



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Subprincípio da Deferência nos Tribunais Superiores

Livia Maria de Almeida Pinto

Rio de Janeiro
2014

LIVIA MARIA DE ALMEIDA PINTO

Subprincípio da Deferência nos Tribunais Superiores

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

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

SUBPRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Livia Maria de Almeida Pinto

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Regulação da Agência Nacional de Cinema - ANCINE

Resumo: A criação das Agências Reguladoras no Brasil consagra o modelo de Estado Gerencial no país. De lá pra cá, foram muitas decisões tomadas pelas Agências, formando um estoque de normas regulamentares. Não raro, tais decisões tornam-se objeto de discussão no Judiciário, gerando um impasse do sistema democrático. É que a despeito de serem técnicas, as normas editadas pelas Agências possuem um viés político, seara em que o Judiciário não deve adentrar de forma precípua. Aqui se insere o subprincípio da deferência, consectário do Princípio da Separação dos Poderes. Em nome dele, o juiz acata a norma regulamentar, limitando sua atuação aos casos excepcionais. A aplicação da deferência pressupõe que as Agências contam com um aparato técnico complexo, operante por detrás das decisões revestidas de atos normativos e com a participação da população no processo decisório. A deferência já vem sendo aplicada por Tribunais Superiores, fato que define o objeto do presente trabalho, qual seja, a pesquisa de jurisprudência sobre a aplicação da deferência.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Separação dos Poderes. Deferência. Jurisprudência. Agências Reguladoras.

Sumário: Introdução. 1- Controle do Poder Judiciário sobre as agências. 2- Incidência da aplicação do subprincípio da deferência pelos Tribunais Superiores. 3- Princípio da Separação dos Poderes e o direito fundamental à inafastabilidade do Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica observa a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o subprincípio da deferência e sua relação com o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as agências, bem como com o princípio da separação dos poderes e o direito fundamental à inafastabilidade do Judiciário.

Com a Constituição e, sobretudo, ao longo da década de 90, o Estado brasileiro passou a intervir na economia de uma forma diferente. Sua participação passou a ser indireta, em caráter regulador, devido às privatizações.

O Brasil adotou o modelo de agências reguladoras independentes para exercer a intervenção na economia, dentre outras medidas. É que a economia não precisa ser necessariamente regulada por agências reguladoras.

A Administração era predominantemente centralizada e, com as privatizações, essa característica tornou-se uma preocupação para os investidores estrangeiros. As agências são criadas com a ideia de neutralidade diante das questões políticas, ao menos na teoria, além da atribuição de funções predominantemente técnicas. Assim, foi possível atrair investimentos privados para a implementação da reforma estatal, na medida em que a regulação dos serviços estratégicos da economia, agora delegados aos particulares, não fica submetida apenas às injunções políticas momentâneas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a abordagem do controle do Poder Judiciário sobre as agências. A neutralidade política das agências é defendida com o nome de autonomia, o que não impede, entretanto, a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB), ou seja, é prevista constitucionalmente a possibilidade de controle sobre as decisões das agências pelo Poder Judiciário.

Segue-se abordando, no segundo capítulo a aplicação do subprincípio da deferência pelos Tribunais Superiores. Esta modalidade de controle enseja o debate sobre a existência de atos administrativos insindicáveis, em razão da discricionariedade técnica.

O terceiro capítulo destina-se a analisar, em tal contexto, questões como a relação entre o princípio da separação de poderes e o subprincípio da deferência, o tipo de controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre as agências reguladoras, a existência de atos administrativos insindicáveis, as decisões dos Tribunais Superiores estão de acordo com o

tipo de controle possível e, especialmente, se a aplicação do subprincípio da deferência mitiga o direito fundamental à inafastabilidade do Poder Judiciário ou reforça a Separação de Poderes.

Para tanto, será realizado estudo por meio de metodologia do tipo bibliográfica e qualitativa.

1. CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE AS AGÊNCIAS

Inicialmente, é necessário diferenciar regulamento e ato regulatório. A função regulamentar é privativa do Chefe do Poder Executivo, por meio de decretos para a fiel execução da lei, conforme o artigo 84, IV da CF/88¹. O regulamento tem o fim de explicitar, minudenciar o comando legal, de forma que primeiro permita a aplicação do último. Sobre o regulamento é reconhecível seu efeito inovador, visto que ele não apenas repete a lei.

