



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os Atos Praticados pelos Poderes da República como Limitadores do Poder Regulatório das
Agências Reguladoras

Césio Caetano Ribeiro Júnior

Rio de Janeiro
2016

CÉSIO CAETANO RIBEIRO JÚNIOR

**Os Atos Praticados pelos Poderes da República como Limitadores do Poder Regulatório
das Agências Reguladoras**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós – Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Monica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2016

OS ATOS PRATICADOS PELOS PODERES DA REPÚBLICA COMO LIMITADORES DO PODER REGULATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Césio Caetano Ribeiro Júnior

Graduado pela Universidade Gama Filho.
Advogado do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - Sindjustiça.

Resumo: As Agências reguladoras têm papel fundamental na administração pública indireta, de modo que traduz a clara faceta do estado gerencial. O papel das agências reguladoras é fundamental para a sociedade na medida em que pela regra geral, são destinadas à fiscalização de determinados serviços públicos delegados ao setor privado, e por isso, suas decisões e diretrizes não podem ser sujeitas à intervenção do poder executivo, legislativo ou do poder judiciário, sob pena de violação de um dos pilares das agências reguladoras, qual seja, a segurança jurídica. Assim, o objetivo do trabalho é identificar como as agências reguladoras se relacionam com os demais poderes da federação e analisar até onde o Poder Executivo e o Poder Judiciário podem interferir na função das agências reguladoras.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração indireta. Estado Gerencial. Princípio da Separação dos Poderes.

Sumário: Introdução. 1. As Agências Reguladoras - Origem, Conceito, Instituição e Características. 2. O Poder Normativo e as Agências Reguladoras. 3. O intervencionismo do Poder Judiciário nas Agências Reguladoras. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O referido trabalho visa a analisar as agências reguladoras e a influência dos poderes da República na sua atuação. O que se busca é destacar que as principais características e peculiaridades das agências reguladoras vêm sendo mitigadas e subvertidas pelo poder público, de maneira que a atuação dessas agências se restringe na medida em que cada vez mais, tanto o poder executivo, legislativo e judiciário tem se imiscuído nas decisões e análises técnicas das agências reguladoras.

O tema será direcionado através da apresentação das agências reguladoras com seu contexto histórico de criação, apresentação de sua natureza jurídica como justificativa de suas ações e atividades regulamentares.

De modo a direcionar o presente trabalho serão abordados casos concretos, e a aplicação das soluções doutrinárias para os referidos casos, de modo a demonstrar que a retirada do poder regulatório das mãos das agências fulmina a essência despolitizada das agências reguladoras o que acaba por trazer um cenário de insegurança dentro do panorama nacional.

A criação das agências reguladoras é um marco que chegou juntamente com uma nova fase política no Brasil, na medida em que o Estado vem deixando de ser um Estado monopolista, se movimentando cada vez mais no sentido da desestatização e privatização, buscando na iniciativa privada o verdadeiro prestador de determinados serviços. Para tanto, da mesma forma em que o Estado brasileiro deixa de ser Estado executor, e cada vez mais vai ganhando uma roupagem de Estado regulador.

O primeiro capítulo visa à apresentação das Agências Reguladoras, passando desde sua função até a escolha de seus dirigentes, demonstrando a essencialidade de que suas funções regulatórias sejam livres de máculas de influências políticas.

Em seguida, o segundo capítulo busca demonstrar que as agências reguladoras têm um aspecto democrático, no que diz respeito ao exercício regulatório e que seu poder normativo não fere determinados preceitos e princípios que regem a administração pública, principalmente aqueles descritos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O terceiro capítulo visa a estudar os impactos das investidas por parte dos poderes Executivo e Judiciário, visando analisar os conceitos da doutrina e posicionamento jurisprudencial acerca da interferência desses poderes, principalmente no que diz respeito ao controle de legalidade e no controle do mérito da atividade regulatória.

A pesquisa que se pretende realizar terá por base a metodologia bibliográfica, de natureza qualitativa e exploratória com ênfase nos recentes livros de doutrina, principalmente

aqueles sobre direito administrativo, comparando as divergências apontadas pelos mais diversos autores.

