

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

CONTROLE POR PARTE DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO E REVISÃO  
DOS ATOS EMANADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

GABRIEL ESTEVES FERREIRA

Rio de Janeiro  
2018 / 2º SEMESTRE

GABRIEL ESTEVES FERREIRA

CONTROLE POR PARTE DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO E REVISÃO  
DOS ATOS EMANADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.

Rio de Janeiro  
2018 / 2º SEMESTRE

## CIP - Catalogação na Publicação

F118c Ferreira, Gabriel Esteves  
Controle por parte dos Poderes Executivo e  
Judiciário e revisão dos atos emanados pelas  
agências reguladoras. / Gabriel Esteves Ferreira. -  
Rio de Janeiro, 2018.  
68 f.

Orientadora: Carmen Lúcia Macedo.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Agências Reguladoras. 2. Controle por parte  
dos Poderes Executivo e Judiciário. 3. Revisão dos  
atos emanados pelas agências reguladoras.. 4.  
Faculdade Nacional de Direito. 5. Universidade  
Federal do Rio de Janeiro. I. Lúcia Macedo, Carmen,  
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos  
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

GABRIEL ESTEVES FERREIRA

CONTROLE POR PARTE DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO E REVISÃO  
DOS ATOS EMANADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.

Data da Aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

Rio de Janeiro  
2018 / 2º SEMESTRE

## RESUMO

Analisa-se as questões relevantes que envolvem a criação das agências reguladoras no atual contexto do país e, especificamente, trata da problemática acerca do controle sobre elas exercido por parte dos Poderes Executivo e Judiciário. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos gerais das agências reguladoras, passando por uma breve exposição da sua evolução legislativa no Brasil. Na segunda parte são estudados os diversos tipos de funções por elas exercidas, bem como as suas principais características. A terceira parte dedica-se propriamente ao exame do controle do Poder Executivo central e do Poder Judiciário sobre as referidas agências reguladoras, cuidando de apresentar os principais pontos controvertidos que envolvem o tema, e por fim, arrematando com alguns entendimentos jurisprudenciais.

Palavras-Chave: Agências Reguladoras; Função Regulatória; Poder Hierárquico Impróprio; Controle Executivo e Judicial sobre os Atos Administrativos.

## **ABSTRACT**

It examines the relevant issues involving the creation of regulatory agencies in the country's current context, and specifically addresses the issue concerning the control exercised over them by the Executive and Judiciary. To better understand the topic, the first part back to the analysis of the general aspects of the regulatory agencies, through a brief account of his legislative developments in Brazil. The second part studied the various types of functions it carries and its main features. The third part is devoted strictly to take control of the central executive and the judiciary on these regulatory agencies, taking care to present the main points at issue involving the subject, and finally snapping up with some jurisprudential understandings.

**Keywords:** Regulatory Agencies, Regulatory Role; Inappropriate Hierarchical Power, Executive and Judicial Control of Administrative Acts.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

### **1- TRIBUNAIS**

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

### **2- LEGISLAÇÃO**

CF - Constituição Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>10</b>
2.1 A recepção pelo Direito Brasileiro.....	10
2.2 Evolução legislativa.....	13
2.3 Características das agências reguladoras.....	17
2.3.1 Aspectos gerais.....	17
2.3.2 Autonomia reforçada.....	19
2.3.3 Especificidade técnica.....	25
2.3.4 Poder normativo.....	27
<b>3 A FUNÇÃO REGULATÓRIA.....</b>	<b>32</b>
3.1 Posicionamento didático.....	33
3.2 Conceito e peculiaridades.....	34
3.3 Regulação normativa.....	37
3.4 Regulação executiva.....	39
3.5 Regulação judicante.....	40
<b>4 CONTROLE E REVISÃO DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>42</b>
4.1 Controle dos atos das agências reguladoras pelo Poder Executivo central.....	42
4.1.1 Tutela administrativa.....	44
4.1.2 Recurso hierárquico impróprio.....	50
4.1.3 Avocação presidencial.....	59
4.2 Controle dos atos das agências reguladoras pelo Judiciário.....	59
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
REFERÊNCIAS.....	67



## 1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da regulação, iniciado no país a partir de meados da década de 90, se insere em um contexto de profunda transformação na estrutura administrativa pátria. Isto porque à época, o então governo empenhava esforços na realização de um projeto de desestatização, com o fulcro de transferir para o âmbito privado atividades até então exercidas em regime de monopólio pelo Estado.

Com o surgimento das agências reguladoras foi possível ao Poder Executivo acompanhar de perto a prestação das atividades objeto de delegação, sem que o particular sofresse, contudo, influências de ordem política no exercício de suas funções. Isto se deve ao fato de que a referidas agências foi atribuído um alto grau de autonomia, capaz de proporcionar uma atuação de cunho notadamente técnico sobre o setor a ser regulado; livre, pois, de eventuais e inoportunas ingerências, típicas do Poder Executivo central.

O estudo ora em tela pretende traçar os principais aspectos sobre as agências reguladoras, seu papel no atual cenário nacional, bem como abordar as polêmicas que se inserem na questão atinente ao controle exercido pelo Poder Executivo e Judiciário em sua atuação. Não há, por óbvio, maiores pretensões em se esgotar o assunto, mas tão somente situar o leitor, traçando breves comentários e apontamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

O objetivo precípuo deste trabalho será, portanto, o de analisar os variados aspectos que circundam a discussão sobre o grau de autonomia conferido às entidades de regulação, frente a uma possível violação a princípios constitucionais, como os da separação de poderes e da legalidade, que tal poderia acarretar.

Diante das controvérsias que circundam o tema do controle a ser exercido sobre as mesmas, o presente trabalho apontará as razões que amparam tais posicionamentos, bem como discutir a atual necessidade e relevância da delimitação de parâmetros para o exercício

desse controle, a fim de que não se tenha por maculada a principal razão de ser das agências reguladoras, qual seja, sua capacidade de atuar de maneira técnica e despolitizada.

Para tanto, ao empreender tal pesquisa, pretende-se inicialmente, para uma adequada compreensão do tema, tecer algumas considerações acerca da origem histórica das entidades reguladoras, passando por uma abordagem a respeito das principais características e funções por elas exercidas.

Posteriormente, será dedicado espaço específico para um estudo aprofundado da questão do controle exercido pelo Poder Executivo central e pelo Judiciário frente a tais agências, ocasião em que serão analisados tópicos de absoluta relevância ao tema, principalmente no que tange à questão da legitimidade e limites para mencionada prática.

Por fim, cabe aqui expor, que o trabalho consistirá, fundamentalmente, em pesquisa a doutrina e, no que for pertinente, a decisões jurisprudenciais que apresentem singular relevância para a correta compreensão do tema. A metodologia utilizada no trabalho será a de pesquisa bibliográfica e a técnica, será a indutiva.

## **2 AGÊNCIAS REGULADORAS**

### **2.1 A Recepção pelo Direito Brasileiro**

As agências reguladoras surgiram na década de 90, em um cenário marcado pela intensificação dos movimentos de reforma do Estado. Inspirado no modelo norte-americano de regulação estatal, o ordenamento jurídico pátrio encontrou na ocasião as condições sociais, políticas e jurídicas adequadas para a introdução desta nova figura administrativa.

O panorama político da época se mostrou propício, tendo em vista a adoção de uma série de medidas liberalizantes da economia por parte do governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. O Estado se encontrava altamente burocratizado, não sendo capaz de atender aos anseios da sociedade. Havia uma insuficiência de recursos para o atendimento à população e uma concentração de empresas estatais atuando de forma ineficiente na área econômica.

Isso levou o governo a adotar medidas que diminuíssem e enxugassem a máquina estatal, reduzindo a intervenção do Estado em alguns setores, o que representou a substituição do Estado intervencionista pelo Estado orientador.

Ao reduzir o tamanho do Estado, tendo em conta o quadro deficitário instaurado, deu-se início ao processo de desestatização. Isso não significa, porém, que o Estado, a partir de então, passou a deixar tudo nas mãos do mercado. Houve uma intenção em se manter próximo a essas atividades, monitorando o seu exercício, o que se tornou possível por meio da criação das entidades reguladoras.

A ideia de remodelar a feição do estatal se deu, pois, com a transferência de inúmeras atividades ao mercado, diminuindo o seu tamanho, e passando com isso, a exercer o papel regulador por meio das agências. Segundo Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR<sup>1</sup>:

Factualmente, as agências, no Brasil, surgem por conta do processo de privatização e da disciplina das concessões. Neste sentido aparecem como um novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Diz-se que elas representam a substituição do modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (Estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação e regulamentação). Ou seja, nem o estado mínimo, protetor das liberdades (estado de direito liberal), nem o estado promotor de benefícios sociais e econômicos (estado social), mas o estado regulador que contribui para o aprimoramento das eficiências do mercado (estado regulador).

---

<sup>1</sup>FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/agencias/agenciasreguladoras.pdf>>. Acesso em: 10.05.2018 p.1.

É preciso observar, contudo, que o contexto em que se deu a introdução de tais agências no ordenamento pátrio foi completamente dissonante ao encontrado no modelo norte-americano.

Enquanto no Brasil se buscou um Estado mais eficiente e preparado para atender às demandas sociais através da redução de sua intervenção em determinados setores, bem como a adoção de medidas liberalizantes pelo governo da época, nos Estados Unidos a justificativa para a criação das agências foi totalmente diversa.

Em primeiro lugar, o momento de proliferação das agências norte-americanas não foi o mesmo em que se deu a importação do modelo regulatório pelo Brasil. Os Estados Unidos sempre foram marcados por um modelo liberal clássico de governo, em que não se costumava intervir na ordem social ou na ordem econômica, deixando o mercado livre de qualquer interferência estatal.

Essa liberdade, que historicamente foi dada aos particulares nos EUA, acabou gerando um problema, que culminou, no ano de 1929, na quebra da Bolsa de Nova Iorque. Seguiu-se um período de grande depressão, responsável por uma crise econômica que, por sua vez, colocou em cheque os ideais liberais do não-intervencionismo estatal.

Os EUA perceberam que a política de não intervenção na ordem social e econômica não estava funcionando, havendo uma impossibilidade de o mercado se reerguer sozinho, e surgindo a necessidade de uma regulação estatal. Entenderam assim, ser preciso que o Estado interviesse com sua força em algumas áreas sensíveis da ordem econômica e social. A partir daí, foram implementados diversos programas estatais de fundo intervencionista, conhecido como *New Deal*, que proporcionou o ambiente favorável para a proliferação das agências reguladoras nos Estados Unidos.

Nesse sentido, o fortalecimento das agências americanas, durante o *New Deal*, teve como principal justificativa o crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, com o objetivo de superar a crise então instalada.

Verifica-se, a partir daí, um aparente paradoxo, posto que no Brasil a importação do modelo, iniciado na década de 90, se deu justamente no bojo de um processo de desestatização, com a transferência de atividades estatais à iniciativa privada e a consequente necessidade de criação das agências, como forma de regular o exercício de tais atividades.

Adiante, o professor Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA<sup>2</sup> sintetiza, de forma brilhante, referida situação, a saber:

Enquanto nos Estados Unidos, as agências se multiplicam no momento de fortalecimento do Estado, no Brasil, as agências são instituídas em período de diminuição do intervencionismo estatal. O ponto comum dos dois processos regulatórios é a insatisfação do modelo adotado tanto nos Estados Unidos (modelo abstencionista) quanto no Brasil (modelo intervencionista), buscando-se um ponto médio ideal de regulação através da regulação leve (*light intervention*). Em verdade, como se percebe, o paradoxo é apenas aparente, uma vez que o processo de desestatização acarretou uma aproximação das circunstâncias político-econômicas brasileiras e norte-americanas.

## 2.2 Evolução Legislativa

Com o intuito de liberalizar a economia, foram implementadas diversas modificações na Constituição de 1988 e editadas leis, objetivando modificar o quadro econômico brasileiro e abrir espaço para a criação do modelo de regulação estatal.

---

<sup>2</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/rafael-carvalho-rezende-oliveira/o-modelo-norte-americano-de-agencias-reguladoras-e-sua-recepcao-pelo-direito-brasileiro>> Acesso em: 26.05.2018. p.9.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei 8.031/90, posteriormente modificada pela Lei 9.491/97, foi responsável por iniciar a era das privatizações, possibilitando a abertura do capital de empresas estatais, o repasse de alguns serviços públicos para a iniciativa privada, bem como a abertura ao particular de atividades econômicas até então prestadas unicamente pelas entidades governamentais.

Em 1995 foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado que tinha por objetivo facilitar a implementação das leis e das políticas públicas, através do reposicionamento do Estado na economia. Pretendia-se, também, promover a modernização da administração burocrática por meio de uma política de capacitação do serviço público e pela difusão de uma cultura gerencial baseada na avaliação de desempenho. Por fim, buscou-se o fortalecimento de mecanismos de participação popular na formulação e na avaliação de políticas públicas.

Além da elaboração do citado plano diretor, foram publicadas, nessa ocasião, cinco emendas constitucionais que buscaram, basicamente, aumentar a participação do capital privado, inclusive estrangeiro, em setores como transporte, energia e telecomunicações, bem como flexibilizar os monopólios estatais.