No que tange à regulação, essa pretende traçar diretrizes técnicas para a implementação de políticas públicas. É por meio dela que são determinados os conceitos técnicos, utilizando-se de uma discricionariedade técnica, no sentido de ausência de valoração política. É que dessa maneira acredita-se retirar a realização de políticas públicas do arbítrio dos governantes, fazendo um vínculo que vai além do mandato periódico de cada um.

Existem matérias reservadas à lei, em sentido estrito, e outras questões que podem ser veiculadas em atos de hierarquia inferior. Quando há reserva legal, é vedada a normatização por meio de atos inferiores. Quando não, permite-se que atos de hierarquia inferior sejam expedidos regulamentando uma determinada matéria, mas, em regra, prevalecendo a lei em caso de conflito.

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil Federal de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2014

Em razão do longo e demorado processo legislativo, assim como da rapidez com que se altera a realidade social, faz-se necessária a elaboração de regulamentos, ou seja, normas mais técnicas e específicas, cujo grau de especificidade foge do alcance e das prioridades do legislador ordinário. Nesse contexto, surge a necessidade de atribuir o poder para a edição desses regulamentos às agências reguladoras. Entende-se serem elas capazes de suprir a carência de normas mais céleres e técnicas.

Importante destacar que o Estado regulador sempre existiu, o que diferencia hoje seu papel é o grau e a forma como se dá a regulação, se direta ou indireta. Com a mudança de paradigma trazida pela Reforma da Administração, sobretudo com a crise do Estado de Bem-Estar Social, o conteúdo da atividade administrativa sofreu alteração, configurando-se como subsidiário e a regulação como indireta.

A mudança na concepção do papel do Estado surge, então, com a crise do Welfare State, pois constata-se que o Estado não pode atender a todos igualmente. Os benefícios e serviços de cunho social são de alto custo, razão pela qual o Estado passa a se concentrar na execução de atividades e serviços típicos, transferindo aos particulares outras atividades que poderiam ser por eles desempenhadas com mais desenvoltura e eficiência, desonerando o Estado.

O Estado abandona seu papel de agente executor para ser agente regulador, normatizando e fiscalizando o mercado. O papel do Estado passa a ser o de regular e incentivar o mercado, zelando pela livre concorrência e a livre iniciativa. Assim, a Constituição Federal de 1988 alterou, profundamente, a visão e a função do Estado Brasileiro, que se tornou um Estado planejador e regulador da atividade econômica, ao invés de ser um agente desse mercado.

Todavia, os atos regulatórios não perdem seu caráter de atos administrativos e, portanto, dotados de presunção de legitimidade, legalidade, veracidade, imperatividade e

autoexecutoriedade. A conclusão necessária é que, como tais, os atos regulatórios submetem-se ao controle jurisdicional, em razão do princípio da inafastabilidade de jurisdição, preconizado no artigo 5º, XXXV da CRFB/88².

Sob o prisma constitucional, os atos regulatórios se submetem ao controle do Poder Judiciário, pois nenhum ato do Poder Público pode escapar de tal controle. Se os atos regulatórios não constituem uma exceção a essa regra, é cabível o controle pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica.

Considerando que os atos regulatórios são atos administrativos e que todo ato administrativo se sujeita ao controle jurisdicional, devem ser delineados os limites desse controle, a fim de que não se rompa a harmonia entre os Poderes, artigo 2º da CRFB/88³.

O agente regulador realiza opções discricionárias, escolhendo dentre várias técnicas possíveis, aquela que se repete mais eficaz para a implementação de uma política pública. Em tese, um juízo técnico e não político. Mas, uma vez submetido o ato regulatório ao controle judicial, o juízo promoverá uma análise desse ato, apreciando o juízo técnico implementado pelo agente regulador. Aí se insere a discussão sobre a possível violação princípio da separação de poderes e da razoabilidade.

Para afastar os regulamentos da apreciação pelo Poder Judiciário, a doutrina norteamericana menciona uma auto restrição pelo Poder Judiciário (*judicial self restraint*), evitando, em regra, que o Judiciário adentre no mérito de atos regulatórios, salvo no caso de manifesta irrazoabilidade ou desproporcionalidade.

Aos atos ilegais não será dado o mesmo tratamento, uma vez que o Poder Judiciário tem o poder-dever de anulá-los, face à contrariedade à ordem jurídica e, principalmente, se os atos regulatórios extrapolarem a esfera técnica para interferir na definição de políticas

² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil Federal de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 Abr. 2014

³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil Federal de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 Abr. 2014

públicas. É que a definição de políticas públicas não compete às agências reguladoras e sim aos Poderes Executivo e Legislativo, eleitos democraticamente. Conforme ensina o Mestre Marcos Juruena Villela Souto⁴:

Isto porque a ciência não fornece verdades absolutas, devendo o julgador se contentar com uma decisão motivada, sem pretender dirimir dúvidas sobre as quais a ciência ou a técnica não firmaram uma verdade universal. 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.