A criação das agências reguladoras é um marco que chegou juntamente com uma nova fase política no Brasil, na medida em que o Estado vem deixando de ser um Estado monopolista, se movimentando cada vez mais no sentido da desestatização e privatização, buscando na iniciativa privada o verdadeiro prestador de determinados serviços. Para tanto, da mesma forma em que o Estado brasileiro deixa de ser Estado executor, e cada vez mais vai ganhando uma roupagem de Estado regulador.

1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS - ORIGEM, CONCEITO, INSTITUIÇÃO E CARACTERÍSTICAS.

A Lei 9491/97 introduziu no Brasil o Programa Nacional de Desestatização. Tal marco é considerado por trazer modificações extremamente sensíveis no ramo do direito administrativo. Vale dizer que as referidas modificações se deram muito por influência das agências norte-americanas de modo que o Brasil passou a adotar alguns critérios quando da criação das referidas agências, adaptando é claro ao seu modelo constitucional.

As agências reguladoras, para Maria Silvia Di Pietro¹, “[...] em sentido amplo, seriam no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que está afeta”. Por sua vez, Calixto Salomão Filho diz que é necessário destrinchar o objetivo da regulação, que na verdade é o de abarcar atos da economia, por meio estatal, exercitando o poder de polícia que lhe é inerente.²

As agências reguladoras são consideradas autarquias, para tanto devem obedecer ao disposto no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que seguem

¹DI PIETRO, Maria Silvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 574

²Ibid., p. 576.

precipuaamente a este dispositivo legal. Vale dizer que o legislador quis fazer essa opção, ao levar em consideração o exercício das atividades coercitivas, observando o poder de polícia que é essencial para as agências reguladoras. Todavia, conforme será assaz explicado, apesar de serem consideradas autarquias, as agências possuem características que acabam por complementar a sua natureza jurídica.

A Constituição da República Federativa do Brasil³, através dos artigos 21, inciso XI e 177,§2º, inciso III prevê tão somente a criação da ANATEL e da ANP, assim há de se concluir que não existe previsão permissiva genérica na Constituição acerca da criação das agências reguladoras todavia, a ausência de previsão constitucional não é óbice para a criação destas. Assim, é perfeitamente cabível a sua instituição através de leis infraconstitucionais que deslocam todas as atribuições que a priori, seriam do Poder Executivo para as agências reguladoras, neste contexto Maria Silvia Di Pietro⁴ diz que “[...] a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência”.

Assim, uma vez verificada que a instituição das agências reguladoras se dá por lei infraconstitucional – à exceção daquelas que já possuem previsão constitucional - se observa também que não há unidade na disciplina legal. No entanto, apesar de não haver previsão legal única para a instituição, há de se convir que todas elas estão definidas como autarquias de regime especial, por exemplo podemos citar a Lei nº 9472/1997 que declara a ANEEL, expressamente como autarquia sob regime especial na forma do seu artigo 1º⁵.

Ora, mas o que seria esse regime especial instituído pela lei? Em Primeiro lugar, deve ser estabelecido que esta é a natureza jurídica das agências reguladoras, ou seja as autarquias possuem natureza jurídica de autarquia em regime especial. Em seguida, temos que

³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁴DI PIETRO, op. cit., p. 580.

⁵BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015

definir o que seria esse regime especial. Na concepção dada por Hely Lopes Meirelles⁶ “[...] o conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins”.

Ainda nesse contexto sobre o regime especial, devem ser analisados esses privilégios citados por Hely Lopes Meirelles quando definiu o conceito de autarquia sob regime especial. Dessa maneira, ao se falar dos privilégios das agências reguladoras, na verdade se refere as características das agências reguladoras tais como: independência administrativa baseada na estabilidade dos dirigentes (mandato fixo e ausência de subordinação hierárquica), autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua própria competências)⁷. Vale dizer que em geral os doutrinadores que escrevem sobre o tema concordam sobre as características aqui citadas, entretanto, Carvalho Filho⁸ acrescenta a característica da autonomia decisória, de modo a encorpar ainda mais o rol de características inerentes as agências reguladoras.