As emendas constitucionais que viabilizaram a abertura ao capital estrangeiro foram as de número 6/95, 7/95 e 36/02. A emenda 6/95 eliminou a discriminação às empresas com participação de capital estrangeiro e acabou com os privilégios às empresas brasileiras de capital nacional. Já a emenda constitucional 7/95 foi responsável por deixar de exigir que a navegação de cabotagem e interior fosse atividade privativa de embarcações nacionais. Por fim, a emenda 36/02 alterou o artigo 222, da Constituição Federal, para permitir a participação de estrangeiros em até 30% do capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

No que tange às emendas feitas com o fulcro de flexibilizar os monopólios estatais, tem-se as de número 5/95, 8/95 e 9/95. A primeira permitiu que os estados-membros outorgassem

concessões para que as empresas privadas explorassem os serviços públicos locais de gás canalizado (antes a concessão só poderia ser feita à empresa estatal). A emenda 8/95 determinou a criação de um “órgão regulador” para o setor das telecomunicações e representou o marco da introdução formal do instituto das agências reguladoras no Brasil. Permitiu também a exploração de todos os serviços de telecomunicações a empresas privadas, por meio de concessões, permissões ou autorizações (até então a delegação só poderia ser feita à empresa sob controle acionário estatal). Finalmente, a emenda 9/95 alterou o artigo 177, § 1º, CF, autorizando a contratação pela União de empresas estatais e privadas para a execução de atividades relacionadas à exploração do petróleo. A partir de então, rompeu-se com o monopólio estatal no setor do petróleo, trazendo a previsão da criação de um órgão regulador para disciplinar o setor.

Vale ressaltar que a emenda constitucional nº 49/06 alterou o artigo 177, inciso V, CF para flexibilizar o monopólio da União em relação aos minérios e minerais nucleares, permitindo com isso, que a produção, comercialização e utilização dos radioisótopos fossem transferidas aos particulares sob o regime de permissão.

A onda de inovações legislativas voltadas para reduzir o tamanho do Estado foi responsável pelo processo de liberalização da economia, propiciando a criação das agências reguladoras e fazendo surgir assim um novo modelo regulatório brasileiro. Foi atribuído alto grau de autonomia a essas agências, de modo que elas pudessem agir sem vínculos de subordinação hierárquica e operassem, teoricamente, segundo critérios técnicos e não políticos.

No âmbito constitucional, há três dispositivos que versam sobre a regulação. Inicialmente, tem-se o que se pode considerar como o fundamento constitucional genérico para a regulação nos moldes em que é conhecida atualmente. Trata-se do artigo 174, CF, que traz os parâmetros para que o Estado atue como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A doutrina extrai do mencionado artigo o fundamento genérico para o exercício da atividade reguladora pelas agências. A efetivação desse dispositivo é alcançada por meio da edição de legislação infraconstitucional, responsável por criar a entidade reguladora.

Além disso, as emendas 8/95 e 9/95 trouxeram, respectivamente, a previsão de dois órgãos reguladores específicos para os setores de telecomunicações e petróleo, a saber:

Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Art. 177. Constituem monopólio da União: § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

O artigo 21, inciso XI, CF, fala do serviço de telecomunicações e pede a criação de um órgão regulador, sendo, pois, o fundamento constitucional para a criação da ANATEL. Já o artigo 177, § 2º, III, CF, fala especificamente da regulação do setor do petróleo, sendo assente na doutrina ser este o fundamento constitucional para a criação da ANP.

Assim, há no corpo da Constituição duas passagens em que expressamente se pede a criação de entidades reguladoras específicas para determinado setor. Com relação à criação das demais agências, o artigo 174, CF funciona como principal fundamento genérico.

A partir da década de 90, surgem então, diversas agências reguladoras federais, isto é, autarquias especiais investidas de competência para a regulação setorial. Dentre as principais, se cita a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), instituída pela lei 9.427/97; ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), criada pela lei 9.472/97; ANP (Agência



Nacional de Petróleo), criada pela lei 9.478/97; ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), instituída pela lei 9.782/99; ANS (Agência Nacional de Saúde), pela lei 9.961/00; ANA (Agência Nacional das Águas), lei 9.984/00; ANCINE (Agência Nacional de Cinema), lei 10.454/02, dentre outras. Atualmente são onze as agências reguladoras federais em funcionamento no país.<sup>3</sup>

Por fim, cumpre esclarecer que os estados-membros e os municípios poderão igualmente instituir suas próprias agências reguladoras, exigindo-se, entretanto, que tais entidades sejam responsáveis por regular apenas as atividades submetidas à competência do respectivo ente, sob pena de ingerência indevida e violação ao pacto federativo.

## 2.3 Características das Agências Reguladoras

### 2.3.1 Aspectos gerais

As agências reguladoras são consideradas autarquias de regime especial, uma vez que se revestem de alguns poderes e detêm uma autonomia reforçada, se comparadas às autarquias comuns. Insta observar, contudo, que referidas entidades não se enquadram em uma nova classificação de pessoas jurídicas, possuindo ainda natureza jurídica de autarquias, com a peculiaridade apenas de apresentarem poderes diferenciados e uma autonomia ampliada.

Hely Lopes MEIRELLES<sup>4</sup> salienta que:

(...) a autarquia, sendo um prolongado do Poder Público, um longa manus do Estado, executa serviços próprios do Estado, em condições idênticas às dos Estado, com os mesmos privilégios da Administração-matriz e passíveis dos mesmos controles dos atos constitucionais. O que diversifica a autarquia do Estado são os métodos operacionais, que permitem maior flexibilidade de atuação, com possibilidade de decisões rápidas e ações imediatas.

---

<sup>3</sup>SENADO, agência. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/10/propostas-mudam-regras-para-escolha-de-dirigentes-de-agencias-reguladoras>>, Acessado em: 28/11/ 2018.

<sup>4</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 336.

Afirma a doutrina que as agências reguladoras no Brasil podem ter um duplo objeto. Tanto se pode ter uma agência reguladora para atuar perante a prestação de serviços públicos concedidos a particulares, como para fiscalizar, controlar ou regular a atividade econômica. Isso porque, existem certas atividades econômicas que o Estado atribui relevância geral, considerando a necessidade de uma regulação mais incisiva.

Nessa esteira de raciocínio, se destaca o seguinte trecho de importante obra do doutrinador Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>5</sup>:

O que se propõe, em obediência ao princípio da subsidiariedade, é que o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público (serviços públicos universais), ambas sob regulação estatal.

Ao versar sobre o tema, José dos Santos CARVALHO FILHO<sup>6</sup> igualmente procura delimitar a extensão e abrangência da atuação das agências, trazendo a seguinte lição:

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.

Pode mesmo afirmar-se, sem receio de errar, que tais autarquias deverão ser fortes e atentas à área sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros. A Constituição já caracterizou essas formas de abuso (art. 173, § 4º), cabendo, dessa maneira, às novas agências autárquicas a relevante função de controle dos serviços e atividades exercidos sob o regime da concessão.

No que tange ao regime jurídico dos servidores pertencentes a essas autarquias, este inicialmente era de caráter trabalhista, com amparo na Lei nº 9.986/00, determinando o regime de emprego público, regulado pela CLT (Decreto Lei 5.454/43). No entanto, sobreveio

---

<sup>5</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 35.

<sup>6</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 459/460.

a Lei n° 10.871/04, que alterou as normas relativas ao regime celetista, instituindo o regime estatutário para tais servidores, dispendo sobre a criação de carreiras e a organização de cargos efetivos. Nesse diapasão, atualmente os servidores das agências reguladoras se encontram sujeitos ao regime estatutário respectivo, sendo que na esfera federal estão submetidos aos preceitos da Lei n 8.112/90.<sup>7</sup>

Ultrapassada essa abordagem genérica do perfil das agências reguladoras, passa-se, a partir de então, a uma análise mais detida dos principais traços que caracterizam o mecanismo regulatório mais empregado na atualidade.

### 2.3.2 Autonomia Reforçada

A agência reguladora possui uma autonomia diferenciada se comparada à comumente conferida pela lei às demais autarquias no Brasil. Verifica-se a existência de uma gama de justificativas para a legislação ter atribuído tamanha autonomia para referidas agências.

A principal delas, certamente, diz respeito ao aspecto da despolitização do setor e a conseqüente busca de maior segurança jurídica na tomada de decisões.

Necessário de faz essa relativa independência das agências face ao Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, sob pena de se ter ameaçada a segurança jurídica das relações por elas supervisionadas. Os particulares que atuam em determinado setor precisam ter segurança para investir seus recursos. O Estado, ao delegar um serviço ou atividade econômica para o particular e criar uma agência para regular o setor específico, tem como escopo precípua a obtenção da eficiência e primor na sua prestação. Tal não seria possível, contudo, se referidas agências não fossem imparciais e oscilassem ao sabor das mudanças ideológicas e políticas a cada troca de governo.

---

<sup>7</sup> Ibid. p. 460.

Daí a relevância em que reside o caráter da despolitização do setor, a fim de que se possa ver assegurada uma maior segurança jurídica no mercado, atraindo com isso investidores e, conseqüentemente, garantindo a prestação do serviço público ou exercício de atividade econômica com a devida eficiência.

Destarte, quando o Estado delegar um serviço ao particular, este poderá prestá-lo sem maiores preocupações com eventuais riscos decorrentes de mudanças governamentais, uma vez que as regras ditadas pela agência, imbuída de autonomia, permanecerão as mesmas, independentemente da troca do executivo. Não poderia, assim, o chefe político interferir nas referidas regras, já que as mesmas foram instituídas por uma entidade dotada de autonomia e pessoal especializado para tanto.

Como garantia fundamental para que a independência seja assegurada, tais agências são dotadas de receitas próprias (autonomia financeira) e têm seus dirigentes nomeados por termo certo e mediante procedimento especial, com a vedação de exoneração *ad nutum* (estabilidade de seus dirigentes com mandato fixo).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar requerida na ADI nº 1949-0, teve a oportunidade de se manifestar acerca da questão envolvendo as restrições ao poder de livre nomeação e exoneração de tais dirigentes pelo chefe do Poder Executivo. Na ocasião, decidiu pela constitucionalidade da limitação à livre nomeação, tendo em conta o artigo 52, III, “F”, CF admitir a prévia aprovação do Senado Federal na escolha de “titulares de outros cargos que a lei determinar”. No que tange à vedação a exoneração *ad nutum* dos dirigentes, o Supremo decidiu igualmente pela constitucionalidade, uma vez não violar as competências do chefe do Executivo, admitindo, contudo, a exoneração por justa causa e mediante procedimento administrativo, em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, ou ainda em caso de alteração da lei criadora da agência independente.<sup>8</sup> Segue abaixo a colação da ementa do referido julgado:

---

<sup>8</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redac-10-maio-2007-alexandre-aragc3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018 p. 29.

EMENTA: I. Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei à entidade personalizada e não, à própria administração direta. II. Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembleia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. 1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 - à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III -, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembleia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 2. Carece, pois, de plausibilidade a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembleia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada. 3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembleia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. 4. A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembleia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida. III. Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma arguida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico. IV. Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido.<sup>9</sup>

Destaca Alexandre Santos de ARAGÃO<sup>10</sup> passagem do lapidar pensamento do Ministro Victor Nunes Leal, no referido julgado:

A investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda a naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e ao definir-lhe as atribuições.

<sup>9</sup>Origem: Supremo Tribunal Federal. Classe: ADIN nº 1949-0. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 18.11.99.

<sup>10</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da agência nacional de vigilância sanitária.* Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13179/14988>> Acesso em: 25.05.2018. p. 7.

Três propostas que alteram a Lei 9.986/2000, que trata da gestão de recursos humanos das agências reguladoras estão prontos para votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal neste ano. Os projetos mudam desde critérios de nomeação dos dirigentes dessas agências, ao tempo de mandato e o período de quarentena.<sup>17</sup>

Por fim, importante salientar que a independência das agências reguladoras não se restringe à relação que possuem com os demais agentes e Poderes do Estado, devendo também haver uma imposição frente aos interesses econômicos por elas regidos. Sobre o tema, ressalta Alexandre Santos de ARAGÃO<sup>11</sup>, ao defender a adoção de medidas como a quarentena, na qual se exige, por meio de lei, que o servidor passe determinado período de tempo após o exercício da função pública sem exercer qualquer atividade privada na mesma seara:

Nesse sentido, deverão ser impostas normas e garantias para que seus titulares não atuem no interesse de grupos para os quais tenham trabalhado ou para os quais pretendam, formal ou informalmente, trabalhar depois de deixarem a direção do órgão ou entidade reguladora.

Percebe-se, pois, que a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle pode acarretar indevidas ingerências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a trazer benefícios às empresas em desfavor dos usuários do serviço. Deve-se, portanto, tomar cuidado para que tal liberdade conferida às entidades regulatórias não importe em sua parcialidade quanto a um dos segmentos sob seu controle. Nesta linha de raciocínio, explicita José dos Santos CARVALHO FILHO<sup>12</sup> a seguinte lição:

É o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura (“capture theory”, na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.

---

<sup>11</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-10-maio-2007-alexandre-aragc3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018 p. 30.

<sup>12</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 460.

Para ilustrar o tema em discussão, se aborda importante controvérsia apreciada pelo Judiciário, cujo trecho da ementa segue adiante, em que se obstou a nomeação de determinadas pessoas para vagas no Conselho Consultivo de uma agência reguladora, por terem ocupado anteriormente cargos em empresas concessionárias, levando-se, pois, em conta a suspeição que o desempenho de tais agentes poderia ocasionar. E arremata o autor: “Tal decisão reflete inegável avanço no que tange ao controle judicial sobre atos discricionários, que, embora formalmente legítimos, se encontram contaminados por eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.<sup>13</sup>”

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (...) 6. "A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuam sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições". (...) 14. Na hipótese dos autos, foi nomeado como representante da sociedade o Presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A, empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Ora, a indicação do Presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL, rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, integrado por conselheiros indicados pela Casas Parlamentares, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, e também, pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo. Por certo, além de membro da sociedade o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e assim, "diante de um conflito de envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum". (...) 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL,

---

<sup>13</sup>Ibid. p. 460.

representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura da agência pelos interesses regulados. 18. Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. "É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados".<sup>14</sup>

Referido problema foi muito bem abordado por ARAGÃO<sup>15</sup>, ao afirmar que, embora não se restrinja especificamente aos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais, podendo se verificar em qualquer área da administração pública, se deve atentar para os riscos que representam na seara regulatória, a saber:

Todavia, quando um ordenamento é setorizado, os seus dirigentes, inclusive pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e freqüente com os agentes econômicos regulados, o que, se por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar à parcialidade das agências.

Consoante Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>16</sup>, a forte autonomia e a concentração de poderes nas agências reguladoras colocam em risco a sua legitimidade democrática e a sua compatibilidade com o princípio da separação de poderes. Assim, há o risco potencial de captura dos interesses (teoria da captura) pelos grupos economicamente mais fortes e politicamente mais influentes, em detrimento de consumidores e usuários de serviços públicos regulados.

Em que pesem as controvérsias atinentes às agências reguladoras, o referido autor não vislumbra óbices intransponíveis ao modelo regulatório no ordenamento jurídico pátrio, apontando os seguintes fundamentos e requisitos necessários à efetivação de sua legitimidade democrática:

---

<sup>14</sup>Origem: Tribunal Regional Federal. Classe: AP. Cível nº 342.739. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti.

<sup>15</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-10-maio-2007-alexandre-arage3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018 p. 31.

<sup>16</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 104-105.



- a) Transparência do processo regulatório e efetivação de instrumentos de democracia direta na elaboração de decisões e normas regulatórias (consultas e audiências públicas);
- b) Os órgãos colegiados das agências reguladoras devem ser compostos de representantes das mais diversas linhas de interesse (governo, empresas reguladas e sociedade civil), o que garante a pluralidade representativa e democrática;
- c) Transferência de legitimidade democrática que ocorre no momento da nomeação dos dirigentes pelo chefe do Poder e Executivo, após aprovação do Senado, órgãos de forte expressão majoritária (representantes eleitos pelo povo);
- d) Teoria dos poderes neutrais: a insuficiência da soberania popular para efetivação da democracia demonstra a necessidade de instituições estatais dotadas de forte autonomia em relação às diretrizes político-governamentais (ex.: Tribunais de Contas, Conselhos Nacionais, agências reguladoras etc.).

### 2.3.3 Especificidade Técnica

Modernamente a vida em sociedade deixou de se fundar precipuamente em valores políticos para demandar o conhecimento de fatores de ordem técnica, essenciais para o atendimento das atuais necessidades da população.

Na esfera administrativa, tal se reflete no surgimento de setores de normatização preponderantemente técnica, capazes de atender de maneira eficiente às demandas da sociedade e de acompanhar as constantes evoluções tecnológicas verificadas naquele determinado segmento.

A necessidade de um tratamento técnico do setor vem diretamente atrelado ao princípio administrativo da eficiência, consagrado no artigo 37, caput, da Constituição Federal. Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>17</sup> chega a afirmar que “é impossível exigir-se eficiência da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência.”

Acerca do conceito de eficiência, segue o doutrinador:

---

<sup>17</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 44.

A eficiência é um conceito jurídico indeterminado que, no entanto, pode envolver, para sua implementação, o exercício de competência discricionária, seja na interpretação da vontade da norma, seja na definição da melhor opção entre as diversas disponíveis (e juridicamente válidas). O dever de eficiência surge da lei; a regulação vai definir o modo de seu atendimento.

A especialização em determinado ramo do Direito vem sendo, a cada dia, acompanhado da exigência de profundos estudos técnicos da matéria regulada. Tal fenômeno pode ser facilmente observado em áreas do conhecimento em que se verifica uma constante evolução e crescimento tecnológico, como por exemplo, no direito aeronáutico, no direito agrário, no direito das patentes, no direito das energias, dentre outros.

Surge, pois, a necessidade de se acompanhar referidas inovações, a fim de que se possa garantir uma maior eficiência no atendimento às demandas da sociedade. Isso se torna possível através da atuação dos ordenamentos setoriais, em que agentes dotados da devida independência, estão capacitados para realizar a adequada regulação naquele ramo específico.

Com liberdade de atuação face ao dinamismo social e tecnológico, referidos agentes podem realizar uma regulação de forma célere, sendo, com isso, capazes de acompanhar os diferentes aspectos da atividade objeto de controle.

Ao atribuir a função regulatória para as agências dotadas de autonomia e especificidade técnica, o legislador quis colocar aquele determinado setor nas mãos de profissionais tecnicamente qualificados, reconhecendo, portanto, não ter a competência necessária para tratar de alguns assuntos. Além disso, o legislador vai também “confessar” que não possui a velocidade necessária para acompanhar as constantes mudanças e evoluções daquele setor ou mercado, transferindo, assim, a matéria para quem possui o adequado conhecimento técnico.

Nesse diapasão, o legislador criará a agência reguladora, que a partir de então, poderá tratar do assunto através de atos administrativos. Isso permitirá a ela acompanhar, com a devida velocidade, jamais almejada em sede de processo legislativo, as constantes transformações do setor.

Vale também lembrar que, transferindo tais matérias a sujeitos com reconhecida especialização, há uma tentativa, pelo próprio parlamento, de se resguardar a neutralidade política no que tange ao tratamento desses assuntos. Nesse sentido, cumpre destacar a ponderação de ARAGÃO<sup>18</sup>:

Não podemos, no entanto, ter a ingenuidade de achar que a tecnicidade é sempre acompanhada da imparcialidade, já que, salvo em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos, levando à “burocratização da política” ou à “politização da burocracia”.

Chamada à atenção para os riscos da tecnicização do direito, releva notar a grande conexão que ela possui com a evolução das fontes normativas, já que foi, juntamente com o pluralismo social, a grande causadora da erosão da legislação parlamentar, fazendo com que o próprio Parlamento, progressivamente, descentralizasse a normatização social, atribuindo-a à Administração Pública, a entidades reguladoras independentes e, em alguns casos, a entidades - não estatais - da sociedade civil.

A necessidade de um tratamento técnico do setor visando à eficiência é, pois, a ideia fulcral para a concessão da elevada autonomia às agências reguladoras.

#### 2.3.4 Poder Normativo

O poder normativo das agências reguladoras pode ser definido como o poder conferido a tais entidades autárquicas de editar normas gerais relativas ao setor submetido a seu controle.

Há de se ressaltar que existe grande discussão acerca dessa possibilidade de exercício de poder normativo por referidas agências, na qual passam a deter competência regulatória, isto é, poder para editar normas de caráter geral, abstrato e impessoal.

---

<sup>18</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redac-10-maio-2007-alexandre-aragc3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018 p. 32.

Como bem acentuou Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>19</sup>, as leis, como regra, não mais atendem aos novos padrões da sociedade, “sendo necessárias normas que tratem das especificidades, que realizem o planejamento dos setores, viabilizem a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores.”

Nesse sentido, assim se manifesta ARAGÃO<sup>20</sup>:

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, face à complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos dos de natureza preponderantemente técnica da regulação social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico.

O poder normativo das agências reguladoras tem sido, pois, largamente questionado, tanto a nível doutrinário como jurisprudencial. Ao conferir uma ampla margem de poder para que editem normas gerais, se abre a discussão acerca de eventual violação a princípios constitucionalmente assegurados, tais como o da separação de poderes e o da legalidade.

O debate em torno da constitucionalidade das agências reguladoras no que tange ao poder normativo a elas conferido tem gerado profundas discussões, não havendo ainda consenso na doutrina sobre o tema, tampouco no âmbito jurisprudencial. Enquanto uma parte da doutrina considera que tais entidades estão a ferir princípios constitucionais basilares, outra vertente admite o exercício do poder normativo, ponderando, contudo, a atividade através dos limites impostos pela lei autorizadora.

No que tange ao princípio da separação de poderes, se deve levar em conta o fato de que as agências concentram em seu poder tanto as funções executiva, legislativa, como judiciária. O exercício dessas funções típicas de outros poderes não fere a harmonia e o princípio da separação dos poderes insculpido na Constituição.

<sup>19</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 233.

<sup>20</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-10-maio-2007-alexandre-aragc3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018 p. 45.

Contudo, especialistas ainda divergem quanto à legitimidade ou não desse sistema diante dos atuais parâmetros constitucionais, entre eles e, sobretudo, o da reserva legal, disposto no artigo 5º, inciso II, CF, que só admite imposição de obrigações através de ato legislativo típico.

A doutrina é deveras controversa no que tange ao assunto, havendo posicionamentos em ambos os sentidos. Enquanto alguns autores defendem o fenômeno da deslegalização, a corrente tradicional e ainda majoritária em âmbito nacional, não concorda com tal instituto, considerando uma ofensa à reserva da lei e ao princípio da indisponibilidade do poder legiferante.

Para os autores que não admitem a deslegalização, o poder normativo dessa agência reguladora não teria nada de inovador, sendo exatamente o mesmo poder concedido a uma autarquia comum, isto é, não haveria uma ampla liberdade para editar normas que trouxessem maiores inovações para o ordenamento.

No sentido de limitar o poder normativo concedido às agências, restringindo-o a matérias que dizem respeito única e exclusivamente aos respectivos contratos de concessão pode-se destacar a opinião de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO<sup>21</sup>.

Já em sentido oposto, destaca-se a opinião de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>22</sup>, para quem o poder regulador das agências deriva da denominada *deslegalização*. Esta, por sua vez, é entendida como a técnica de delegação legal na qual o órgão competente para realizar a normatização de determinada matéria delega tal função a entidades de caráter notadamente técnico, a fim de que estas realizem a regulação com uma maior autonomia.

---

<sup>21</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 392.

<sup>22</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Natureza Jurídica. Competência Normativa. Limites de Atuação*. In. Revista de Direito Administrativo, Vol. 215, jan./mar, 1999, p. 77/79.

Igualmente defendendo referido grau de autonomia normativa, merece destaque a posição de ARAGÃO<sup>23</sup>, que assim se manifesta:

Não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. (...). Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, em face da complexidade, dinamismo e tecnização da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos dos de natureza preponderantemente técnica da regulação social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico.

Em outra oportunidade, assim se posicionou referido autor acerca da delegificação:

Por este entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?<sup>24</sup>

No campo jurisprudencial o assunto é igualmente objeto de dissonâncias. Tal assertiva encontra amparo nos próprios julgados do STF. Pode-se ilustrar a situação, por exemplo, com um caso em que se buscou reduzir o poder normativo das agências ao impedir que as mesmas editassem normas inovadoras no ordenamento jurídico. Trata-se da decisão na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.668-DF, que deferiu o pedido para suspender a aplicabilidade da expressão “nos termos por ela regulados”, constante do artigo 119 da Lei 9.472/97, que criou a ANATEL. No mesmo julgamento, assim se decidiu:

---

<sup>23</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-10-maio-2007-alexandre-aragc3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018 p. 51.

<sup>24</sup>Ibid. p. 43.

(...) o Tribunal, vencido o Min. Moreira Alves, deferiu, em parte, a cautelar quanto aos incisos IV e X do art. 19, para, sem redução de texto, dar interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. Também quanto ao inciso II do art.22 (“Compete ao Conselho Diretor: II – aprovar normas próprias de licitação e contratação”), vencido o Min. Moreira Alves, deferiu-se, em parte, para dar-lhe interpretação conforme à Constituição Federal, fixando a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência.<sup>25</sup>

Em contrapartida, o próprio STF, ao julgar a ADI nº 1949-0, cuja ementa já se teve oportunidade de colacionar, em que o Governo do Estado do Rio Grande do Sul questionou a constitucionalidade de uma lei criadora de agência reguladora estadual, decidiu no sentido de conceder uma maior independência a entidade.

Toda essa polêmica em torno do poder normativo decorre da sua amplitude disciplinadora, motivo pelo qual exige sejam analisados os limites de tal função normativa. O legislador transfere a normatização das matérias de elevada especificidade e complexidade técnicas para as agências, mas deve haver um cuidado em se impor alguns limites em que essa regulamentação será processada. Segundo José dos Santos CARVALHO FILHO<sup>26</sup>, “ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. A legalidade ou não dos atos regulatórios dependerá, portanto, de sua adequação com a respectiva lei.”

Deve-se, pois, atentar para o modo em que os administradores dirigentes das agências irão editar as suas normas técnicas, posto que as mesmas devem estar em conformidade com os standards contidos na lei. Preocupado em traçar referidos limites, assim delineia Carvalho FILHO<sup>27</sup>:

---

<sup>25</sup>Origem: Supremo Tribunal Federal. Classe: ADIN nº 1668-DF. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 20.08.98.

<sup>26</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências reguladoras e poder normativo*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-9-fevereiro-2007-jose-carvalho.pdf>> Acesso em: 07.11.2018 p. 10.

<sup>27</sup>Ibid. p. 11.

Vários são os requisitos que tais administradores deverão possuir para a consecução dos objetivos da lei.

Primeiramente, tais agentes devem ser administradores, e não políticos; quem converte a função administrativa em função política fatalmente descarta o verdadeiro escopo legal e dissimula seu desvio de finalidade. Aqui não nos estamos referindo a políticas públicas: estas existirão sempre, pois que representam as ações e estratégias a serem adotadas pelo administrador. A referência foi feita àquela política e que o fim último da atuação do agente é de caráter pessoal, não levando em conta os interesses da coletividade – aquela, afinal, que visa a benefícios e ambições pessoais do agente.

Outro requisito é a eficiência, ou seja, a competência dos administradores para o exercício de seus misteres, competência, registre-se, em seu sentido comum, indicando a necessidade de especialização técnica dos administradores no setor de influência das agências. Se os dirigentes dessas entidades não estão afeiçoados ao setor que lhes cabe controlar, os resultados serão inevitavelmente desastrosos.

Para encerrar o tema ora em tela, cumpre destacar um último comentário de ARAGÃO<sup>28</sup>:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de ordenamentos setoriais aptos a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. (...) A lei, portanto, sem dar início de per se a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente. Estas leis integram a categoria das leis-quadro ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.

Assim, na esteira de raciocínio de quem admite a figura da deslegalização, se deve ter em mente que o ato da agência deverá respeitar os parâmetros genéricos da lei que realizou o rebaixamento hierárquico da norma, bem como se submeter a juridicidade como um todo. Dessa forma, se é possível vislumbrar a adoção do instituto da delegificação, como principal modo de suprir as necessidades práticas de uma regulação social de maneira ágil e eficiente.

### 3 A FUNÇÃO REGULATÓRIA

---

<sup>28</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-10-maio-2007-alexandre-aragc3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018 p. 39-40.



### 3.1 Posicionamento didático

Carece a atividade regulatória de autonomia didática, pertencendo ao ramo do direito administrativo, não havendo, pois, que se falar no surgimento de um direito regulatório como disciplina jurídica independente.

Apesar de existirem diversas agências reguladoras em segmentos bem definidos, como na área das telecomunicações, petróleo, transporte, saúde, dentre outras, também não há que se cogitar o surgimento de um direito das telecomunicações, um direito do petróleo, etc. O que existe, na verdade, é o enquadramento desses ramos no próprio direito administrativo, que passa a ser dotado de conteúdo técnico, quando ditado por cada uma dessas áreas específicas.

Neste ponto, vale também ressaltar que o Direito Administrativo é reconhecido como disciplina autônoma no estudo do Direito pelo fato de ter princípios próprios, que o distingue dos demais ramos jurídicos. Reside justamente aqui o motivo de não haver uma disciplina autônoma para a atividade regulatória, uma vez que esta se vale de princípios já sedimentados pelo ordenamento em sede administrativa, não dispondo de princípios jurídicos próprios.

Tem-se, assim, a aplicação de princípios administrativos como forma de se obter uma moldura regulatória, já que a redução da abstração de conceitos indeterminados por meio da edição de normas reguladoras deve estar pautada em valores maiores, principalmente no que tange aos voltados para o processo de reforma do Estado.

Como bem leciona Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>29</sup> ao tratar do assunto:

Na realidade da Reforma do Estado, em que se busca a redução das despesas de custeio da máquina administrativa, a diretriz é no sentido da desestatização orientada pelos princípios da descentralização, da subsidiariedade e da economicidade, transferindo-se para a iniciativa privada tudo aquilo que não exigir a presença do

---

<sup>29</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 228.

Estado (i.e., atividades que não exijam o uso da força decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular) e possa ser desenvolvido com maior eficiência e menores custos para o administrado.

Nesse sentido, o particular encarregado de desenvolver a atividade, deverá igualmente se pautar nos princípios administrativos, havendo, pois, uma abrangência de aplicação dos referidos preceitos, que passam a ser exigidos também do particular, afastando a ideia de que há uma “fuga para o direito privado”.

### 3.2 Conceito e peculiaridades

A função regulatória se distingue de todas as demais funções administrativas e das funções legislativas e jurisdicionais. Segundo Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>30</sup>, pode-se conceituar referida atividade estatal da seguinte maneira:

A regulação (estatal) é uma função por força da qual a autoridade administrativa intervém nas decisões econômicas privadas, por meio de atos gerais, individuais ordinatórios e decisórios, com vistas ao atendimento dos interesses relevantes da coletividade, distinta da auto-regulação, que envolve o mesmo conjunto de atos aos quais os interessados voluntariamente aderem por convenção.

O procedimento sob o qual se desenvolve a atividade regulatória envolve o mecanismo em que o agente político formula a política pública e esta, para ser desempenhada com eficiência, é transpassada aos cuidados da entidade regulatória, que fica encarregada de expedir diretrizes para a adequada implementação da política pública sufragada. Assim, a função regulatória encontra limites exatamente na edição de comandos técnicos que visam a orientar a consecução de uma determinada política pública.

Pode-se afirmar que a atividade regulatória, embora seja distinta, sob determinados aspectos, das demais funções estatais (legislativa, administrativa e judicial), com elas não se confundindo, em suas atribuições envolvem funções quase-legislativas, funções quase-

---

<sup>30</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 31.

regulamentares e funções quase-judiciais. Tais funções podem ser divididas e denominadas de regulação normativa, regulação executiva e regulação judicante e serão melhor analisadas nos itens subsequentes, ocasião em que serão igualmente abordadas as principais controvérsias e discussões que envolvem o seu exercício pelas entidades reguladoras.

Cabe, em um primeiro momento, traçar os pontos em que a função regulatória se difere das demais funções estatais, a fim de demonstrar a sua peculiar condição.

Distingue-se, inicialmente, da função legislativa, na medida em que esta se encontra sempre impregnada de decisões de cunho político, e a atividade regulatória deve-se pautar em uma atuação neutra e despolitizada.

Vale ressaltar que somente a lei é capaz de inovar no mundo jurídico, criando assim direitos e obrigações, não podendo ser tal competência delegada à função regulatória. A regulação não se enquadra, pois, no exercício da função legislativa, sob pena de se ter por violado o princípio da separação de poderes, insculpido no artigo 2º, na Constituição Federal.

Em verdade, a norma regulatória se limita a interpretar o conteúdo técnico da lei, trazendo definições a conceitos jurídicos até então indeterminados. Tendo-se em conta que a lei muitas vezes é deveras genérica, distante da realidade dos fatos, a norma regulatória tem por escopo aproximá-la do administrado, trazendo a especialização necessária à concretização dos interesses dos diversos segmentos econômicos e sociais.

No que tange à sua semelhança com a função de produção de normas pela administração pública, insta observar que existem algumas peculiaridades, já que a função regulatória abrange igualmente a prática de atos executivos e judicantes.

Com relação à função executiva exercida pelo administrador através de poderes como o regulamentar, discricionária, disciplinar, de polícia, dentre outros, também há diferenças.

Nesse ponto, vale traçar a distinção entre função regulatória e função regulamentar. Segundo Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>31</sup>:

A função regulatória é distinta da função regulamentar porque esta, nos termos da Constituição Brasileira, art. 84, IV, só pode ser exercida pelo Presidente da República. Embora muito se fale na existência, no âmbito das agências reguladoras, de um “poder regulamentar amplo”; essa não é a expressão mais adequada, posto que privativo do Chefe do Poder Executivo.

Além disso, informa também que o regulamento é ato pautado em critérios políticos de detalhamento legal, enquanto a norma regulatória se limita a explicitar conceitos jurídicos indeterminados, previamente implícitos na lei.

Por sua vez, se distingue da função discricionária, na medida em que na função regulatória a discricionariedade não se dá de forma plena, se limitando, quando ocorre, à escolha de técnicas igualmente válidas e eficientes ao atendimento de um interesse coletivo. É a chamada discricionariedade técnica, em que se verifica a exigência de critérios técnicos e de solução de questões técnicas para apreciação do interesse público, posterior ou concomitante.

Quanto à função jurisdicional, Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>32</sup> aponta uma importante diferença com relação à função regulatória judicante. Observa que na maioria das vezes a função judicante do Poder Judiciário e da própria administração se encontra voltada para conflitos ocorridos em um tempo pretérito. Por sua vez, a função regulatória judicante se volta para o futuro. Há uma tendência a se realizar uma interpretação prospectiva por parte do julgador nesses casos, já que a decisão poderá ser transformada em norma, afetando não só as partes envolvidas, mas todo o mercado.

---

<sup>31</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 20.

<sup>32</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 27.

Traçadas nessas breves linhas algumas diferenças entre a atividade regulatória e as demais funções exercidas pelo Estado, pode-se perceber que a função regulatória é dotada de características próprias, as quais merecem um estudo aprofundado.

### 3.3 Regulação Normativa

Parcela considerável da função reguladora estatal é exercida por meio de diretrizes de caráter normativo, o que aproxima, em certa medida, tal função da competência legislativa.

Entra neste momento em discussão a questão da legitimidade democrática e da suposta violação ao princípio da legalidade do exercício dessa competência normativa. Muito se cogitou da ocorrência de tal afronta, alegando-se a configuração de verdadeira delegação legislativa, que passava, a partir de então a ser exercida pelas agências reguladoras, em flagrante desrespeito ao princípio da separação dos poderes consagrado pelo artigo 2º, da Constituição Federal.

Ocorre que, como já se teve oportunidade de comentar, o fenômeno da deslegalização ou delegificação não pode ser comparado e nem confundido com a simples delegação legislativa. Na verdade o que a lei faz é atribuir ao regulador o papel de preencher a moldura com conhecimentos técnicos. O legislador se limita a traçar os objetivos a serem seguidos, impondo ao regulador o papel de especificar, por meio de atos normativos, a técnica para a eficiente execução da vontade da lei.

Em apertada síntese, o doutrinador Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>33</sup> expõe com brilhantismo a situação:

O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é, assim, viável que adentre em detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento de mercados tendem a ser

---

<sup>33</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 49.

normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a freqüente necessidade de movimentação do Poder Legislativo.

Na mesma linha de raciocínio é a lição de Alexandre Santos de ARAGÃO<sup>34</sup> que, com habitual propriedade, dispõe:

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados... As leis com essas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador. O objetivo das leis assim formuladas é “introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais, muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa”.

A lei que opera a deslegalização tem por escopo degradar formalmente o grau hierárquico de uma norma, para que a partir de então, possa a mesma ser regulada através de simples regulamentos editados pelas agências. A atividade normativa visa, pois, direcionar a execução dos serviços públicos prestados ou resolver conflitos por meio de norma infralegal decorrente da necessidade concreta daquele segmento econômico ou social.

Não há que se falar em inovação no mundo jurídico, posto que a norma reguladora nada cria, se limitando a apenas explicitar, na forma e nas condições da lei autorizadora, os conceitos necessários a sua efetiva implementação.

Impende, portanto, afirmar que a transmissão democrática de competência do legislador para o órgão ou entidade reguladora deve ficar imune a eventuais críticas quanto à violação da legitimidade democrática e desrespeito ao princípio da legalidade. Contribuindo com tal

---

<sup>34</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito, in Revista de informação legislativa, ano 37, nº 148, out/dez, 2000. p. 287.

assertiva, registra-se igualmente a previsão de instrumentos de democracia direta, como por exemplo, a realização de audiências públicas e a obrigatoriedade do registro das participações e contribuições para fins de controle da atividade regulatória.

Por fim, cabe observar a discussão acerca do artigo 25 do ADCT, que preleciona ficarem revogados, a partir de determinado período após a promulgação da Constituição Federal, qualquer dispositivo legal que atribua ou delegue a órgão do Poder Executivo competência referendada ao Congresso Nacional, especialmente no tocante a sua ação normativa. Esclarece-se que tal dispositivo não vedou o exercício de funções normativas pela Administração, limitando-se a dizer que, com a exigência de reserva legal pela Constituição de 1988 em relação a matérias que a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69 não a exigiam, não foram recepcionados os atos normativos infra-legais.

### **3.4 Regulação Executiva**

A regulação executiva pode ser definida como a atividade por meio da qual se realizam atos de consentimento para ingresso no mercado, tais como a edição de licenças, autorizações e permissões, bem como a adjudicação do objeto em caso de contratos administrativos de concessão de serviços públicos. Além disso, é através da regulação executiva que se torna possível a realização de atos de fiscalização para uma adequada execução da atividade pelo particular, que deve respeitar a moldura regulatória imposta.

É dentro dessa função executiva que se enquadra a possibilidade, por parte das agências reguladoras, de aprovar reajustes e revisões de tarifas e preços, elaborar editais de licitação, celebrar contratos administrativos, bem como efetuar a arrecadação de taxa de regulação como condição de permanência no mercado. O exercício da fiscalização, da direção, da intervenção e da eventual imposição de penas ou obrigações, orientadas por critérios técnicos caracterizam, assim, a função executiva reguladora.

Especificamente no que tange à atividade de fiscalização pelo órgão ou entidade regulatório, ressalta Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>35</sup> o seguinte ensinamento:

A função de fiscalização deve prever mecanismos de participação do cidadão, destinatário final da atividade administrativa, participação essa que deve ser não apenas garantida, mas, ainda, incentivada pelo Poder Público (estimulando a organização de conselhos de consumidores e de associações de consumidores).

Finalmente, cumpre observar que quaisquer decisões de consentimento ou adjudicação, devem ser precedidas do direito de participação do cidadão, notadamente dos interessados, através de mecanismos como os da audiência pública e pesquisas de opinião, em homenagem ao princípio democrático.

### 3.5 Regulação Judicante

Tendo como objetivo a solução de conflitos entre os agentes envolvidos, tal função regulatória deve observar a imparcialidade, funcionando de maneira equidistante, como um agente externo na solução da controvérsia.

Inspirada na classificação proposta por Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>36</sup>, para quem a atividade regulatória se dá em três formas, - regulação normativa, regulação executiva e regulação judicante - a função judicante das agências tem por escopo a solução de conflitos entre os agentes, buscando o equilíbrio entre os envolvidos. Ela estaria, segundo o autor, dividida nas seguintes fases: conciliação, mediação e arbitragem.

Iniciada por uma fase de conciliação, que muitas vezes envolve não apenas as partes diretamente presentes no conflito, mas eventuais interessados, se busca inicialmente obter uma solução amigável. Nesse momento, o agente regulador funciona como mero parceiro das par-

---

<sup>35</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 62.

<sup>36</sup>Ibid. p.65.



tes, e não propriamente como um julgador. É, pois, na fase de conciliação que os agentes são estimulados a entender a vantagem da prevenção de conflitos.

Há uma ação intervencionista de um terceiro imparcial no sentido de aproximar as partes, realizando sugestões de acordo, propondo soluções através da negociação das partes em conflito e, sobretudo, salientando as vantagens que um acordo acarretaria para elas.

Inalcançada a solução amigável, parte-se para a fase da mediação, ocasião em que o agente regulador assume um papel de maior pró-atividade. Nas palavras de BARBOSA e GROENINGA<sup>37</sup>:

A mediação é um método por meio do qual uma terceira pessoa, imparcial, especialmente formada, auxilia as partes a ampliarem a comunicação por meio de uma maior compreensão das raízes dos conflitos que se apresentam. A consequência da mediação é a assunção de maior responsabilidade das partes na condução de suas vidas, sendo o acordo um dos possíveis desdobramentos da mediação (BARBOSA e GROENINGA).

Esta fase de mediação compreenderia o levantamento completo de fatos e de dados técnicos de forma a propiciar ao agente regulador a formulação de uma proposta de solução do conflito, ou seja, é apresentada pelo órgão regulador a sua visão do problema, caracterizada por um apurado estudo da questão. Tal posição servirá de fundamentação para a decisão a ser tomada se, por acaso, a questão venha a passar para a fase posterior, qual seja, a da arbitragem, transformando-se, de certo modo, no indicativo de tal decisão.

Ainda sobre a mediação, explicita Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>38</sup>:

A instância da mediação deve ser atendida com levantamento completo dos fatos e identificação dos dados técnicos, baseados em informações precisas; deve ocorrer a tentativa de desinflacionar os ânimos e conciliar os interesses em jogo (especialmente quando há divulgação do conflito pela imprensa, entidades da Administração expostas); os interessados devem ser convocados para conhecimento do procedimento que será adotado para uma decisão.

---

<sup>37</sup>BARBOSA, Águida Arruda e GROENINGA, Giselle. **Mediação e o Acesso à Justiça**. Disponível em: <<https://www.pailegal.net/mediacao/artigos/90-mediacao-e-o-acesso-a-justica>> Acesso em: 07.11.2018

<sup>38</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.66.

Uma vez frustrada a fase anterior, inicia-se a fase da arbitragem, em que o agente regulador age com o poder decisório inerente à administração pública. Trata-se de uma justiça alternativa de solução de conflitos, onde se é possível obter uma maior celeridade, com sentenças prolatadas por árbitros especialistas na área sobre que versa o conflito.

Marcos Juruena Villela SOUTO<sup>39</sup>, citando o renomado doutrinador Nelson Nery Junior, em sua defesa da decisão arbitral, mediante eventuais críticas à violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, assim dispõe:

Conclui-se, com base em Nelson Nery Junior, que o que não se pode tolerar, por flagrante inconstitucionalidade, é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do Juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral comercial é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional.

Resta, ao final do presente capítulo, uma última observação acerca da eficácia erga omnes que a decisão arbitral pode incorrer:

A decisão regulatória pode ser elevada à categoria de norma regulatória (transformação da adjudication em rulemaking), desde que observados os parâmetros exigidos para tanto (especialmente o direito à participação), nada impedindo a extensão administrativa do julgado a outros interessados que se apresentem em igualdade de condições.<sup>40</sup>

## **4 CONTROLE E REVISÃO DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

### **4.1 Controle dos atos das agências reguladoras pelo Poder Executivo central**

---

<sup>39</sup>Ibid. p.68.

<sup>40</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 70.

Não há dúvidas que os atos praticados pela Administração Pública se encontram não apenas submetidos ao controle por parte do Poder Judiciário e do Legislativo, como também do Executivo, a fim de que se possa ter assegurada uma atuação pautada nos princípios dispostos no ordenamento jurídico, perseguindo-se, notadamente, o interesse público.

Acontece que a questão ganha especial relevo quando esse controle exercido pela própria Administração incide sobre atos por ela praticados quando da sua função regulatória. Passa-se, pois, a partir de agora, à abordagem acerca do grau de independência conferido às agências reguladoras e os limites do controle que sobre elas pode ser exercido pelo Poder Executivo Central.

O cerne do debate circunda a questão da elevada autonomia atribuída a tais entidades, fazendo com que muitas vezes, suas decisões entrem em choque com as do governo, havendo, com isso, uma necessidade de criação de mecanismos coercitivos para a solução desses eventuais conflitos.

A afirmação da independência dos ordenamentos setoriais e das respectivas entidades frente ao Poder Executivo se torna deveras sensível, em virtude do maior número de pontos de contato e pela tradicional idéia de subordinação hierárquica ao Chefe do Governo.<sup>41</sup>

O alto grau de autonomia atribuído a essas agências permitiu que pudessem agir sem vínculos de subordinação hierárquica e operassem, teoricamente, segundo critérios técnicos e não políticos.

Não obstante referida autonomia encontrar limites na previsão de instrumentos de prestação de contas ao Legislativo e ao Executivo, esbarrando, por exemplo, na obrigação de apresentação de relatórios anuais, arguições parlamentares, realização de consultas e

---

<sup>41</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-10-maio-2007-alexandre-aragc3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018 P.29.

audiências públicas, bem como na fiscalização pelo Tribunal de Contas; a grande discussão, ora em tela, diz respeito até que ponto poderia o Executivo, democraticamente eleito, controlar tais decisões, tomadas por órgãos e entidades, em tese, unicamente técnicos e neutros.

Partindo para uma dimensão mais ampla, a questão em foco seria a de delimitar a atuação do Poder Executivo central e das agências reguladoras, de forma a harmonizar liderança política e administração técnica, inseridas em um contexto dicotômico, na qual fazem parte política e Administração.

Nesse sentido, deve-se atentar para que no exercício de tal controle, não haja usurpação de competências técnicas por lideranças políticas, nem ocorra, por seu turno, um elevado isolamento por parte da administração, de modo que esta fique alheia às propostas que orientam a ação pública.

É neste momento em que se abre espaço para a abordagem de assuntos como os da tutela administrativa e da direção superior do Presidente da República, bem como a questão da possibilidade e limites da supervisão ministerial, temas que serão tratados adiante.

#### 4.1.1 Tutela administrativa

Inicialmente, cumpre observar que o papel reservado às agências reguladoras é o de implementar as políticas governamentais traçadas em lei por meio de critérios técnicos. Para tanto, deu-se o fenômeno da descentralização administrativa, a fim de que fosse possível conferir a autonomia necessária para sua atuação. Transferiu-se, pois, o poder de decisão e matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria.

O fenômeno da descentralização administrativa, que na seara federal foi implementado através do Decreto Lei 200/67, se difere da desconcentração administrativa, na medida em

que permite uma maior autonomia à entidade criada. Nesse sentido, assim dispõe Jessé Torres PEREIRA JUNIOR<sup>42</sup> ao traçar alguns pontos de divergência entre os institutos:

Nesse passo, convém lembrar a distinção entre descentralização e desconcentração. A primeira – desejada pelo DL 200/67 – consiste em transferir poderes de decisão a órgãos que não sejam simples agentes do poder central; é a transferência de serviços de interesse público da Administração Direta para a Administração Indireta. A segunda é uma técnica de organização que consiste em remeter poderes decisórios a agentes do poder central colocados à testa de circunscrições administrativas.

No mesmo sentido são os ensinamentos de José CRETELLA JR<sup>43</sup>, a saber:

Ao contrário da descentralização, baseada na tutela, não havendo, pois, poderes hierárquicos entre a unidade descentralizada e a pessoa jurídica pública matriz que lhe deu origem, a desconcentração, fundada na hierarquia, pressupõe rígida vinculação entre cada uma das unidades pelas quais o hierarca distribui as atribuições.

O questionamento acerca dos limites do controle, pelo Poder Executivo central, sobre a Administração indireta estão ligadas ao fato de que as relações entre as entidades da Administração indireta e o Poder Executivo central não são hierárquicas, implicando, a descentralização administrativa, não apenas na transferência de atividades administrativas, mas também decisórias a entidade reguladora.

Não há, nos casos de descentralização administrativa, subordinação de órgãos inferiores aos mais elevados, como ocorre dentro da estrutura da administração direta. Inexiste, pois, controle hierárquico sobre a administração indireta, incidindo uma modalidade de controle conhecida como tutela administrativa.

Assim, a transferência da execução de determinadas políticas públicas do Poder Executivo central para uma entidade dotada de personalidade jurídica própria merece especial fiscalização, mediante referida tutela administrativa, com o fim de garantir a observância da legali-

---

<sup>42</sup>PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Tutela administrativa*. Rio de Janeiro: Plurate, 1983. p.40.

<sup>43</sup>CRETELLA JR, José. *Dicionário de direito administrativo*. Rio de Janeiro: ed. forense, 1978. p. 183.

dade e o cumprimento do interesse público. Nas palavras de DI PIETRO<sup>44</sup>, trata-se de verdadeiro dever do Executivo central o exercício de tal controle, como a seguir se depreende:

De um lado, a capacidade de autoadministração, que lhes confere o direito de exercer, com independência, o serviço que lhes foi outorgado por lei, podendo opor esse direito até mesmo à pessoa política que as instruiu. De outro lado, o dever de desempenhar esse serviço, que as coloca sob fiscalização do Poder Público; este precisa assegurar-se de que aquela atividade que era sua e foi transferida para outra pessoa jurídica seja executada adequadamente.

Pode-se então dizer, que dentre as formas de controle administrativo existentes, a tutela seria a modalidade aplicável às agências reguladoras, tendo em vista que pode ser definida como uma “fiscalização que os órgãos centrais das pessoas públicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, nos limites definidos em lei”<sup>45</sup>

Em contrapartida, a relação de hierarquia existe dentro de uma mesma pessoa jurídica, ou seja, enquanto a tutela encontra-se interligada com a descentralização, a hierarquia está relacionada com a desconcentração.

Nas lições de Miriam WIMMER<sup>46</sup> sobre o tema, se pode extrair o seguinte ensinamento:

O poder hierárquico é incondicionado e implica subordinação de órgãos inferiores aos mais elevados. Já a tutela administrativa é um modo de controle que pressupõe duas pessoas jurídicas distintas em confronto. Uma vez que a administração descentralizada é dotada de competência decisória própria, fixada por lei, em matéria específica, inexistente fungibilidade entre as atribuições dos órgãos em confronto, o que, segundo parcela da doutrina, exclui a possibilidade de controle hierárquico e avocação de competências.

Assim, o poder hierárquico, caracterizado, dentre outras atividades, como o poder de dar ordens, substituir, fiscalizar, rever atos e aplicar sanções, não pode ser aplicado quando se

---

<sup>44</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. P. 451.

<sup>45</sup>Ibid. p. 452.

<sup>46</sup>WIMMER, Miriam. *A conflituosa relação entre o poder executivo central e agências reguladora: a busca pelo equilíbrio*, in *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, nº 10, 171-193, abr/jun, 2008. p. 178.

trata da relação estabelecida entre o Poder Executivo central e a autarquia de regime especial, uma vez que, por pertencer à administração indireta, não se submete a uma estrutura unitária hierarquicamente ordenada.

Trata-se, como dito, de uma pessoa jurídica dotada por lei de competência própria. Neste caso, o controle deve ser exercido por meio da tutela administrativa, que pressupõe a existência de duas pessoas jurídicas distintas em confronto.

O controle incidente sobre as agências não determina que tais entes descentralizados estejam hierarquicamente subordinados à Administração Direta, diferenciando o vínculo da tutela da relação de hierarquia imposta aos órgãos da administração central. Como bem aponta DI PIETRO<sup>47</sup>, convém reproduzir as seguintes diferenças entre tutela e hierarquia:

1. A tutela não se presume, pois só existe quando a lei prevê; a hierarquia existe independentemente de previsão legal, porque é princípio inerente à organização administrativa do Estado;
2. A tutela supõe a existência de duas pessoas jurídicas, uma das quais exercendo controle sobre a outra, existindo onde haja descentralização administrativa; a hierarquia existe dentro de uma mesma pessoa jurídica, relacionando-se com a idéia de desconcentração.
3. A tutela é condicionada por lei, ou seja, só admite os atos de controle expressamente previstos; a hierarquia é incondicionada e implica uma série de poderes que lhes são inerentes, como o de dar ordens, o de rever os atos dos subordinados (ex officio ou mediante provocação), o de avocar e delegar atribuições.

Vale ressaltar que em ambos os casos há controle administrativo, ocorrendo, contudo, um controle mais incidente, na hipótese em que há relação hierárquica.

A tutela administrativa igualmente não pode ser confundida com a autotutela, forma diversa de controle, em que se é conferida à Administração poder de rever os próprios atos, corrigindo ou anulando os ilegais, bem como revogar os inoportunos ou inconvenientes.

---

<sup>47</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. P.421.

Consoante autorizada doutrina de DI PIETRO<sup>48</sup>, pode-se definir a tutela administrativa da seguinte maneira:

(...) a tutela pode ser definida como a fiscalização que os órgãos centrais das pessoas jurídicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, nos limites definidos em lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das suas finalidades institucionais.

Insta, dessa forma, traçar os limites do exercício dessa tutela administrativa frente às agências reguladoras, tendo-se em conta o fato de estarem submetidas a um regime jurídico diferenciado, caracterizado essencialmente por garantias como a independência decisória e pela inexistência de subordinação hierárquica. Para identificar os problemas nos setores regulatórios, o diálogo entre o Poder Executivo central e tais agências deve ser realizado de maneira muito mais sutil, respeitando o seu grau de autonomia e permitindo uma maior flexibilidade em sua atuação.

ARAGÃO<sup>49</sup> chega a afirmar que a relação entre eles estabelecida é classificada como de direção, em que o órgão central realizaria um direcionamento das políticas públicas sem que, contudo, ferisse a autonomia conferida a tais agências. Nesse sentido, assim se expressa o ilustre doutrinador:

[...] diversamente da relação hierárquica, temos a relação de direção, [...] que tem como conteúdo o poder do superior influenciar a atividade do outro mediante a indicação das linhas gerais nas quais este deve se inspirar no desenvolvimento de suas funções; e correlativamente, no poder de supervisioná-la para mantê-las de acordo com as diretivas. A relação de direção pode assumir configurações diversas [...], mas o elemento que lhe confere tipicidade é o fato deste vínculo não tolher a liberdade de escolha confiada ao destinatário das diretivas (que devem ser observadas em relação às circunstâncias dos casos singulares).

Tal debate deve considerar, em um primeiro momento, em que medida a independência das agências se harmoniza com o disposto nos artigos 84, inciso II e 87, parágrafo único da Constituição Federal. Referidos dispositivos estabelecem a competência privativa do

---

<sup>48</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. P.422.

<sup>49</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 364.



Presidente da República para exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração federal, bem como a competência dos Ministros de Estado para exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração federal, conhecida como supervisão ministerial, a saber:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

Importante realçar que, a despeito da previsão constitucional, não se pode admitir que o poder de direção superior e de supervisão ministerial intervenha de forma ilimitada, devendo se restringir a determinar rumos e diretrizes para a realização de políticas públicas, assegurando, assim, a atuação harmônica da Administração.

Ao tratar do assunto, DI PIETRO<sup>50</sup> considera que, muito embora haja disposição constitucional acerca do poder de direção superior da administração por parte do presidente, as autarquias reguladoras se inserem em um regime diferenciado, no qual não se admitiria nem mesmo revisão ou alteração de seus atos pelo Poder Executivo central, a saber:

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias, compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no artigo 49, X, CF, não podendo escapar à “direção superior da administração federal”, prevista no artigo 84, II. Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo.

---

<sup>50</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. P.418.

Por fim, cumpre reproduzir trecho em que Odete MEDAUAR<sup>51</sup> expõe com propriedade o assunto, delimitando a atuação da tutela administrativa, que sempre deve estar atenta aos limites legalmente impostos.

(...) se a tutela administrativa contrapõe-se à independência conferida por lei aos entes públicos descentralizados, somente um texto de lei poderá determinar seu exercício. A tutela não se presume; ela se constitui de uma soma de competências particulares atribuídas explicitamente por lei, que não podem ser acrescidas, nem por analogia.

#### 4.1.2 Recurso hierárquico impróprio

Entra em discussão, no contexto em tela, a questão da plausibilidade ou não de interposição de recurso hierárquico impróprio das decisões das agências para os Ministros de Estado.

O recurso hierárquico impróprio, ao devolver à autoridade superior, estranha ao corpo administrativo da entidade, o poder de decisão sobre os atos emitidos pela agência, pode ser assim definido pela doutrina:

Recurso hierárquico impróprio, em síntese, é aquele endereçado à autoridade administrativa que não é hierarquicamente superior àquela de que exarou o ato recorrido. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: ‘Os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isto são chamados de recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para a autoridade encartada em outra pessoa jurídica, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico impróprio’ (...) Na mesma linha de raciocínio, José Cretella Júnior denota que ‘Recurso hierárquico impróprio é o que dirige à autoridade não hierarquicamente superior àquela de que emanou o ato impugnado. É recurso previsto em lei, mas de uso excepcional, visto faltar-lhe o fundamento indispensável da hierarquia.’ (...).<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup>MEDAUAR, Odete. *Controle administrativo das autarquias*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 68.

<sup>52</sup>GUERRA, Sérgio. *Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial*, texto componente do livro *O poder normativo das agências reguladoras*, Alexandre Santos de Aragão, coordenador, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 492.

No que tange ao grau de centralização de poderes no Executivo central, vale pontuar a existência de duas posições antagônicas.

Há os que consideram que o poder de direção superior confere ao chefe de governo um amplo poder sobre toda e qualquer atividade estatal, bem como haveria um poder incondicionado por parte dos ministérios na sua função de coordenação e supervisão das atividades respectivas. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Sérgio GUERRA<sup>53</sup>, que não vislumbra impedimentos legais “à interposição de recurso hierárquico impróprio endereçado a Ministro de Estado contra decisão colegiada de agência reguladora, ingressando em seara de competência da Administração central”.

Em contrapartida, existem os que consideram que a direção superior aplicada às agências reguladoras se restringe meramente a oferecer uma orientação, limitando-se ao exercício da tutela administrativa. Corroborando com tal entendimento, Miriam WIMMER<sup>54</sup> assim se manifesta:

Não haveria sentido em instituir tais garantias de autonomia decisória e simultaneamente permitir a revisão de suas decisões pelos Ministérios ou pelo Presidente da República, uma vez que a possibilidade de avocação presidencial ou interposição indiscriminada de recursos hierárquicos impróprios atribuiria ao Executivo central um poder revisor que não pode ser obtido através da substituição política da direção dessas entidades. Com efeito, seria desprovido de lógica dotar, por lei, um órgão de personalidade jurídica, competência e patrimônio próprios e ao mesmo tempo fazer incidir sobre ele um controle intenso a ponto de fazê-lo funcionar como órgão subordinado hierarquicamente.

No mesmo sentido é a opinião de ARAGÃO<sup>55</sup>, ao versar sobre o tema, conforme se depreende da seguinte observação:

---

<sup>53</sup>GUERRA, Sérgio. *Controle das agências reguladoras por meio da supervisão ministerial*. RDPE 10, 2005. P. 221.

<sup>54</sup>WIMMER, Miriam. *A conflituosa relação entre o poder executivo central e agências reguladora: a busca pelo equilíbrio*, in Revista de Direito do Estado. Ano 3, nº 10, 171-193, abr/jun, 2008. p. 180.

<sup>55</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC – 051, 237*, in Revista de Direito. Administrativo, v. 245, pp. 237-62, 2007. p. 244.

A admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico das agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas, restaria totalmente corrompido se o Ministério ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor, caso a caso, a sua vontade pela simples alegação de violação de política pública.

Entretanto, importante ponderação é feita por Luís Roberto BARROSO<sup>56</sup>, atentando para os problemas que uma atuação totalmente independente das agências reguladoras poderia causar, a saber:

É que se couber às agências a determinação integral das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Chefe do Executivo em termos de competência decisória, valendo lembrar que é ele quem detém a legitimidade democrática, recebida nas eleições, para exercer a função administrativa. É possível mesmo vislumbrar um cenário no qual a multiplicação das agências, cada qual dotada de completa independência em relação ao Executivo, acabaria por esvaziar o espaço decisório que lhe cabe constitucionalmente.

Cabe observar que nenhuma lei instituidora de entidades de regulação traz consigo previsão da existência de recurso administrativo hierárquico impróprio contra suas decisões. Além disso, algumas leis instituidoras de agências determinam de modo expresso o descabimento de recurso hierárquico impróprio, afirmando inexistir qualquer vínculo hierárquico ou decisório com o Poder Executivo central, devendo tais agências deter a competência para julgar em última instância os recursos contra seus atos. Nesse sentido, agências como a ANATEL e a ANVISA são expressamente designadas como responsáveis para decidir em último grau sobre suas matérias.

Em consonância com entendimento amplamente adotado pela doutrina, Odete MEDAUAR<sup>57</sup> chega a afirmar que o exercício da tutela administrativa não é presumido, devendo resultar sempre de previsão da lei que criou a entidade da Administração indireta, que será responsável por traçar os parâmetros e os limites de controle a que restará submetida. Assim, na ausência de previsão expressa de instrumentos como a avocação presidencial e os recursos hierárquicos impróprios, estes não podem ser presumidos.

---

<sup>56</sup>BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem e agências reguladoras, REDAE 1, 2005.

<sup>57</sup>MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 65.

Isso demonstra a exigência de um tratamento diferenciado no controle das agências reguladoras pelo Executivo, que deve respeitar os limites impostos pela lei que criou a entidade. Algumas leis de criação costumam, inclusive, prever mecanismos de acompanhamento contínuo pela administração direta, de forma a garantir a harmonização da atuação da agência às políticas governamentais.

A relação entre as agências reguladoras e os governantes eleitos democraticamente se encontra facilmente vulnerável a pressões de grupos sociais e a opinião pública. Neste contexto, Miriam WIMMER<sup>58</sup> assim aborda:

Nesse cenário, atribuir ao Presidente da República ou aos Ministros de Estado competências para intervir a qualquer momento na atuação das entidades da Administração indireta faria ruir todo o arcabouço institucional criado ao redor da idéia de agências reguladoras como entidades eminentemente técnicas, dotadas de independência e distanciamento em relação aos critérios político-partidários de decisão. A intervenção casuística do Executivo central é suscetível de gerar enorme insegurança jurídica quanto à estabilidade e continuidade das relações administrativas.

Deve-se tomar cautela para que não ocorra uma demasiada ingerência do Poder Executivo central sobre as decisões das agências, posto que um alto grau de controle por parte das autoridades eleitas representaria um total domínio político, figurando o repudiado fenômeno da captura. Estaria na contramão dos ditames propagados pelo princípio da eficiência, na medida em que representaria uma inversão lógica da própria razão de ser das entidades reguladoras, cuja estruturação e modelo encontram fundamentos teóricos na necessidade de uma maior estabilidade na implementação de políticas de longo prazo, resguardadas de decisões pautadas em opiniões puramente clientelistas do governo da situação.

Pelo explicitado, defende-se a ideia de não ser possível o controle do Poder Executivo central sobre as entidades reguladoras por meio do recurso hierárquico impróprio se tal

---

<sup>58</sup>WIMMER, Miriam. *A conflituosa relação entre o poder executivo central e agências reguladora: a busca pelo equilíbrio*, in Revista de Direito do Estado. Ano 3, nº 10, 171-193, abr/jun, 2008. p. 181.

mecanismo não tiver autorização na lei de sua criação, não havendo, pois, que se falar em revisão das decisões pelos agentes políticos.

Contudo, essa não é uma opinião unânime, havendo, inclusive, precedentes administrativos admitindo-se a interposição de recurso hierárquico impróprio, ainda que sem expressa autorização legislativa.

Trata-se da autorização para interposição de recurso hierárquico impróprio movido pelos operadores portuários do porto de Salvador contra decisão da ANTAQ a respeito da cobrança de taxa pela entrega de contêineres aos recintos alfandegários. Na ocasião, houve conhecimento e provimento do recurso pelo Ministério dos Transportes, o que gerou uma série de debates e o parecer normativo nº AC-51 da AGU, que inclusive se posicionou a favor da interposição recursal pela via hierárquica imprópria.

Assim, o Parecer Normativo nº AC-51 da AGU, determina tal possibilidade sempre que se verificar que a agência reguladora ultrapassou os limites de sua competência definida em lei ou violou as políticas públicas conferidas para o setor.

Na ocasião, a AGU utilizou como argumento a ideia de que o recurso hierárquico impróprio seria uma das maneiras de manifestação da supervisão ministerial e que não existia área administrativa imune à supervisão ministerial, sendo, portanto, seria cabível o recurso hierárquico impróprio de modo a atender às políticas públicas legalmente formuladas pelos Ministérios.

No entanto, o parecer traz ressalva no sentido de não permitir a interposição do referido recurso se a decisão da agência tiver sido adequadamente pautada no âmbito de sua competência e não desrespeitar as políticas públicas definidas para o setor.

Compartilhando da opinião de Miriam WIMMER<sup>59</sup>, ressalta-se o seguinte trecho:

Deve-se, no entanto, observar que embora pareça correto admitir a correção de rumos de decisões regulatórias que (i) ultrapassem os limites das competências materiais da agência definidas em lei ou regulamento, ou (ii) violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta, deixar tal correção de rumos nas mãos do próprio Executivo central, atribuindo-lhe inclusive o juízo quanto ao cabimento, no caso concreto, do recurso hierárquico impróprio ou da avocação presidencial, equivale, na prática, a retirar das agências reguladoras grande parte de sua autonomia decisória.

Na prática, esse controle pelo Poder Executivo vem sendo exercido pela Advocacia Geral da União, nos termos da Lei Complementar n° 73/93, cabendo a esta instituição fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a fim de que sejam uniformemente seguidos pela administração. Assim, os pareceres da AGU passam a ter efeito vinculante sobre a Administração Federal a partir da sua aprovação pelo Presidente da República.

Insta observar que, não obstante referida lei complementar tenha atribuído à AGU o papel de dirimir eventuais impasses interpretativos, emitindo pareceres a serem seguidos pela administração em âmbito federal, ainda são grandes as controvérsias acerca da sua incidência sobre as entidades da administração indireta. Isso se deve ao fato de que, a partir do momento em que um parecer vincule a entidade a adotar determinada conduta, haveria, na verdade, uma submissão hierárquica desta frente ao Poder Executivo central, já que é o Presidente da República quem assina mencionado parecer, alçando-o ao grau vinculante. A discussão está intrinsecamente relacionada à mitigação da autonomia da entidade que tal vinculação acarreta, posto que a AGU não é um órgão independente do Poder Executivo central, fazendo incidir um controle que, teoricamente, não deveria ocorrer.

Embora a questão seja tormentosa, é possível vislumbrar na jurisprudência alguma tendência no sentido de preservar a autonomia e independência das entidades da

---

<sup>59</sup>WIMMER, Miriam. *A conflituosa relação entre o poder executivo central e agências reguladora: a busca pelo equilíbrio*, in Revista de Direito do Estado. Ano 3, n° 10, 171-193, abr/jun, 2008. p. 184.

administração indireta frente aos pareceres vinculantes da AGU que determinam a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio.

O MS nº 10.138/DF, por exemplo, afirmou a impossibilidade de cabimento do recurso hierárquico impróprio contra as decisões colegiadas do CADE. Embora este não possa ser caracterizado como agência reguladora, é órgão que igualmente possui independência frente aos poderes centrais, motivo pelo qual os argumentos utilizados para afastar a vinculação à Administração Direta podem ser aproveitados e aplicados no que diz respeito ao debate envolvendo as agências reguladoras.

PROCESSO CIVIL – RECURSO HIERÁRQUICO – NÃO CABIMENTO – LEI 8.884/94 1. Da decisão do Cade não cabe recurso no âmbito da esfera administrativa (art. 50 da Lei 8.884/94). 2. Recurso hierárquico interposto pelo MPF ao Ministro da Justiça, contra decisão colegiada do Cade, devidamente arquivado. 3. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse.<sup>60</sup>

No mesmo sentido, decisão do TRF 1ª Região acerca da controvérsia entre o CADE e o Banco Central, consignando expressamente a inexistência de força vinculante dos pareceres da AGU, a saber:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ATRIBUIÇÕES JURÍDICAS CONFERIDAS AO BACEN E AO CADE, RESPECTIVAMENTE, PELAS LEIS 4.595/64 E 8.884/94, QUE HÃO DE SER EXERCIDAS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE NO PARECER DA AGU, QUE SUBMETA O CADE A LHE DAR FIEL OBSERVÂNCIA NO QUE CONCERNE, ESPECIFICAMENTE, AO CONTEÚDO DE SEUS JULGAMENTOS E À SUA COMPETÊNCIA PREVISTA NA LEI ANTITRUSTE.

(...)

4. Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos - no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos -, que, eventualmente, possam advir de uma inde-

---

<sup>60</sup>Origem: Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS 10138-DF. Órgão julgador: Primeira Seção. Relator: Ministra Eliana Calmon, DJ 09.11.05.



vida ingerência do Poder Executivo. 5. Apelação do CADE e remessa oficial, tida por interposta, providas.<sup>61</sup>

No julgamento do MS nº 8.810/DF, o STJ concluiu que o uso do recurso hierárquico impróprio, como instrumento para a execução da supervisão ministerial, viola o princípio da legalidade, uma vez que deve haver previsão legal nesse sentido.

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONSELHO DE CONTRIBUINTES - DECISÃO IRRECORRIDA – RECURSO HIERÁRQUICO – CONTROLE MINISTERIAL – ERRO DE HERMENÊUTICA. I - A competência ministerial para controlar os atos da administração pressupõe a existência de algo descontrolado, não incide nas hipóteses em que o órgão controlado se conteve no âmbito de sua competência e do devido processo legal. II - O controle do Ministro da Fazenda (Arts. 19 e 20 do DL 200/67) sobre os acórdãos dos conselhos de contribuintes tem como escopo e limite o reparo de nulidades. Não é lícito ao Ministro cassar tais decisões, sob o argumento de que o colegiado errou na interpretação da Lei. III – As decisões do conselho de contribuintes, quando não recorridas, tornam-se definitivas, cumprindo à Administração, de ofício, “exonerar o sujeito passivo “dos gravames decorrentes do litígio” (Dec. 70.235/72, Art. 45). IV – Ao dar curso a apelo contra decisão definitiva de conselho de contribuintes, o Ministro da Fazenda põe em risco direito líquido e certo do beneficiário da decisão recorrida.<sup>62</sup>

Nessa esteira de raciocínio, oportuno realizar a colação dos seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA: RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 102, II, 'A'): DEVOLUÇÃO AO S.T.F., A EXEMPLO DA APELAÇÃO (CPC, 515 E PARAGRAFOS), DO CONHECIMENTO DE TODA A MATÉRIA IMPUGNADA, QUE PODE ABRANGER TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS E DISCUTIDAS NO PROCESSO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL OU NÃO E AINDA QUE A SENTENÇA NÃO AS TENHA JULGADO POR INTEIRO. 2. AUTARQUIAS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL: SUPERVISAO MINISTERIAL (DL 968/69). ENQUANTO SE MANTENHA A AUTARQUIA PROFISSIONAL NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS ATIVIDADES FINALISTICAS, CARECE O MINISTRO DO TRABALHO DE COMPETÊNCIA TUTELAR, SEJA PARA DECIDIR, EM GRAU DE RECURSO HIERARQUICO, POSTO QUE IMPROPRIO, SOBRE AS DECISÕES CONCRETAS DA ENTIDADE CORPORATIVA, SEJA PARA DAR-LHE INSTRUÇÕES NORMATIVAS SOBRE COMO RESOLVER DETERMINADA QUESTÃO JURÍDICA DE SUA ALÇADA. 3. ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEL: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, CUJA INCLUSAO NO ÂMBITO PROFISSIONAL

---

<sup>61</sup>Origem: Tribunal Regional Federal 1ª Região. Classe: Apelação em MS nº 2002.34.00.033475-0/DF. Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida, DJ 05.10.07.

<sup>62</sup>Origem: Superior Tribunal de Justiça. Classe: AgMg na MC 8810/AL. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator: Ministra Denise Arruda, DJ 28.09.04.

DOS TÉCNICOS DE ADMINISTRAÇÃO DEPENDE DO EXAME DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.<sup>63</sup>

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DO DER/MG. AUTONOMIA DO ENTE DESCENTRALIZADO PARA INSTAURAR E JULGAR PROCESSOS DISCIPLINARES. ÓRGÃOS DE DIREÇÃO SUPERIOR. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I - O controle exercido pelo Poder Central em relação aos entes descentralizados é limitado ao especificado em lei, preservando-se, por conseguinte, a autonomia administrativa destes II - A condução e julgamento de processos administrativos disciplinares é característica do controle hierárquico, o qual inexistente na relação entre as entidades descentralizadas e o Poder Central. III - Cabe à direção superior da autarquia o julgamento e aplicação de eventuais penalidades aos servidores autárquicos, já que neste âmbito, ou seja, no interior do ente descentralizado, vigora o princípio hierárquico. IV - Princípio do contraditório e da ampla defesa preservados, a despeito da não obtenção de cópias de todo o processo administrativo em momento imediato ao requerimento, tendo em vista o grande volume de documentos. Recurso ordinário desprovido.<sup>64</sup>

Assim, em regra, defende-se no presente trabalho o não cabimento de recursos contra atos da Administração Indireta perante a Administração Direta sem que haja previsão legal nesse sentido. O recurso normalmente é utilizado nas hipóteses de relação de subordinação hierárquica, o que não ocorre no caso das agências reguladoras. Em se tratando de entidades reguladoras será apenas excepcionalmente utilizado se houver previsão legal expressa, caso em que passa a ser conhecido como recurso hierárquico impróprio.

Portanto, não seria de bom tom que tais pareceres da AGU adentrassem nas questões de mérito das decisões tomadas pelas entidades às quais a lei tenha atribuído um maior nível de autonomia e independência. Sua atuação deve respeitar as decisões dotadas de especificidade técnica, a fim de garantir a autonomia das agências. Corroborando com tal entendimento, Miriam WIMMER<sup>65</sup> assim determina:

(...) se desempenhado com equilíbrio, imparcialidade e, principalmente, com deferência ao delicado balanço entre legitimidade democrática e conhecimento técnico especializado, o papel exercido pela AGU pode contribuir para um aumento na segurança jurídica e harmonia da atuação administrativa, na medida em que se

<sup>63</sup>Origem: Supremo Tribunal Federal Classe: RMS 20976/DF. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 07.12.89.

<sup>64</sup>Origem: Superior Tribunal de Justiça. Classe: RMS 12467/MG. Órgão julgador: Quinta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz, DJ 20.04.06.

<sup>65</sup>WIMMER, Miriam. *A conflituosa relação entre o poder executivo central e agências reguladora: a busca pelo equilíbrio*, in Revista de Direito do Estado. Ano 3, nº 10, 171-193, abr/jun, 2008. p. 187.

estabelece uma “ponte” entre a administração técnica e as pautas políticas que devem legitimar sua atuação.

#### 4.1.3 Avocação presidencial

O instituto da avocação encontra previsão na lei que rege o processo administrativo federal, pressupondo subordinação hierárquica e sendo permitido apenas em caráter excepcional e por motivos devidamente justificados. É o que dita o artigo 15, Lei 9784/99, a saber: “Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.”

Não obstante tal determinação legal, o parecer normativo nº AC - 51 da AGU defende o cabimento da avocação presidencial em qualquer hipótese, não havendo, a seu ver, caráter algum de excepcionalidade em sua utilização, uma vez amparado pelo artigo 84, II, da Constituição Federal.

#### 4.2 Controle dos atos das agências reguladoras pelo Judiciário

Atualmente no ordenamento jurídico pátrio todo e qualquer ato administrativo poderá ser submetido à apreciação do Poder Judiciário, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXV, CF garante a inafastabilidade de jurisdição. Desse modo, os atos emanados pelas agências reguladoras igualmente estarão sujeitos a controle jurisdicional, toda vez que o administrado sofrer lesão ou ameaça a algum direito.

O debate em torno do controle exercido, especificamente sobre as entidades de regulação, diz respeito ao fato de que são dotadas de funções judicantes. Isso torna a discussão acerca dos limites do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos executivos estatais ainda mais relevante.

No Brasil a jurisdição é una e, por esse motivo, as decisões dos órgãos reguladores podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, o que não ocorreria no sistema do contencioso administrativo, que prevê uma instância própria para o controle dos feitos da Fazenda Pública.

O sistema de jurisdição una (sistema inglês) significa dizer que tanto os atos privados como os atos administrativos se submetem à sindicância e, em determinados casos, à revisão pelo Poder Judiciário. O renomado doutrinador José dos Santos CARVALHO FILHO<sup>66</sup>, ao traçar as características dos institutos da jurisdição una e da contenciosa assim dispõe:

O sistema de contencioso administrativo, também denominado de sistema da dualidade de jurisdição ou sistema francês, se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma Justiça Administrativa. (...) Em ambas as Justiças, as decisões proferidas ganham revestimento de *res iudicata*, de modo que a causa apreciada em uma delas não mais pode ser reapreciada pela outra. Diverso delineamento tem o sistema da unidade de jurisdição, também conhecido como sistema do monopólio de jurisdição ou sistema inglês. Por essa modalidade de sistema, todos os litígios, administrativos ou de caráter privado, são sujeitos à apreciação e à decisão da Justiça Comum, vale dizer, a que é composta de juízes e tribunais do Poder Judiciário. (...) No sistema da unidade de jurisdição apenas os órgãos do Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com o caráter da definitividade.

Assim, verifica-se que não é necessário se esgotar a via administrativa para postular a tutela jurisdicional. Os atos administrativos emanados pelas agências poderão ser revistos pelo Judiciário, inclusive no que concerne aos de cunho discricionário, vedada, contudo, a interferência jurisdicional sobre a valoração técnica inerentes à regulação de setores da economia.

É justamente em relação aos limites de atuação do Poder Judiciário que a questão do controle exercido sobre as agências ganha especial alento, uma vez que eventual excesso na atuação jurisdicional sobre as decisões administrativas, notadamente as de cunho técnico, traz consigo a controvérsia acerca da substituição das decisões de agentes públicos, democraticamente eleitos ou não, pelos juízes. Em suma, deve haver uma ponderação no que

---

<sup>66</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 944/945.

diz respeito ao aparente conflito entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o princípio da separação de poderes.

Neste diapasão, bem observa Sérgio GUERRA<sup>67</sup>

Se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despidido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio – esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma decisão voltada a apenas um dos aspectos em questão, danificar a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado.

Visto que o Judiciário pode apreciar atos discricionários, no que tange à análise da sua razoabilidade, e que a função regulatória envolve a valoração discricionária de técnicas de formatação eficiente do segmento regulado, cumpre apreciar como se desenvolve a conveniência entre os atos regulatórios e o controle jurisdicional.

Inicialmente, vale ressaltar que, em regra, o controle judicial dos atos administrativos discricionários encontra limites na mera invalidação deste mesmo ato para que assim, a administração pública edite outro dotado de razoabilidade. Isso se deve ao fato de que os juízes não possuem conhecimentos técnicos suficientes para apreciar a complexidade setorial envolvida, podendo, muitas vezes, incorrer em atitudes inapropriadas. Os juízes são generalistas e os reguladores especialistas, isto é, os primeiros normalmente se encontram distantes da realidade das operações cotidianas, não tendo, pois, competência para substituir a valoração técnica do órgão regulador.

A entidade reguladora, além de considerar aspectos de ordem econômica e social acerca da técnica mais adequada a ser aplicada, levará em conta dados não apenas pretéritos, mas elementos voltados para o futuro, através de um exercício prospectivo. Só assim se poderá ter

---

<sup>67</sup>GUERRA, Sérgio. *Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios*. Disponível em:<  
[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=%20Sergio%20Guerra](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Sergio%20Guerra)> Acesso em:  
23.09.2018. p.10.

uma atuação verdadeiramente consciente e que não comprometa outros valores a serem preservados.

Não deve caber ao Judiciário substituir o juízo técnico, resultante de ponderação promovida por um órgão regulador, pelo seu, salvo no caso de zona de certeza de sua manifesta irrazoabilidade ou de inobservância da aplicação das normas que regem os atos regulatórios.

Não obstante as considerações acima efetuadas, possível encontrar em determinadas situações de natureza regulatória, notadamente de grande apelo popular, uma invalidação do ato administrativo seguida de um comando judicial que o substitui no mérito. A título de exemplo, se pode citar importante caso apresentado por Sérgio GUERRA<sup>68</sup> em que o Judiciário concedeu liminar no sentido de proibir a aplicação de reajustes autorizados pela ANATEL, de até 41,7% nas tarifas de telefonia. Outro exemplo abordado pelo autor foi o referente a decisões judiciais que determinaram o bloqueio de sinais para celulares, sem amparo técnico, o que veio a causar elevado prejuízo aos cidadãos.

Impende notar que uma doutrina mais tradicional não vê maiores problemas em haver uma participação do Poder Judiciário de forma mais incisiva, de modo a se evitar os eventuais arbítrios cometidos pelo administrador. Na opinião de DI PIETRO<sup>69</sup>, por exemplo, qualquer decisão exarada pelo órgão regulatório pode ser revista pelo Judiciário, com o auxílio dos peritos, destacando-se o seguinte trecho:

(...) não há fundamento para a reserva de uma discricionariedade técnica para as agências. Embora se reconheça aos órgãos administrativos, em função de sua especialidade, a possibilidade de estabelecer normas sobre aspectos técnicos da matéria que lhes é afeta, não se pode, a priori, excluir esses aspectos do controle judicial. Na medida em que se reconhece, sem qualquer controvérsia, a possibilidade do Judiciário examinar a matéria de fato, por mais técnica que seja (e o faz, em regra, com a ajuda de peritos), e na medida em que é perfeitamente possível o abuso

---

<sup>68</sup>GUERRA, Sérgio. *Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios*. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=%20Sergio%20Guerra](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Sergio%20Guerra)> Acesso em: 23.09.2018, p. 1-2.

<sup>69</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 145-146.

de poder, o arbítrio, o erro, o dolo, a culpa, no estabelecimento de critérios técnicos, também não se pode deixar de reconhecer que a chamada discricionariedade técnica pode causar lesão ou ameaça de lesão e, portanto, ensejar correção judicial.

Em sentido diametralmente oposto, se defende uma atuação mais moderada das funções jurisdicionais na revisão dos atos das agências, haja vista o risco do magistrado usurpar a competência técnica do administrador. Isso porque a entidade reguladora atua de forma prospectiva, concentrando a preocupação com os impactos futuros, e referidos elementos ultrapassam a competência do magistrado. Nesse sentido, destaca Luis Roberto BARROSO<sup>70</sup>:

(...) é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.

Nesse sentido, pensar de maneira diversa implicaria na transferência da discricionariedade regulatória técnica da agência reguladora para os peritos indicados pelos magistrados.

Deve-se, por fim, atentar para o fato de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem na zona de incidência da discricionariedade técnica. Isso quer dizer que a apreciação desses conceitos baseados apenas em aspectos técnicos pode acarretar na obtenção de mais de uma solução plausível para o impasse. Caso isto venha a ocorrer, a escolha referente a qual solução seguir deve pertencer exclusivamente à agência, uma vez que se insere no mérito administrativo. Nas palavras de Sérgio GUERRA: <sup>71</sup>

Na hodierna concepção de que o Poder Judiciário pode e deve controlar os atos da administração Pública, uma vez ultrapassado o controle judicial para concluir que, no caso concreto, em que a agência verificar mais de uma possibilidade técnica

---

<sup>70</sup>BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras, in agências reguladoras. MORAES, Alexandre de. São Paulo: Atlas, 2002, p. 127.

<sup>71</sup>GUERRA, Sérgio. *Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios*. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=%20Sergio%20Guerra](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Sergio%20Guerra)> Acesso em: 23.09.2018. p. 13.

igualmente satisfatória, esta poderá decidir, por meio dos critérios de conveniência e oportunidade, qual a melhor opção. Nesse caso, deve ser destacado que há um mérito do ato de regulação, que não deve ser alterado pelo Poder Judiciário.

Assim, se o Judiciário anular a decisão por não estar em conformidade com os elementos formadores do ato, deverá devolvê-la para a agência, uma vez que a discricionariedade técnica a ela pertence. E continua o autor, ao mencionar que “a corte somente deverá substituir a decisão administrativa caso conclua que, à luz do Direito, só existe uma solução possível para o caso, o que equivale concluir que a decisão não é discricionária, mas vinculada.

Corroborando com tal entendimento, assim coloca Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>72</sup>:

Nos casos concretos em que suscitarem dúvidas acerca da decisão ideal adotada pela agência reguladora, e desde que esta se apresente como razoável, proporcional – sendo, portanto, perfeitamente admissível – a mesma não deve ser alterada, pois corresponderá a uma opção de mérito compatível com a situação empírica, porque sintonizada com a própria razão de ser das alternativas abertas pela regra aplicada.

Por todo o exposto, convém afirmar que nas decisões administrativas em que há a necessidade de elevado grau de especialização técnica, somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar. Deve o Judiciário, portanto, exercer um controle pautado unicamente nos critérios de ajuste aos elementos do ato, bem como no que tange a seu padrão de razoabilidade, reservando a discricionariedade técnica aos critérios setoriais das agências reguladoras.

## 5 CONCLUSÃO

Dentro de toda a abordagem feita ao longo do trabalho, pretendeu-se demonstrar, sobretudo, a atual necessidade da delimitação da área de atuação das agências reguladoras no

---

<sup>72</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40.



que tange ao exercício de suas funções, sejam elas de cunho legislativo, executivo, ou mesmo judiciário, em face do controle sobre elas exercido por parte dos demais Poderes.

Tendo como finalidade precípua, a análise e discussão da polêmica que envolve o tema do controle dos atos das mencionadas entidades de regulação, especificamente pelo Poder Executivo central e pelo Judiciário, a realização de tal pesquisa ganhou especial relevância, na medida em que procurou ressaltar e, de certa forma, alertar, para a atual necessidade de uma harmonia no relacionamento entre os diversos Poderes, a fim de que possa ser assegurada a garantia da autonomia técnica, conferida às agências.

Nesse sentido, procurou-se inicialmente situar o leitor no contexto advindo com a inserção das entidades regulatórias no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse momento, se teve a oportunidade de analisar diversos aspectos e características que as tornam peculiar dentro do atual cenário da organização administrativa. Posteriormente, se procurou detalhar as diversas funções que tais agências desempenham no exercício de sua competência. Finalmente, foi dedicada especial atenção ao tema do controle incidente sobre as mesmas, assunto propriamente objeto do presente trabalho monográfico.

Nesta ocasião, buscou-se expor os diversos posicionamentos atinentes à questão do controle exercido pelo Poder Executivo central e pelo Judiciário sobre tais agências, bem como apresentar o panorama jurisprudencial contemporâneo no cenário brasileiro.

Com efeito, conclui-se, ao final da presente pesquisa, que há uma tendência de que o direito passe a ser produzido por ordenamentos setoriais, muitas vezes apartados do aparelho legislativo e, até mesmo, do próprio Estado. A partir do momento em que a execução das leis passa a ser orientada por critérios técnicos, neutros e despolitizados, ditados por agentes não eleitos e os conflitos passam a ser prevenidos ou dirimidos por agentes não integrantes do Poder Judiciário, há que se reformular o conceito atribuído ao princípio da separação de poderes, a fim de que se possa assegurar uma atuação de ordem técnica e especializada mais eficiente.

A relevância da delimitação na atuação dessas entidades reside, pois, na questão de se permitir um equilíbrio na autonomia concedida às agências e na prevenção de eventuais abusos ou arbitrariedades por meio de um controle dos demais Poderes, sem que isso incorra, no entanto, em uma indevida ingerência na esfera da especificidade técnica de cada setor regulado.

Imperioso, portanto, notar que o controle dos atos regulatórios deve viabilizar o funcionamento independente do agente regulador, cujo critério de atuação é informado por outras matérias, transcendendo o conteúdo jurídico e adentrando em assuntos de ordem técnica, às quais se encontra mais apto para atuar.

Neste diapasão, repisa-se a importância que constitui traçar os parâmetros para o exercício de tal controle, como meio de garantir a segurança jurídica dos investimentos e, sobretudo, conferir maior eficiência no atendimento do interesse público.

Corrobora a atualidade do tema proposto no presente trabalho monográfico o envio por parte do Plenário da Câmara dos Deputados, para o Senado Federal, em 27 de Novembro de 2018, do Projeto de Lei 6621/16, de autoria dos senadores, que uniformiza detalhes do funcionamento das agências reguladoras, como número de membros e mandato, criando ainda um mecanismo para aferir as consequências de possíveis decisões. Os senadores deverão votar as mudanças sugeridas pelos deputados na proposta, conhecida como Lei Geral das Agências Reguladoras.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup>Notícia divulgada em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/camara-aprova-lei-geral-das-agencias-reguladoras-materia-permite-indicacao-politica-em-estatais/>>, acessada em 29 de Novembro de 2018.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Disponível em: <<https://direitopoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-10-maio-2007-alexandre-arag3a3o.pdf>> Acesso em: 27.05.2018

\_\_\_\_\_. As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da agência nacional de vigilância sanitária. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13179/14988>> Acesso em: 25.05.2018

\_\_\_\_\_. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito, in Revista de informação legislativa, ano 37, nº 148, out/dez, 2000

\_\_\_\_\_. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC – 051, 237, in Revista de Direito. Administrativo, v. 245, pp. 237-62, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras, in agências reguladoras. MORAES, Alexandre de. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. Constituição, ordem e agências reguladoras, REDAE 1, 2005.

BARBOSA, Águida Arruda e GROENINGA, Giselle. Mediação e o Acesso à Justiça. Disponível em: <<https://www.pailegal.net/mediacao/artigos/90-mediacao-e-o-acesso-a-justica>> Acesso em: 07.11.2018

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JR, José. Dicionário de direito administrativo. Rio de Janeiro: ed. forense, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Natureza Jurídica. Competência Normativa. Limites de Atuação. In. Revista de Direito Administrativo, Vol. 215, jan./mar, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. Disponível

em:<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/agenciasagenciasreguladoras.pdf>.

Acesso em: 10.05.2018.

GUERRA, Sérgio. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. Disponível

em:<[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=%20Sergio%20Guerra](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Sergio%20Guerra)>

Acesso em: 23.09.2018

\_\_\_\_\_. Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial, texto componente do livro O poder normativo das agências reguladoras, Alexandre Santos de Aragão, coordenador, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Controle das agências reguladoras por meio da supervisão ministerial. RDPE 10, 2005.

MEDAUAR, Odete. Controle administrativo das autarquias. São Paulo: Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. Direito administrativo moderno. 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2002

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/rafael-carvalho-rezende-oliveira/o-modelo-norte->

americano-de-agencias-reguladoras-e-sua-recepcao-pelo-direito-brasileiro> Acesso em: 26.05.2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 104-105.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Tutela administrativa. Rio de Janeiro: Plurate, 1983.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Regulatório. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WIMMER, Miriam. A conflituosa relação entre o poder executivo central e agências reguladora: a busca pelo equilíbrio, in Revista de Direito do Estado. Ano 3, nº 10, 171-193, abr/jun, 2008.