 2005.

Entendeu aquele magistrado que dada a complexidade do cálculo dessas tarifas não se pode, simplesmente, igualar parâmetros desiguais. Considerou, também, que o preço da energia contratado com a Termopernambuco deve ser ponderado à luz do momento em que firmado o negócio jurídico. Notadamente no setor de energia elétrica, ao tomar decisões, os agentes públicos ou quem às vezes lhes fizer, têm que prever como ficará o cenário em longo prazo, ou seja, nos próximos 10, 20 ou 30 anos, sob pena de não poder garantir a oferta de energia suficiente para atender demanda futura.

Trata-se de atuação sob uma visão prospectiva da Aneel. Suspendeu-se a liminar requerida pela Aneel, e concluiu afirmando que o setor elétrico não pode sofrer os efeitos da volatilidade do mercado de curto prazo, sob pena de criar um ambiente instável no setor.

Constitui, assim, manifestação do Poder Judiciário de que as agências reguladoras executam típica atividade de Estado,³² devendo haver certa deferência na apreciação de suas escolhas. O fundamento dessa decisão pode ser encontrado, como dito, em inúmeros julgados do STJ.

Outro caso relevante pode ser verificado no REsp nº 911802/RS, autuado em 19.12.2006, em que foi Relator o Ministro José Delgado, perante a 1ª Turma, publicado em 1.9.2008. Permite-se transcrever parte da longa ementa que dispõe sobre as resoluções da Anatel: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA DE 'ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL'. NATUREZA JURÍDICA: TARIFA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. EDITAL DE DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES MC/BNDES N. 01/98 CONTEMPLANDO A PERMISSÃO DA COBRANÇA DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A Cobrança de Assinatura Básica. RESOLUÇÕES N. 42/04 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSTO NA LEI N. 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CORTE ADMITINDO O PAGAMENTO DE TARIFA MÍNIMA EM CASOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. Cuidam os autos de ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito ajuizada por Camila Mendes Soares em face de Brasil Telecom S/A objetivando obstar a cobrança da chamada 'assinatura mensal básica' e a sua devolução em dobro. Sentença julgou improcedente o pedido. A autora interpôs apelação e o TJRS deu-lhe provimento à luz do entendimento segundo o qual é abusiva a exigência de contraprestação por serviço não fornecido, inexistir previsão legal para a cobrança e ter aplicação ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial da operadora indicando violação dos arts. 3º, IV, 5º, 19, VII, 63, 83, 93, II, III, IX, e 103 da Lei 9.472/97; 3º, 48 e 52 da Resolução n. 85 da Anatel; 7º da Lei 8.078/90 e 877 do Código Civil/2002, além de divergência jurisprudencial com julgados oriundos do TJMG. Sustenta, em

suma, que os direitos previstos no CDC não excluem os decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações; que a tarifa mensal não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico, mas também à infraestrutura fornecida; que o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel, autoriza a cobrança da tarifa de assinatura; e somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil. 2. Recurso especial conhecido pela letra 'a' do inciso III do art. 105 da CF, bem como pela divergência. 3. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança pela recorrente da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos amplamente debatida. Divergência demonstrada. 4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal. 5. A prestação de serviço público não obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa. 6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei. 7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre a poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência. [...] 17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85 de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: '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'. 18. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que 'para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal', segundo tabela fixada. 19. 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, como é o caso dos autos. 20. A obrigação de o usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado 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. [...] 27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada".

No caso acima, o STJ examinou o conflito com fundamento na letra "a" do art. 105 da CF, reafirmando a função normativa da Anatel.

Releva destacar, ainda, outro acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do AGRG na MC nº 10443/PB, em que foi Relator o Ministro Luiz Fux, em março de 2006, também ratificando a competência reguladora descentralizada: "LIMINAR E TELEFONIA. SERVIÇO PRÉ-PAGO. DEFESA AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CAUTELAR E EFEITO SUSPENSIVO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES. ATUAÇÃO CONFORME ATO DA AGÊNCIA REGULADORA. Vigente ato normativo Agência Reguladora cujo escopo é regular o segmento, não podem os estabelecimentos regulados absorverem danos e punições pelo fato do cumprimento das regras maiores, posto engendrarem exercício regular do direito. A modificação *ex abrupto* dessas regras da Agência Reguladora por tutela provisória em liminar concedida em ação, acarreta periculum in mora, mercê de o fumus boni iuris repousar no cumprimento do ato da Agência. Deveras, somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário e intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário (Sérgio Guerra in Controle Judicial dos Atos

Regulatórios, Editora Lumem Juris, Jan/2005, págs. 355/369). Impossibilidade de atendimento técnico da decisão liminar, que configurou para o Relator periculum in mora inverso, máxime porque a adoção da providência contrária ao ato da ANATEL (art. 55 da Resolução 316/2002, e itens 4.6 e 4.6.1, da Norma 03/98)“.

A ementa, que transcreve, literalmente, parte do voto do Ministro Fux, evidencia a questão inerente ao risco de invasão, em determinadas situações complexas, dos espaços para as escolhas regulatórias pelos magistrados.

Nessa mesma linha de deferência judicial às escolhas regulatórias, colhe-se o julgamento ocorrido em 7.10.2008, no REsp nº 732795/RJ, sendo Relatora a Ministra Denise Arruda, perante a 1ª Turma, em caso envolvendo a Agência Nacional de Petróleo, gás e biocombustíveis: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128, 460 E ! §1º, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL PORTARIA ANP 116/2000. VEDAÇÃO À ENTREGA DE COMBUSTÍVEL NO DOMICÍLIO DE GRAN CONSUMIDORES. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORA LEGALIDADE. (...) 3. A Lei 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo — ANP — incumbindo-a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º). 4. Também constitui atribuição da ANP, nos termos do art. 56, caput e parágrafo único, do mesmo diploma legal, baixar normas sobre a habilitação dos interessados em efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, estabelecendo as condições para a autorização e para a transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego. 5. No exercício dessa prerrogativa, a ANP editou a Portaria 116/2000, à qual se opõe a recorrente, proibindo o revendedor varejista de entregar combustíveis no domicílio do consumidor. Agiu, portanto, nos limites do poder normativo conferido às agências reguladoras”.

Cumprir trazer ao presente estudo outro recurso especial (nº 2005/0212409-1), também sendo Relator o Ministro Luiz Fux, em julgamento ocorrido em 2.12.2008, que reafirma a competência reguladora das agências estruturadas como autarquias especiais: “PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR PRÉ-PAGO. CRÉDITOS ADQUIRIDOS MEDIANTE CARTÕES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA UTILIZAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 81 E 82, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 129, DA CF. LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. A regulação das atividades pro populo exercida pelas agências reguladoras, mediante normas secundárias, como, v.g., as Resoluções, são impositivas para as entidades atuantes no setor regulado. 2. Sob esse enfoque leciona a abalizada doutrina sobre o tema: ‘(...) Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que os atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, nº 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades há de cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas, (...) A presunção de legitimidade desses atos equipara-se a de qualquer ato administrativo, por isso que, enquanto não revogados, produzem os seus efeitos. 4. As Resoluções não são consideradas ‘lei federal’ para os fins de conhecimento de Recurso Especial e a não incidência de seus ditames somente pode operar-se por declaração de

inconstitucionalidade em controle difuso ou concentrado. 5. É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias. 6. O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade. Precedente do STJ: AgRg na MC 10915/RN, DJ 14.08.2006. 7. O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e Violação da cláusula de harmonia entre os poderes. Conseqüentemente, não há no cumprimento das regras regulamentares, violação *prima facie* dos deveres do consumidor”.

No julgamento acima, verifica-se que o Ministro Fux fez constar posicionamento adiante examinado neste artigo, de que as resoluções não são consideradas “lei federal” para os fins de conhecimento de recurso especial, o que vedaria sua apreciação pelo STJ; contudo, o Ministro avançou sobre o tema e afirmou, como vinha fazendo, a validade do ato normativo regulatório expedido pela Anatel.

Pode-se depreender da leitura dos acórdãos acima que o STJ, efetivamente, foi o “padrinho” do modelo regulatório brasileiro, ao confirmar, em diversas oportunidades, a legalidade e constitucionalidade do sistema de normatização pelas agências reguladoras, como, aliás, ocorreu em parte no modelo estadunidense.

Esse “apadrinhamento”, contudo, alterou-se, como adiante será demonstrado.

4.3 A virada na jurisprudência do STJ: normas regulatórias não se equiparam às leis federais para fins de interposição de recurso especial

É relevante destacar que em decisões mais recentes o Superior Tribunal de Justiça vem deixando de examinar os conflitos envolvendo as funções das agências reguladoras, quando decorrer diretamente de norma secundária regulatória.

Com efeito, o STJ, em relação ao exame de dispositivos de resoluções das agências reguladoras, pacificou entendimento no sentido de que a análise de dispositivos de normas regulatórias (resoluções e demais espécies de diplomas infralegais) não pode ser feita, posto que tais espécies normativas não se equiparam às leis federais para fins de interposição de recurso especial.

O *leading case* ocorreu com o julgamento do REsp nº 992800/RS, Recurso Especial nº 2007/0159250-1, em que foi Relator o Juiz Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), perante a 2ª Turma, em julgamento ocorrido em 13.5.2008, publicado no *Diário da Justiça*, 29 maio 2008.

É relevante transcrever o acórdão: "RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO ENERGIA ELÉTRICA. RESOLUÇÃO. ANÁLISE. NÃO CABIMENTO. ADULTERAÇÃO NO MEDIC COBRANÇA DE DÉBITO. VALORES DISCUTIDOS EM JUÍZO. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. Com exclusivamente às instâncias ordinárias a análise de dispositivos contidos em Resolução, porquanto, em recurso especial cabível é a apreciação de artigos de lei federal, nos termos da Constituição. 2. É inviável a apreciação, em sede de Recurso Especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento. 3. Revelam-se deficientes as razões do recurso especial quando a recorrente não aponta, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados os dispositivos de lei federal. Súmula nº 284/STF. 4. A suspensão do fornecimento de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, de modo que inviável o corte do abastecimento em razão de débitos antigos, em relação aos quais, a companhia deve utilizar-se dos meios ordinários de cobrança. Precedentes da Corte, q.v., verbi gratia, REsp 706.043/RS. 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta extensão, não provido".

A partir desse julgado, tantos outros seguiram nessa mesma toada. Em vista da clareza da decisão, permite-se citar, por todos os outros, a decisão ocorrida no AgRg no REsp nº 958207/RS, em que foi Relator o Ministro Luiz Fux, perante a 1ª Turma, em julgamento ocorrido em 23.11.2010.

Como trouxemos acima, o Ministro Fux vinha assegurando a apreciação das resoluções expedidas pelas agências reguladoras em sede de recurso especial. O mesmo não ocorreu nesse julgado, em textual: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. CONCEITO DE FEDERAL. RESOLUÇÃO DA ANATEL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. O conceito de lei federal para efeito de admissibilidade do recurso especial, *à luz da hodierna jurisprudência do STJ*, compreende regras de caráter geral e abstrato, produzidas por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como o são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (REsp nº 663.562, 2ª Turma, DJ de 7.11.05). Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias (REsp nº 88.396, 4ª Turma, DJ de 13.8.96; AgRg no Ag nº 573.274, 2ª Turma, DJ de 21.2.05), instruções normativas (REsp nº 352.963, 2ª Turma, DJ de 18.4.05), atos declaratórios da SRF (REsp nº 784.378, 1ª Turma, DJ de 5.12.05), ou provimentos da OAB (AgRg no Ag nº 21.337, 1ª Turma, DJ de 3.8.92)".

5 Conclusões

Muito em função da crise do financiamento do Estado e dos processos de democratização no mundo, o modelo intervencionista brasileiro, ancorado na atuação direta do Estado em diversos setores, cedeu espaço a um modelo temperado, inserido em um movimento, dito neoliberal, que surgiu no continente europeu na década de 80.

O modelo então adotado seguia, em parte, a estrutura proposta por Marx Weber sob a ótica da burocracia racional-legal.

Surge o modelo de Estado Regulador, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo como eixo a busca da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a Constituição Brasileira de 1988 pautou a ordem econômica sob o princípio da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano (art. 170), reservando ao Estado funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174). Buscando ajustar-se a esse novo modelo, o Brasil implementou amplo processo de desestatização (notadamente, privatizações), transferindo, para a iniciativa privada, diversas atividades econômicas e a concessão de serviços públicos.

Pode-se concluir que foi com o aparecimento desses novos operadores privados, na execução de atividades econômicas, que se adotou uma posição política, num ambiente globalizado, em que deveria haver uma “segregação” das funções de regulação daquelas típicas funções de governo.

A estrutura, de viés hierarquizado, deixaria, nessa fase por que passou o Estado brasileiro, de ser uníssona no bojo da Administração Pública. O Estado, seguindo influxos da *New Public Management*, procurou dar um viés de administração pública gerencial e, dentre outras medidas, criou autarquias especiais próximas ao modelo estadunidense para regular alguns setores econômicos e a prestação de serviços públicos.

A primeira delas foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em 1996, surgindo outras nove, além de mudanças na CVM e no Cade. As agências reguladoras receberam uma série de competências não livres de controvérsias, tanto em sede doutrinária quanto em sede pretoriana, à luz da clássica teoria tripartite de separação de poderes (já mitigado, constitucionalmente, com o Ministério Público e o Tribunal de Contas).

Com efeito, na década de 90 do século passado, e diante da forte crise econômica, o governo brasileiro desenvolveu consistente esforço político e institucional para implantar o modelo constitucional de Estado Regulador sem se valer da regra clássica da hierarquia; isto é, criou-se uma espécie de entidade estatal sem subordinação ao poder central e que teria, nas suas decisões, o “poder” de dizer a última palavra em sede administrativa.

As entidades reguladoras, nesse contexto, foram criadas para a cessão da capacidade decisória sobre aspectos preponderantemente técnicos no sentido concorrencial (corrigir falhas de mercado).

Várias das escolhas regulatórias chegaram ao Poder Judiciário brasileiro. Na primeira e na segunda instâncias, por diversas ocasiões, os magistrados alteraram as escolhas regulatórias pelas suas próprias escolhas, muitas vezes, sem motivação plausível.

O Supremo Tribunal Federal, em 1998, chamado para apreciar a validade (constitucionalidade) do modelo gerencial regulatório descentralizado (e reforçado), proferiu, *data venia*, decisão pouco clara ao afirmar a constitucionalidade, desde que seja feita a “interpretação conforme a Constituição”.

Na verdade, o órgão jurisdicional que efetivamente “validou” o modelo regulatório brasileiro foi o Superior Tribunal de Justiça. Seguindo a linha da “deferência” às escolhas regulatórias, o STJ não só apreciou os recursos que combatiam a função normativa das Agências Reguladoras, como, aliás, reforçou a ideia de risco sistêmico e visão prospectiva infensa ao censor judicial.

Para nossa surpresa, mais recentemente, o STJ passou a não mais acolher recursos sobre

dispositivos de normas regulatórias (resoluções e demais espécies de diplomas infralegais), sob o argumento de que tais espécies normativas não se equiparam às leis federais para fins de interposição de recurso especial.

Assim, passaremos, em breve, por um novo teste de validade do modelo regulatório descentralizado, a depender: (i) das decisões dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, que passaram, na prática, a ser a última instância; ou, (ii) numa eventual “represtinação” do entendimento daquela Corte. Será o fim do protagonismo do STJ na matéria?

Judicial Regulatory Control of Choices – The End of the Role of the Superior Court of Justice?

Abstract: The Brazilian state changed from Entrepreneur to be Regulatory, with well defined objectives in terms of respect for civil rights and reservation economic activities to the private sector. Amid the attempt to structure this model were created ten federal regulatory agencies and restructured entities increasing their autonomy. This article seeks to examine the structure of the alien model that inspired the creation of regulatory agencies and the judicial review of their decisions. Comparing the alien model in order to analysis intensity that has made judicial control over regulatory choices in Brazil, especially before the Superior Court.

Key words: Public Law. Administrative Law. Regulatory Agencies. Regulatory functions. Judicial Control of Regulatory Acts.

Referências

BIANCHI, Alberto B. *La regulación económica: desarrollo histórico: régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina*. Buenos Aires: Ábaco, 1998. t. I.

B R A S I L. *Plano diretor da reforma do Estado*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI2.HTM>. Acesso em: 21 out. 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2009.

CARDOSO, José Lucas. *Autoridades administrativas independentes e constituição: contributo para o estudo da gênese, caracterização e enquadramento constitucional da administração independente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2010.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. Competências e conflitos de atribuições entre as agências. *In*: SARAVIA, Enrique; PECI, Alketa; BRASÍLICO, Edson Américo (Org.) *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Brasília, 2008. Relatório sobre a Reforma Regulatória.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança *New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro*. *Organizações & Sociedade*, Salvador, v. 15, n. 46, jul./set. 2008.

PIMENTA, Carlos Cesar. A reforma gerencial do estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, p. 173-199, 1998.

REZENDE, Flavio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2004.

SALVADOR MARTÍNEZ, Maria *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel, 2002.

SARAVIA, Enrique. Governança social no Brasil contemporâneo. *Revista Governança Social – IGS*, Belo Horizonte, ano 3, n. 7, p. 22, dez. 2009/mar. 2010.

SWARTZ, Bernard. *Administrative law*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. v. 2.

Recebido em: 17.5.2012

Aprovado em: 13.6.2012

¹ O modelo racional-legal, pelo qual a dominação se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático (ao invés da burocracia patrimonial), foi estruturado por Weber de modo que os funcionários: (a) são pessoalmente livres; isto é, devem obedecer apenas as obrigações objetivas de seu cargo; (b) são nomeados — e não eleitos — sob uma rigorosa hierarquia dos cargos; (c) têm competências funcionais fixas; (d) livre seleção por meio da qualificação profissional (contratação) mediante concurso (provas etc.); (e) são remunerados em dinheiro — compatível com a posição na hierarquia — com direito a aposentadoria; (f) devem exercer o cargo como profissão única; (g) devem ter um plano de carreira: progressão por tempo de serviço ou por merecimento, ou as duas; (h) devem separar trabalho das questões pessoais (não haver

apropriação do cargo); (i) devem seguir rigoroso sistema de controle administrativo disciplinar. Por essa estrutura, Weber sustentou que se atingiria, de forma mais racional, o exercício de dominação. Nessa forma, se alcançaria tecnicamente o máximo rendimento (eficiência) em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor, confiabilidade, intensidade e extensibilidade dos serviços e aplicabilidade formalmente universal a todas as tarefas públicas. WEBER. *Economia e sociedade*, p. 144.

² BRASIL. *Plano diretor da reforma do Estado*.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*.

⁵ BRASIL. Emenda Constitucional nº 8, (15.08.1995): "Art. 21, XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais". Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995: "Art. 177, §2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União".

⁶ Sobre a lista de Agências Reguladoras criadas no Brasil (União, Estados e Municípios), recomenda-se a obra CUÉLLAR. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, p. 38 et seq.

⁷ Para uma análise comparativa entre as entidades reguladoras independentes nos Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha, França, Itália e Espanha, ver a obra doutrinária de SALVADOR MARTÍNEZ *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*.

⁸ Sobre o tema, ver: PIMENTA. A reforma gerencial do estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. *Revista de Administração Pública*, p. 173-199 e REZENDE. *Por que falham as reformas administrativas?*.

⁹ "A partir da perspectiva de governança pública, as agências reguladoras independentes são entidades dotadas de um poder significativo e com certo nível de autonomia em seu processo de tomada de decisões. Isso corresponde a uma etapa posterior na descentralização da administração pública, promovida pela *Nova Gestão Pública*. No entanto, os reguladores independentes diferem significativamente das agências descentralizadas por causa desse poder de tomada de decisões, que é superior ao da administração descentralizada e por causa de outros poderes delegados que detêm, os quais tradicionalmente é uma prerrogativa do Poder Executivo. A vantagem das agências reguladoras independentes é que elas podem isolar as atividades regulatórias das considerações políticas de curto prazo e a influência de interesses especiais públicos ou privados, particularmente das empresas reguladas." (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Grifos nossos).

¹⁰ Bresser Pereira sustentou essa dicotomia entre Estado e Governo ao afirmar que as agências

executivas e reguladoras são organizações estatais descentralizadas que implementam políticas. Quando a lei define claramente a política, tem-se uma política de Estado; quando deixa a definição precisa para a administração vigente, tem-se uma política de governo. (BRESSER-PEREIRA. *Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*, p. 305).

- 11 SARAIVA. Governança social no Brasil contemporâneo. *Revista Governança Social – IGS*, p. 22.
- 12 PECI; PIERANTI; RODRIGUES. Governança *New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. Organizações & Sociedade*.
- 13 COSTA. *Reforma do estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*, p. 154.
- 14 Disponível em: <<http://www.ofgem.gov.uk>>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- 15 Disponível em: <<http://www.ofwat.gov.uk>>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- 16 Disponível em: <<http://www.rail-reg.gov.uk>>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- 17 Disponível em: <<http://www.caa.co.uk>>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- 18 Disponível em: <<http://www.ofg.gov.uk>>. Acesso em: 13 mar. 2012.
- 19 Disponível em: <<http://www.natlotcomm.gov.uk>>. Acesso em: 13 mar. 2012.
- 20 Para análise detalhada sobre esses entes, CARDOSO. *Autoridades administrativas independentes e constituição: contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da administração independente*.
- 21 Disponível em: <<http://www.easa.eu.int/language/pt/home.php>>. Acesso em: 10 mar. 2012.
- 22 Disponível em: <<http://www.efsa.europa.eu/>>. Acesso em: 10 mar. 2012.
- 23 Disponível em: <<http://www.emsa.eu.int/>>. Acesso em: 10 mar. 2012.
- 24 Disponível em: <http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME>. Acesso em: 10 mar. 2012.
- 25 Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 10 mar. 2012.
- 26 Para aprofundamento, ver: GUERRA. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*.
- 27 Sobre a origem do conflito entre o Poder Judiciário e as Agências Reguladoras norte-americanas, ver, dentre outros, BIANCHI. *La regulación económica: desarrollo histórico: régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina*, p. 43 *et seq.*
- 28 Cf. nosso GUERRA. *Controle judicial dos atos regulatórios*, p. 323.

29 SWARTZ. *Administrative law*, p. 616 et seq.

30 *Idem*.

31 Cf. nosso GUERRA. Competências e conflitos de atribuições entre as agências. *In*: SARAVIA; PECI; BRASÍLICO (Org.). *Regulação, defesa da concorrência e concessões*, p. 146.

32 Conforme constou-se na ADI nº 2310, que apreciou a Lei nº 9.986, de 18.7.2000, que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das Agências Reguladoras, para que se tenha o alcance do art. 241 da Constituição Federal de 1988 a pauta de razoabilidade necessária à definição do que é atividade exclusiva do Estado deve levar em conta a própria Constituição, o papel do Estado e sua organização administrativa, que é o que define a criação e existência de cargos públicos.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. Controle judicial das escolhas regulatórias: o fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEÇ* Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=81180>>. Acesso em: 17 maio 2018.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. Controle judicial das escolhas regulatórias: o fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEÇ* Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 525-553, abr./jun. 2012.