Importante ressaltar a opinião do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello⁹ que diz:

[...] Independência administrativa’ ou ‘ autonomia administrativa’. Autonomia financeira’ e ‘ patrimonial e da gestão de recursos humanos’ ou de quaisquer outros que lhes pertençam, ‘autonomia nas suas decisões técnicas’, ‘ausência de subordinação hierárquica’ são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando o que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso desses caracteres. (...) o único ponto peculiar em relação à generalidade da sal tarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato de dirigentes destas pessoas, e que se contém nos artigos 5º e § único, 6º e 9 º da Lei 9986/2000, que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras.

Em que pese a opinião do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, que compõe a doutrina minoritária, se faz necessário repousar o entendimento da doutrina majoritária que elenca as características inerentes às agências reguladoras em que o poder regulamentar é

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 440.

⁷ *Ibid.*, p. 440.

⁸ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 473.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160.

mais amplo permitindo às agências reguladoras receberem essa delegação para editar normas, formando assim um direito novo, vez que inovam na ordem jurídica.

Nesse sentido, Carvalho Filho¹⁰ leciona o seguinte:

A autonomia decisória significa que os conflitos administrativos, inclusive os que envolvem entidades sob seu controle, se desencadeiam e se dirimem através dos próprios órgãos da autarquia em outras palavras, o poder revisional exaure-se no âmbito interno, sendo inviável juridicamente eventual recurso dirigido a órgão ou autoridades da pessoa federativa à qual está vinculada a autarquia.

A independência administrativa, assim se entende o fato de que alguns de seus dirigentes têm investidura a termo, ou seja, são nomeados para prazo determinado fixado na lei, não ficando à mercê de critério político do Ministério supervisor, nem da usual condenável prática da descontinuidade administrativa, tão prejudicial às metas que as instituições buscam alcançar. Assim têm eles alguma estabilidade em seus cargos, sobretudo porque são nomeados pelo presidente da república, mas sua investidura depende de aprovação do Senado Federal.

Finalmente a autonomia econômico financeira demonstra que essas autarquias têm recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para gestão por seus próprios órgãos, visando aos fins a que a lei as destinou.

Assim, levando em consideração as características que são inerentes às agências reguladoras, tem-se que estas são essenciais, a fim de resguardar as funções que devem ser exercidas pelas agências reguladoras.

O afastamento do Estado como prestador de serviços, abriu portas para que o setor privado assumisse esse papel, antes exercido pelo poder público. Todavia esse afastamento só se deu no que diz respeito à prestação do serviço, de modo que o Estado passou a regulamentar tais atividades, assumindo o controle e fiscalização dos serviços.

E é exatamente essa a razão das agências reguladoras, serem definidas como autarquias sob regime especial. Assim, as agências passam a ditar normas e exercer a fiscalização e ainda controlar o acesso dos prestadores de serviços públicos. Na verdade, a função reguladora das agências busca dar segurança jurídica para aqueles entes do setor privado, uma vez que aquelas são essencialmente despolitizadas, levando ainda em consideração o fato de que a sua direção, via de regra, é conduzida por pessoa de notório conhecimento do ramo, de conduta ilibada e por serem dotadas de estabilidade dos dirigentes,

¹⁰CARVALHO FILHO, op. cit., p. 474.

sendo-lhes vedado o afastamento *ad nutum*, ou seja, só podem sair pelo término do mandato, ou se houver ação reconhecendo a improbidade administrativa, com trânsito em julgado.

No que diz respeito àqueles que fazem uso dos serviços prestados pelos integrantes do setor privado. Deve ser observada a garantia da continuidade do referido serviço público e ainda a possibilidade de ter um serviço com uma qualidade mínima, uma vez que a prestação desses serviços estaria subordinada às medidas e regulamentações instituídas pelas agências reguladoras.