2. INCIDÊNCIA DA APLICAÇÃO DO SUBPRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Existem incontáveis referências ao princípio da separação de poderes nos precedentes dos Tribunais Superiores, mas o estudo ora desenvolvido pretende analisar apenas um de seus desdobramentos, daí porque é aqui chamado subprincípio da deferência. No entanto, a referência de que se tem notícia no Superior Tribunal de Justiça é do “princípio da deferência técnico-administrativa”, sendo uma expressão correlata.

O acórdão em que foi mencionado⁵, restou assim ementado:

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
 RECORRENTE : TIM CELULAR S/A
 ADVOGADA : ADRIANA VIEIRA DE RESENDE E OUTRO(S)
 RECORRIDO : GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA GVT
 ADVOGADO : TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR E OUTRO(S)
 INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL - "AMICUS CURIAE"
 PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF
 INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF
 EMENTA

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 382

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RESP nº 1.171.688. Relator: Mauro Campbell Marques. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10502654&num_registro=200902425347&data=20100623&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 fev. 2014.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO.

A discussão tem início porque o art. 153, § 2º, da Lei n. 9.742/97 afirma que é a Anatel o ente responsável por resolver eventuais condições para interconexão (serviço realizado pelas empresa de telefonia) quando for impossível a solução pelos próprios interessados, quais sejam, TIM⁶ e GVT⁷ (v. tb. Resolução Anatel n. 410/05). Abstraindo-se do significado de expressões técnicas, importa aqui a definição da competência da Anatel estabelecida pela lei. Na opinião do Relator Ministro Mauro Campbell⁸ cuida-se de dispositivo “quase óbvio, à luz da extrema especificidade e sensibilidade técnicas que cercam o tema”.

No *leading case*, a empresa TIM entendeu que foi preterida em relação à GVT, o que se deu por decisão da Anatel sobre o valor de referência relativo às tarifas de telefonia, assunto que conta com o alto grau de discricionariedade técnica. Por isso permeiam o assunto também os princípios da deferência técnico-administrativa, da isonomia e da eficiência.

Na verdade, a contenda surgiu entre a GVT e a Vivo, mas como bem observou o Ministro Campbell, por uma questão de isonomia “a lógica do sistema de telecomunicações impõe que o valor de referência aí fixado seja estendido a todos os demais participantes de

⁶ TIM CELULAR S/A

⁷ GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA GVT

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RESP nº 1.171.688. Relator: Mauro Campbell Marques. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10502654&num_registro=200902425347&data=20100623&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 fev. 2014.

arbitragens similares (englobando, pois, a arbitragem entre a GVT e a TIM - parte recorrente)".

De acordo com o art. 152 da Lei n. 9.472/97 "[o] provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço."

Em primeiro grau, o magistrado, apreciando a demanda, fixou o tal valor (VU-M)⁹ com base no valor apurado pela consultoria contratada pela GVT, e esse valor é diferente do que foi fixado pela Anatel.

Já na orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao fazer incidir a principiologia da deferência técnico-administrativa, pareceu incongruente manter a liminar nos termos em que deferida, considerando a agência reguladora do setor de telecomunicações já fixou o VU-M que entende cabível - ainda que no âmbito da arbitragem "GVT vs. Vivo".

Verifica-se que o subprincípio da deferência foi utilizado como fundamento para derrubar a concessão do pedido liminar em primeiro grau. O subprincípio em comento foi aplicado numa situação em que a matéria era eminentemente técnica, envolvendo aspectos de diferentes disciplinas, como telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos. É justamente em situações que demandam uma decisão extremamente técnica que temos a diminuição da atuação do Judiciário, devendo ser grande a sua cautela.

A Anatel, que poderia ser qualquer outra agência reguladora, conta com um corpo técnico qualificado e multidisciplinar. O quadro de colaboradores das agências é, em sua maioria, composto por servidores públicos estáveis, cujo dirigente goza de mandato fixo, encorpando a autonomia de que a agência precisa para tomar suas decisões técnicas de forma independente. A elaboração de suas normas demandam estudos longos e aprofundados,

⁹ VU-M: Valor de Uso da Rede Móvel. É valor de uso móvel da rede da Operadora de Celular que a Operadora de Telefonia Fixa paga para uma chamada de Fixo para Móvel (tarifa de interconexão). Disponível em: http://ri.oi.com.br/oi2012/web/default_pt.asp?conta=28&idioma=0. Acesso em 09 set. 2014.

diferente daqueles que o magistrado se propõe a fazer antes de julgar as demandas que a ele são trazidas.

