

**A AUTONOMIA TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS E A
POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE SUAS DECISÕES
PELO PODER JUDICIÁRIO**

**TECHNICAL AUTONOMY OF REGULATORY AGENCIES AND THE
BRAZILIAN CONTROL POSSIBILITY OF ITS POWER BY
JUDICIAL DECISIONS**

*Camila Antunes Notaro*¹

RESUMO: Com a previsão do Estado como ente regulador da atividade econômica, trazida pela Constituição de 1988, abriu-se a possibilidade de adoção, no Brasil, do modelo das agências norte-americanas pelo legislador brasileiro. Num contexto de desestatização iniciado na década de noventa é que essas entidades foram recepcionadas pelo sistema jurídico brasileiro, tendo sido criadas sob a forma de autarquias em regime especial, com conseqüente autonomias financeira, normativa e técnica. O presente artigo tem por objetivo analisar a relação entre a independência técnica, característica basilar do modelo dessas Entidades, e a possibilidade do Poder Judiciário de controlar as decisões emanadas das Agências Reguladoras, dentro do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Ao final, conclui-se que o Judiciário não pode imiscuir-se em decisões administrativas baseadas em elementos que não são dominados por tal Poder, já que as agências reguladoras são constituídas por técnicos, especialistas nas matérias afetas ao setor regulado. Entretanto, isso não pode significar a impossibilidade de submissão dos atos praticados pelas agências ao crivo do Judiciário, mas a necessidade de uma especial cautela da autoridade jurisdicional no tocante à análise.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution, enacted in 1988, provided for the use of governmental entities as regulators of economic activities in much the same way as those in the USA. The privatization context of the early 1990s paved the way for these entities to be permitted under the Brazilian legal system as they were created as quasi-public entities, with financial, regulatory and technical autonomy. This paper analyzes the relationship between these entities' technical independence - a cornerstone in their role - and the possibility that the courts may control the decisions issued by these regulatory agencies, under the constitutional principle of jurisdictional non-obviation. At the end, it can be concluded that the courts cannot meddle in administrative decisions grounded on expertise beyond the courts' grasp, considering that the regulatory agencies rely on experts who are well versed in the subject matter under regulation. That is not to say that the courts are precluded from scrutinizing the agencies' acts, but, rather, that they must take the utmost care in doing so.

PALAVRAS-CHAVES: Regulação. Agências. Poder Judiciário. Autonomia técnica.

KEY-WORDS: Regulation. Agencies. Court. Technical autonomy.

¹ Mestre em Estudos de Linguagens pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET/MG. Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Professora assistente de Direito Constitucional I do Centro Universitário Newton Paiva. Professora convidada nos cursos de pós-graduação da Fundação João Pinheiro-Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Ex-Procuradora-chefe da Agência Reguladora dos Serviços de Abastecimento e Saneamento do Estado de Minas Gerais – ARSAE-MG. Assessora Jurídica-Chefe da Secretaria de Esportes do Estado de Minas Gerais. E-mail: camilaantuneshob@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O modelo das Agências Reguladoras, que no Brasil começa a tomar corpo na segunda metade da década de noventa, teve por inspiração o formato norte-americano daquele instituto e encontrou no país um contexto de desestatização da economia, com a transferência de diversas atividades aos particulares.

Criadas sob a forma de autarquias sob regime especial, caracterizam-se por sua independência financeira, normativa e sobretudo técnica ou administrativa. Partindo-se dessa última, é que se pretende analisar no presente artigo a relação entre esse tipo de autonomia e o controle feito pelo Poder Judiciário quanto às decisões das Agências.

Considerando-se que a Constituição da República de 1988 consagra, em seu artigo 5º, inciso XXXV a inafastabilidade da jurisdição, tem-se por garantida a possibilidade de amplo controle sobre as atividades das Agências pelo Judiciário.

Entretanto, como o próprio modelo dessas entidades consiste na especialidade do conhecimento técnico envolvido, sendo constituídas por especialistas nas matérias afetas ao setor regulado, as decisões exaradas contemplam conhecimentos não dominados pelo Poder Judiciário.

Assim, o presente artigo tem por objetivo analisar os limites da atuação do Poder Judiciário nas decisões das Agências, sem que, de um lado, se obste o acesso ao Judiciário e, de outro, se ameace a autonomia técnica dessas entidades.

2. A REGULAÇÃO E O MODELO NORTE AMERICANO DE AGÊNCIAS

O modelo de Estado Regulador surge com a derrocada do modelo providencialista. O Estado de Bem-Estar ou Estado Providência gerou benefícios que implicaram o aumento exacerbado da população, sem o respectivo aumento dos recursos estatais. Esse fenômeno gerou uma situação de inviabilidade econômico-financeira do modelo, ocasionando, por sua vez, a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado:

A elevação dos passivos governamentais, provenientes de sucessivos prejuízos orçamentários, reduziu a capacidade estatal de executar satisfatoriamente os encargos que assumira. A manutenção dos projetos de satisfação do interesse coletivo demandava a existência de recursos de que o Estado não mais dispunha. Além disso, as dívidas foram se acumulando de modo a impedir até mesmo o custeio de despesas essenciais (FILHO, 2002, p.19).

Como se vê, a crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu à diminuição da intervenção direta estatal no domínio econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal, caracterizado pelo predomínio das funções regulatórias, que disciplina tanto a atuação dos particulares como o setor dos serviços públicos:

A atividade de regulação estatal envolve – dentro das balizas acima divisadas – funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com a abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve, como veremos mais adiante, atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. (MARQUES NETO, 2005, pp.36-37.)

A regulação, como bem explica Carlos Ari Sundfeld (2002, p.23), “é a característica de um determinado modelo econômico, no qual o Estado não assume efetivamente o exercício de uma certa atividade econômica, mas sim, intervém nesta atividade, utilizando-se para tanto de instrumentos de autoridade”.

O modelo organizativo das Agências Reguladoras tem sua origem nos Estados Unidos. Com a Grande Depressão, iniciada em 1929, a economia americana entra em profunda crise, colocando em cheque os ideais liberais de não intervencionismo estatal e evidenciando a incapacidade do mercado de se reerguer sozinho.

Nesse quadro Franklin Roosevelt implementou uma série de programas estatais de caráter intervencionista, que ficou conhecido como o New Deal. É nesse período que as Agências Reguladoras se proliferam nos Estados Unidos.

Com esse modelo, o Estado buscava especializar a atuação estatal, conferindo ampla discricionariedade técnica e restringindo o controle judicial aos atos das Agências.

Em 1946 é promulgada a Lei de Procedimento Administrativo (APA- Administrative Procedure Act), responsável pela uniformização do processo decisório, estabelecendo dois tipos de procedimentos: “rulemaking”, que eram normas gerais baixadas pelas Agências e “adjudication”, que eram atos individuais. Isso garantiu maior segurança aos cidadãos, uma vez que os atos das agências poderiam ser considerados ilegais, caso desobedecida a Lei de Procedimento.

Ainda na década de 40, surgem críticas em relação ao enquadramento das agências no modelo tradicional de separação tripartida de funções estatais e no que tange à ausência de responsabilidade eleitoral dos atores das agências

Essa desconfiança em relação ao modelo regulatório contribui para que na década de 1970 fosse ampliado o controle dos poderes constituídos sob as agências. Inicia-se, assim, nos Estados Unidos um processo de desregulação da economia, no qual as Agências Reguladoras reduziram a intervenção sobre os agentes privados.

3. AGÊNCIAS NO BRASIL

De acordo com Marçal Justen Filho (2002), o modelo do Estado brasileiro, tal como consagrado pela ideologia consagrada pela Constituição de 1998, com o acúmulo de funções relevantes, logo se revelou materialmente inviável.

O endividamento econômico do Estado brasileiro conduziu a uma crise profunda, caracterizada pela ausência de recursos para desempenho das funções estatais essenciais. Nem mesmo as competências mais básicas, correspondentes a uma concepção de Estado mínimo, puderam ser cumpridas satisfatoriamente. Os serviços públicos na área de educação, Saúde, Previdência e Assistência Social foram reduzidos à ineficiência, num limiar de colapso absoluto. Nesse contexto, escassearam também recursos para atividades de cunho econômico, mesmo aquelas diretamente relacionadas com o atendimento à necessidades coletivas essenciais. (FILHO, 2002, p.315).

Assim, nessa época, as estruturas e atividades estatais começaram a se reorganizar, num processo que numa acepção não técnica, pode ser chamado de privatização.

No Brasil, a partir da segunda metade da década de noventa, sob inspiração norte-americana e num contexto de desestatização do Estado Brasileiro, começam a ser criadas as agências setoriais de regulação. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, o Brasil pretendeu diminuir sua intervenção na economia, mas sem retornar ao modelo do Estado Liberal.

Para tanto, várias atividades econômicas foram transferidas ao mercado e diversos serviços públicos delegados aos particulares, mas agora com a mão visível do Estado atuando como regulador, trazendo diretrizes, sanções etc.

Conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001) a ideia de regulação não é nova no direito brasileiro, sendo que já existiam, embora sem a denominação de agências, entidades reguladoras no país, como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940) e o Instituto Nacional do Pinho (1941).

A Constituição de 1988 já previa em seu artigo 174 a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. As Emendas Constitucionais 8/95 (art. 21, XI) e 9/95 (art. 177, § 2º, III) previram, respectivamente, a criação de órgãos reguladores para o setor de telecomunicações e do petróleo.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2003) foram implementadas diversas modificações na Constituição de 1998 e editadas leis que modificavam o quadro econômico brasileiro com vistas à liberalização da economia. Dentre essas modificações, cita-se:

a) abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988 (CRFB):

a.1) Emenda Constitucional nº 06/95: i) suprimiu o art. 171 da CRFB que conceituava a empresa brasileira e admitia a outorga a elas de benefícios especiais e preferências; ii) alterou a redação do art. 176, §1º, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, não exigindo o controle do capital nacional.

a.2) Emenda Constitucional nº 07/95: alterou o art. 178 da CRFB, para deixar de exigir que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes.

a.3) Emenda Constitucional nº 36/02: modificou o art. 222, §1º da CRFB e passou a admitir a participação do capital estrangeiro, no limite de até 30 %, nas empresas jornalísticas e de radiodifusão.

b) atenuação dos monopólios estatais:

b. 1) Emenda Constitucional nº 05/95: a nova redação do art.25, §2º da CRFB permitiu que os Estados-membros concedam às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de gás canalizado (antes a concessão só poderia ser feita à empresa estatal).

b.2) Emenda Constitucional nº 08/95: o art. 21, XI da CRFB passou a permitir a delegação dos serviços de telecomunicações às entidades privadas (até a Emenda, a delegação só poderia ser feita à empresa sob controle acionário estatal)e previu a criação de um “órgão regulador”; essa flexibilização já existia em relação aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

b.3) Emenda Constitucional nº 09/95: a alteração do art. 177, §1º da CRFB autorizou a contratação pela União de empresas estatais e privadas para a execução de diversas atividades ligadas à exploração do petróleo.

c) Instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº 8.031/90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491/97.27. (BARROSO, 2003, p. 271)

Após as mencionadas alterações legislativas, optou-se por adotar no Brasil o modelo das agências reguladoras para o novo modelo regulatório brasileiro. Entretanto, de acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira “é importante salientar que a Constituição Federal não exigiu ou optou expressamente pelo modelo das agências norte-americanas, mas abriu essa possibilidade de adoção pelo legislador” (OLIVEIRA, 2010, p.10).

Observe-se que as únicas que têm base constitucional são a ANATEL (art. 21, XI) e a ANP (art. 177, § 2º, III). Além disso, o vocábulo “agência reguladora” não consta da Constituição; o que se encontra é a expressão “órgão regulador”. Essa expressão foi inserida pelo legislador infra-constitucional, o que não impossibilitou a criação de órgãos reguladores em outros setores de atividades.

Como demonstra a Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006), as Agências não disciplinam e controlam apenas os serviços privatizados. A instituição desses entes também se estende ao campo dos serviços públicos propriamente ditos (caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ).

Também disciplinam atividades econômicas em sentido estrito (como a Agência Nacional de Petróleo- ANP) e atividades que, quando facultadas aos particulares são consideradas atividades econômicas mas que, quando protagonizadas pelo Estado, são serviços públicos. É o que acontece com os serviços de saúde que os particulares executam no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Há, ainda, atividades de fomento de setores culturais e fiscalização de atividade privada, que é o que sucede com a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “agência reguladora é qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”. (DI PIETRO, 2003, p.173).

As agências reguladoras brasileiras foram criadas sob a forma de autarquias em regime especial. Esse regime é caracterizado pela autonomia reforçada dessas entidades, Revista Virtual Direito Brasil – Volume 9 – nº 1 - 2015

que consiste em autonomia normativa, independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira.

Para o desenvolvimento do presente artigo, nos ateremos apenas às essas duas primeiras características.

4. AUTONOMIA NORMATIVA

As agências reguladoras gozam de um amplo poder normativo que contempla a regulamentação das leis que regem o campo de atividades a ela atribuído e também a edição de normas independentes, sobre matérias não disciplinadas por lei.

Entretanto, essa atuação normativa independente não significa a produção de regulamentos autônomos, que são vedados no direito brasileiro.

De acordo com Luís Roberto Barroso:

A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras diz respeito(...) ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa interação – ainda não totalmente equacionada- entre a reserva legal de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências. (BARROSO, 2003, p.15)

Celso Antonio Bandeira de Mello (2014) destaca que devido ao princípio constitucional da legalidade, as determinações normativas oriundas das agências não de se ater a aspectos estritamente técnicos, ou que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada supremacia especial (assim chamada na Itália e, às vezes, na Espanha) ou relação especial de sujeição (como é referida na Alemanha e, às vezes, na Espanha). Ou seja, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários do serviço público, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente, ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Entretanto, tais providências devem ter embasamento legal e não poderão distorcer-lhe o sentido ou ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema.

Segundo ele, “são aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade” (MELLO, 2014, p.151)

Nesse sentido, anota Carlos Ari Sunfeld que:

(...) nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado (SUNDEFELD, 2002, p. 27).

Para ele, a atribuição de poder normativo para as agências significa o aprofundamento da atuação normativa do Estado, não se constituindo na produção de regulamentos autônomos ou coisa parecida, pois todas as competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012) também observa que a competência reguladora das agências deve se limitar às questões que dizem respeito aos particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado, limitando-se aos chamados regulamentos administrativos ou de organização.

Assim, a autonomia normativa das agências reguladoras se restringe às matérias preponderantemente técnicas, e se fundamenta na tese da deslegalização, pela qual o próprio legislador retira certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento. A lei deslegalizadora deve estabelecer os parâmetros e objetivos a serem alcançados pelas agências, como forma de fundamentar o poder normativo dessas entidades.

5. AUTONOMIA TÉCNICA OU ADMINISTRATIVA

No que se refere à autonomia técnica, essa se caracteriza pela impossibilidade de interposição do chamado recurso hierárquico impróprio, contra as decisões emanadas dos seus dirigentes.

Segundo leciona Di Pietro, recurso hierárquico impróprio é aquele “dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato”. (DI PIETRO, 2006, p.702).

O efeito de tal restrição é vedar o reexame das decisões das agências, tornando-as responsáveis pela última palavra na esfera administrativa, notadamente quanto à resolução de conflitos entre os entes regulados.

Entretanto, a impossibilidade de se interpor recurso hierárquico impróprio não significa a concessão de poderes ilimitados aos dirigentes das agências reguladoras, já que suas decisões permanecem passíveis de questionamento pela via judicial.

Conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A partir desta premissa, ganha relevo a questão que envolve o limite do exercício desse poder-dever pelo Judiciário já que, ao mesmo tempo em que sua competência é incontestada, a autonomia técnica das agências pode restar ameaçada.

6. DIREITO DE AÇÃO COMO FUNDAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

De acordo com Fredie Didier Junior (2012), a palavra ação possui vários sentidos na dogmática jurídica, sendo que, durante muitos anos, o principal objeto de pesquisa dos processualistas, na fase de afirmação do processo civil como ramo autônomo do Direito, foi a delimitação do conceito de ação.

Várias teorias procuraram explicar esse conceito. Para a primeira delas, chamada de Teoria Imanentista ou Civilista não havia uma distinção nítida entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material no processo deduzida. Para ela, o direito de ação era o próprio direito material. Dessa forma, o direito material era o direito em seu estado estático porque estava sendo respeitado e, às vezes, quando surgia uma violação ou ameaça a esse direito, que se colocava em movimento para reagir a essa agressão, transformava-se no direito de ação. Em síntese, sem o direito material não havia direito de ação.

Posteriormente, desenvolve-se a Teoria do Direito Concreto de Ação, na qual a ação passa a ser tida como direito autônomo em relação ao direito material, constituindo-se no direito de provocar a jurisdição, de instaurar a relação jurídica processual. “Trata-se da pretensão à tutela jurídica, que se exerce contra o Estado para que ele preste justiça” (JUNIOR, 2012, p.207). Havia, portanto, o direito material contra a parte contrária, e o direito de ação contra o Estado.

Entretanto, a primeira a dizer que existe direito de ação sem direito material foi a Teoria do Direito Abstrato de Ação, que afirmava que o direito de ação não podia ser

condicionado pelo direito material. Essa teoria considerava que qualquer aspecto do direito material era irrelevante para a existência do direito de ação.

A teoria consagrada pelo Código de Processo Civil Brasileiro é a chamada Teoria Eclética da Ação, desenvolvida pelo jurista italiano Enrico Tullio Liebman. De acordo com essa teoria, o direito de ação é o direito a um julgamento de mérito. Seus seguidores defendem que o direito de petição é amplo, irrestrito e garantido pela Constituição.

A Constituição Federal quando garante a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, no já mencionado artigo 5º, inciso XXXV, confere a todos o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional, em qualquer situação, como direito incondicionado e pertencente a todos.

O direito de ação é uma situação jurídica constitucional que confere ao seu titular um direito a um processo devido (adequado, tempestivo, efetivo e leal), em que se respeitem todas as garantias processuais (contraditório, juiz natural, proibição de utilização de prova ilícita etc). Trata-se de um direito fundamental de conteúdo amplo e complexo. É possível dizer, por exemplo, que o direito de recorrer é corolário do direito de ação. Não se trata, pois, de uma simples garantia formal de acesso à Justiça. O direito de ação é qualificado por todos os princípios que estruturam o devido processo legal. (JUNIOR, 2012, p. 208)

Pela ação processual, exerce-se o direito constitucional de ação levando-se a juízo a afirmação de existência do direito material. “Assim, não se pode confundir o direito de ação, que é uma situação jurídica (efeito jurídico, pois), com a ação, que é um ato jurídico (apto a gerar efeitos jurídicos, portanto)”. (JUNIOR, 2012, p. 208).

7. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A doutrina e a jurisprudência vêm evoluindo no que diz respeito ao controle dos atos administrativos pelo judiciário. Antigamente, prevalecia o entendimento de que os atos discricionários não poderiam ser revistos pelo judiciário por se entender que a liberdade discricionária do Poder Executivo não poderia se submeter ao crivo daquele Poder, pois configuraria hipótese de o juiz assumir o lugar do administrador.

Por atos discricionários, deve-se considerar aqueles nos quais há uma margem de liberdade de escolha entre pelo menos dois comportamentos admitidos pelo ordenamento jurídico, mediante uma avaliação dos conceitos de conveniência e oportunidade.

Posteriormente, a jurisprudência e a doutrina evoluíram para admitir o controle jurisdicional mesmo dos atos discricionários, desde que não se adentrasse o mérito do ato, Revista Virtual Direito Brasil – Volume 9 – nº 1 - 2015

que diz respeito aos critérios de conveniência e oportunidade que inspiraram a conduta do administrador.

Nos dizeres de Marçal Justen Filho

O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. Mas o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame. O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. É possível invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico. A ausência de procedimento prévio, apto a assegurar a ponderação de todos os interesses submetidos à gestão da agência, pode conduzir à invalidação da decisão adotada. (FILHO, 2002, p.591)

Atualmente, prevalece sobre o tema a chamada Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade, segundo a qual, a velha dicotomia entre atos vinculados e discricionários resta ultrapassada. “A constitucionalização do Direito Administrativo impõe falarmos em distintos graus de vinculação à juridicidade, conforme a densidade da norma do direito aplicável” (BINENBOJM, p. 307-8)

A constitucionalização do direito ensejou uma incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais. Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão que numa teoria de *graus de vinculação à juridicidade*. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade”.((BINENBOJM, p. 307-8)

Assim, as regras determinam a conduta a ser seguida pela Administração, correspondendo a um alto grau de vinculação à juridicidade.

Já os conceitos jurídicos indeterminados definem espaços de certeza positiva e negativa acerca de sua própria incidência sobre a realidade, deixando certa margem de

Revista Virtual Direito Brasil – Volume 9 – nº 1 - 2015

apreciação técnica ou valorativa para a Administração Pública, gerando grau intermediário e vinculação (vocábulos ou expressões que não têm sentido preciso e se encontram com frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito, como boa-fé, bem comum, interesse público etc.) Observe-se, entretanto, que a indefinição do conceito não significa a existência de vazio na norma que permita qualquer solução com caráter de validade.

Os princípios, por sua vez, dirigem à Administração à consecução de determinados fins, sem definição de condutas específicas a serem adotadas. Representam, assim, o mais baixo grau de vinculação à juridicidade. Do ponto de vista do administrador, seu grau de liberdade decisória varia na razão inversa do grau de sua vinculação à juridicidade.

Do ponto de vista do controle, quanto maior a objetividade da norma aplicável, mais específico e direto o controle a ser realizado. O agente regulador, no exercício de sua competência, realiza opções discricionárias, escolhendo dentre várias técnicas possíveis, aquela que se repute mais eficaz para a implementação de uma política pública.

Assim, na aplicação das regras, o controle é mais severo, pois consiste na verificação da correta subsunção dos fatos à norma. Na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o papel do Judiciário é aferir se as zonas de certeza positiva e negativa do conceito foram respeitadas pelo Administrador. Nos princípios, cabe verificar se a Administração não adotou conduta inadequada, desnecessária ou desproporcional em relação aos fins pretendidos pela norma.

Qualquer que seja a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito à apreciação judicial, exatamente para que a Judiciário se pronuncie se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesse da coletividade.

Dentro desse prisma, o controle judicial das deliberações das Agências Reguladoras deve partir, inicialmente, do exame da legalidade do ato regulatório, não importando assim em violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Entretanto, há que se considerar que, em grande parte dos casos a decisão das agências reguladoras recai sobre elementos eminentemente técnicos, refletindo a atuação de especialistas. Não pode o Judiciário imiscuir-se em decisões administrativas baseadas em elementos que não são dominados por tal Poder. As agências reguladoras são constituídas por técnicos, especialistas nas matérias afetas ao setor regulado.

Assim, a interferência do Poder Judiciário em matéria técnica dominada por órgão especializado da Administração Pública implicaria em inevitável violação da Separação dos Poderes, cláusula pétrea de nossa Constituição. Observe-se que tal interferência

também pode causar insegurança jurídica, pois a revisão ou anulação em juízo de atos que já produziram efeitos jurídicos aos regulados causa transtornos e insegurança quanto à decisão proferida pelos entes reguladores, cenário indesejável quando se busca estabilidade jurídica para os mercados regulados. De acordo com Souto

O controle dos atos regulatórios deve viabilizar o funcionamento independente do agente regulador, cujo critério de atuação é informado por outras ciências e não apenas pelo Direito, essa tecnicidade nas ponderações, atendendo a padrões universais já experimentados pelas ciências e pela prática comercial e tecnologia, confere segurança jurídica aos investimentos “ (SOUTO, 2005, p. 383).

A preocupação para se fixar parâmetros e limites ao controle judicial é que, em matéria regulatória, o que se tem é uma atividade técnica, realizada à luz de todo um processo de ponderação, sendo resultado de outro processo de conciliação de diferentes manifestações de interesses, ao qual se chega após uma deliberação coletiva entre técnicos que tenham notório saber no setor regulado.

Lado outro, isso não significa a impossibilidade de submissão dos atos praticados pelas agências ao crivo do Judiciário, mas a necessidade de uma especial cautela da autoridade jurisdicional no tocante a tal análise.

A decisão no controle jurisdicional, conforme leciona Marçal Justen Filho, poderá “quando muito, apontar a incorreção técnico-científica da decisão adotada pela agência ou a impossibilidade da justificação de sua adoção em face do conhecimento especializado ou das premissas consagradas na própria atuação anterior da agência”. (FILHO, 2002, p.592). E, ainda “ verificada a compatibilidade da decisão com o conhecimento técnico-científico, será vedado ao Judiciário reprovar o ato em virtude de uma avaliação igualmente subjetiva acerca da melhor solução a adotar no caso concreto” (FILHO, 2002, p. 592)

Como já explicitado, em que pese toda a autonomia atribuída às agências, não lhes foi dada a competência para editar atos normativos que ultrapassem os limites da lei, o que, se eventualmente ocorre, estão sujeitos à anulação. Da mesma forma, tampouco deve ser admitida a essas mesmas agências a prática de uma falta ainda mais gravosa, que é a inobservância de preceitos constitucionais.

A discricionariedade do administrador, conforme se sabe, deve se restringir àquilo que o ordenamento jurídico admite, não procedendo a sua invocação para a prática de atos que violem princípios que integram e coordenam todo o sistema jurídico.

8. CONCLUSÃO

A desestatização da economia vivenciada na década de noventa foi o cenário encontrado para a recepção pelo direito brasileiro do modelo americano das agências reguladoras. O legislador brasileiro optou por enquadrar essas entidades como autarquias sob regime especial, dotadas de ampla autonomia .

O modelo regulatório das agências pressupõe a independência técnica dessas entidades, o que lhes é fundamental ao desempenho de suas funções. Lado outro, essa autonomia não significa a concessão de poderes ilimitados aos seus dirigentes, tendo em vista a garantia constitucional de controle inafastável do Judiciário.

É inquestionável, entretanto, que a autonomia técnica das agências não pode restar ameaçada, sob pena de se desnaturar o próprio sentido da entidade. Assim, a questão que ganha relevo é a do limite do exercício do controle pelo Poder Judiciário quanto às decisões tomadas pelas agências.

As deliberações tomadas pelas agências constituem-se em atos administrativos e, como tais, estão à apreciação judicial, para que a Judiciário se pronuncie se foram ou não praticadas dentro dos parâmetros legais.

Considerando-se que essas são formadas por um corpo técnico especializado e que o Judiciário não detém esse tipo de conhecimento, a intervenção daquele Poder deverá, portanto, ser limitada.

Os juízos e avaliações nos quais se fundam as decisões das agências exteriorizam um conhecimento técnico-científico de abrangência restrita a alguns segmentos, inacessível ao funcionamento comum do Poder judiciário. Assim, a renovação da decisão exarada pela agência, na via judicial, seria extremamente problemática.

O controle jurisdicional jamais poderá substituir a valoração técnica da agência reguladora pela sua, devendo-se sempre essa apreciação judicial ficar restrita aos aspectos de legalidade do ato. Aliás, não há nada que permita concluir que a valoração do juiz é melhor que a do regulador, que é quem efetivamente conhece a realidade sobre a qual exerce a sua competência regulatória.

As decisões regulatórias não podem ser compreendidas sem o domínio de um conhecimento especializado e, com maior razão, sua desconstituição pelo Poder Judiciário. Esse cenário acabaria trazendo insegurança aos setores regulados, o que fugiria ao escopo do processo regulatório.

Isso não pode, entretanto, significar a impossibilidade de submissão dos atos praticados pelas agências ao crivo do Judiciário, mas sim a necessidade de uma especial cautela da autoridade jurisdicional no tocante à análise.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. In: *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

DIDIER, Fredie Junior. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. Ed. Bahia: Jus Podvm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. _____ . *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas*. 9ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Belo Horizonte, n.3, p.253-257, maio 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, número 6, maio/junho/julho de 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. *Revista de EMERJ*, Rio de Janeiro, Volume 12, nº 47, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002

SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o new deal. In: Mattos, Paulo (Coord). *Regulação econômica e democracia: o debate norte americano*, São Paulo: Editora 34, 2004, p.151.