2. O PODER NORMATIVO E A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

As características das agências reguladoras foram importadas para o modelo brasileiro de agências reguladoras, dentre os quais, nas palavras de Hely Lopes Meireles¹¹ destacam-se: a autonomia político-administrativa, autonomia financeira, e o poder normativo.

Essas características são essenciais ao efetivo exercício e efetividade das agências reguladoras, uma vez que sem elas o processo de desestatização instituído pela lei 9491/1997¹² faria com que os administrados ficassem nas mãos das prestadoras de serviços.

Para tanto, foi extremamente necessário que se concedesse às agências reguladoras, determinada carga de autonomia de poder normativo, principalmente no que diz respeito ao processo de elaboração das diretrizes delimitadas pelas agências reguladoras. Conforme mencionado anteriormente, a Constituição só permite a delegação legislativa na hipótese do artigo 68, dessa forma, é necessário destacar que as normas editadas pelas agências reguladoras não podem ser consideradas como leis em sentido estrito, mas sim uma mera regulamentação das matérias em que é destinada a fiscalizar.

¹¹MEIRELLES, op. cit., p. 440.

¹²BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

Pois bem, a determinação de regime jurídico especial tem por escopo, evitar que as agências reguladoras se tornem reféns de influências políticas, voltando a finalidade de sua atuação para os usuários desses serviços e garantindo estabilidade para os investidores.

Dessa forma, a autonomia político administrativa se confirma na medida em que os diretores, nomeados pelo chefe do Poder Executivo e devidamente aprovados pelo Poder Legislativo estarão sujeitos a um mandato fixo, não superior ao prazo de 4 anos, excedendo ainda o período governamental. Quando nomeados, estes diretores se tornam legitimados de certa estabilidade, ainda que temporária, para poderem exercer suas funções sem se preocupar com pressões políticas.

Essa segurança concedida aos diretores, todavia, não é absoluta na medida em que é possível o afastamento compulsório, após a apuração de falta grave, resguardado o devido processo legal e o contraditório¹³, na forma do artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil. Essa impossibilidade de livre exoneração pelo Poder Executivo, não encontra escopo em uma legislação geral das agências reguladoras, porém, é encontrada em todas as legislações que instituem essas autarquias de regime especial, como exemplo o artigo 26 da Lei 9472/97¹⁴.

Vale trazer a crítica da doutrina de que essas previsões legais que resguardam o mandato fixo seriam inconstitucionais, assim Hely Lopes Meireles¹⁵ leciona:

[...] porque tal garantia afronta os princípios norteadores da república e da democracia, pois o chefe do executivo, eleito pelo povo, estaria impedido de exercer com independência as metas e projetos de campanha que o levaram ao poder. Seria na feliz expressão de Celso Antonio Bandeira de Melo, uma fraude contra o próprio povo¹⁶.

¹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁴BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 440.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 180.

A autonomia político-administrativa traz ainda, impedimentos que são essenciais para a transparência da função regulatória. Isso porque, impede os diretores exerçam qualquer tipo de função ou serviço às empresas reguladas, inclusive após doze meses do término do mandato, a fim de garantir efetiva transparência e evitar que seja feito uso da máquina pública para benefício próprio, nesse sentido importante fazer menção ao § 1º do artigo 9º da Lei 9472/97¹⁷.

Quanto à autonomia financeira, cabe anotar que essa tem base na Constituição da República Federativa do Brasil, conforme se depreende do artigo 165,§5º, I, de modo que seu patrimônio é considerado como público. Além da dotação orçamentária geral, constitucionalmente prevista, cabe apontar que a arrecadação de receitas das agências reguladoras, também pode ter origem na cobrança de taxas de fiscalização e regulação, mas também nas participações de contratos. Importante lembrar que não há uma lei “geral” das agências reguladoras, mas a legislação existente aponta essa tendência, conforme se verifica do artigo 49 da Lei 9472/97¹⁸.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho¹⁹ diz que “a tais agências a lei assegura autonomia de gestão e disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para que possam cumprir suas metas e objetivos institucionais”.