Ao entender que a agência está em melhores condições que o próprio Judiciário para solucionar as lides referentes à matéria que a agência regula, o magistrado está concretizando o subprincípio da deferência. Como destaca o Ministro Campbell, a decisão de apontar a agência como “quem” deve decidir “não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”.

Sem mencionar de forma expressa o subprincípio da deferência, o Superior Tribunal, também em caso relativo à telefonia, assim ementou no acórdão¹⁰ seus argumentos na defesa de decisões técnicas tomadas pela Anatel:

ADMINISTRATIVO. TELCOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFSA DO CONSUMIDOR.

1. A regulamentação do setor de comunicações, nos termos da Lei n.9472/97 e demais disposições correlatas, visa favorecer o aprimoramento de serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada "área local " para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o fito de propiciar eventuais interessados na prestação de serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, fornecer serviços

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RESP nº 572.07. Relator: João Otávio de Noronha. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1183519&num_registro=200301280351&data=20040614&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 13 ago. 2014.

adequados, eficientes, seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido.

São vários os precedentes que seguiram a linha de entendimento do último acórdão, mas sem mencionar o subprincípio da deferência de forma expressa. Observa-se que o conteúdo é exatamente o mesmo e vem sendo cada vez mais adotado. Em síntese: o Poder Judiciário reconhece que em determinada matéria é a agência que detém legitimidade para decidir, sendo o mérito da decisão o reconhecimento do Judiciário pelo próprio Judiciário que prestar deferência às agências está em maior consonância com os fundamentos da República do que efetivamente julgar a lide, apenas por entender que o juízo está adotando critérios igualmente razoáveis.

Na doutrina, em que pese não ser o foco do presente trabalho, Alexandre Santos Aragão¹¹ constata e alerta que:

Sobretudo em matérias técnicas e nas quais houve um eficiente debate em consultas e audiências públicas, o Judiciário tem buscado preservar a decisão da agência, desde que razoável. O judiciário não pode substituir a interpretação razoável da agência reguladora pela sua, por que também seja plausível. Trata-se do Princípio da Deferência do Poder Judiciário para com as decisões administrativas.

É válido destacar que essa “autocontenção” judicial envolve as opiniões dos auxiliares do juízo, pois ainda é o Judiciário que estaria dando desfecho à disputa científica. E isso não é o mesmo que tornar a decisão administrativa imune ao controle judicial, apenas reconhece que as limitações da ciência tornam qualquer decisão naturalmente criticável, mas não inválida.

3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O DIREITO FUNDAMENTAL À INAFASTABILIDADE DO JUDICIÁRIO

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 442.

Primeiramente, deve-se destacar que a doutrina de Montesquieu foi objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio autor, nem mesmo aplicada em sua inteireza. Assim, não existe *uma* separação de poderes¹², porque varia muito sua inserção em cada direito positivo e momento histórico.

Sem o caráter dogmático do princípio da separação dos poderes, ele poderá ser interpretado como uma mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma saudável divisão de trabalho e um impedimento à concentração das funções estatais.

O princípio da separação dos poderes não pode levar à conclusão de que cada um dos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente elencadas – legislativa, executiva e judicial. Tampouco dele pode se extrair que todas as funções do Estado sempre se resumem à essa classificação.

O sistema de divisão e limitação dos poderes pode ser identificado também na configuração de unidades de decisão e órgãos coletivos. É porque o sistema se desenvolveu a partir de vários pontos de vista, não apenas na conhecida e tradicional divisão de acordo com as funções mais importantes: legislativo, executivo e judicial.

A separação de poderes deve ser vista hoje pelo viés do pluralismo existente na sociedade, que significa levar as reclamações ou o apoio à apreciação de diferentes instâncias da máquina estatal. No lugar da fórmula do século XIX, de uma separação taxativa entre os poderes, encontramos um sistema bem mais complexo. O quadro de separação de poderes é mais alargado, representando uma função positiva no estado moderno.