Por fim, Marcos Juruena Villella Souto²⁰ complementa dizendo que “a agência, com isso, não depende de recursos orçamentários, mas em compensação, se submete à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado”.

¹⁷BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁸BRASIL. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 487.

²⁰SOUTO, Marcos Juruena Villella. agências reguladoras, 2003.. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>> . Acesso em: 07 mai. 2013.

No que diz respeito à competência normativa, é possível concluir que o exercício da função reguladora só é viável se a agência reguladora for detentora de autonomia, capaz de determinar diretrizes para o exercício regulamentar.

As agências reguladoras apresentam características próprias, bem peculiares ao regime administrativo vigente no país. Em que pese a sua criação ter sido feita com base no modelo norte-americano, nem todas as características foram importadas como, por exemplo, a deslegalização, fenômeno que transfere a competência para editar leis de caráter inovador para a agência reguladora, como uma forma de reconhecimento tácito do Poder Legislativo de que a agência reguladora é mais eficiente para determinar regras em suas áreas de atuação²¹.

No Brasil, a característica da deslegalização não foi importada em razão da incompatibilidade com o regramento constitucional que impede a inovação legislativa criada por ente diverso do Poder Legislativo, resguardada exceção prevista no artigo 68 da Constituição da República Federativa do Brasil²². No entanto, o autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto²³ entende pela possibilidade da ocorrência desse fenômeno como se fosse uma subdivisão da delegação legislativa.

Em que pese o autor acima citado ser vencido no que diz respeito à existência da deslegalização, não se pode negar que esse fenômeno existe, ainda que parcialmente, isso porque possibilita instituir um regramento sublegal, derivado e autônomo (função normativa) para o setor²⁴.

Corroborando a tese de possibilidade de deslegalização parcial, Marçal Justen Filho²⁵ assevera que:

²¹TORRES, Ronny Charles Lopes de; BALTAR NETO, Fernando Ferreira. *Sinopse para concursos: Direito Administrativo*. 6. ed., rev., atual., São Paulo: Jus Podium, 2015, p. 96.

²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 mar. 2016.

²³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 289.

²⁴Ibid., p. 289.

²⁵JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 668.

Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, pois seria impossível que o Presidente da República concentrasse em suas mãos a competência para editar todos os regulamentos administrativos.

Nessa mesma seara Luis Roberto Barroso²⁶, em sua obra, interpreta da mesma forma, sustentando que titularizam, em certos casos, competências para expedir atos administrativos normativos – gênero do qual o regulamento é espécie.

Outrossim, importante trazer à baila o posicionamento jurisprudencial, exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 615.628/DF, de relatoria do Ministro Herman Benjamin²⁷, no qual reconheceu a legitimidade do poder regulamentar do CADE:

Administrativo. Mandado de segurança. Aplicação de multa pelo plenário do conselho administrativo de defesa econômica. Operação de concentração de empresas. Apresentação tardia de documentos. Termo inicial. Data da efetivação do ato jurídico com eficácia vinculativa. Art. 54 da lei 8.884/1994 e art. 2º da resolução 15/1998 do CADE. Poder regulamentar da autarquia.

No que diz respeito ao referido julgado, esse confirma a possibilidade de regulamentação própria do CADE, inclusive para aplicar sanções de natureza administrativa, visando a regulação da atividade explorada, firmando dessa forma o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, verifica-se que o acórdão reconhece a legitimidade das agências reguladoras para editar atos com o fim específico de regular, orientar e garantir a boa prestação de determinado serviço, principalmente pelo poder regulamentar que lhes é inerente, frise-se, portanto o seguinte trecho do julgado que diz que "Mais do que agente de repressão, o Cade é órgão de prevenção de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor, mais barato e eficiente do que remediar".

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Princípio da legalidade: delegações legislativas: poder regulamentar: repartição constitucional das competências legislativas*. Boletim administrativo, v. 13, n. 1 p.23, 1997.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 615628. Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099815/recurso-especial-resp-615628-df-2003-0215979-3/inteiro-teor-19099816>>. Acesso em 10 mar. 2016.

Dessa forma, em que pese alguns juristas demonstrarem oposição quanto à possibilidade de permanência do caráter normativo das agências reguladoras, é inegável a existência e relevância do poder normativo das agências reguladoras, para a garantia da prestação dos serviços aos administrados.

3. O INTERVENCIONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Já foi visto que as agências reguladoras são dotadas de autonomia política, administrativa e regulamentar. Todavia, não se olvida que essa autonomia, ainda que garantida pela lei que cria determinada agência, está claramente submetida ao controle dos demais Poderes da República, principalmente o Poder Executivo e o Judiciário. Assim, o primeiro ponto que leva à efetiva concretização do pensamento esposado acima, é a previsão constitucional do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil²⁸, que prevê o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Todavia, essa intervenção do Poder Judiciário deve ser ponderada, a ponto de não se mostrar violadora dos preceitos gerais das agências reguladoras a ponto de impedir o efetivo exercício regulatório. Vale trazer à baila o pensamento de Marçal Justen Filho²⁹ que diz

[...] parte-se da premissa de que as agências são dotadas de competência discricionária, infralegislativa, destinada à adoção de políticas públicas compatíveis com a legislação vigente. Logo, o controle jurisdicional incide sobre a coerência e compatibilidade dos atos praticados pelas agências em face das políticas públicas escolhidas.

Ainda sobre a possibilidade de efetivo exercício do controle por parte do Poder Judiciário, os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo³⁰ analisam que a interferência do poder judiciário nas agências reguladoras é um reflexo do sistema de freios e contrapesos, como forma de preservação da harmonia entre os Poderes da República.

²⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2016

²⁹JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 590.

³⁰ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:método; 2011, p. 178.

Posto isso, é quase automático o questionamento acerca da possibilidade de o Poder judiciário interferir nas decisões eivadas de caráter discricionário das agências reguladoras. Assim, o papel do poder judiciário no controle de determinados atos, não pode, sob nenhuma circunstância, substituir o mérito das decisões das agências reguladoras acerca das decisões técnicas, de maneira que só cabe ao Poder Judiciário realizar controle de legalidade sobre os atos praticados, sob pena de violar a tripartição dos poderes.

As agências reguladoras, de uma forma geral, precisam de autonomia decisória, que pela regra, deve ser pautada em consultas públicas (demonstrando seu viés democrático), estudos técnicos realizados com o intuito de efetivar uma boa prestação do serviço para o público alvo, dessa forma o judiciário não pode decidir sobre questões técnicas. Nesse sentido ensina o Mestre Marcos Juruena Villela Souto³¹:

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.

Portanto, é claro que a intervenção do poder judiciário não pode ser tamanha a ponto de prejudicar o bom funcionamento da atividade regulatória, até porque, as decisões tomadas pelas agências, possuem participação popular ativa, na medida em se prevê a possibilidade de consulta pública e audiência pública, instrumentos esses que denotam verdadeiro “movimento de democratização”³² das referidas agências.

Importante ressaltar que essa essência democrática das decisões tem base legal, como por exemplo, no artigo 42 da lei 9472/1997³³. Esse viés democrático é o ponto que justifica inclusive a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos diretores, ou seja, estes possuem mandato fixo, não podendo ficar a mercê de vontades políticas, ainda que seja órgão

³¹ VILELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, p. 382.

³² ALEXANDRINO, op. cit. p. 180.

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

vinculado ao Poder Executivo, ressaltando ainda mais o fato de que o exercício de suas atividades são voltadas, quase que exclusivamente para os usuários dos serviços.

Nesse sentido é válido trazer o entendimento de Marcelo Alexandrino³⁴:

Essa democratização da administração é de fato louvável e contribui significativamente para conferir legitimidade à atuação das agências reguladoras. A realização obrigatória de consulta ou audiência pública prévia, de preferência com a obrigatoriedade de que agência se manifeste sobre cada crítica ou sugestão recebida, representa uma grande ampliação da participação popular nos procedimentos normativos e decisórios da administração pública.