Um dos principais aspectos dessa nova concepção da separação dos poderes, é o aparecimento de órgãos auxiliares dos poderes supremos, muitos de relevância constitucional

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 331 e 332.

e não criados pelas leis, dotados de independência no exercício de suas funções, como os Tribunais de Contas e o Banco Central.

Deve ser discutido o caráter absoluto da ideia "clássica" da separação dos poderes, pois, atualmente, é notável a complexidade e a autonomia das competências conferidas aos órgãos e entidades, o que não contraria a divisão de funções estabelecida pela Constituição.

E é a Constituição que deve constituir o mais importante parâmetro da admissibilidade ou não do exercício de variadas funções pelo mesmo órgão ou entidade pública.

As competências das quais as agências reguladoras independentes são dotadas, na realidade, fortalecem o Estado de Direito. Isso ocorre porque são retiradas das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas. Como resultado, tem-se a mitigação da concentração de poderes na Administração Pública central, o que reforça a separação de poderes no seu sentido mais amplo, que é o de promover a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos que exercem certas atividades ou são por elas atingidos.

Nesta perspectiva, o princípio da separação dos poderes deve ser hoje integrado pela proteção das garantias individuais e pela imposição de requisitos de objetividade e imparcialidade, além do "sistema de freios e contrapesos" entre os diversos órgãos e entidades estatais.

As agências reguladoras independentes são um dos vários instrumentos dos quais o Estado pode dispor para desenvolver suas atividades regulatórias. Mesmo suas decisões, no entanto, pelo texto da Constituição, poderão sofrer o controle mais comum e, ao mesmo tempo, que envolve mais controvérsias: aquele exercido pelo Poder Judiciário.

Isso decorre da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não pode excluir qualquer violação ou ameaça

de lesão a direito de apreciação pelo Poder Judiciário. Tal controle decorre, portanto, do direito fundamental de ação, direito subjetivo de exigir a prestação jurisdicional do Estado. Como visto, nada impede que para se concretizar a segurança jurídica e a democracia, o Judiciário aplique o subprincípio da deferência sempre que a discussão trazida à sua apreciação se der em torno de norma técnica proveniente de Agência Reguladora.

CONCLUSÃO

A partir da constatação de que: o modelo de Agências Reguladoras adotado no Brasil gerou um grande estoque de normas regulamentares; as normas em comento sempre foram passíveis e objeto de litígio no Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade de sua apreciação; a aplicação do princípio da separação dos poderes nas lides em referência sempre é invocado e gera um impasse no sistema democrático, observa-se nas decisões judiciais do Tribunais Superiores mais uma das dimensões do princípio da separação dos poderes, qual seja, o subprincípio da deferência.

A expressão princípio da deferência, no entanto, só foi encontrada em um julgado até a conclusão do presente artigo. Neste, aliás, parte-se da premissa de que o embricamento entre o princípio da separação dos poderes e princípio da deferência é tal, que o último, na verdade, nada mais é que um consectário daquele, daí porque preferiu-se aqui utilizar “subprincípio”.

Ficou evidenciado também o viés político das decisões de caráter normativo proferidas pelas Agências, a participação da população no seu processo decisório, bem como o aparato técnico do qual elas se valem para editar tais regras regulamentares. São fatores que corroboram para a legitimidade democrática desses atos e, ao mesmo tempo, justificam a abstenção por parte do Poder Judiciário, no sentido de permitir prevalecer as ditas regras regulamentares.

Assim, entende-se que o julgamento em que magistrado acata a norma regulamentar, limitando a atuação em confronto com a mencionada regra regulamentar aos casos excepcionais, revela a aplicação do subprincípio da deferência.

Por fim, sua aplicação é aqui compreendida como a que melhor harmoniza o princípio da separação dos poderes com a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, consolidando a divisão da atuação de cada Poder proposta pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ALVES, Clarissa Cardoso; FIDALGO, Carolina Barros. As Agências Reguladoras Independentes e o papel da ANP. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*, n. 01, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, n. 240, abr./jun. 2005.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Regulatórios em Matéria Econômica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et. al. (Coord.). *Vinte anos de Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. *Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000*. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm>.

_____. *Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm

_____. Supremo Tribunal de Justiça. RESP nº 1.171.688. Relator: Mauro Campbell Marques. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10502654&num_registro=200902425347&data=20100623&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. RESP nº 572.07. Relator: João Otávio de Noronha. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1183519&num_registro=200301280351&data=20040614&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 13 ago. 2014.

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

VU-M. Disponível em: <http://ri.oi.com.br/oi2012/web/default_pt.asp?conta=28&idioma=0>. Acesso em: 09 set. 2014