Há de se observar que a democratização das decisões encontra respaldo no brocardo “o poder emana do povo”, portanto, tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo, ao se imiscuírem de maneira a violar determinado preceito, estaria ferindo de morte a legitimidade democrática nas escolhas das agências, por parte do Poder Executivo e o princípio da separação dos poderes por parte do Poder Judiciário.

Nesse sentido, veja o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, através do AgRg na SLS 1.266/SP, de relatoria Ministro Ari Pargendler³⁵ consignou que "até prova cabal em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel".

Dessa forma, pelo entendimento jurisprudencial majoritário, o Poder Judiciário deve se pronunciar quando houver ameaça ou lesão a direito. Contudo. Esse controle encontra limites constitucionalmente previstos, tais como o limite implícito pelo princípio da legalidade, de modo que a intervenção deverá sempre respeitar a legitimidade do ato administrativo praticado pela agência reguladora, devendo o controle do Poder Judiciário ser feito preferencialmente sobre a legalidade dos atos.

³⁴ALEXANDRINO, op.cit. p. 199.

³⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

CONCLUSÃO

O Estado por muito tempo concentrou a prestação de determinados serviços voltados para a população, no entanto, essa prestação ao longo do tempo mostrou-se insuficiente de tal modo que o Estado se viu obrigado a conceder determinadas atividades para a iniciativa privada. Para tanto, o ente estatal ao fazer a concessão para o particular, não pode se afastar completamente da prestação desses serviços, de maneira que caberá ao ente estatal organizar e ditar as regras que deverão ser seguidas pelos concessionários. Nesse sentido, as agências reguladoras são criadas com o fim de ditar regras, estabelecer padrões e fiscalizar os serviços prestados, evitando que interesses individuais prevaleçam sobre o interesse público.

A necessidade de fiscalização dos serviços outrora concedidos pelo ente estatal demanda, além da criação das agências reguladoras, o fornecimento de instrumentos para essas autarquias em regime especial. Destaca-se então a imperiosa necessidade de autonomia financeira, política e administrativa, como forma de desvincular a agência reguladora de influências políticas e econômicas.

Todavia, em que pese a existência da autonomia que permeia as agências reguladoras, se destaca a presença do poder normativo nessas autarquias em regime especial, que é elemento essencial para a efetiva atuação das agências reguladoras, uma vez que pelo poder normativo, que ressalte-se não se trata de violação ao estrito princípio da legalidade vinculado no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sendo as agências reguladoras ferramentas criadas para ditar normas, regras e efetivar a fiscalização pelos serviços concedidos à iniciativa privada, utilizando-se de sua autonomia nos mais diversos aspectos, inclusive no tocante à autonomia normativa fica nítida que para o pleno exercício da atividade regulatória, que se evite a interferência dos poderes nessa atividade. Não se nega a possibilidade de controle jurisdicional nos atos regulatórios, todavia, a jurisprudência, bem como a doutrina majoritária entende que não se deve interferir

nas decisões de cunho técnico das agências reguladoras, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

Por tais razões a atividade das agências reguladoras é de extrema importância para a atual sistemática dos serviços públicos submetidos à prestação pela iniciativa privada e a interferência dos poderes de maneira a se preservar a limpidez da atividade regulatória.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 23 ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: método: 2015.

_____, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo:método: 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Princípio da legalidade: delegações legislativas: poder regulamentar: repartição constitucional das competências legislativas. *Boletim administrativo*, Rio de Janeiro, v. 13; n.1, jan. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Lei n. 9427 de 26 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 615628. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099815/recurso-especial-resp-615628-df-2003-0215979-3/inteiro-teor-19099816>>. Acesso em 10 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Silvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ *Curso de direito administrativo*. 31 ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*, 2003. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

TORRES, Ronny Charles Lopes de; BALTAR NETO, Fernando Ferreira. *Sinopse para concursos: Direito Administrativo*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Jus Podium, 2015.

VILELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris.