

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

Fernando Quadros da Silva

**CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
A CONTRIBUIÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2012

FERNANDO QUADROS DA SILVA

**CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
A CONTRIBUIÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2012

FERNANDO QUADROS DA SILVA

**CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
A CONTRIBUIÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 1.º de Novembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Danilo Knijnik
Orientador

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

*Minha gratidão ao Prof. Dr. Danilo Knijnik
que, pacientemente, orientou a
elaboração desta tese.*

RESUMO

O trabalho trata do controle judicial das agências reguladoras brasileiras. Analisa as possibilidades do processo civil brasileiro frente ao protagonismo crescente dos órgãos reguladores na vida social. A partir da análise de alguns precedentes judiciais da Suprema Corte norte-americana procura estabelecer parâmetros de controle da atividade das agências. Constata a forte tendência de intervenção judicial verificada no direito brasileiro, onde convivem contraditoriamente as acerbadas críticas ao Poder Judiciário pela sua morosidade e os reclamos para que intervenha cada vez mais em setores eminentemente técnicos. Defende a não intervenção judicial em áreas técnicas de modo a preservar a discricionariedade atribuída pelo legislador às agências. O trabalho preconiza uma atuação judicial moderada de modo a intervir o mínimo possível na atividade das agências, preservando a atuação das mesmas e privilegiando as soluções de mérito por elas adotadas. Analisa o processo civil como instrumento voltado à tutela dos direitos fundamentais e propõe um pragmatismo processual que adapte as categorias processuais ao fim célere do processo, com preservação do equilíbrio regulatório, oportunizando o amadurecimento institucional das agências reguladoras.

Palavras-chave: Regulação econômica. Agências Reguladoras. Processo Civil. Técnica processual.

ABSTRACT

The paper deals with the judicial control of Brazilian regulatory agencies. It analyzes the possibilities of civil procedure against the growing Brazilian protagonism from regulators in social life. From the analysis of some judicial precedents of the Supreme Court it seeks to establish parameters of those used by North American control agencies. The research analyzes the strong trend of judicial intervention seen in Brazilian Law, where lives, contradictorily, harsh criticism of the judiciary for its slowness and claims to intervene increasingly in technical sectors. The paper advocates a non-judicial intervention in technical areas in order to preserve the discretion granted to agencies by the legislation. The author proposes a moderate judicial action to interfere as little as possible in the activities of agencies, preserving the performance of these solutions and privileging merit adopted by them. It also the civil process as a tool to protect the fundamental rights and proposes a procedural pragmatism that fits the procedural categories for a swift end to the proceedings, preserving the regulatory balance besides promoting the institutional consolidation of regulatory agencies.

Key-words: Economic regulation. Regulatory Agencies. Civil Procedure. Technical procedural.

RÉSUMÉ

La thèse porte sur le contrôle juridictionnel des agences brésilienne de regulation. Analyse les possibilités de la procédure civile contre le croissante intervention des régulateurs dans la vie sociale. D'après certains précédents jurisprudentiels de la Cour Suprême des États-Unis cherche à établir les paramètres d'organismes nord-américains de contrôle d'activité. Analyse, aussi, la tendance de l'intervention judiciaire vérifié dans la législation brésilienne, où vivent la critique contre le Judiciaire brésilien pour sa lenteur et la demande sa intervention de plus en plus em secteurs techniques. Préconise la non-intervention judiciaire dans les domaines techniques afin de préserver le pouvoir discrétionnaire conféré aux agences par le législateur. Le auteur préconise une action judiciaire modérée à intervenir, le moins possible, dans les activités des agences, en préservant les performances de ces solutions et en privilégiant le mérite adoptés par eux. Analyse la procédure civile et son rôle de protection des droits fondamentaux et un pragmatisme procédural qui correspond à la fin de la procédure, à la préservation de l'équilibre réglementaire et la possibilité de développement institutionnel des organismes de réglementation.

Mots-clés: Régulation de l'economie. Les agences indépendantes. Contrôle judiciaire. Droit procédural civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - REGULAÇÃO ECONÔMICA E CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS	20
1.1 REGULAÇÃO ECONÔMICA COMO ATIVIDADE INTERVENCIONISTA E GERADORA DE CONFLITOS.....	20
1.1.1 Regulação econômica como fator de estabilidade social e econômica	23
1.1.2 Conflituosidade da regulação	26
1.1.3 Tutela judicial e atividade regulatória	28
1.2 O MODELO DE REGULAÇÃO POR AGÊNCIAS E SUA ADOÇÃO DE FORMA GENERALIZADA	33
1.2.1 Agências reguladoras no direito brasileiro	38
1.2.2 Agência reguladora independente como categoria aberta. Os conselhos de autorregulação profissional, CADE, BACEN e CVM	41
1.2.3 Agências reguladoras de serviços públicos e reguladoras de atividade econômica	47
1.3 O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS E O NECESSÁRIO APERFEIÇOAMENTO DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS.....	53
1.3.1 O controle judicial, a "reserva da Administração" e o "mérito administrativo"	54
1.3.2 Vícios da regulação e o controle judicial	64
1.3.3 O déficit democrático e controle da Administração	65
1.3.4 Atividade estatal e os riscos de intervenção judicial excessiva	66
1.3.5 A natureza dos atos praticados pelas agências reguladoras	70
1.3.6 Conflitos regulatórios, regulação setorial e regulação da concorrência	74
1.4 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E OS DESAFIOS DO CONTROLE JUDICIAL.....	79
1.4.1 Universalidade da jurisdição e tutela adequada	80
1.4.2 Controle judicial e limitações processuais	84
1.4.3 Instrumentos processuais de questionamento dos atos das agências ...	88

CAPÍTULO 2 - O PROCESSO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE E DE PRESERVAÇÃO DE DIREITOS	98
2.1 REALISMO JUDICIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA	101
2.1.1 Realismo judicial e jurisdição.....	104
2.1.2 Racionalidade argumentativa e consenso	107
2.1.3 Processo judicial e controle argumentativo.....	112
2.2 JURISDIÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	114
2.2.1 Ativismo e regulação econômica	116
2.2.2 Intervenção judicial regulatória e duplo grau de jurisdição	119
2.2.3 Controle judicial e deficiências estruturais da justiça brasileira	125
2.3 DIREITO PROCESSUAL E CONTROLE JUDICIAL.....	127
2.3.1 Processo civil prospectivo e regulativo	130
2.3.2 Aproximação entre as famílias jurídicas <i>common law</i> e <i>civil law</i>	131
2.3.3 A busca de alternativa à solução judicial dos conflitos.....	133
2.3.4 Técnica processual, tutela dos direitos e as normas processuais abertas	134
2.3.5 Adequação do processo e decisionismo judicial	136
2.3.6 Quanto ao diálogo das fontes e das partes.....	139
2.4 ÊNFASE NOS PROCESSOS COLETIVOS.....	141
2.4.1 O incidente de resolução de demandas repetitivas	145
2.5 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE DEVEM PRESIDIR OS JULGAMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO.....	149
2.5.1 A experiência do juiz e a especialização de órgãos judiciários	151
2.5.2 Imparcialidade como virtude indispensável à atuação judicial.....	154
2.5.3 A atividade judicial como serviço público e como função jurisdicional.....	157
2.5.4 Burocratização do Judiciário e os efeitos sobre o controle judicial.....	159
2.5.5 Respeito à <i>expertise</i> técnica das agências. O direito e as novas tecnologias.....	161
2.5.6 Questões técnicas e questões fáticas	166
2.5.7 Decisão judicial e aprovação da opinião pública	168
2.6 PROCESSO E FUNÇÃO JURISDICIONAL: A ÊNFASE NA TUTELA DOS DIREITOS	175

2.6.1	Técnica processual, tutela dos direitos e controle judicial	178
2.6.2	Processo justo e direitos fundamentais	180
CAPÍTULO 3 - DIREITO COMPARADO E O CONTROLE JUDICIAL DOS		
ÓRGÃOS REGULADORES		184
3.1	IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE COMPARADA DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS	184
3.1.1	Direito processual transnacional	187
3.1.2	Categorias comuns nos dois sistemas	191
3.1.3	Diferenças entre os sistemas de <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>	191
3.2	CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS NOS ESTADOS UNIDOS	193
3.2.1	Agências quase-judiciais	197
3.2.2	Aspectos gerais do processo civil norte-americano: as vias de acesso <i>statutory review</i> e <i>non-statutory review</i>	198
3.2.3	A instituição do <i>Jury</i> e sua contribuição como catalisador de valores	204
3.2.4	Processo coletivo: <i>class action</i>	207
3.2.5	<i>Amicus curiae</i>	208
3.2.6	<i>Contempt of court</i>	212
3.3	CONTRIBUIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA NORTEAMERICANA PARA O CONTROLE JUDICIAL	214
3.3.1	Controle judicial e revisão judicial (<i>judicial control</i> e <i>judicia review</i>)	216
3.3.2	Doutrina da jurisdição originária (<i>primary jurisdiction</i>)	217
3.3.3	Exigência de prévio exaurimento dos recursos administrativos (<i>Doctrine of exhaustion of remedies</i>)	218
3.3.4	A teoria da causa madura (<i>ripeness doctrine</i>)	223
3.3.5	A doutrina do <i>Hard look</i> como reação da jurisprudência à captura regulatória	226
3.4	PRECEDENTES IMPORTANTES	232
3.4.1	<i>The Chevron Test</i> (<i>Chevron two-step test</i> ou <i>Chevron Deference</i>)	234
3.4.2	<i>Chevron steps zero</i> : incertezas e enfraquecimento das agências	238
3.4.3	Controle judicial e desregulação	241
3.4.4	Revisão judicial e usurpação da competência originária das agências ...	242
3.4.5	A Suprema Corte americana e a discricionariedade da agências	245

3.5	ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DAS AGÊNCIAS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA	248
3.5.1	Solução de conflitos no âmbito da agência	252
CAPÍTULO 4 - O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE CONTROLE DAS AGÊNCIAS		254
4.1	A TÉCNICA PROCESSUAL, PROCESSO JUSTO E APERFEIÇOAMENTO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA	254
4.1.1	Processo justo: a concepção de justiça como serviço público e a perda de legitimidade	255
4.1.2	Objeto do processo e limitações ao controle judicial da atividade regulatória	259
4.1.3	Necessidade de prévio exaurimento da instância administrativa	266
4.1.4	Posterior alteração do pedido como instrumento de aperfeiçoamento regulatório	275
4.1.5	Respeito aos precedentes judiciais	276
4.1.6	Adaptação do procedimento à natureza da demanda: fungibilidade das formas	280
4.1.7	Adaptação dos procedimentos. Embargos de declaração com efeitos infringentes	283
4.2	APERFEIÇOAMENTOS DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS.....	284
4.2.1	<i>Amicus curiae</i>	284
4.2.2	<i>Contempt of court</i> e cumprimento de decisões judiciais	293
4.2.3	Processo padrão ou incidente de resolução de demandas repetitivas	297
4.2.4	Ênfase na tutela dos direitos coletivos	301
4.2.5	Identidade de ações e o cadastro de ações contra agências	306
4.3	AUTOLIMITAÇÃO JUDICIAL E ATIVIDADE REGULATÓRIA.....	307
4.3.1	Opções regulatórias e intervenção judicial	310
4.3.2	Imparcialidade judicial e atuação regulatória das agências	315
4.3.3	Preservação do equilíbrio regulatório	320
4.3.4	Ausência de atuação da agência e as recomendações do Ministério Público	329
4.3.5	A gestão dos processos como fator de equilíbrio regulatório e segurança jurídica	334

4.3.6	Massificação de demandas e seleção judicial dos processos: julgamento preferencial das ações contra atos regulatórios das agências	338
4.4	POSTURAS JUDICIAIS NO CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	342
4.4.1	Evitar decisões contraditórias proferidas em processos individuais	342
4.4.2	Atuar para evitar o descumprimento da decisão judicial.....	343
4.4.3	Delimitar o objeto litigioso e buscar a economia processual.....	346
4.4.4	Diligências informativas, apresentação de memoriais e audiência às partes	351
4.4.5	Especialização de órgãos julgadores e arbitragem.....	355
4.4.6	Alteração voluntária da conduta administrativa e perda do objeto	358
4.4.7	Mudança de orientação jurisprudencial e modulação de efeitos.....	359
4.4.8	Inspeção judicial como aproximação entre direito e fato: os efeitos nocivos das novas tecnologias	360
	CONCLUSÃO	367
	REFERÊNCIAS.....	374

INTRODUÇÃO

A relação entre o direito e a economia suscita muitas controvérsias. A questão nodal é saber até que ponto essas duas áreas se influenciam mutuamente.¹ Em que medida os cultores do direito assimilam os postulados da economia, como argumentos eficazes nas suas formulações e até que ponto as abordagens peculiares à ciência jurídica não são mais do que obstáculos a serem transpostos para que a eficiência econômica seja obtida.

Nas últimas décadas, a intervenção direta na economia deixou de ser a opção preferencial dos governos, passando a fazer parte do senso comum que a liberalização econômica, reservando-se ao Estado apenas uma função regulatória, seria a melhor maneira de aliar eficiência e qualidade na produção de bens e prestação de serviços. A soberania estatal também passou por um processo de redefinição que evidenciou a necessidade do Estado buscar novas formas de influenciar a atividade econômica.²

As formas de intervenção estatal na economia experimentaram sensíveis alterações. Passou-se ao Estado gerencial e regulador que, do ponto de vista de sua organização burocrático-administrativa, lança mão da descentralização e da especialização para fazer frente aos desafios impostos pelas complexidades da atividade econômica e assegurar o funcionamento da economia, fazendo valer os interesses públicos e sociais relevantes que o mercado não garante.³

A concepção das agências reguladoras, inseridas no Brasil no ensejo da Reforma do Estado, tem como elemento central a atribuição da regulação econômica às entidades especializadas autônomas, independentes tecnicamente, como tentativa de evitar os indesejáveis vícios constatados na regulação tradicional e atuar eficazmente na ordem econômica.

¹ Bruno Deffains e Thierry Kirat anotam que Direito e Economia durante muitos anos evoluíram de forma quase independente e que a Análise Econômica do Direito é um importante vetor para convergência entre os dois ramos. (DEFFAINS, Bruno; KIRAT; Thierry. **Law and economics in civil law countries**. Amsterdam: Elsevier Science B.V., 2001. p.2).

² Cf. Faria, "Uma das facetas mais conhecidas desse processo de redefinição da soberania do Estado-Nação é a fragilização de sua autoridade, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático, o que é revelado pelo modo como se posiciona no confronto entre os distintos setores econômicos (sejam eles públicos ou privados) mais diretamente atingidos." (FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1991. p.25).

³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003. p.15.

O grau de autonomia atribuído às agências, a natureza de sua atividade e a magnitude da tarefa a elas atribuída trouxeram muitos questionamentos. A supervisão ministerial foi significativamente mitigada e os dirigentes das agências não podem ser destituídos na vigência de seus mandatos⁴, salvo em virtude de condenação ou processo administrativo disciplinar.^{5,6}

⁴ O controle judicial também é importante para delimitar esse importante aspecto da autonomia das agências. Divergências em relação à duração do seu mandato levaram um diretor da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a buscar tutela judicial contra a própria agência (ANTT) para manter-se no cargo por mais nove meses, ao argumento de que houve erro na publicação do decreto presidencial, que o nomeara apenas para completar mandato de outro dirigente. Após ter obtido liminar na primeira instância da Justiça Federal de Brasília, o Tribunal Regional Federal da 1.^a Região deu provimento a um agravo de instrumento, reformando a decisão: EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. DIRETOR. MANDATO. 1. Por força do quanto disposto na legislação de disciplina da Agência Nacional de Transportes Terrestres, o termo inicial do mandato dos membros de sua diretoria é determinado pela data de publicação do decreto de nomeação dos primeiros diretores, devendo ela ser observada, a partir de então, para a renovação anual destes, e prevalecer para fins de cômputo do período de duração de todos os mandatos seguintes, ainda quando nomeações e posses subseqüentes venham a ocorrer em datas diferentes 2. Publicado o ato de nomeação dos primeiros diretores no Diário Oficial da União, Seção 2, de 18 de fevereiro de 2002, para mandatos, respectivamente, de dois, três, quatro, cinco e seis anos, não se pode pretender, na hipótese em causa, caracterizada a prova inequívoca quanto à verossimilhança do direito sustentado pelo ora agravado, assim o de que o mandato de que é titular teve início a contar da data em que tomou posse para exercê-lo. 3. Inexistência, outrossim, de prova inequívoca da verossimilhança da alegação a propósito da ilegalidade do decreto regulamentar, à luz do diploma legal regulamentado, na medida em que este, em seus artigos 54 e 55, se limitou a estabelecer que os membros da diretoria do órgão cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, admitida uma recondução, e, para fins de assegurar a não coincidência, que os mandatos dos primeiros mandatários seriam de dois, três, quatro, cinco e seis anos, em momento algum tendo disposto sobre critérios de definição do termo inicial de tais mandatos, disciplina também em nenhum momento levada a efeito na Lei 10.233, de 5 de junho de 2001. 4. O Decreto 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, dentro de seu estrito âmbito de competência, definido pela Lei Fundamental, regulamentou, diante do silêncio da norma legal regulamentada, a matéria objeto de regulamentação, sem desbordar de seus limites, nem muito menos criar "contagem de tempo fictícia, baseada no termo inicial da nomeação da primeira composição da diretoria, que causa redução no mandato dos diretores empossados após referida data". 5. O tempo efetivo de duração do mandato é o período de dois, três, quatro, cinco ou seis anos, para os membros da primeira diretoria, computado a partir de 18 de fevereiro de 2002, e para os subseqüentes mandatários, de quatro anos, a partir de 18 de fevereiro de 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, conforme o caso, sem nenhuma redução, efetiva ou ficta, do período de tempo a ser exercido. Se redução haverá, no caso em exame, do tempo de exercício do mandato, e não do período do mandato, resultará ela não da disciplina regulamentar questionada, mas sim da circunstância, de fato, de só haver sido o agravado, o mandatário, nomeado para exercê-lo após o início de seu curso. 6. Agravo a que se dá provimento. (TRF 1.^a Região. **Agravo de Instrumento n.º 2007.01.00.049902-1** (0049190-20.2007.4.01.0000), 2.^a Turma, Rel. Des. Carlos Moreira Alves, j. 03.03.2008, DJF1 27.03.2008, fl. 115. Agravante: Agencia Nacional de Transportes Terrestres – Antt. Agravado: Gregorio de Souza Rabelo Neto).

Na esfera municipal, há notícia de Ação Popular para impedir a posse de dirigentes nomeados pelo Prefeito no período eleitoral. Alegava-se que a Agência Reguladora de Serviços Delegados de Canoas/RS - AGR, teria sido criada apenas para dar emprego aos correligionários do prefeito não reeleito. Posteriormente a agência foi extinta por lei do próprio município. Veja-se o precedente: Ementa. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM AÇÃO POPULAR. Agravo de instrumento dirigido contra a decisão que suspendera a nomeação do agravante no

Num primeiro momento, apontou-se o excesso de poderes e a ausência de controle das agências reguladoras brasileiras, embora posteriormente as críticas tenham arrefecido pela alternância de governos com ideário político diverso⁷, pela orientação administrativa que delimitou com clareza a atuação das agências⁸, pelo

cargo de Presidente da Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento e demais Serviços Públicos Delegados de Canoas (AGR Canoas). Pedido de demissão formulado pelo agravante. Extinção da própria Agência Reguladora. Perda de objeto do recurso caracterizada. AGRAVO A QUÊ SE NEGA SEGUIMENTO. (TJRS. **Agravo de Instrumento n.º 70027751676**, Terceira Câmara Cível, Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 09.06.2009).

- ⁵ Lei n.º 9.986/2000: Art. 9.º. Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.
- ⁶ A extensão dos poderes do Chefe do Poder Executivo em relação aos dirigentes das agências ainda suscita controvérsias. Ao apreciar Mandado de Segurança impetrado por dirigente da agência estadual, indicado para o cargo pela governadora anterior mas não empossado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul anulou o ato do governador que a sucedeu e havia revogado a nomeação:
Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL - AGERGS. CONSELHEIRO. MANDATO. CARGO ELETIVO. ATO COMPLEXO. DEMISSÃO. Cargo de Conselheiro da AGERGS. Nomeação precedida de indicação pelo Governador e aprovação pela Assembléia Legislativa. Ato complexo. Distinção dos cargos de livre nomeação e exoneração. Art. 8.º da Lei 10.931/97, alterada pela Lei n.º 11.1929/98. Previsão de destituição do Conselheiro somente por decisão da Assembléia Legislativa. Suspensão da eficácia do dispositivo, pelo STF, que não altera o direito do nomeado. Medida Cautelar na ADI, n.º 1949-0. Destituição por ato do Governador. Necessidade de motivação. Ato que tornou sem efeito a nomeação do Conselheiro sem referência aos motivos. Ilegalidade. Direito líquido e certo do impetrante à posse. Concederam a segurança. Unânime. (TJRS. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança n.º 70040765224**, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior. Unânime, j. 18.04.2011, DJ 04.05.2011).
- ⁷ Cf. Nunes, Costa, Andrade e Burlamaqui, A postura extremamente crítica do governo do presidente Lula em relação ao "excesso de autonomia decisória das agências" deu lugar à uma política conciliatória: No entanto, as inúmeras críticas às ponderações do governo, aliada à defesa das agências por alguns setores da sociedade e a sua adequação à demanda política dos ministérios, contribuíram para a reformulação do discurso e das propostas de alteração pretendidas. A imprensa divulgou que o governo teria tomado conhecimento de que as leis que criaram as agências não permitiam alterações na sua estrutura por medida provisória, o que impediria a reformulação da estrutura básica das agências com a finalidade de produzir efeitos imediatos. Outro obstáculo para as mudanças pretendidas pela administração do governo, Lula foi o receio das novas lideranças políticas em desestimular os investimentos estrangeiros no Brasil, tendo como conseqüência a fuga de capitais já aportados no país. Isso ocorreria, em hipótese, se o governo insistisse em alterar o sistema de mandato dos diretores das agências. (NUNES, Edson; COSTA, Cátia; ANDRADE, Helenice; BURLAMAQUI, Patrícia. O governo Lula e as mudanças nas agências reguladoras. **Observatório Universitário**, doc. 17, jan. 2005. Disponível em: <http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos_de_trabalho/documentos_de_trabalho_17.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012).
- ⁸ No âmbito da Administração Federal, constitui importante momento institucional o parecer da Advocacia Geral da União sobre um conflito de atribuições entre o Ministro dos Transportes e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ: Ementa.: PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES. I - O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, **poderá avocar e decidir qualquer assunto** na esfera da Administração Federal- (DL n.º 200/67, art. 170). II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades

controle parlamentar nas nomeações dos dirigentes e, ainda, pela percepção de que as exigências técnicas e o potencial grau de desgaste político da atividade regulatória recomendam seja ela deixada a cargo das agências.

A atividade regulatória interfere nas relações entre os consumidores/usuários de bens e serviços, em muitos casos com desconfiças recíprocas e alegações de *déficit* democrático, de excesso de poderes, de risco de captura e até mesmo de ineficiência regulatória.

Nesse quadro de grande protagonismo das agências reguladoras na vida social, é necessário aperfeiçoar os mecanismos de controle, em especial, o controle judicial que tem o escopo de assegurar a tutela dos direitos, garantidos pelo ordenamento jurídico e permitir o afastamento dos riscos de desvirtuamento inerente a qualquer órgão ou atividade estatal com prerrogativas de poder.⁹

administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta. III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT n.º 244/2005. V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória. VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União. VII - As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras. VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP n.º 2.229-43/2001. (Advocacia Geral da União, Processo n.º 50000.029371/2004-83. Interessado: Ministério dos Transportes. Assunto: Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Parecer AC n.51, DOU., 19.06.2006, SEÇÃO 1, p.1-11).

⁹ No direito norte-americano, alguns precedentes fazem a distinção entre "controle judicial" (*judicial control*), mas focado no exame dos eventuais abusos cometidos pelo administrador e na regularidade do procedimento administrativo e "revisão judicial" (*judicial review*), entendida como o reexame pelo Judiciário do mérito da decisão administrativa. (BEEDLE, Norma J. Administrative law: veterans benefits. *Judicial review on administrative procedural policies in light of the no review clause*. HeinOnline. 42 *Missouri Law Review* 433 (1977)).

Apenas para ilustrar as dificuldades, mesmo na Itália, que à semelhança do modelo francês adota a jurisdição administrativa, constitui tema polêmico a revisão dos atos das chamadas autoridade independentes¹⁰ com acesa discussão acerca da qualificação *autorità amministrative*, dotada de um alto grau de independência ou imparcialidade e sua inserção na concepção que distingue *autorità di garanzia* e *autorità di regolazione* a partir da independência que constitui ponto comum entre as duas.¹¹

O processo regulatório¹², a cargo das agências, afeta de maneira ampla as liberdades asseguradas aos agentes econômicos e os direitos dos usuários e consumidores. Interfere no mercado, na prestação de serviços públicos, substituindo a vontade dos particulares e reduzindo as suas opções para atingir finalidades pretendidas pelo regulador.¹³ A concessão de uma rodovia, de uma linha de transporte coletivo, a outorga de geração de energia, de um serviço de telecomunicações, ou ainda a edição de resolução que discipline a produção e venda de medicamentos ou mesmo as coberturas de um plano de saúde, revelam o potencial nascedouro de

¹⁰ PERINI, Antonella. *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. Diritto amministrativo*, p.76 segs., 1994; VERDE, Giovanni. *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. DPA*, 1998; MAZZAMUTO, Salvatore. *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento di dati personali. Foro it.*, v.51, 1998; CIRILLO, Giampiero Paolo. *Il procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e la decisione contenziosa alternativa del Garante per la protezione dei dati personali. Foro amm.*, p.272-275 e le note ivi contenute, 1988; PREDIERI, Alberto. *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*. Firenze: Passigli, 1997; CAIANELLO, Vincenzo. *Le autorità indipendenti tra potere politico e sociale civile. Foro amm.*, p.341 segs., 1997; BARRA CARACCILO, Luciano. *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA*. Torino: Giappichelli, 1997. especialmente 193 segs.

¹¹ LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico (a cura di). *Lo Stato regolatore*. Bologna: il Mulino, 2000. passim, espec. 15 segs.; FREGO LUPPI, Silvia A. *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999; MOINI, Giulio Titolo. *Amministrazioni indipendenti e nuove forme di regolazione pubblica. Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, p.47 segs., 1999; VARRIALE, Giuseppe. *Le amministrazioni indipendenti ed il principio di regolazione. Nuovo Dir.*, p.249 segs., 1998. Sobre a tendência de atribuir à Administração mais a tarefa de regulação do que de administração: FERRARA, Rosario. *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità? Diritto Processuale Amministrativo*, p.323 segs., 1999; GALLO, Carlo E. *Le fonti del diritto nel nuovo ordinamento regionale: una prima lettura*. Torino: Giappichelli, 2001. p.3 segs.

¹² Para fins do presente trabalho, se entende por processo regulatório, os atos preparatórios à edição de normas e à tomada de decisões pelas agências reguladoras, aí compreendida a participação dos interesses conflitantes representados pela sociedade e pelos agentes econômicos que atuam nos setores regulados.

¹³ A regulação econômica, como se verá posteriormente, não busca apenas garantir a preservação do mercado e da concorrência (mecanismos *antitrust*), mas tem sua razão de ser também na gestão das falhas de mercado, na redução da externalidades negativas da economia (custos sociais, danos ao meio ambiente, prejuízos à saúde pública e à segurança coletiva), proteção do consumidor e na adequada prestação dos serviços públicos. (Cf. MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão invisível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003. p.13).

conflitos e evidenciam o notável esforço exigível das agências para conciliar esses interesses múltiplos e conflitantes que, não ponderados satisfatoriamente, podem desaguar no Poder Judiciário.

Michele Taruffo já havia constatado que um importante efeito da globalização é o papel central assumido pelo Poder Judiciário, segundo ele, corolário da desestruturação do ordenamento jurídico e da perda pelas outras autoridades estatais (parlamentos nacionais) da capacidade de governar os fenômenos econômicos.¹⁴

O controle judicial provocado pelas partes interessadas, a partir de um litígio potencial ou concreto, também não fica imune às críticas contundentes. Em que medida as deficiências do aparelho judicial e as limitações impostas pelas categorias processuais não tornam o controle judicial ineficiente? Como o processo civil brasileiro, como método de debate dialético e pacífico entre duas pessoas atuando em pé de perfeita igualdade¹⁵, pode efetivamente contribuir para um eficaz controle judicial das agências reguladoras, garantindo a preservação dos interesses individuais, coletivos e difusos e o aperfeiçoamento da atuação dos órgãos reguladores independentes?¹⁶ Deve o Judiciário aceitar pretensões que exijam o exame do mérito das decisões tomadas por agências reguladoras em processo administrativo próprio e específico?

Quanto ao controle judicial dos atos das agências reguladoras, Sebastião Botto de Barros Tojal já apontava, ainda em 2002, a insuficiência da dinâmica de revisão judicial dos atos administrativos, preconizando uma nova teoria judicial dos atos de regulação, que sistematizasse essa nova compreensão à luz do paradigma

¹⁴ "A constituição de uma ordem jurídica leve (*leggero*), quase completamente descentralizada, uma espécie de rede, que une vários pontos periféricos, na qual cada ponto tem suas características peculiares (locais). Em consequência, diferenças e mudanças que dificilmente seriam compatíveis num ordenamento compartilhado, coerente e hierarquicamente organizado, podem, ao contrário ser harmonizadas dentro de uma rede leve e flexível de conexões jurídicas, na qual inexiste centro ou vértice oficial e formal. Dentro desse novo gênero de ordem jurídica 'desestruturada' um papel central cabe aos tribunais, já que as demais autoridades legais tradicionais (como os parlamentos, por exemplo) perderam sua capacidade de governar os fenômenos econômicos toda controvérsia termina por ser trazida perante um juiz". (TARUFFO, Michele. **Dimensioni transculturali della giustizia civile**. Bolonha: Il Mulino/Ricerca, 2002. p.28-29).

¹⁵ Cf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Sistema Procesal: Garantía de Libertad**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.66. ("*Proceso es el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad*").

¹⁶ A crise do processo como instrumento estatal de solução de litígios privados é salientada por Vincenzo Vigoriti, "*il processo vive una crisi che è prima di tutto funzionale, e insieme anche strutturale, crisi dovuta a molte causa concorrenti, non facilmente superabili*." (VIGORITI, Vincenzo. Mito e realtà: processo e mediazione. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo, n.192, p.390, fev. 2011).

do direito regulatório e restabelecesse o equilíbrio democrático, afetado pelo advento do Estado Regulador, que transformou o Poder Executivo no "poder dos poderes", *locus* privilegiado da ação tecnocrática especializada e mediação política, em detrimento do Poder Legislativo.¹⁷

A partir da constatação de Humberto Ávila de que texto e norma não se confundem, cabendo à jurisdição outorgar sentido aos elementos escritos e não escritos do sistema jurídico, e ao juiz como seu agente, não apenas a declaração, mas a "reconstrução da ordem jurídica", percebe-se a amplitude que o controle judicial pode assumir.¹⁸

A contribuição que se pretende com o presente trabalho é apontar, a partir do processo civil brasileiro, quais as abordagens podem ser feitas para aperfeiçoar o controle judicial das agências reguladoras. A proposta metodológica foi tratar do tema em quatro capítulos. Primeiramente (Capítulo 1), fez-se a uma análise do atual quadro regulatório brasileiro e dos desafios do controle judicial dos órgãos reguladores. Num segundo momento (Capítulo 2), foram fixados os fundamentos teóricos que estabelecem os parâmetros e os limites do controle judicial. Na sequência (Capítulo 3), foram analisados aspectos do controle das agências no direito comparado, com ênfase no sistema norte-americano,¹⁹ dada sua tradição na adoção de agências independentes e nas peculiaridades do processo civil num sistema de *common law*.

¹⁷ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p.165.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.30-31.

¹⁹ Quanto à pesquisa dos textos, inerentes à produção de trabalhos científicos, cabe destacar a constatação feita por Lawrence B. Solum sobre substancial alteração da divulgação do conhecimento que se observa nos meios acadêmicos da atualidade: i) Em primeiro lugar, conhecimento jurídico está se movendo da sua forma tradicional de apresentação (*long form*: tratados e artigos) para a forma curta (*short form*: artigos, *blogs* e colaborações on-line); ii) Em segundo lugar, um regime de direito fechado de direitos autorais está dando lugar a um regime de acesso aberto; iii) Em terceiro lugar, os intermediários (faculdade de direito conselhos editoriais, revistas e jornais) estão sendo complementados por formas sem intermediários (artigos na Internet, *blogs*), o que aumenta a comunicação acadêmica entre os estudiosos do direito e profissionais de outras áreas, além de uma vasta gama de leigos interessados no mundo todo. O autor conclui: "Nostalgia. O velho mundo está cedendo. Revistas jurídicas, artigos e tratados. Direitos exclusivos de publicação. Catálogos, índices de periódicos jurídicos. Coisas que eram novas há pouco tempo, são agora semelhante a peças de mobília familiar. O velho mundo está cedendo ao Westlaw and LexisNexis. JSTOR and HeinOnline." (SOLUM, Lawrence B. Download It While It's Hot: Open Access and Legal Scholarship. 10 **Lewis & Clark L. Rev.** 841-867 (2006)).

Por fim, no Capítulo 4, foram apresentadas conclusões parciais sobre o processo civil como instrumento de controle judicial, com apresentação de propostas para o aperfeiçoamento com vistas à tutela adequada dos direitos em confronto com a atuação das agências reguladoras.

CAPÍTULO 1

REGULAÇÃO ECONÔMICA E CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS

1.1 REGULAÇÃO ECONÔMICA COMO ATIVIDADE INTERVENCIONISTA E GERADORA DE CONFLITOS

Por regulação se entende a atividade estatal de intervenção na ordem econômica com fim de limitar e condicionar a atuação dos agentes que desempenham atividades nesse segmento da vida social. A atividade regulatória, rechaçada no liberalismo clássico, fulcrado na pretensa capacidade de autorregulação do mercado, é aceita na atualidade como indispensável ao bem-estar da sociedade e à própria existência do mercado.²⁰

É certo que alguns autores, como George J. Stigler, sustentam que a regulação econômica é concebida e operada pela indústria em benefício próprio, rejeitando a ideia de uma regulação em prol da sociedade.²¹ Para o mesmo autor, os instrumentos de regulação econômica tais como subvenções estatais, controle de acesso ao mercado e fixação de tarifas são operados pelos órgãos estatais sempre em benefício do setor econômico regulado.²²

O artigo de George J. Stigler, que refutava a visão de um Estado benevolente, apresentando-o com uma fonte potencial de ameaça para a economia, deu origem à

²⁰ As últimas resistências à necessidade de uma constante e necessária regulação dos mercados, ao que parece, foram dissipadas com a crise econômica e financeira mundial que se iniciou em 2008 e se espalhou pelas economias do mundo. O renomado Richard Posner concluiu que a economia está em depressão causada pela crise financeira, resultante das baixas taxas de juros e do movimento pela desregulação, iniciado nos anos 70. ("*We are in depression ... It is the product of a financial crisis that results from the confluence of two dangerous developments: low interest rates in the early 2000s and the deregulation movement, which began in the 1970s*") (POSNER, Richard Allen. **A failure of capitalism: the crisis of '08' and the descent into depression.** Cambridge, Massachusetts and London, England: Havard University Press, 2009. p.315).

²¹ STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATOS, Paulo *et al.* (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano.** São Paulo: Editora 34, 2004. p.23-48.

²² Em 1971, George J. Stigler, da Universidade de Chicago, expôs sua tese de que a regulação é assumida pela indústria passando a ser concebida e operada primariamente para benefício da própria indústria (STIGLER, George J. Theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economic and Management Science**, v.2, n.1, p.3, 1971). ("*A central thesis in this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefits. There are regulation whose net effects upon the regulated industry are undeniable onerous; a simple example is the differentially heavy taxation of the industry's product. These onerous regulations, however, are exceptional and can be explained by the same theory that explains beneficial (We may call it 'acquired') regulation.*").

Teoria Econômica da Regulação²³, contendo, ainda, a noção inicial da chamada Teoria da Captura (*Capture Theory*).²⁴

Também não pode deixar de ser referida a Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*) que se contrapõe à Teoria Econômica da Regulação. A Teoria da Escolha Pública, sistematizada por William A. Niskanen, parte da premissa de que, no mercado, na política ou na vida pessoal, os indivíduos comportam-se movidos pelos próprios interesses e, em decorrência disso, as políticas públicas são fundamentadas no interesse pessoal dos envolvidos (políticos, burocratas, lobistas) e não tendo em vista o benefício de alguma entidade abstrata ou do interesse público.²⁵

A partir da concepção egoística do comportamento humano, a Teoria da Escolha Pública constrói o seu modelo de política e democracia. Presume que a política seja protagonizada por pessoas que podem ser reunidas em quatro grupos de tomadores de decisões: eleitores, políticos, burocratas e grupos de interesses. Todos agem como maximizadores racionais de utilidade, buscando extrair benefícios do sistema: os políticos buscam votos; os burocratas visam a segurança no trabalho e maiores orçamentos; grupos de interesses e eleitores buscam mais riqueza e renda.²⁶

²³ CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v.5, n.2, p.353, jul./dez. 2008.

²⁴ A doutrina cunhou a expressão '*captura*' (ou Teoria da Captura) para indicar o fenômeno em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados, perdendo sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passando a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A *captura* da agência se configura como mais uma distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais. (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.369/370). Ver também: KELLER, Scott A. Depoliticizing Judicial Review of Agency Rulemaking. 84 **Washington Law Review** 6 (2009). (o autor identifica a *hard look doctrine*, que permite maior poder aos tribunais para interferir nas decisões das agências, como uma reação da Corte Federal de Apelações de Washington (D.C. Circuit), partir dos anos 70, diante da preocupação com a captura das agências pelos setores regulados).

²⁵ NISKANEN, William A. **Bureaucracy and representative government**. Chicago; New York: Aldine Atherton, 1971. p.71. (No trabalho, os burocratas são apresentados como maximizadores de orçamento, indivíduos racionais que buscam a obtenção de maiores salários, oportunidades de promoção, além de prestígio e poder. Os burocratas conhecem as preferências dos políticos, mas os políticos não têm meios de obter a informação sobre o custo real do serviço burocrático. O monopólio da informação técnica permite aos burocratas obter um orçamento maior do que o necessário. O governo é um comprador de políticas regulatórias da burocracia).

²⁶ Cf. MITCHEL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p.102.

No presente trabalho, no entanto, prefere-se a visão arraigada na concepção predominante²⁷, que vê a regulação econômica com uma atividade estatal relevante e necessária, servindo-se dela o Estado para garantir a realização do bem comum.

A função regulatória do Estado brasileiro, exteriorizada por meio da fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica é expressamente contemplada na Constituição de 1988 (art. 174) devendo ser exercida, na forma da lei, com observância dos princípios que estruturam a Ordem Econômica, dentre outros, a soberania nacional, a função social da propriedade privada, a livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente.^{28,29}

Ademais, a Constituição Federal brasileira em vigor, com sua nítida pretensão dirigente³⁰, fixou objetivos fundamentais do Estado que espelham notável conteúdo

²⁷ Para aprofundar a análise sobre a regulação ver: MUELLER, Bernardo. Regulação, informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, Brasília, v.1, n.1, p.12, 1996; BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro. Teoria da regulação. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do setor público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.71.

²⁸ Para fins do presente estudo, adota-se a classificação de Eros Roberto Grau para quem, "inexiste oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*. O gênero *atividade econômica*, compreende as espécies, *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*." (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.134). Serviço público é uma atividade econômica que o constituinte reservou ao Estado, embora possa ser prestada por particulares mediante concessão, autorização e permissão. 'Atividade econômica em sentido estrito' revela atividade econômica que o legislador não pode, discricionariamente, qualificar como serviço público (p.159).

²⁹ Constituição Federal. "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. § 1.º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2.º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3.º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4.º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei".

³⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, na sua tese de doutoramento (**Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. apresentada em 1982, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (publicada em Coimbra: Coimbra Editora, 1994) utilizou a expressão 'constituição dirigente' para dar suporte à aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, que possuem, a seu ver, valor jurídico idêntico aos demais mandamentos constitucionais, vinculando o legislador e estabelecendo diretivas materiais que vinculam os demais órgãos estatais. Em 2001, no prefácio à 2.ª edição da mesma obra (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001), reviu sua posição inicial afirmando que "A Constituição dirigente está morta", afastando-se da concepção de Constituição como instrumento de revolução social e política. Posteriormente, no artigo *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*, (**Revista de Processo**, São Paulo, p.16, abr./jun. 2000) explica sua visão de um constitucionalismo regulador das relações sociais: "Um dos desafios com

econômico e demonstram que também a atividade regulatória estatal deve ser balizada pela busca de tais objetivos maiores.³¹

Embora se reconheça a possibilidade, sempre presente, de desvios na atuação dos órgãos reguladores³², acredita-se que a regulação da economia³³ pode compatibilizar a atividade econômica com os anseios de paz social, bem comum e interesse público.

1.1.1 Regulação econômica como fator de estabilidade social e econômica

A primeira dificuldade é justamente adotar um conceito de regulação.³⁴ Não se trata apenas da simples atividade regulamentar³⁵, integradora de uma atividade legislativa prévia, como por vezes se pretende.

A evolução e o desenvolvimento de uma doutrina administrativista que foca a relação da lei com os regulamentos de execução, em muitos casos, tende a limitar,

que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de outras fórmulas que permitam completar o projeto de modernidade – onde ele não se realizou – nas condições complexas de pós-modernidade".

³¹ CF/88: "Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

³² Conforme ainda, o próprio Stigler, o setor regulado pode receber dos governos os seguintes benefícios: i) subvenção direta em dinheiro; ii) controle sobre a entrada de novos concorrentes, reduzindo a concorrência; iii) políticas que afetem produtos substitutos e complementares, reduzindo possibilidade do surgimento de produtos substitutos ou incentivando indústrias complementares como, por exemplo, subsídios para aeroportos que se refletem em ganhos para as companhias aéreas; e iv) fixação de preços para alcançar taxas de retorno mais competitivas, formando uma espécie de cartel oficializado pela regulação governamental. (STIGLER, George J. *Theory of economic regulation*. **The Bell Journal of Economic and Management Science**, v.2, n.1, p.3, 1971).

³³ Eugênio Battesini lembra que, sob ótica da Escola de Chicago, a ação reguladora do Estado limita-se à correção das falhas de mercado como a assimetria de informação e as externalidades. (BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: Ltr, 2011. p.73).

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.26: "a concepção ampla de regulação envolve uma pressuposta atuação intervencionista do Estado (poder de controle) quer para reprimir atividades nocivas mas também para promover o bem comum, diretamente e em especial por meio da atuação dos particulares que desempenham atividades essenciais ao bem comum, sob a supervisão a estrita supervisão do Estado regulador. A concepção restrita, entende como regulação não qualquer intervenção estatal na economia, mas apenas a atuação quando inexistente um mercado capaz de assegurar produtos ou serviços."

³⁵ Ver CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: RT, 1987. p.37; ATALIBA, Geraldo. Liberdade e poder regulamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.17, n.66, p.46, abr./jun. 1980; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: RT, 1981. p.86.

de forma inapropriada, a discussão sobre a viabilidade e os limites da regulação normativa, enquanto regulamento limitado por uma lei.³⁶

Trata-se obviamente de uma abordagem importante, pois o legislador, destinatário do mandato conferido pela soberania popular, detém a competência normativa inaugural, advinda da soberania popular. Essa aproximação não é suficiente, pois, em muitos casos o legislador efetivamente nem teria como fixar padrões de qualidade de produtos ou outras referências técnicas que sirvam de parâmetro para a atuação dos agentes econômicos.

Não basta, portanto, em sede de controle judicial, o mero recurso à análise da compatibilidade formal e material entre lei e regulamento, conforme tradicionalmente desenvolvida.

A história da regulação e o conhecimento das chamadas "ondas regulatórias"³⁷ são igualmente importantes para se perceber as necessidades sociais e o papel a ser desempenhados pelas agências e outros órgãos e regulação.

Num primeiro momento, a chamada "regulação econômica" atuava a partir da constatação de que a autorregulação do mercado não era suficiente para suprir algumas deficiências, denominadas "falhas de mercado", entre elas a falta de concorrência, uso de bens coletivos, externalidades, assimetria de informação, desemprego e inflação.³⁸

³⁶ Conforme lembra Gilmar Ferreira Mendes: "no sistema constitucional brasileiro, o poder regulamentar reconhecido ao Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV) limita-se à expedição de decretos e regulamentos para fiel execução da lei, não sendo, como regra geral, admissível a edição dos chamados regulamentos autônomos e independentes. A exceção foi estabelecida com a Emenda 32, que alterou o referido art. 84, IV, permitindo que o Presidente edite decretos autônomos em hipóteses restritas." (Voto nas ADI 3.090 e 3.100). (MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.1231).

³⁷ "Num primeiro momento a regulação econômica buscava apenas suprir as 'falhas de mercado', como livre concorrência, liberdade de informação, qualidades dos produtos. A segunda onda regulatória, chamada de *Regulação Social*, parte da constatação que mesmo o funcionamento perfeito do mercado não é suficiente para atingir determinados fins do interesse comum. O Estado não é apenas um 'corretor de defeitos econômicos' devendo atuar para atingir valores não econômicos, tais como aqueles relacionados ao meio ambiente, aos direitos das minorias e outros bens imateriais." (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.38).

³⁸ Sobre as deficiências do mercado e o papel da regulação econômica: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.163-178. p.163 e segs.; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.201.

A segunda onda regulatória, denominada por alguns como "regulação social", não se preocupava apenas com correção das falhas do mercado mas também com realização de valores não econômicos.

Como resta evidente, a regulação tem um forte substrato ideológico. De acordo com a concepção política reinante, a atuação estatal será mais ou menos intensa e com maior ou menor espectro de finalidades a serem atingidas pelo mercado.

Mais recentemente a regulação passou a ser alvo de especial interesse. Houve uma mudança do perfil de Estado, de intervencionista para Estado Regulador, que agora repassa aos particulares a execução concreta das atividades³⁹ e reserva a si regulação, que permite verificar se alguns objetivos estão sendo adequadamente atingidos e se alguns direitos estão sendo assegurados. As concepções estatizantes, em maior ou menor grau, perderam de certa forma a importância.

Há que se concordar com Marçal Justen Filho quando identifica uma alteração no núcleo do debate sobre o papel do Estado. Num momento pretérito, o centro das disputas envolvia '*quem*' deveria desempenhar certas atividades, mas agora, a preocupação maior reside em '*como*' desenvolvê-las, pois "o que se pretende é obter atividades de interesse coletivo prestadas de modo satisfatório, independentemente da identidade de quem as presta"⁴⁰.

No direito brasileiro, a recente valorização da iniciativa privada e da concorrência como forma de melhorar a prestação de serviços públicos e a produção de bens essenciais, tornou evidente a indispensabilidade da atividade regulatória para fazer frente aos novos desafios da economia de mercado.

Com base nas didáticas lições de Maria Leitão Marques e Vital Moreira, pode-se dizer que a regulação econômica tem cinco grandes objetivos: 1) Garantir os mecanismos do mercado e da concorrência (legislação *antitrust*); 2) Minimizar as

³⁹ É o caso das impropriamente chamadas "privatizações", ocorrida na década de 1990, das companhias estatais ou sociedades de economia mista que desempenhavam relevantes serviços públicos como telecomunicações, eletricidade, fornecimento de água e transporte público. Não houve propriamente uma "privatização" pois as atividades continuam a ser consideradas 'serviços públicos', desempenhadas em regime de direito público, embora mediante a execução concreta por particulares, concessionários do poder público. Apenas quando ocorre a liberalização (ou *despublicatio*), uma atividade econômica deixa de ser considerada serviço público e passa a ser prestada em regime de direito privado, pelos agentes econômicos, submetida apenas à regulação econômica. (Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões e terceirizações. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.65).

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.41.

chamadas 'falhas de mercado', ou seja, situações em que, por razões físicas ou econômicas, não é possível estabelecer regime de concorrência, tendo de aceitar-se um único operador (monopólio natural verificado nas 'indústrias de rede' como eletricidade, gás canalizado, água e efluentes); 3) Reduzir as chamadas 'externalidades negativas', que são os custos sociais (danos ao meio ambiente, à saúde pública, à segurança coletiva) não considerados pelo mercado na busca pelo lucro; 4) Proteger os consumidores na relação de "troca desigual", reduzindo a assimetria de informações e garantindo reparação de danos; 5) garantir a adequada prestação de serviços públicos a que o Estado se obrigou constitucionalmente.⁴¹

A amplitude dos problemas a serem evitados, ou enfrentados, pelo Estado demonstra o especial relevo que passou ter a atividade regulatória.⁴² Por meio dela o estado assegura o atingimento do bem comum, do interesse público, não mais preocupado apenas com a natureza pública ou privada do prestador de um serviço ou fornecedor de um produtor, mas com a eficiente alocação dos bens e serviços essenciais à comunidade.

1.1.2 Conflituosidade da regulação

Como toda atividade, estatal ou não, há necessidade de análise sistemática dos resultados e dos indesejados efeitos colaterais da regulação (*unintended side-effects of regulations*), que pode justificar o controle judicial, como instância imparcial entre os usuários de um serviço, os prestadores e órgão regulador, na busca de aperfeiçoamento da atividade e consecução do interesse público.

⁴¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003. p.13/14.

⁴² Ver também MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2000. p.72; MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.218, p.93-112, out./dez. 1999; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.20.

A atividade regulatória é uma fonte potencial de conflito. Não pode ser olvidado que em determinadas atividades um ato regulatório atinge centenas de agentes econômicos, sem considerar os usuários e consumidores que podem ser afetados.⁴³

Embora em alguns casos, como das telecomunicações por exemplo, a regulação se dirija ao um número relativamente pequeno e conhecido de prestadores do serviço, em outros casos, o espectro de atuação de uma norma é muito amplo sendo desconhecidos todos os destinatários.

Outro problema intimamente ligado à regulação é a excessiva burocratização. A chamada *red tape*⁴⁴ é um dos possíveis comportamentos dos órgãos administrativos que tem encargos relevantes e com as agências não tende a ser diferente. A burocratização efetiva é passível de controle judicial, mas é fácil de perceber que os custos de um processo e a própria fundamentação de uma ação judicial deve tornar evidente que as exigências burocráticas são desarrazoadas.

O controle judicial, em geral, se faz em relação a um ato final da agência. Questiona-se uma resolução, a aplicação de uma multa ou até mesmo a exigência indevida de um norma procedimental⁴⁵ mas é significativamente difícil atacar um procedimento em bloco, demonstrando ser excessivamente burocrático. Nesses

⁴³ Como exemplo, pode-se tomar a Resolução da Diretoria Colegiada RDC n.º 24/20110, expedida pela Agência Nacional de vigilância Sanitária – ANVISA, que tratou da "oferta, propaganda e publicidade, dos alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, gordura saturada, gordura trans e sódio" obrigando o produtor a fazer constar nas embalagens e no material de divulgação, expressões de que seu produto se "consumido em grande quantidade aumenta o risco de obesidade, risco de pressão alta, doenças do coração, cárie dentária." (Publicado no Diário Oficial da União, Seção I, de 29.06.2010, p.46).

⁴⁴ Na literatura jurídica anglo-americana, *Red tape* é o termo utilizado para uma regulação excessiva ou uma exigência rígida de conformidade com regras formais, considerada burocrática e redundante e que tem como consequência impedir ou tornar muito difícil a tomada de uma decisão por uma órgão administrativo. Aí se incluem o preenchimento de formulários, a obtenção de licença, submissão do mesmo assunto a vários órgãos, apresentação de relatórios, como forma de proteger a autoridade na tomada de uma decisão final.

⁴⁵ Em alguns casos, a discussão diz respeito tão somente ao procedimento adotado pela agência, como no precedente julgado pelo TRF da 1.ª Região: Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. ENERGIA ELÉTRICA. OUTORGA A TERCEIROS. PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. RESOLUÇÃO 61/98 - ANEEL. LEGALIDADE. LEILÃO. MODALIDADE DE LICITAÇÃO. LEI N.º 8.666/93. - O leilão é uma das modalidades de procedimento licitatório previstas pela Lei n.º 8.666/93, a teor de seu art. 22, V, não havendo, destarte, nenhuma ilegalidade na resolução que o adotou para a outorga de serviços de energia elétrica. - Agravo improvido. (TRF 1.ª Região. **Agravo de Instrumento n.º 199801000419014**, 3.ª Turma Suplementar, Rel. Juiz Julier Sebastião da Silva, DJ 22.01.2002, p.76).

casos, a alegação do órgão é sempre de que as exigências ou a demora se prendem à alguma razão relevante. Isso sem mencionar, as hipóteses em que não existe uma clara definição sobre qual autoridade dentro do organograma de uma agência é o responsável pela edição de um ato ou pela tomada de uma decisão.

Por fim, a deliberada falta de atuação da agência reguladora não é matéria fácil de ser revisada judicialmente. Stephen G. Breyer, ao tratar do tema, questiona se a hipótese não seria equiparável à do Promotor de Justiça que deixa de agir, conduta que as cortes, nos Estados Unidos, e no Brasil, tradicionalmente entendem como insuscetível de controle judicial.⁴⁶

Enfim, a regulação, ou a falta dela, é campo vasto para o surgimento de conflitos e naturalmente suscetível de sofrer o controle judicial, provocado pelas partes a partir de pretensões que entendem fundadas no direito material mas não satisfeitas pelas agências.

1.1.3 Tutela judicial e atividade regulatória

Tendo o Estado que se desincumbir da atividade regulatória surge, em conseqüência, a tensão natural entre a atuação pragmática e finalística de seus órgãos e agentes e as limitações impostas pelos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico.

O desafio do Estado Regulador é intervir na economia sem aniquilar o mercado ou afetar mortalmente a livre iniciativa e a liberdade de ofício ou profissão.⁴⁷ Além disso, deve garantir os direitos materiais, sem atingir o núcleo essencial de outros direitos e garantias também assegurados constitucionalmente.

⁴⁶ BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUSTEIN, Cass R.; SPITZER. **Administrative law and regulatory policy**: problems, text and cases. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2002. p.1015.

⁴⁷ Para uma classificação dos direitos inerentes à Ordem Econômica, ver Graú: "Princípio da livre iniciativa compreende: a) **Liberdade de comércio e indústria** (não intervenção do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica (liberdade pública); a.2) sujeição apenas às restrições previstas em lei – (liberdade pública); b) **Liberdade de concorrência**: b.1) faculdade de conquista clientela, vedada a concorrência desleal (liberdade privada); b.2) proibição de condutas que impedem a concorrência (liberdade privada); b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial (liberdade pública)." (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.240).

Essa atividade estatal está sujeita às falhas e aos excessos inerentes a toda atividade que busca um objetivo, razão pela qual deve ser controlada, por diversas formas, instrumentos e instâncias.⁴⁸

Quanto à extensão do controle judicial, Cintra, Grinover e Dinamarco observam a tendência contemporânea à universalização da jurisdição que, no bojo dos movimentos de acesso à justiça, reduziu os casos de impossibilidade jurídica do pedido, permitindo aos tribunais o exame dos atos administrativos, antes salvaguardados pelo dogma da incensurabilidade judiciária de tais atos.⁴⁹

Na sua clássica obra, Friedrich Stein lembra que o direito está em todas as fases da existência humana. Desde a concepção até a morte o homem ser vê acompanhado pelo jurista, para protegê-lo e também para persegui-lo criminalmente, não havendo assunto sobre o qual o jurista não tenha algo a dizer.⁵⁰ Não há absolutamente nenhum fato, acontecimento ou circunstância que não possa ser submetido à ação do jurista pra examinar as consequências que deles derivem, direta ou indiretamente.⁵¹

A universalidade da jurisdição é princípio ligado ao acesso à justiça, que garante a tutela jurisdicional, a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.⁵²

Por outro lado, a tutela coletiva dos direitos amplia, ainda mais, as possibilidades de universalidade da jurisdição. Embora no processo individual, o princípio da universalização da jurisdição tenha alcance mais restrito, limitado à utilização da técnica processual com o objetivo submeter todos os conflitos de interesses aos tribunais, deles recebendo a resposta jurisdicional adequada, no processo coletivo, aquele princípio assume dimensão distinta, pois, assegura às massas a oportunidade

⁴⁸ Sobre uma proposta de controle social dos serviços públicos ver: AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.99.

⁴⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.281.

⁵⁰ STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Tradução: Andrés de La Oliva Santos. 2.ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p.21.

⁵¹ STEIN, *loc. cit.*

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012. p.2.

de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não teriam como sequer como chegar à justiça.⁵³

Com o advento da Constituição de 1988, o espectro de análise dos atos administrativos *lato sensu* aumentou significativamente. Diversos princípios reitores da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência) foram acolhidos expressamente pelo constituinte assim como foram ampliados os instrumentos processuais colocados à disposição da sociedade para controlar os órgãos do Estado e seus agentes.

Além de um controle inerente aos bens jurídico-penais, que também permite em sede de processo penal, analisar a atuação de agentes públicos e declarar perda da função pública como efeito da condenação, no âmbito do processo civil há possibilidade de análise da conduta pessoal dos dirigentes, nas ações populares e de improbidade.⁵⁴

A doutrina e a jurisprudência pátrias registram significativo avanço no que se refere ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, quando à competência, aspectos formais, e mesmo desvios de finalidades e abuso de poder.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/othersauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012. p.2.

⁵⁴ Brasil. Constituição de 1988. Art. 5.º, LXXIII: "Qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Ação Popular. Lei n.º 4.717/65: Art. 1.º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Improbidade Administrativa. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Art. 1.º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade".

Relativamente aos atos regulatórios, há um núcleo decisório que o Poder Judiciário é chamado a decidir e aparecem as perplexidades.^{55,56}

Assim como o controle judicial das políticas públicas ensejou a "judicialização da política"⁵⁷, o controle judicial dos órgãos reguladores pode conduzir à uma "judicialização da atividade regulatória" ou regulação judicial, com a indesejável consequência de o juiz substituir-se ao regulador.

O processo judicial sofre algumas limitações impostas pela sua própria natureza e pelos princípios que o regem. Princípio da demanda, princípio dispositivo, meios de prova utilizados e limites da sentença judicial, vendendo-se ao juiz sentenças *extra*, *ultra* e *citra petita*, são alguns limitadores da intervenção judicial.

Além disso, a própria doutrina sobre os limites da revisão judicial é objeto de constantes questionamentos e reformulações.⁵⁸ Pode o judiciário ingressar no mérito

⁵⁵ Para um análise ampla do controle dos atos administrativos, ver o livro de Juarez Freitas (**O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009). Também trata do tema, a clássica obra de Miguel Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelos poder judiciário*, a partir da 7.^a edição, em 2005, atualizada pelo Prof. Gustavo Binenbojm.

⁵⁶ Nesse sentido, a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**: "Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração". (STF. **RMS n.º 24.699**, Relator: Min. Eros Grau, j. 30.11.2004, DJ. 02.03.2007). Também, o **Superior Tribunal de Justiça**: "Ementa ... 4. Cabe ao Poder Judiciário, Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade". (STJ. **REsp n.º 100.167-3/DF**, 5.^a Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.05.2008, DJ 23.06.2008); "Ementa. ... 4. As circunstâncias fáticas podem reduzir a margem de discricionariedade do administrador, ou até eliminá-la, de modo que, quando este age em desconformidade com a finalidade legal, é possível ao Poder Judiciário substituí-lo e tomar a decisão que se ajusta à vontade da lei, sem que isto constitua violação do princípio da separação dos poderes." (STJ. **REsp n.º 93.686/PR**, 2.^a Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 30.09.2009).

⁵⁷ Para Tate e Vallinder, "Judicialização da política" (ou "politização da justiça"), é fenômeno que consiste na ampliação da atuação do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política pode ter dois sentidos: 1) O primeiro, e mais comum, significando a ampliação da área de atuação do Judiciário, por meio da revisão judicial de ações legislativas e executivas, sob o fundamento de tutelar a constitucionalização dos direitos e do exercício dos freios e contrapesos (*checks and balances*); 2) o segundo, significando a utilização pelo Poder Executivo (criação de cargos de juízes e tribunais administrativos) e pelo Legislativo (Comissões Parlamentares) dos métodos típicos do processo judicial para resolver disputas e demandas na arena política. (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995. p.95).

⁵⁸ Itiberê de Oliveira C. Rodrigues constatou que a "crescente *judicialização* da atividade administrativa - e cujos princípios gerais encontram-se não na legalidade administrativa, mas no art. 5.º, LIV e LV da Constituição de 1988 - também tem funcionado como uma barreira prévia para os 'atributos' de auto-executoriedade e de coercibilidade dos atos administrativos (e com isso sobretudo dos atos de polícia administrativa). Assim, para que a auto-execução e a coerção de medidas legalmente

da decisão regulatória? Esta é a questão central quando se analisa o controle dos atos regulatórios.

O apelo à doutrina da separação dos poderes e a falta de legitimidade judicial são invocados, não somente no Brasil mas em outros ordenamentos, para afastar pretensões de reexame das decisões técnicas das agências reguladoras.⁵⁹

O que se pretende demonstrar com o presente trabalho é que, por meio do processo judicial, os interessados afetados pela má atuação dos órgãos reguladores podem obter do Poder Judiciário a anulação dos atos lesivos, assegurando a proteção de seus direitos.

Nem mesmo a atual tendência de instituir mecanismos de participação do 'público' no processo de decisão das agências, como corolário da adoção de um controle social, tornaria menos importante o controle judicial. O processo administrativo não pode assumir o lugar do processo político decisório (*Surogate political process*), eis que o provável envolvimento dos grupos de interesse no âmbito das agências invalida essa "participação" como estrutura geral de legitimação das decisões discricionárias daqueles órgãos.⁶⁰

Egon Bockmann Moreira preconiza, há algum tempo, "a atenuação do *déficit* democrático evidenciado na atuação das agências mediante o aprimoramento de uma 'rede de controles múltiplos'" que abrangeria a Constituição, leis, tribunais, Congresso Nacional, opinião pública, transparência e convocação ativa à participação no

previstas possam ser validamente afirmadas, antes se faz necessária a instauração de um devido processo administrativo (cujos status formal é constitucional e independe da vontade da própria Administração Pública, vez que se constitui em direito fundamental do administrado), com no mínimo a tríplice garantia de contraditório, ampla defesa e decisão motivada ou fundamentada. À guisa de exemplo, não basta pura e simplesmente a ocorrência do ilícito para que a Administração possa impor uma multa de trânsito, são primeiro "necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração" (Súmula n.º 312 do Superior Tribunal de Justiça). Atividade administrativa e atividade judicial, execução administrativa forçada e execução judicial forçada restam assim, pouco a pouco, com os mesmos e prévios contornos gerais para o seu exercício pelos Poderes Públicos." (RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.17, 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 fev. 2012).

⁵⁹ Em recente decisão, a Suprema Corte dos Estados Unidos delimitou a atuação dos tribunais, ao decidir que, reconhecer que um assunto está no âmbito de competência federal não implica autorização para que os tribunais federais possam criar normas de controle (*"Recognition that a subject is meet for federal law governance, however, does not necessarily mean that federal courts should create the controlling law"*). *American Elec. Power Co v. Connecticut*, 564 U.S. 8 (2011).

⁶⁰ Cf. STEWART, Richard. The Reformation of American Administrative Law. 88 **Harv. L. Rev.** 1667 (1975).. O autor explica, ainda, no mesmo artigo, que até os anos 1970, a revisão judicial das decisões das agências era a forma de controle preferencial mas, a partir daí, diversos precedentes passaram a exigir a "participação" do público como a melhor forma de melhor controlar a discricionariedade nos processos decisórios das agências.

processo formador de decisões, justificação de ações e controle recíproco dos órgãos reguladores.⁶¹

Embora as agências configurem a importação de um modelo norte-americano, o seu amadurecimento institucional no direito pátrio depende, além da delimitação de seus poderes e da compatibilização deste com os princípios constitucionais, do controle efetivo do Senado e do controle eficaz de sua atuação pelo Poder Judiciário e pelos órgãos especializados do Congresso.⁶²

O controle judicial persiste como eficaz instrumento de controle e aperfeiçoamento da atividade regulatória, reconhecendo-se a relação direta entre o seu adequado funcionamento e a preservação do bem comum e do interesse público.

1.2 O MODELO DE REGULAÇÃO POR AGÊNCIAS E SUA ADOÇÃO DE FORMA GENERALIZADA

Órgãos reguladores independentes são um fenômeno da atualidade nos mais diversos países. Inspiradas no modelo norte-americano foram criadas agências em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais.⁶³

⁶¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a 'elaboração processual de normas'. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.206.

⁶² Nesse sentido, o posicionamento de Joaquim B. Barbosa Gomes, que ressalta a necessidade de estabelecer um "mínimo lastro democrático" de sorte a evitar que as agências se convertam em instrumento de dominação de uma determinada tendência político-ideológica, risco sempre presente diante das fragilidades intrínsecas inerentes à vida institucional brasileira. (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia. Uma reflexão de direito constitucional e comparado. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v.6). p.594).

⁶³ Mark Thatcher, salienta que a partir dos anos 70, *independent regulatory agencies* (IRAs) foram criadas na maioria das nações européias, embora com variações terminológicas e institucionais. Itália e França têm *independent administrative authorities*. Na Alemanha há vários tipos de agências, de direito público e de direito privado, regionais e federais, muitas delas subordinadas aos ministros. A Grã Bretanha não tem uma doutrina sobre *independent agencies* e muitas IRAs são formalmente *non-ministerial government departments*. Além disso, o termo *agency* pode ser utilizado para organismos que de fato estão legalmente subordinados a um ministro. Devido à diversidade terminológica, o autor apresenta os requisitos mínimos para admissão de uma entidade como IRA: que a agência tenha suas prerrogativas e responsabilidades subordinadas ao direito público; esteja situada fora da organização ministerial; não seja administrada por agentes eleitos ou indicados por agentes públicos eleitos. (TATCHER, Mark. **Controlling non-majoritarian institutions: the case of independent regulatory agencies in Europe**. Disponível em: <<http://www.mzes.unimannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/reader/thatcherpaper.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2011. p.4)

A experiência norte-americana com a regulação por agência é ampla. Para exemplificar, pode-se citar a *Interstate Commerce Commission* (ICC), órgão regulador federal criado pelo *Interstate Commerce Act* de 1887 com objetivo de regular transportes (inicialmente ferroviários e depois também o rodoviário), garantindo tarifas justas e não discriminatórias. A agência foi extinta em 1995, e as suas competências remanescentes transferidas para outra agência (*Surface Transportation Board*).

Trata-se de um caso clássico de estudo por se tratar de uma agência com direção colegiada e sem envolvimento formal com o setor regulado, estrutura que serviu de modelo para as agências criadas posteriormente nos Estados Unidos.

Também nos Estados Unidos verifica-se a evolução do modelo de agências, sendo possível constatar o impacto da regulação mais intensa, levada a efeito por agências com largo espectro da atuação, ao mesmo tempo em que diminuía a fé do Congresso nos benefícios da autonomia administrativa. As novas agências, criadas no período de 1965 a 1975, são a resposta do Congresso e do Presidente ao movimento do *civil rights* e estavam voltadas a combater a pobreza, a discriminação racial e sexual, proteger o meio ambiente, assegurar direitos dos trabalhadores e dos consumidores. Ao mesmo tempo, o Congresso passou a editar diretrizes mais específicas para a atuação das agências, aumentando as exigências procedimentais a serem atendidas e impondo limites claros à atuação.⁶⁴

O âmbito de atuação das agências não é mais apenas controlar o poder do mercado (*control market power*) ou regular monopólio, ou ainda, evitar indesejáveis excessos na concorrência. O objetivo agora, reforçado com a criação das novas agências (como *Environmental Protection Agency - EPA*, *National Traffic Safety Administration*, *Occupational - NHTSA*, *Safety and Health Administration - OSHA*, *Equal Employment Opportunity Commission - EEOC* ou *Consumer Product Safety Commission - CPSC*) é controlar os custos repassados aos consumidores individuais ou ao público em sua maioria pela bem sucedida economia industrial e sobretudo proteger os direitos civis (*civil rights*).⁶⁵

⁶⁴ BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUSTEIN, Cass R.; SPITZER. **Administrative law and regulatory policy: problems, text and cases.** 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2002. p.27/28.

⁶⁵ GELLHORN, Ernest. Administrative law in transition. 38 **Admin. L. Rev.** 107 (1986).

O ponto central que fundamentou historicamente a criação das agências e a discricionariedade técnica a elas atribuída é sua notória *expertise*, em relação aos demais órgãos do Estado, para regular áreas específicas da atividade econômica.⁶⁶

Considerando essa necessidade de regulação e seu desempenho por meio de órgãos independentes, é que assume especial relevo o controle judicial, cuja intervenção pode interferir nesse equilíbrio regulatório e, por consequência, impedir a consecução de bem comum.

As agências reguladoras surgiram com escopo próprio e específico de regular adequadamente a economia. A sua independência é justificada pela possibilidade de atribuir a um órgão técnico e dotado de notória especialização, a realização de uma intervenção adequada e melhor possível. O relacionamento entre agências e as instâncias políticas também são fontes de problemas.

Conforme a elucidativa lição de Moreno Molina, os argumentos clássicos em favor das agências reguladoras independentes são: 1) Imparcialidade resolutória; 2) Experiência e técnica decorrente da especialização; 3) Colegialidade dos órgãos diretivos; 4) Continuidade da política pública desenvolvida pela agência; 5) Isolamento da política partidária e 6) Incapacidade das estruturas administrativas tradicionais para os desafios modernos da atividade regulatória.⁶⁷

Nas palavras de M. Bernstein essa peculiar forma de organização por comissão (ou agências) é defendida por aqueles que creem que a regulação administrativa requer um alto grau de experiência, domínio dos detalhes técnicos e continuidade e estabilidade das políticas públicas.⁶⁸

⁶⁶ GELLHORN, Ernest. Administrative law in transition. 38 **Admin. L. Rev.** 109 (1986). "*The theory of these rulings generally supporting agency discretion was that administrative agencies were established as expert bodies to decide complex social questions **applying technical knowledge in a nonpartisan fashion.***" (Tradução livre: "a teoria que sustenta a discricionariedade das agências administrativas é que elas foram estabelecidas como corpos especializados que devem decidir complexas questões sociais aplicando conhecimentos técnicos de maneira apartidária").

⁶⁷ MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica.** Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p.176.

⁶⁸ BERNSTEIN, Marver H. **Regulating business by independent Commission.** Westport, Conn.: Greenwood Press, 1977. "*The commission form has been championed by those who believe that administrative regulation requires a high degree of expertness, a mastery of technical, and continuity and stability of policy.*"

O mesmo Moreno Molina sistematiza as críticas que comumente se faz ao modelo das agências: **a)** A regulação não pode ser realizada "fora" da política, pois toda intervenção na economia faz parte de um programa político. O isolamento da política pode ensejar o surgimento de uma tecnocracia, insensível aos problemas sociais; **b)** Na prática, por diversos fatores, nem sempre o ideal de "agência especializada" se torna realidade; **c)** A especialização e a atuação setorial fazem com que as agências se identifiquem com o setor regulado, produzindo o fenômeno denominado "captura regulatória"^{69,70}; **d)** Déficit democrático diante da ausência de participação dos administrados nas decisões das agências.

Em questões de regulação de serviços públicos ou de outras atividades econômicas o órgão técnico tem que fazer opções, decidir qual a melhor forma de prestar um serviço, qual a melhor tecnologia ou até mesmo qual a melhor forma de remunerar a prestação do serviço. É inegavelmente uma escolha motivada por questões técnicas. Diz-se, nesse caso, que a agência age com certa discricionariedade técnica,

⁶⁹ MORENO MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p.182 e segs.

⁷⁰ Um dos maiores problemas das agências é o chamado risco de captura pelo setor regulado. Embora as agências sejam concebidas e criadas com a missão de regular de maneira imparcial determinada atividade econômica, muitas vezes, a prolongada e próxima convivência de reguladores e regulados leva a agência a atuar em benefício dos regulados com prejuízo dos consumidores e de outros agentes econômicos que pretende ingressar naquele setor. A doutrina cita o caso da *Interstate Commerce Commission – ICC* como um exemplo clássico de captura regulatória. Essa agência foi acusada de agir para preservar interesses das estradas de ferros e das transportadoras rodoviárias. As reclamações apontam a fixação de tarifas artificialmente elevadas e a exclusão de novos competidores por meio de processos restritivos de ingresso. Com a experiência acumulada nos Estados Unidos, a doutrina brasileira desde a criação das agências apontava para o risco da captura das mesmas. O legislador incluiu quarentenas para os dirigentes que deixam as agências e o processo decisório foi estudado para permitir transparência nas decisões. Para exemplificar, veja-se o disposto no art. 8.º, da Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras: "Art. 8.º Terminado o mandato, o **ex-dirigente ficará impedido**, por um período de quatro meses, contado da data do término do seu mandato, de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou a empresa integrante do setor regulado pela Agência. § 1.º Inclui-se no período a que se refere o caput eventuais períodos de férias não gozadas. § 2.º Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à Agência, fazendo jus a remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu, sendo assegurados, no caso de servidor público, todos os direitos como se estivesse em efetivo exercício das atribuições do cargo. § 3.º Aplica-se o disposto neste artigo ao ex-dirigente exonerado a pedido, se este já tiver cumprido pelo menos seis meses do seu mandato. § 4.º Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-dirigente que violar o impedimento previsto neste artigo."

pois a celeridade e a continuidade do serviço não podem estar submetidos a todas as solenidades e vicissitudes dos trabalhos parlamentares.⁷¹

Com inspiração na experiência norte-americana, diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o modelo de regulação por meio de agências, principalmente nas últimas décadas com o advento da liberalização da economia. A Comunidade Europeia, embora inicialmente de forma relutante, a partir de 1975 passou a contar com uma rede de agências, possuindo atualmente com mais de 25 entidades, dotadas de amplos poderes de investigação, aplicação de sanções e licenciamento de atividades.⁷²

A introdução do modelo de regulação por agências no Brasil não se fez sem acerbadas críticas doutrinárias. Arianne de Brito Rodrigues Call sintetiza o pensamento corrente e compreensível na doutrina nacional, fruto de um ordenamento administrativo que sofreu forte inspiração francesa e italiana: "[...] o direito brasileiro em nada tem de comum com o direito norte-americano, e, ao se importar um instituto de outro país, deve-se adaptá-lo ao ordenamento jurídico nacional, a fim de que o mesmo não seja acometido de uma inconstitucionalidade flagrante"⁷³.

Não obstante as críticas, diante do modelo que efetivamente se consolidou por opção do legislador e pelos imperativos práticos decorrentes do fenômeno regulatório, prefere-se vislumbrar nas diferenças de modelo norte-americano e brasileiro as possibilidades de controle judicial e a redefinição das funções do Poder Executivo.⁷⁴

Embora a terminologia possa variar⁷⁵, as características essenciais que distinguem as agências reguladoras e devem ser identificadas são: um órgão independente e

⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. p.47. Na década de 1980, o autor já constatava as dificuldades operacionais dos parlamentos no trato de questões que demandassem soluções técnicas e rápidas dando ensejo ao exercício de competências legislativas pelo Poder Executivo.

⁷² SAUER, Johannes. The accountability of supranational administration: The case of european union agencies. 24 **Am. U. Int'l L.** 440 (2008-2009).

⁷³ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.164.

⁷⁴ Sebastião Botto de Barros Tojal lembra que as agências norte-americanas têm duas características que as diferenciam do modelo brasileiro: a forma de operação fortemente publicizada e a subordinação diretamente ao Congresso e que essas diferenças são marcantes para definição das formas de controle do poder normativo das agências. (TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p.145-166).

⁷⁵ A terminologia adotada para denominar os entes regulatórios independentes é variada: Nos Estados Unidos se utilizam os termos *independent regulatory agency*, *regulatory commissions*, *regulatory board*, *service*, *authority*, *bureau* para denominar uma agência independente. Entre as dezenas de agências existentes no sistema norte-americano, podem ser citadas, exemplificativamente: *Foods and Drugs Administration – FDA*, *Environmental Protection Agency - EPA*, *Farm Service*

especializado, que adota soluções técnicas e atua para garantir o adequado funcionamento de um setor da economia, com postura equidistante das partes envolvidas.

1.2.1 Agências reguladoras no direito brasileiro

A Constituição faz expressa referência a órgãos reguladores apenas para os setores de telecomunicações e de petróleo. Nos arts. 21, inciso XI e 177, inciso III, com a redação das Emendas Constitucionais 8/95 e 9/95, está prevista a criação, por lei, de "órgão regulador" para os serviços de telecomunicações e para o monopólio do petróleo.

A carta política não trata da independência e nem adota a terminologia "agência". Foi o legislador infraconstitucional, ao instituir os entes reguladores, quem

Agency, Federal Energy Regulatory Commission, Agency for Healthcare Research and Quality, Federal Aviation Administration, Surface transportation Board, Federal Energy Regulatory Commission, Amtrak (National Railroad Passenger Corporation), Consumer Product Safety Commission, Equal Employment Opportunity Commission, Federal Communications Commission, Federal Labor Relations Authority, Federal Trade Commission (FTC), Merit Systems Protection Board, National Labor Relations Board, National Transportation Safety Board, Nuclear Regulatory Commission, Occupational Safety and Health Review Commission, Postal Regulatory Commission, Social Security Administration, Tennessee Valley Authority.

No âmbito da União Européia a terminologia empregada é agência, escritório (*office*) ou centro (*centre*): *Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), Community Fisheries Control Agency (CFCA), Community Plant Variety Office (CPVO), European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA), European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders (FRONTEX), European Asylum Support Office (at planning stage) (EASO), European Aviation Safety Agency (EASA), European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC), European Chemicals Agency (ECHA), European Environment Agency (EEA), European Food Safety Authority (EFSA), European Maritime Safety Agency (EMSA), European Medicines Agency (EMA), European Railway Agency (ERA), European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), European Agency for the Evaluation of Medicinal Products (EMEA).*

Na França: *agences de services public ou autorités administratives indépendantes*; **Na Espanha:** *administraciones independiente*. **Na Itália,** *autorità indipendente*. **Na Alemanha,** a terminologia preferida tradicionalmente é "autoridade federal superior independente" (*selbstständige Bundesoberbehörde*), como por exemplo o Instituto Federal de Medicamentos e Dispositivos Médicos - BfArM, (*Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte – BfArM*). Contudo, mais recentemente passou-se também a empregar o termo agência: *Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*, para a agência federal que regula os serviços de eletricidade, gás, telecomunicações, correios e estradas de ferro. **Em Portugal:** as autoridades reguladoras independentes são: O Banco de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), a Entidade Reguladora do Sector Elétrico (ERSE), o Instituto dos Seguros de Portugal (ISP) e a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM).

⁷⁵ Segundo levantamento feito por Márcio Chalegre Coimbra, os EUA contam com 72 agências reguladoras, o Canadá com 15, a Argentina com 12, Dinamarca com 9, Holanda com 7, Alemanha e Suíça com 6, China com 5 e França 4. (COIMBRA, Márcio Chalegre. Agências reguladoras. **Jus Navigandi**, Teresina, v.5, n.46, 1.º out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/454>>. Acesso em: 12 out. 2012).

passou a denominá-los de "agências reguladoras", conferindo-lhe a natureza de autarquias especiais e os respectivos atributos típicos de entidades independentes.⁷⁶

As agências reguladoras passaram a fazer parte do cotidiano dos cidadãos brasileiros e são agora protagonistas de importantes políticas públicas, produzindo muitas decisões e interferindo nas relações econômicas. Tome-se, como exemplo o caso da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que declara ser sua missão "promover o desenvolvimento das telecomunicações do país de modo a dotá-lo de uma moderna e eficiente infra-estrutura de telecomunicações, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo o território nacional"⁷⁷.

A existência de órgãos descentralizados, dotados de alguma autonomia e com funções regulatórias não é novidade. A partir dos anos 1930, foram criadas diversas entidades às quais foram atribuídas funções reguladoras importantes, entre o quais podem-se destacar: O Departamento Nacional do Café (posteriormente, denominado IBC - Instituto Brasileiro do Café), o Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate - INM (1938), Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941). Mas tarde, foram criados a Comissão Nacional de Energia Nuclear (1956), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (1962) e o Banco Central do Brasil - BACEN (1964).

A similaridade entre esses antigos órgãos reguladores e as agências criadas a partir de 1996 é mínima. O grande diferencial das atuais agências é justamente a concentração num único órgão das diversas características que existiam isoladamente

⁷⁶ Cf. CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.28.

⁷⁷ A ANATEL é a que tem um perfil regulador mais bem definido. Trata-se de uma autarquia especial criada pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997). É uma agência administrativamente independente, financeiramente autônoma, não se subordina hierarquicamente a nenhum órgão de governo, suas decisões só podem ser contestadas judicialmente. Tem atribuições de outorga, regulamentação e fiscalização na área de telecomunicações. Dentre as atribuições da Anatel, merecem destaque: implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; expedir normas quanto à outorga, à prestação e à fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas; expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; reprimir infrações dos direitos dos usuários; e exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

e dispersas em alguns órgãos autárquicos federais.⁷⁸ As agências atuais resultam da proposta de assegurar que a disciplina dos serviços públicos seja norteada por critérios não exclusivamente políticos.⁷⁹

A partir de 1996 foram criadas as seguintes agências reguladoras federais: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei n.º 9.427/96), Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei n.º 9.472/97), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP (Lei n.º 9.478/97), Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (Lei n.º 9.782/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei n.º 9.961/2000), Agência Nacional de Águas - ANA (Lei n.º 9.984/2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT (Lei n.º 10.233/2001), Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (Lei n.º 10.233/2001), Agência Nacional do Cinema - ANCINE (MP n.º 2.228-1/2001) e Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC (Lei n.º 11.182/2005).

A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei n.º 9.427/96), a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei n.º 9472/97), a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT (Lei n.º 10.233/2001) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (Lei n.º 10.233/2001) atuam na regulação setorial dos serviços. Públicos.

Somente a ANATEL e a ANP têm previsão constitucional (arts. 21, XI e art. 177, § 2.º, II) o que para alguns seria o fundamento de poderes normativos mais amplos e maior independência regulatória em face do legislador.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP (Lei n.º 9478/97), Agência Nacional da Aviação Civil - ANAC (Lei n.º 11.182/05) e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE (MP2.228-1/2001), atuam como reguladores de atividade econômica em sentido estrito, vale dizer, são atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada, sujeita a menores condicionamentos se comparada com a regulação dos serviços públicos.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS regulam as atividades em que a iniciativa privada atua em

⁷⁸ Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.663.

⁷⁹ Cf. JUSTEN FILHO, *loc. cit.*

caráter suplementar ao Poder Público. A Agência Nacional das Águas - ANA (Lei n.º 9.984/00) foi criada para gerir os recursos hídricos.

Cabe ressaltar, ainda que vários Estados-Membros e municípios criaram agências reguladoras⁸⁰ para gerir bens públicos ou para regular atividades econômicas, embora a configuração do Estado brasileiro e a técnica de repartição de competência adotada pela Constituição em vigor deixe pouca margem para exercício de uma regulação econômica ampla por parte dessas agências estaduais e municipais.

1.2.2 Agência reguladora independente como categoria aberta. Os conselhos de autorregulação profissional, CADE, BACEN e CVM

A doutrina nacional já se debruçou sobre os traços fundamentais que caracterizam as agências reguladoras independentes no direito brasileiro. Leila Cuéllar as define como "pessoas jurídicas de Direito Público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinados serviços públicos ou atividade econômica"⁸¹.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que, aos elementos clássicos da autarquias tradicionais, foi adicionada às agências uma 'relativa autonomia' no tocante a quatro importantes aspectos:

- 1.º - *independência política dos gestores*, investidos de mandato e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo;
- 2.º - *independência técnica decisional*, predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios;
- 3.º - *independência normativa*, necessário para o exercício de competência reguladora dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; e
- 4.º - *independência gerencial orçamentária e financeira* ampliada, inclusive com atribuição legal de fonte de recursos próprios, como por exemplo, as impropriamente denominadas 'taxas' de fiscalização das entidades privadas executoras de serviços públicos sob contrato.⁸²

⁸⁰ Para um levantamento das agências reguladoras estaduais e municipais já criadas, ver: GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p.91.

⁸¹ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p.81.

⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.148.

Marçal Justen Filho, por sua vez, define agência reguladora independente como

Uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.⁸³

Sérgio Guerra considera que algumas entidades, embora criadas sob a denominação "agência", não detêm atribuição para exercer a regulação, citando, como exemplo, a Agência Nacional de Cinema (ANCINE), a Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA), a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE) e a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN).⁸⁴

Poderiam ser mencionadas, ainda, as "agências de fomento", instituições financeiras não bancárias, regulamentadas pelo Banco Central do Brasil, criadas, nos níveis federal e estadual, para substituir os antigos bancos de desenvolvimento, reduzindo a participação direta do estado no sistema financeiro. Não são, propriamente órgãos reguladores, objeto da investigação no presente trabalho.

O Projeto de Lei (PL n.º 3337/2004) encaminhado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, busca alterar substancialmente o perfil institucional das agências, prevendo a criação de um controle social das agências reguladoras e delimitando o âmbito de aplicação do futuro diploma legal apenas às agências previstas no seu texto.⁸⁵

Quanto à possibilidade de revisão das decisões das agências a legislação federal é assistemática. A lei de criação da ANEEL e da ANP é absolutamente omissa quanto ao tema. A Lei n.º 10.233/2001, que trata da ANTT e da ANTAQ, somente prevê o cabimento de recurso contra suas decisões, mas nada dispõe sobre "quem"

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.346.

⁸⁴ GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p.75/76.

⁸⁵ Projeto de Lei n.º 3.337/2004: Art. 1.º Esta Lei dispõe sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras, instaladas até a data da sua publicação, relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social.

Art. 2.º Consideram-se Agências Reguladoras, para os efeitos desta Lei, bem como para os fins da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL; II - a Agência Nacional do Petróleo - ANP; III - a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL; IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS; VI - a Agência Nacional de Águas - ANA; VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ; VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; IX - a Agência Nacional do Cinema - ANCINE.

competete julgá-los. Quanto à Agência Nacional das Águas (ANA), a lei limita-se a dispor que a compete julgar pedidos de reconsideração contra decisões de seus Diretores. A lei de criação da ANCINE não prevê o cabimento de recurso contra decisões de seus dirigentes.

A legislação da ANATEL e da ANVISA preveem expressamente que essas agências decidem em última instância administrativa as matérias de sua competência, sendo cabíveis recursos que serão julgados pelas próprias agências. Igual é o tratamento no que se refere à ANS, dispondo a lei que suas decisões técnicas são autônomas.

Finalmente, a legislação da ANAC prevê a ausência de subordinação hierárquica em relação ao Ministério supervisor, a capacidade de decidir em última instância sobre as matérias de sua competência e a atribuição de apreciar recursos contra as penalidades por ela impostas.

Outras entidades detêm perfil institucional e independência regulatória que permitiriam sua classificação como agência independente. As mais lembradas são o Banco Central do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Devem ser mencionados também, os órgãos de regulamentação profissional (Ordem dos Advogados, Conselhos de Medicina, Engenharia, Farmácia, Educação Física, Corretores de Imóveis, dentre outros).⁸⁶

O CADE foi criado pela Lei n.º 4.137/1962 mas, com o advento da Lei n.º 8.844/1994 se acentuou sua autonomia na regulação da concorrência, não estando mais sujeito ao controle hierárquico do Ministério da Justiça. A Lei n. 12.529/2011 manteve a autonomia do CADE e redefiniu sua estrutura administrativa.

Conforme lembra Marcos Paulo Veríssimo, o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, embora não tenha sido constituído como uma autarquia em regime especial, tem poderes de órgão regulador e seus dirigentes tem relativa

⁸⁶ Sobre a natureza peculiar dos conselhos profissionais, Ricardo Teixeira do Valle Pereira concluiu: "Não há dúvida de que os conselhos de fiscalização profissional exercem atividade de polícia administrativa por outorga do Estado. Por outro lado, e isso é extremamente importante também, em razão de sua natureza, por representarem a mais clara expressão do poder estatal, as atividades de polícia não podem ser delegadas a particulares, mesmo porque, como reconhece a doutrina, gozam elas de coercibilidade e auto-executoriedade, atributos que são desconhecidos, como regra, nas relações de direito privado." (PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. *Natureza jurídica dos conselhos de fiscalização do exercício profissional*. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Conselhos de fiscalização profissional**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.57).

independência e mandato, além de uma relevante atribuição "judicante" conforme art. 3.º, da Lei n.º 8.844/94.⁸⁷

O artigo 6.º da Lei n.º 12.529/2011 estabelece que o Tribunal Administrativo do CADE é órgão judicante enquanto o art. 9.º, § 2º dispõe que suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, devendo ser executadas imediatamente.

A falta de definição clara de suas atribuições funcionais e a existência de controvérsias relevantes quanto à extensão da intervenção estatal no domínio privado levaram Marçal Justen Filho a concluir que a configuração do CADE, como agência, ainda está em vias de concretização.⁸⁸

O Banco Central do Brasil (BACEN) foi criado como uma autarquia que desempenha funções regulatórias, mas seus dirigentes não gozam de garantias contra eventual exoneração discricionária pela Presidente da República⁸⁹, o que permite concluir que sua independência é mais uma proposta fundada em razões de necessidade e credibilidade do mercado financeiro, do que um traço característico extraído da legislação em vigor.

A Comissão de Valores Mobiliários (CMV) foi criada pela Lei n.º 6.385/76, como autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e a com o advento da Lei n.º 10.411/2002, teve reorganizada sua estrutura, com inclusão de garantias de seus administradores contra demissões injustificadas e atribuição de competências normativas e disciplinares relevantes.

Diante do que foi examinado, há que se concordar com Marçal Justen Filho que identifica na expressão "agência reguladora independente" uma categoria aberta sob dois ângulos: Sob o ângulo estático, comporta entidades com características não uniformes de modo que uma entidade com alguns poderes regulatórios e a existência de mecanismos que lhe assegurem autonomia permitem sua inclusão em

⁸⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo Veríssimo. **Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil**. 2002. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p.222.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.336.

⁸⁹ Conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, o Presidente da República indica o Presidente e os Diretores do Banco Central (art. 84, XIV), cabendo ao Senado Federal aprovar a escolha (art. 52, III, e, CF/88).

tal categoria. Sob o ângulo dinâmico, a abertura se relaciona com a perspectiva de suas características, com surgimento de novos atributos e eliminação de outros.⁹⁰

Diversamente, Egon Bockmann Moreira conclui que BACEN e CVM não são agências independentes, mas autoridades reguladoras que detêm poder regulamentar autônomo, ainda que substancialmente diverso daqueles detidos pelas atuais agências. Explica que a legislação que rege a CVM e o BACEN são "genéricas e abstratas", especialmente quando outorgam competência regulamentar, o que daria menos certeza quanto aos limites dos regulamentos e maior possibilidade de irregularidades, com as conseqüente restrições emanadas do Poder Judiciário.⁹¹

Permite-se discordar do renomado mestre. A delimitação de um espaço normativo, mesmo que genérico, a independência de atuação em relação do Executivo e a estabilidade dos dirigentes são suficientes para equiparar tais órgãos às agências reguladoras.

Finalmente, quanto ao conselhos profissionais, cabe lembrar a precisa lição de Vital Moreira: trata-se de um fenômeno de autorregulação oficial, em que o Estado abdica de poderes reguladores e os confere à própria profissão organizada.⁹²

Prossegue o autor anotando que essas corporações públicas são dotadas de vastos poderes de regulação, incluindo poderes normativos (códigos de conduta), poderes administrativos (controle de acesso à profissão) e poderes sancionatórios (imposição de sanções disciplinares).⁹³

Tal como a regulação estatal, a autorregulação profissional, exercida pelas ordens e conselhos, também tem seus inconvenientes, conforme lembra Pedro Vidal Matos, ao tratar da advocacia em Portugal: implica a proliferação de centros autônomos de decisão, patrimônios separados, que escapam do controle global do Estado, havendo o risco de desvio na função regulatória, em proveito dos próprios

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.344.

⁹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas pode regulamentar e o sistema financeiro nacional. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.158.

⁹² MOREIRA, Vital. Serviços profissionais e concorrência. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003. p.53-58.

⁹³ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p.323.

regulados e da transformação das ordens profissionais em instrumento de *lobby* dos profissionais.^{94,95}

Ademais, prossegue o autor, "corre-se o risco de não se utilizar tão freqüentemente quanto desejável o poder disciplinar, visto que os fiscalizadores são também os fiscalizados", riscos potencializados "pela democraticidade, mais directa no seio das ordens do que numa regulação através do Estado"^{96,97}.

No direito norte-americano, a distinção entre um negócio e o exercício de uma profissão é bem delimitado na doutrina⁹⁸ e na jurisprudência. Uma decisão da Corte de Apelações de Nova Iorque espelha bem a relevância social das profissões liberais. Ressalta que uma profissão não é um negócio. Se distingue pelas exigências de extensa formação e treinamento, admissão precedida de licença, um código de ética impondo padrões de comportamento, um sistema para disciplinar as violações a esse código, o dever de 'subordinar o ganho financeiro à responsabilidade social' e, principalmente, a obrigação de seus membros, mesmos em questões não-profissionais, de se conduzirem como membros de uma educada, disciplinada e honrosa atividade.⁹⁹

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Adin n.º 1.717-6/DF, Relator Min. Sidney Sanches, proclamou a inconstitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos da Lei n.º 9.649/98, que definia como de direito privado, a natureza jurídica das entidades de fiscalização profissional. Em decisão unânime, a Corte destacou que as entidades corporativas exercem a autorregulação profissional e

⁹⁴ MATOS, Pedro Vidal. Deontologia e auto-regulação profissional na advocacia. **Boletim da Ordem dos Advogados**, Portugal, p.8, set. 2004. Ver também: PAMPLONA, Otávio Roberto. Aspectos penais. In FREITAS, Vladimir Passos. (Coord.) **Conselhos de Fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2001, p. 105-118.

⁹⁵ Para um visão crítica, que identifica uma profissão regulamentada apenas como "um cartel, capaz de monopolizar a prestação de um tipo particular de serviço", ver: ABEL, Richard L. **American lawyers**. New York: Oxford University Press, 1986. p.17-30.

⁹⁶ MATOS, *op. cit.* p.10.

⁹⁷ No que se refere ao ingresso no setor autorregulado, o mesmo autor adverte para os problemas de constitucionalidade, pois não obstante a prevalência do interesse público a regulação estatal é acompanhada de inscrição coativa e poderes de regulação e disciplina sobre os associados que podem afrontar direitos fundamentais. (MATOS, *loc. cit.*).

⁹⁸ Ver: FISCHER, Keith R. Education for judicial aspirants. HeinOnline. 43 **Akron L. Rev.** 163 (2010); GLASER, Richar A.; LEWIS, Leslee M. Redefining the Professional: The Policies and Unregulated Development of Consultant Malpractice Liability. 72 **U. DET. MERCY. L. REV.** 563, 573-80 (1995); ALFINI, James J.; GABLE, Jarrett. The Role of the Organized Bar in State Judicial Selection Reform: The Year 2000 Standards. 106 **DICK. L. REV.** 683, 701 (2002); PAVALKO, Ronald. **Sociology of occupations and professions**. 2.ed. Illinois: A. E. Peacock, 1988. p.19-33.

⁹⁹ *In re Estate of Freeman* (Lincoln Rochester Trust Co. v. Freeman), 311 N.E.2d 480 (N.Y.1974)

estão incumbidas da fiscalização das atividades profissionais regulamentadas e possuem os poderes de polícia, de tributar e de aplicar sanções.¹⁰⁰

Portanto, para fins de controle judicial, devem ser equiparados o BACEN, o CADE, CVM e os conselhos de autorregulamentação profissional às agências reguladoras.¹⁰¹ A independência regulatória conferida a tais órgãos e o grau de intervenção que poderão exercer sobre os respectivos setores recomendam que a tutela judicial seja eficazmente assegurada para preservação dos direitos fundamentais.¹⁰²

1.2.3 Agências reguladoras de serviços públicos e reguladoras de atividade econômica

Para fins de controle judicial, notadamente no que se refere aos critérios de controle, razoabilidade e proporcionalidade, é necessário estabelecer a distinção entre as funções regulatórias objetivadas pela agência.

Algumas agências regulam a prestação dos serviços públicos atribuídos constitucionalmente à União¹⁰³, aos Estados e aos Municípios (serviços de interesse

¹⁰⁰ STF. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717-6/DF**, Rel. Min. Sidney Sanches, decisão unânime. DJ 28.02.2003, Ementário n.2104-1. Conclui a corte no sentido da "a indelegabilidade a uma entidade privada de atividade típica de Estado, que abrange até o poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados".

¹⁰¹ No direito norte-americano, em geral, as decisões das agências, por serem considerados órgãos com poderes jurisdicionais, são impugnáveis por meio de recurso diretamente ao Tribunal (*Court of Appeal*). Para fins de controle judicial, a própria legislação dispõe ser irrelevante a terminologia, equiparando *agency, board, commission* ou *officer*. (*Federal Rules of Appellate Procedure: (4) In this rule "agency" includes an agency, board, commission, or officer*). (Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2011%20Rules/Appellate%20Procedure.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2012).

¹⁰² Mais recentemente tem-se destacado uma abordagem global do sistema jurídico, a partir de uma visão de economia ecologicamente sustentável. Ver, sobre o tema: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁰³ Constituição Federal. 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 n.º 8, de 15/08/95:)
 XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;
 a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;(Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95:)
 b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
 c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

local), enquanto outras têm a tarefa de regular as atividades econômicas submetidas, total ou parcialmente ao regime de livre iniciativa que é também direito fundamental e fundamento da Ordem Econômica (petróleo e gás natural produção de medicamentos, planos de saúde e previdência).

Quando se trata de um serviço público, o sistema constitucional permite uma interferência maior do órgão regulador. Explica-se. A atividade é regida pelo direito público, a atuação do particular é subsidiária, dependente de concessão, autorização ou permissão do poder competente e não estará submetida às regras do mercado.¹⁰⁴

Já constitui senso comum que a prestação dos serviços públicos é regida por três princípios básicos: 1) Mutabilidade (adaptação às condições e necessidades); 2) Igualdade (no acesso e nas tarifas) e 3) Continuidade. A manutenção desses princípios confere prerrogativas especiais ao órgão regulador de um serviço público, que pode restringir direitos do agente econômico para manter os serviços funcionando, diante da implícita supremacia do interesse público, presente já na *publicatio*, ou seja, no ato estatal que declara uma atividade como serviço público, retirando-o do âmbito da iniciativa privada.

A noção de serviço público não é estática e sempre suscita controvérsias¹⁰⁵, havendo uma substancial abordagem do tema na doutrina nacional¹⁰⁶ e estrangeira.

- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

¹⁰⁴ No julgamento da ADPF 46, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, ao entender recepcionada a Lei n.º 6.538/78 pela Constituição de 1988, respaldou a tese de que serviços postais são serviços públicos, prestados exclusivamente pela União, em regime de monopólio pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (*Informativo STF ns.409 e 554*, Rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau). Por consequência, impediu-se o desenvolvimento de um florescente mercado de logística, movimentação de materiais, distribuição de malotes, revistas, periódicos e pequenas encomendas.

¹⁰⁵ A visão de serviço público como uma benesse da administração e não como direito efetivo do cidadão, é criticada por Odília Ferreira da Luz Oliveira (Situação jurídica do usuário do serviço público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.17, n.69, p.45, jan./mar. 1984).

¹⁰⁶ Para uma abordagem sistematizada e didática da doutrina brasileira, ver: BERCOVICI, Gilberto. Concepção material de serviço público e estado brasileiro. In: TORRES, Heleno Claudio (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartin Latin, 2005. p.64: "Embora a influência dos autores franceses seja facilmente perceptível nos debates doutrinários acerca do serviço público, em que digladiam-se as visões formalistas (defendidas, entre outros, por Celso Bandeira de Mello e Maria Syilvia Di Pietro) e as visões materiais (desenvolvidas, entre outros, por Ruy Cirne Lima e Eros Roberto Grau) do serviço público, o nosso objetivo central está ligado a especificidade do Estado brasileiro. Em outras palavras, pretendemos perceber a adequação (ou não) da incorporação da concepção de serviço público, para a compreensão da atuação do Estado brasileiro de elementos teóricos elaborados para contextos políticos, sociais, jurídicos, e econômicos absolutamente distintos dos nossos."

Roger Latournerie construiu uma definição de serviço público baseada em quatro pontos essenciais: o serviço público é uma atividade de interesse geral, subordinada a uma autoridade pública e submetida a um regime exorbitante do direito comum, por vontade do legislador.¹⁰⁷

Jacques Chevalier critica essa definição e apresenta outra, a seu ver, mais consentânea com os tempos atuais: "serviço público é uma atividade de interesse geral, prestada pela administração ou por uma pessoa privada que recebeu delegação e está submetida ao controle da administração". O critério para reconhecer um serviço público: a intenção do legislador e os indícios reveladores dessa intenção são obtidos a partir do exame dos poderes conferidos pelo legislador a esses organismos (prerrogativas do poder público e submissão à tutela administrativa).¹⁰⁸

Conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes, há controvérsia sobre o critério para se definir se determinada atividade é ou não serviço público e se a sua definição seria matéria reservada ao legislador ou poder-se-ia definir o serviço público a partir do exame do contexto histórico em que se insere certa atividade.¹⁰⁹

Para substancial parcela da doutrina brasileira, o que caracteriza uma atividade como serviço público é sua vinculação ao interesse social, sua indispensabilidade à realização e ao desenvolvimento da interdependência social. Ruy Cirne Lima descrevia como serviço público "todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser

¹⁰⁷ LATOURNERIE, Roger. Sur un Lazare juridique: Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie, convalescence ou jouvence. **EDCE**, n.14, p.116 e segs., 1960.

¹⁰⁸ CHEVALLIER, Jacques. **Essai sur la notion juridique de service public**. Disponível em: <<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2012. p.161: "*La notion de service public n'est donc pas si obscure qu'on le prétend parfois et elle est demeurée à peu de choses près inchangée depuis le début du siècle: 1.º Qu'est-ce que le service public? (définition) C'est une activité de intérêt general gérée par l'administration ou par une personne privée, qui en a reçu délégation et qui est soumise au controle de l'administration. 2.º A quoi reconnaît-on qu'une activité est un service public ? (critère) A l'intention du législateur. 3.º Comment démontrer cette intention? (Indices). En examinant si le législateur a conféré à l'organisme en cause des prérogatives de puissance pu blique et l'a soumis à des controles de tutelle.*"

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.732.

prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa"^{110,111}.

O reconhecimento do "critério_legislativo" (norma legal ou constitucional) para definir certa atividade como serviço público resulta do respeito à própria iniciativa privada, que, em regra, é livre para exercer suas atividades. Assim somente o legislador poderá excepcionar tal regra. Essa conclusão, evidentemente, não retira a possibilidade de se examinar a razoabilidade de determinada lei que retire da iniciativa privada certa atividade para designá-la como serviço público.¹¹²

Para Eros Roberto Grau, o critério para distinguir serviço público e atividade econômica em sentido estrito, deve ser retirado da própria Constituição, não sendo viável sequer ao legislador restringir a iniciativa privada nos casos em que o constituinte não o fez.¹¹³

Igual entendimento é esposado por Fernando Herren Aguillar ao sustentar que a lei não pode qualificar como serviços públicos as atividades que a Constituição Federal não qualificou, sendo necessária a aprovação de emenda constitucional.¹¹⁴

Esse era o critério defendido por Ruy Cirne Lima, tratando do tema na vigência da Constituição de 1946:

A definição do que seja, ou não serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição.¹¹⁵

¹¹⁰ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: RT, 1987. p.82.

¹¹¹ Para abordagens mais recentes sobre o conceito de serviço público em face da Constituição de 1988, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.20.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 46 acerca do monopólio dos Correios para os serviços postais, prevista na Lei n.º 6.538/78. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, mas deu interpretação conforme ao art. 42, tipo penal previsto na Lei n.º 6.538/78, para restringir sua aplicação às atividades descritas no art. 9.º, da mesma lei. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.729).

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.240.

¹¹⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.133.

¹¹⁵ CIRNE LIMA, Ruy. **Pareceres: direito público**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963. p.122.

Em sentido contrário, Paulo Modesto entende que a Constituição qualifica diversas atividades como serviços públicos de "persecução obrigatória", mas não esgota a descrição de atividades em que o Estado pode prestar serviços em regime de serviço público.^{116,117}

Diante dos contornos do princípio da livre iniciativa, delimitados no ordenamento constitucional em vigor, parece estar mais consentânea com a ordem constitucional a impossibilidade de o legislador criar serviços públicos que não estejam expressamente previstos na Constituição. Apenas o constituinte pode restringir a livre iniciativa, dado seu caráter dúplice de fundamento do Estado brasileiro (art. 2.º, IV, CF/88) e direito fundamental (art. 170, CF/88).¹¹⁸

Portanto, relativamente ao ingresso num ramo de atividade e ao regime de prestação, o âmbito de atuação da agência é muito maior quando se trata de um serviço público.¹¹⁹ Tal se dá porque que se trata de atividade econômica que, por definição, já restringe a iniciativa privada, pois é assumida pelo Poder Público, que a presta diretamente ou repassa a prestação a um particular, mediante rígido controle e disciplina de direito público. Por essência, o serviço público é uma atividade estatal.¹²⁰

¹¹⁶ MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de 'serviço público', 'serviços de relevância pública' e 'serviços de exploração econômica' para as parcerias público-privadas, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.438.

¹¹⁷ Também defendem a possibilidade do legislador infraconstitucional criar novos serviços públicos, diminuindo o espaço da iniciativa privada, entre outros: Maria Sílvia Zanella di Pietro (**Curso de direito administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.99) e Marçal Justen Filho (**Curso de direito administrativo**. 8.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.697), este último condicionando a opção legislativa ao pressuposto da 'satisfação imediata de direitos fundamentais'.

¹¹⁸ Sobre o tema, ver: SILVA, Fernando Quadros. A livre iniciativa como direito fundamental. In: SCHÄFER, Jairo Gilberto; VAZ, Paulo Afonso Brum. **Curso modular de direito constitucional**. Florianópolis: Conceito, 2008. p.147-172.

¹¹⁹ Conforme dispõe a Constituição Federal: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

¹²⁰ Há, contudo, serviços públicos que não excluem a atuação privada complementar. Conforme lembra Johnson Nogueira, por meio da *publicatio*, "o Estado qualifica certas atividades econômicas como serviço público, publicizando o seu regime jurídico. Esta publicização pode ser em caráter exclusivo ou não, constituindo-se, neste último caso, também uma atuação aberta aos particulares. É o que ocorre com a educação e a saúde, consoante os arts. 209 e 197, da Carta de 1988. Sob a coima de serviços de relevância pública, pretende-se excluir estas atividades do universo dos serviços públicos. Na verdade, a *publicatio* não excludente não desnatura o serviço público, apenas o caracteriza como uma classe especial dentre os serviços públicos sociais." (NOGUEIRA, Johnson. **Pedágio**: desvendando a esfinge. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/johnson_barbosa_nogueira.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2012. p.485).

As demais atividades, não enquadradas como serviço público, são livres à iniciativa privada, portanto o âmbito de atuação regulatória do Estado é menor. O ingresso é livre e o regime é de livre concorrência, embora sujeito à intervenção regulatória em maior ou menor grau, conforme definido em lei.

Um dos pressupostos que se adotou no presente trabalho é quanto à indispensabilidade de uma atividade regulatória estatal, para suprir falhas do mercado, para garantir valores sociais relevantes e assegurar a adequada prestação dos serviços públicos.

Portanto, há que se concordar com Romeu Bacellar Filho quando prioriza, muito mais do que os enfoques tradicionais de serviço público, a ênfase na instrumentalidade de tais serviços como promotores do valor maior da dignidade da pessoa humana.¹²¹

Nessa mesma linha de pensamento, também o controle judicial não deve ser instrumentalizado para abolir a atividade regulatória nem para impedir a atuação dos particulares na prestação de serviços públicos (como concessionários, autorizatários ou permissionários).

Nas atividades não definidas como serviço público, o controle judicial deve respeitar o comando constitucional que assegura a livre iniciativa e a livre concorrência. De qualquer, forma a discricionariedade das agências deve ser assegurada, bem como sua atuação independente para assegurar uma adequada e eficaz regulação.¹²²

Ademais, no estado federal brasileiro, com técnica de repartição de competências peculiar, são previsíveis as hipóteses em que o controle judicial será necessário para delimitar o âmbito de atuação de órgãos reguladores e confronto com outros órgãos

¹²¹ Conforme o autor: "É imperioso retomar os parâmetros da definição clássica de serviço público cunhada por Léon Duguit e – serviços indispensáveis a interdependência social, de tal modo que não podem ser prestados sem a intervenção da força governante – Gastón Jêze – processo técnico para a satisfação de interesses gerais, submetido a um regime jurídico especial de prerrogativas de autoridade – Maurice Hauriou – serviço técnico prestado ao público de maneira contínua, para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública – a fim de acentuar a **instrumentalidade do serviço público** em relação aos direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana." (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: o desafio da regulação na experiência brasileira. **Actualidad en el Derecho Público – AeDP**, Buenos Aires, v.8, n.18/20, p.61, jan./dez. 2002).

¹²² Não basta apenas a busca da eficiência econômica. A análise da regulação deve focar três requisitos essenciais: i) o respeito aos princípios constitucionais e legais; ii) a verificação se a atividade regulatória é feita com enfoque amplo e tendo em vista valores maiores do interesse público e iii) a necessária prestação de contas e controle e responsabilização dos órgãos reguladores (*accountability in regulation*).

irradiadores de normas jurídicas¹²³, justificando-se, ainda o controle para conferir segurança jurídica aos usuários, prestadores e reguladores.

1.3 O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS E O NECESSÁRIO APERFEIÇOAMENTO DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS

Há nos dias atuais no Brasil um elevado número de litígios envolvendo agências reguladoras. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou em 11/04/2011, os resultados da pesquisa intitulada "*A revisão judicial das decisões administrativas de regulação e no plano da concorrência*", que havia encomendado à Universidade de São Paulo (USP).¹²⁴

De um total de *83 mil processos* que tramitam ou já tramitaram na Justiça envolvendo as agências reguladoras, desde a década de 90, quando estes órgãos foram criados, *38,6 mil* questionavam decisões administrativas das agências reguladoras. Deste número, *16,9 mil* envolviam atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), *8,1 mil* se relacionavam aos atos da Anatel, *6,9 mil* da Agência Nacional de

¹²³ Ver acórdão do STF que tratou da interferência de Estado-Membro na atividade regulatória federal: **Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a expressão "energia elétrica", contida no caput do art. 1.º da Lei n.º 11.260/2002 do Estado de São Paulo, que proíbe o corte de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento, sem prévia comunicação ao usuário. 2. Este Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. 3. Violação aos arts. 21, XII, b, 22, IV, e 175, caput e parágrafo único, incisos I, II e III da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (BRASIL. STF, Pleno. **ADI 3729/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.2007, Dje 139, divulg. 08.11.2007, public. 09.11.2007, p.00029, Ementário v. 02297-01, p.00198, RDDP n.50, a.2007, p.150-152).

Em outro julgado, o STF afastou a interferência de Estado-Membro em serviço público municipal: **Ementa.** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei acreana n.º 1.618/2004. Regras que coíbem o corte residencial do fornecimento de água e energia elétrica pelas concessionárias por falta de pagamento. Competência da União para legislar sobre serviço de energia elétrica. Competência do município para legislar sobre serviço de fornecimento de água. Afronta aos arts.22, inc. XII, alínea b, 30, inc I e V e 175, da Constituição da República. Ação julgada procedente. (BRASIL. STF, Pleno. **ADI 3661**, Rel. Min. Carmen Lúcia, por maioria, j. 17.03.2011, Dje 086, divulg. 09.05.2011, public. 10.05.2011, p.001. Ementário v. 02518, p.00001).

¹²⁴ CARVALHO, Luíza de. Agências reguladoras são parte em 83 mil processos na Justiça Federal. **Agência CNJ de Notícias**, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13994-agencias-reguladoras-sao-parte-em-83-mil-processos-na-justica-federal>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

Vigilância Sanitária (ANVISA), 1,1 mil da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), 334 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outras.¹²⁵

Embora se trate de um trabalho de cunho dogmático-jurídico, parece importante ressaltar o aumento dos conflitos regulatórios justificadores da indispensabilidade dos mecanismos processuais de atuação jurisdicional para aperfeiçoar a atividade regulatória e tutelar os direitos.

1.3.1 O controle judicial, a "reserva da Administração" e o "mérito administrativo"

A ideia de um controle judicial dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo necessariamente suscita o exame da teoria da separação dos poderes. A questão central é delimitar o que seja controle e o que seja usurpação das atribuições de um poder por outro.¹²⁶

¹²⁵ *Insegurança jurídica* - Os pesquisadores estabeleceram um índice de modificação da decisão para mensurar a quantidade de vezes que, em média, as decisões administrativas são revertidas nas diferentes instâncias da Justiça – é comum, por exemplo, que uma decisão de uma agência reguladora seja anulada em primeira instância, reformada em segundo grau e anulada novamente por meio de decisões liminares. O CADE e a CVM apresentaram as maiores taxas de modificação das decisões. 'Esse dado está relacionado com o grau de insegurança jurídica', diz o professor Paulo Furquim, da FGV-SP, co-coordenador da pesquisa. A pesquisa também avaliou o tempo médio de tramitação desses processos na Justiça, que é de 6,5 anos. Em processos envolvendo o Cade, esse tempo é de 54 meses, ou seja, 4,5 anos. Esfera administrativa – A pesquisa analisou todas as decisões administrativas tomadas no Cade desde 1994, quando a instituição passou a ganhar visibilidade. Nos primeiros anos, as decisões apresentaram um elevado grau de judicialização – ou seja, a maioria delas ia parar na Justiça –, índice que começou a cair significativamente em 2004. Na opinião do professor Furquim, a redução das demandas no Judiciário se deve à política de fazer acordos do Cade e também ao fato de que alguns temas passaram a ter um entendimento unificado do Poder Judiciário, o que reduz o interesse pela proposição de demandas na Justiça. Em 2009, aproximadamente 10% dos casos que tramitaram em esfera administrativa no Cade resultaram em acordo." (CARVALHO, Luíza de. *Agências reguladoras são parte em 83 mil processos na Justiça Federal*. **Agência CNJ de Notícias**, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13994-agencias-reguladoras-sao-parte-em-83-mil-processos-na-justica-federal>>. Acesso em: 15 fev. 2012).

¹²⁶ Na história judiciária brasileira, a possibilidade de um controle judicial dos atos ou resoluções das autoridades administrativas da União foi prevista pela primeira vez pela Lei n.º 221, de 30 de novembro de 1894, que organizava Justiça Federal. Previa uma ação sumária especial cabível nos "casos de lesão de direitos individuais por actos ou decisão das autoridades administrativas da União". Estabelecia que "verificando a autoridade judiciária que o acto ou resolução em questão é ilegal, o annullará no todo ou e parte, para o fim de assegurar o direito do autor". Limitava o exame judicial às "razões jurídicas", vedado o exame do "merecimento dos actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade".

Lei n.º 221, de 30 de novembro de 1894: Art. 13. *Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.* § 1.º *As acções desta natureza sómente poderão ser propostas pelas pessoas offendidas em seus direitos ou por seus representantes ou successores.* § 2.º *A autoridade administrativa, de quem emanou a medida impugnada, será representada no processo pelo ministerio publico. Poderão tomar parte no pleito os terceiros que tiverem um interesse*

A jurisprudência dos tribunais tem enfrentado o tema com certa frequência, negando a possibilidade de o Judiciário ingressar no *mérito do ato administrativo* ou ainda, no exame da matéria *interna corporis*, relativamente aos atos do parlamento.¹²⁷

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os atos praticados pelo Poder Legislativo são considerados genericamente imunes ao controle judicial:

Ementa. Agravo regimental. Mandado de segurança. Questão interna corporis. Atos do Poder Legislativo. Controle judicial. Precedente da Suprema Corte. 1. A sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário, inexistente qualquer violação da disciplina constitucional. 2. Agravo regimental desprovido.^{128,129}

Ementa - Sustentação oral. Princípio da ampla defesa. Art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Art. 131, par-2., do R.I.S.T.F.. Suspensão de Segurança. Agravo regimental: matéria deste. Tramitação de emenda constitucional. Questão "interna corporis" do Poder Legislativo. Princípio da independência e harmonia dos Poderes. 1. A sustentação oral e ato facultativo no processo, não absolutamente necessário a defesa. O art. 131, par-2., do R.I.S.T.F. não permite sustentação oral em agravo regimental e não foi revogado pelo art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal. 2. A tramitação de Emenda Constitucional, no âmbito do Poder Legislativo, e matéria "interna corporis", insuscetível de controle judicial, salvo em caso de ofensa a

juridico na decisão da causa. [...] § 9.º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é ilegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;

b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario sómente será havida por ilegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder. § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição. § 11. As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão. § 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 25 fev. 2012).

¹²⁷ Sobre o tema ver: QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia. **O controle judicial dos atos do poder legislativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

¹²⁸ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **AgReg no MS n.º 25588 AgR/DF**, Rel. Min. Menezes Direito, j. 02.04.2009, DJe-084, div. 07.05.2009, public. 08.05.2009. EMENT 02359-02, p.350. RTJ 00210-01, p.241. RT v. 98, n.886, 2009, p.135-139.

¹²⁹ No mesmo sentido: STF, Pleno, **MS 24356/DF**, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 13.02.2003, DJ 12.09.2003, p.29, EMENT 02123-02, p.00319: Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO INTERNA CORPORIS: MATÉRIA REGIMENTAL. I. - Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato interna corporis, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo. II. - Mandado de Segurança não conhecido.

Constituição ou a lei. Exceto nessas hipóteses, a interferência não é tolerada pelo princípio da independência e da harmonia entre os Poderes. 3. Ao agravar regimentalmente contra a decisão suspensiva de segurança (fundada no art. 4.º da Lei n.º 4.348, de 26.06.1964, ou no art. 297 do R.I.S.T.F.), deve o agravante impugnar os fundamentos da decisão agravada e não simplesmente questionar o modo pelo qual vinha sendo cumprida a liminar que fora por ela suspensa. Agravamento regimental improvido.¹³⁰

Tem-se admitido, contudo, a possibilidade de controle judicial dos atos de caráter político "sempre que suscitada questão de índole constitucional", como é o caso do exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3.º, da Constituição, e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar, por período certo, sobre fato determinado.¹³¹

O controle judicial tem sido aceito, igualmente, para assegurar a observância das normas constitucionais do processo legislativo e do processo de emenda constitucional.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCESSO LEGISLATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. TRANCAMENTO DE PAUTA. ART. 62, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de prejudicialidade: dispositivo de norma cuja eficácia foi limitada até 31.12.2005. Inclusão em pauta do processo antes do exaurimento da eficácia da norma temporária impugnada. Julgamento posterior ao exaurimento. Circunstâncias do caso afastam a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prejudicialidade da ação, visto que o requerente impugnou a norma em tempo adequado. Conhecimento da ação. A Constituição federal, ao dispor regras sobre processo legislativo, permite o controle judicial da regularidade do processo. Exceção à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de revisão jurisdicional em matéria interna corporis. Precedente. Alegação de inconstitucionalidade formal: nulidade do processo legislativo em que foi aprovado projeto de lei enquanto pendente a leitura de medida provisória numa das Casas do Congresso Nacional, para os efeitos do sobrestamento a que se refere o art. 62, § 6.º, da Constituição federal. Medida provisória que trancaria a pauta lida após a aprovação do projeto que resultou na lei atacada. Ausência de demonstração de abuso ante as circunstâncias do caso. Ação direta conhecida, mas julgada improcedente.^{132, 133}

¹³⁰ BRASIL. STF, Pleno. **SS 327 AgR/DF**, Agravamento Regimental na Suspensão de Segurança, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 05.06.1992, p.8427. Ementário v. 01664-01, p.00106, RTJ 137-03, p.1053.

¹³¹ BRASIL, STF, Pleno. **Mandado de Segurança n.º 26441/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.04.2007, DJe-237, divulg.17.12.209, public. 18.12.2009. Ementário vol. 02387, p.00294.

¹³² BRASIL. STF, Pleno. **ADI 3146/DF**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.12.2006, p.35. Ementário v. 02261-04, p.00692.

¹³³ Admitindo o controle judicial sobre o processo de emenda constitucional: STF, Pleno. **MS 22503/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, j. 08.05.1996, DJ 06.06.1997, p.24872. EMENT vol. 01872-03, p.00385. RTJ 00169-01, p.00181.

Em outro precedente, entendeu-se que a regra da autocontenção, que impede o Poder Judiciário de "invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes" não autoriza a Corte a se "demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão"¹³⁴.

O fato de tratar-se de ato parlamentar típico, ou seja, ato político, não afasta a intervenção judicial para "garantir a integridade e a supremacia da Constituição", sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional.¹³⁵

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem adotado a mesma orientação quanto à impossibilidade do Poder Judiciário substituir-se ao Legislativo em assuntos de sua competência, como é o caso dos processos de cassação de mandato parlamentar.^{136,137}

Conforme outro precedente do STJ, o controle judicial sobre os atos parlamentares somente é admitido para assegurar a observância do devido processo legal:

ADMINISTRATIVO – PROCESSO DISCIPLINAR – APURAÇÃO DE DECORO PARLAMENTAR - LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL. - No processo disciplinar, conduzido pelo Poder Legislativo para apurar quebra de decoro parlamentar, o controle judiciário limita-se à observação do devido processo legal.¹³⁸

Também se relaciona com a temática em exame, o princípio constitucional da "reserva da administração", também denominado "reserva do executivo", que limita a atuação legislativa em matérias sujeitas à competência do Poder Executivo, por opção do poder constituinte.

¹³⁴ STF. **MS 25579 MC/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, DJe-087, divulg. 23.08.2007, public. 24.08.2007. DJ 24.08.2007, p.55. Ement. Vol. 02286-03, p.399. RTJ vol. 00203-03, p.1014.

¹³⁵ STF, Pleno. **MS 24849/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.06.2005, DJ 29.09.2006, p.00035. EMENT v. 02249-08, p.01323.

¹³⁶ STJ. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 18959** (200401317726), 2.ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 10.10.2005, p.00269.

¹³⁷ STJ. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 12711** (200001378066), 6.ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 19.12.2002, p.00425.

¹³⁸ STJ. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 13207** (200100574175), 1.ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 24.06.2002, p.00185.

O tema aparece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, geralmente no ensejo de examinar a inconstitucionalidade formal, decorrente da usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo, em algumas hipóteses, reservada constitucionalmente ao Chefe do Poder executivo. Surge também como limitador da atividade legislativa em temas que são reservados ao Executivo.

No recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3343/DF, o STF declarou inconstitucional Lei Distrital que proibia a cobrança de assinatura básica nos serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia. Além de ressaltar que se trata de competência legislativa da União (CF, arts. 21, XI e XII, 'b', e 22, IV), a Suprema Corte destacou que a legislação impugnada "ofendia a denominada reserva de administração, decorrência do princípio da separação dos poderes" (CF, art. 2.º).¹³⁹

Em outro julgamento, o Ministro Celso de Mello delimitou os contornos do instituto:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.¹⁴⁰

Sob o mesmo fundamento, por "potencial ofensa ao 'princípio da reserva da administração'", o STF, em julgado relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, suspendeu a Lei estadual n.º 14.235/03, do Estado do Paraná, que proibia o Poder Executivo estadual de iniciar, renovar, manter, em regime de exclusividade a qualquer

¹³⁹ STF, Pleno. **ADIN 3343/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux. DJe 221, divulg. 21.11.2011, public. 21.11.2011, Ement. V. 2630, p.01: Ementa: [...] 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2.º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

¹⁴⁰ STF, Pleno. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – MC ADIN n.º 2.364-1/AL**, Rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 14.12.2001).

instituição bancária privada, as contas dos depósitos do sistema de arrecadação dos tributos estaduais, sistema de movimentação de valores e pagamentos.¹⁴¹

A denominada *reserva da administração* não socorre o intérprete quanto aos problemas decorrentes do controle judicial das agências, pois se trata de limitador da atuação do legislativo, nas esferas, federal, estadual, distrital e municipal.

O presente trabalho analisa aspectos da intervenção judicial na atividade do Poder Executivo, especificamente, na atividade das agências reguladoras. A denominada "reserva da administração", quando muito, pode servir de paradigma: se nem mesmo o Poder Legislativo, representante da soberania popular, pode interferir, igual vedação se impõe ao Judiciário. Contudo, a tutela jurisdicional dos direitos assegurada pelo constituinte, por meio do devido processo legal, permite ultrapassar esse primeiro anteparo.

No que diz respeito especificamente ao chamado mérito administrativo, a jurisprudência igualmente tem preservado as prerrogativas dos órgãos do Poder Executivo. Especialmente, no que se refere à regulação econômica. Veja-se o julgado que declara expressamente ser vedado ao Judiciário substituir-se ao órgão regulador para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço público:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. O JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL PELO COLENDO STJ PÓS TERMO À PRETENSÃO DO REQUERENTE, QUANDO CONCLUIU PELA VEDAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO DE SUBSTITUIR-SE À ADMINISTRAÇÃO PARA AUTORIZAR, CONCEDER OU PERMITIR, AINDA QUE EM CARÁTER PRECÁRIO, A EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL, EM RAZÃO DA DEMORA NA RESOLUÇÃO DE PLEITOS ADMINISTRATIVOS. CASSAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. 1. Hipótese em que se determinou através da presente medida cautelar, liminarmente, às requeridas, no caso, a Socicam Administração Projetos e Representações Ltda e a União Federal, representada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, o fornecimento incontinenti e imediato de Box para venda de passagens à empresa requerente Expresso Praiano Ltda, ao fundamento de que a empresa requerente obteve o direito de explorar a linha rodoviária Fortaleza(CE)/ Grossos(RN), através de liminar proferida na ação Cautelar n.º 94.0002324-3; 2. O Colendo STJ, em 27/06/2006, ao apreciar o Recurso Especial n.º 408.825-CE, interposto pela União Federal na Ação Declaratória, concluiu, à unanimidade, por dar provimento ao mesmo, ao fundamento de que "não pode o Poder Judiciário substituir a Administração para autorizar, conceder ou permitir, ainda que em caráter precário, a exploração de serviço de transporte coletivo interestadual, em face da demora do Poder Executivo em decidir pleito administrativo sobre a questão"; 3. Considerando que o julgamento da Ação

¹⁴¹ STF, Pleno. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade MC-ADIN 3075/PR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19.12.2003, DJ 18.06.2004, p.44. RTJ n.191, p.129, Ement v. 2156, p.104.

Declaratória pelo Colendo STJ entendeu pela ausência do direito do ora requerente de explorar a linha Icapuí (CE)/Mossoró(RN) via Grossos(RN), afastado encontra-se o *fumus boni juris* necessário à concessão da liminar anteriormente concedida, no caso para viabilizar o fornecimento de Box para venda de passagens, a ser utilizado pela empresa ora requerente, e atendendo que a decisão liminar proferida no presente recurso perdura até a presente data, deve a mesma ser cassada, incontinenti; 4. Medida Cautelar improcedente.¹⁴²

O Superior Tribunal de Justiça, sob fundamento da violação ao princípio da separação de poderes, manteve o conceito de área local, definido pela agência para fins de fixação da tarifa de ligações telefônicas interurbanas:

[...] 1. A alegação da recorrente a respeito da sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda não merece ser conhecida, por não estar prequestionada. 2. Embasado em idêntico fundamento, conclui-se que *não havia espaço para a incursão do Tribunal de origem na seara atribuída à administração pública*, atitude esta que ultrapassou os limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes e violou as disposições da Lei n.º 9472/97. Recurso especial da Telepar conhecido em parte e parcialmente provido. Recurso especial da Anatel conhecido em parte e provido.¹⁴³

É certo que, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade¹⁴⁴ (*substantive due process of law*), a doutrina tem preconizado a possibilidade de limitar ainda mais as opções do legislador, jungido a fazer a escolha mais eficiente e que sacrifique o menos possível os direitos fundamentais, a partir dos requisitos da necessidade, adequação e a relação entre o resultado obtido e a restrição empregada (proporcionalidade em sentido estrito).¹⁴⁵

¹⁴² TRF 5.ª Região. **Medida Cautelar 1923** (200481000025666), 2.ª Turma, Rel. Des. Petrucio Ferreira, DJ 16.08.2007, p.573, 158.

¹⁴³ STJ. **Recurso Especial (REsp) 973686/PR**, 2007/0183785-0, 2.ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 15/09/2009, DJe 30.09.2009. Sem destaques no original.

¹⁴⁴ Sobre o princípio da proporcionalidade e razoabilidade ver: BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.10, p.2, jan. 2002.

Ao tutelar os direitos fundamentais, o Poder Judiciário está, ao mesmo tempo, contribuindo para a manutenção do Estado de Direito, pois, conforme a lição de Gilmar Ferreira Mendes, os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.¹⁴⁶ Enquanto os direitos fundamentais possibilitam aos seus titulares impor seus interesses aos órgãos obrigados. Como elementos da ordem constitucional objetiva formam a base do Estado Democrático de Direito.^{147,148}

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais também é realçada por Ingo Wolfgang Sarlet que destaca a aptidão dos direitos fundamentais para, além da perspectiva subjetiva, impor a "produção de efeitos jurídicos autônomos" como condicionar a interpretação da legislação infraconstitucional, repercutir nas relações jurídicas privadas e impor o dever de promoção e proteção pelo Estado.¹⁴⁹

Essa duas facetas dos direitos fundamentais assumem especial relevância quando se trata de analisar o controle judicial da atuação de órgãos reguladores. Nessas hipóteses, o Judiciário não se limita a sindicat os aspectos formais dos atos administrativos, ingressando na seara das opções concretas feitas pelo gestor público.

É vasta a doutrina, no que se refere ao mérito do ato administrativo e a sua proteção.¹⁵⁰ Ao Judiciário, costuma-se dizer, cabe o exame dos aspectos formais,

¹⁴⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.139: A terminologia para a dimensão objetiva é variada podendo destacar, "dimensão objetiva dos direitos fundamentais", "ordem objetiva de valores", "sistema de normas", "decisões constitucionais fundamentais", "direitos fundamentais como normas objetivas" e "diretrizes e impulsos".

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.10, p.2, jan. 2002.

¹⁴⁸ Konrad Hesse já afirmara que os direitos fundamentais têm um "caráter duplo", pois ainda que organizados sob o formato de "direitos subjetivos" funcionam como "elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade." (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p.230).

¹⁴⁹ SARLET, *op. cit.*, p.143.

¹⁵⁰ A doutrina francesa fundamenta essa liberdade da administração na inviabilidade natural da lei tudo prever e na conveniência de não paralisar a atuação administrativa, deixando-a livre para regulamentação da vida social. Ver: LAUBADÈRE, André de; GAUDEMET, Yves. **Traité de droit administratif**. 16.ed. Paris: LGDJ, 1998. Tomo 1. p.918: "*Il est conforme à la nature des choses que l'administration puisse agir librement en certaines circonstances. La loi ne peut pas et ne doit pas tout prévoir. Réglementer l'activité sociale dans ses moindres détails serait impossible et, à la limite, paralyserait celle-ci. Dans ce domaine de liberté, le droit ne peut pas pénétrer et le juge doit refuser d'intervenir. Il en est ainsi pour des raisons à la fois techniques et politiques.*" (Tradução livre: "É da natureza das coisas que a Administração, em algumas circunstância possa agir livremente. A lei não pode e não deve prever tudo. Regular a atividade social em seus mínimos detalhes seria impossível e, no limite, a paralisaria. Nesse espaço de liberdade, o direito não pode penetrar e o juiz deve se recusar a intervir. Assim o é, também, por razões de ordem técnica e política").

salvo quando se tratar de ato plenamente vinculado, quanto ao conteúdo e quanto à forma.¹⁵¹

Na doutrina francesa, René Chapus justifica a impossibilidade de análise do mérito administrativo por razão técnicas, lembrando, como exemplos, a impossibilidade do juiz substituir o órgão competente da Comédia francesa para apreciar se uma obra teatral deve ou não figurar no repertório ou, ainda, substituir a autoridade de ensino na análise de equivalência de cursos ou a autoridade competente na classificação de terrenos agrícolas.¹⁵²

Essa impossibilidade de ingressar no exame do conteúdo do ato é questionada principalmente quando se analisa a implementação de políticas públicas, ou ainda, quando se trata da edição de uma norma regulatória, atacada sob o fundamento de ineficácia no enfrentamento dos desafios impostos pela realidade social.

Em casos limítrofes, a intervenção judicial se impõe a pretexto de salvaguardar o extenso rol de direitos fundamentais, assegurado pela Carta Magna.¹⁵³ A tutela

¹⁵¹ No julgado a seguir transcrito, o tribunal analisou detidamente o *iter* de formação do ato da agência, para concluir pela validade do procedimento: Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO. EXPLORAÇÃO DE RODOVIAS FEDERAIS. RECURSO. INDEFERIMENTO PELA COMISSÃO DE OUTORGA. ATO CONVALIDADO PELO DIRETOR-GERAL E DIRETORIA COLEGIADA DA ANTT. LEGALIDADE. 1. A decisão do Presidente da Comissão de Outorga da ANTT que indeferiu recurso administrativo interposto contra o resultado da licitação para exploração de trecho da rodovia federal BR-116, foi proferida com base em parecer de sua procuradoria jurídica e convalidada, tanto pelo Diretor-Geral, como pela Diretoria Colegiada da Autarquia, ANTT, suprindo eventual vício de competência dessa deliberação. 2. Todos os atos da Autarquia na concorrência foram praticados mediante prévia consulta à Procuradoria Geral Federal e proferidos, exclusivamente, com base nas orientações e conclusões daquele órgão, aos quais estão vinculadas em suas atividades funcionais as suas autoridades (art. 10, § 1.º, da Lei 10.480/2002 c/c o art. 11, da Lei Complementar 73/93), razão pela qual a determinação para novo exame do recurso administrativo resultaria em desfecho idêntico, revelando-se formalismo excessivo e desnecessário. 3. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (TRF1. **Agravo de Instrumento 200801000038909**, 6.ª Turma, Rel. Juiz David Wilson de Abreu Pardo, e-DJF1 20/04/2009, p.289).

¹⁵² CHAPUS, René. **Droit administratif général**. 15.ed. Paris: Montchrestien, 2001. Tome I. p.1427: "*Des considérations techniques interdisent ainsi par exemple au juge de se saisir de certains problèmes. Par exemple, le juge ne peut pas se substituer aux organes compétents de la Comédie française pour apprécier si une oeuvre théâtrale est susceptible ou non de figurer au répertoire. De même en matière d'équivalence d'emploi ou de diplôme. Même chose en matière d'équivalence des terrains agricoles.*"

¹⁵³ Veja-se o precedente do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, afastando anulando autuação lavrado por órgãos reguladores por violação de direito fundamentais: Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE DO MPF. ANTT. TRANSPORTE PÚBLICO RODOVIÁRIO INTERESTADUAL. TÁXI. AUTUAÇÃO INDEVIDA. PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE LOCOMOÇÃO, LIVRE INICIATIVA E LIVRE EXERCÍCIO DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. É cabível a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público Federal contra a autuação dos taxistas que prestem serviço de transporte interestadual de passageiros, com origem ou destino na Paraíba, para reprimir ou impedir danos aos consumidores usuários dos serviços de táxi (inteligência do art. 129, CF e da

constitucional do processo, assecuratória da tutela adequada, do direito de ação e da universalidade da jurisdição, amplia os limites de revisão judicial, exigindo uma manifestação do Poder Judiciário.

Admitida a ampla revisão judicial do mérito administrativo, postura que não se preconiza, a maior ou menor intervenção sobre os atos de outros poderes ficará sujeita apenas aos impostos pela *autocontenção judicial*.¹⁵⁴

Deve ser levada em consideração a outra face da independência do judiciário, a recomendar, ao mesmo tempo, que o juiz não decida um caso preocupado com a aprovação da opinião pública (garantia da independência) e, também, se abstenha de consultar suas preferências políticas pessoais (como também morais e filosóficas) ao interpretar a Constituição e as leis (*autocontenção* ou *self restraint*).¹⁵⁵

Lei n.º 7.347/85). 2. É desarrazoada e desproporcional a exigência de autorização prévia específica para taxistas que prestam serviço de transporte interestadual de passageiros, face aos direitos de locomoção, da livre iniciativa e do livre exercício do trabalho protegidos constitucionalmente. 3. Não é cabível a condenação em indenização por danos morais e materiais em face da ausência de comprovação do dano alegado. 4. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 5.ª Região. **Apelação Cível 385767** (200482000107855), 4.ª Turma, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, DJ 02.12.2008, p.404, n.º 234).

¹⁵⁴ Cf. UHLER. *Review on administrative acts*, 1942, p.63 e segs. *apud* ROBERTS, Jennings. What orders of an administrative body are reviewable? HeinOnline. 31 **Geo. L. J.** 46 1942-1943: "*In this country administrative autonomy, because of constitutional conceptions, is to a large extent dependent upon judicial self-restraint. It is important, therefore, that this restraint should be carried to the point where the interplay of adjudication and administration becomes cooperative rather than competitive. To this end we must learn, as quickly as we may, how to make popular government at once responsible, capable and just*".

¹⁵⁵ Na doutrina norte-americana, há constante referência à autocontenção judicial (*self restraints*) como princípio de mesmo nível de importância e essencialmente ligado à independência do judiciário, em constante tensão com esta. Ver: DINH, Viet D. Threats to Judicial Independence, Real and Imagined. HeinOnline. 95 **Geo. L. J.** 932 2006-2007.. No mesmo sentido, BROWN, Robert L. From Earl Warren to Wendell Griffen: A Study of Judicial Intimidation and Judicial Self-Restraint. **UALR Law Review**, v.28, p.14, p.4, 2005. (Tradução livre: "A independência judicial isola o juiz para que possa aplicar fielmente o direito, mesmo de maneira impopular e, do outro lado, busca evitar que o juiz utilize essa impossibilidade de responsabilização, para moldar o direito em benefício de suas próprias convicções" (*The upside of judicial independence, then, is that it insulates judges who faithfully apply the law (albeit in unpopular ways); the downside is that judicial independence insulates judges who use their unaccountability to shape the law in favor of their own preferred policies*).

1.3.2 Vícios da regulação e o controle judicial

Em muitos casos, más práticas no âmbito do órgão regulador podem conduzir à uma regulação ineficiente¹⁵⁶, que pode ser constatada e corrigida pelo processo civil, enquanto método dialético de controle da Administração Pública.

A captura¹⁵⁷ estará configurada quando a agência perde a condição de autoridade imparcial comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos do setor regulado. A captura da agência é uma distorção de finalidades verificada em alguns setores burocráticos estatais.¹⁵⁸

Um fenômeno também relacionado diretamente com a captura é a "*Política da Porta Giratória*". Depois de ocupar um elevado posto numa agência ou órgão regulador, o ex-dirigente busca colocação profissional justamente no mercado regulado, quer pela sua notória qualificação quer pela maior remuneração eventualmente paga pela iniciativa privada.¹⁵⁹

Posteriormente, pode retornar a ocupar cargo público justamente em razão da especialização e do profundo conhecimento do mercado regulado. Para Ackerman, a proibição de trabalho posterior no setor regulado e a imposição de uma quarentena são regras que reduzem mas não eliminam o problema.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Nem sempre a intervenção do Estado beneficia o funcionamento dos mercados. É frequente a referência às *falhas de intervenção* (ou *falhas de Estado*), sistematizadas por Joseph E. Stiglitz em: i) informação limitada; ii) limitação no controle das respostas dadas pelo mercado; iii) falta de controle sobre a proliferação da burocracia; iv) limitações impostas pelos processos produtivos (porque, na maior parte das vezes, as decisões são tomadas tendo em vista o favorecimento de determinados grupos de interesse e v) captação de renda (*rent-seeking*), v.g. intervenção do Estado no mercado de aluguéis em favor dos locatários. (STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the public sector**. New York: W.W. Norton, 2000. p.8/10).

¹⁵⁷ A '*captura regulatória*' ocorre quando uma agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados, perdendo sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passando a atuar no interesse daqueles segmentos regulados.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.370.

¹⁵⁹ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Review**, v.113, n.3, p.633-729, jan. 2000.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.709.

O exercício de um controle judicial eficaz e equilibrado pode contribuir para afastar os atos eventualmente praticados com desvio de finalidade, beneficiando o setor regulado.

1.3.3 O déficit democrático e controle da Administração

Outro sério questionamento que se faz à atuação dos órgãos reguladores independentes é o *déficit* democrático, pois importantes decisões são tomadas pelos dirigentes das agências, que detém mandatos não cancelados pela soberania popular. Essa circunstância bastaria para fundamentar o controle judicial específico e análogo ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

O controle dos atos da Administração é inerente ao Estado de Direito. Os órgãos públicos exercem uma parcela do poder estatal e o ordenamento deve prever instrumentos que permitam a análise dos atos e compatibilidade com suas finalidades. Diversas formas de controles são admissíveis. Quanto ao objeto ou conteúdo de um ato, podem-se controlar as contas, a economicidade, a efetividade e eficácia da atuação dos órgãos públicos. Também é viável a análise do cumprimento das leis, regulamentos e contratos de gestão. Quanto ao aspecto subjetivo, os pontos sensíveis dizem respeito a 'quem' está legitimado ou a 'quem' exerce um controle mais eficaz, o próprio Poder Executivo, o Poder Judiciário ou os órgãos vinculados ao Legislativo, como os tribunais de contas.¹⁶¹

Afora esses temas, persiste, ainda, a questão do controle mais efetivo quanto à adoção das políticas públicas pelas agências. Substancial parte da vida cotidiana é afetada por decisões emanadas das agências sem que se tenha à disposição os meios tradicionais de responsabilização política dos seus dirigentes, ao contrário dos agentes políticos do Executivo e Legislativo que são periodicamente submetidos ao

¹⁶¹ Juarez Freitas ressalta que o "controle de ênfase principiológica – realizado quer pelo Poder Judiciário, que pelo controle externo do Parlamento, quer pelos mecanismos de autotutela de todos os Poderes – é aquele que, sem descurar das indispensáveis cautelas formais, realiza o cotejo rigoroso dos atos administrativos em face de valores, dos princípios e das normas do sistema constitucional, numa ponderação apta a viabilizar a concretude dos mais altos fins que presidem o Direito Administrativo, conferindo-lhe a devida eficácia social, em harmonia com a idéia de que a Administração Pública deve, de modo concomitante, guardar obediência à lei e ao Direito". (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.44).

teste eleitoral, ocasião em que obtém seus mandatos e submetem seu ideário político-administrativo à chancela da soberania popular.¹⁶²

As exigências técnicas da atividade regulatória e a limitação temporal na tomada das decisões tornam inviável a disciplina dessas questões pelo parlamento. A eficácia de um medicamento, o nível de poluição aceitável para veículos automotores, os padrões de qualidade de um aparelho de telefonia celular, os produtos que podem ser expostos à venda numa farmácia, os requisitos para que alguém obtenha licença para pilotar uma aeronave, ou ainda, os itens que devem obrigatoriamente estar descrito numa fatura de serviços de telecomunicações, de energia ou as regras para movimentação de cargas num porto, são exemplo da gama da amplitude que assume, nos dias atuais, a atividade regulatória a cargo das mais diversas agências.

O controle judicial se apresenta com uma alternativa possível para suprir essa falta de legitimidade democrática. Permite ao cidadão, entidades públicas e privadas e ao próprio governo, questionar e controlar as atividades das agências. As agências adotam diariamente diversas medidas que afetam liberdade das pessoas. Restringem direitos, determinam padrões de qualidades de serviços, fazem escolhas de produtos e fixam procedimentos que devem ser observados. Enfim, limitam o espaço de atuação dos cidadãos e dos agentes econômicos.

1.3.4 Atividade estatal e os riscos de intervenção judicial excessiva

A edição dos atos regulatórios exterioriza o cerne e a própria razão de existir de uma agência reguladora. Com a regulação econômica, o Estado intervém na livre iniciativa e limita as opções dos agentes econômicos.

Em consequência da universalização da jurisdição e da prometida tutela processual dos direitos, quanto maior a intervenção regulatória maior as possibilidades de temas, os mais variados, desaguarem no Judiciário, como ponto central de uma controvérsia submetida ao exame do juiz.

¹⁶² A mensagem encaminhada pela Presidente da República ao Congresso, prestando contas das atividades do Poder Executivo no ano de 2011, no item *Regulação dos Mercados*, destaca as ações desenvolvidas para propiciar: "melhoria da qualidade da regulação, consolidar a autonomia decisória das agências reguladoras federais, e aperfeiçoar os instrumentos de supervisão e de controle social" (BRASIL. Presidente. **Mensagem ao Congresso Nacional, 2011**, 2.^a Seção Legislativa Ordinária da 54.^a Legislatura. Brasília: Presidência da República, 2012. p.384).

A jurisprudência brasileira tem admitido a intervenção do Judiciário nas políticas públicas. Num voto do Min. Celso de Mello, a possibilidade de intervenção judicial nas atividades governamentais é explicitada:

Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687, RTJ 175/1212-1213), a Suprema Corte brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos, resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício vinha sendo por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

[...]

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.¹⁶³

Em outro julgamento, a Min. Ellen Gracie afastou a alegação de poder discricionário da Administração, quando se trate de política pública constitucionalmente prevista, naquele caso, o direito à saúde.¹⁶⁴ A Corte, reconheceu ainda, a legitimidade da intervenção em caso de implementação do direito à segurança pública.¹⁶⁵

¹⁶³ STF. **ARE 639337 AgR/SP**, 1.^a Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, Dje 177, div. 14.09.2011, pub. 15.09.2001, unânime. (inteiro teor do acórdão: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 18 fev. 2012).

¹⁶⁴ STF. **RE 559646 AgR/PR**, 2.^a Turma, Rel. Ellen Gracie, j. 07.06.2011, Dje 120, div. 22.06.2011, pub. 24/06/2011. Ementa. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.

¹⁶⁵ STF. **RE 367432 AgR/PR**, 2.^a Turma, Rel. Eros Grau, j. 20.04.2010, publicação: Dje 086, divulg. 13.05.2010, public. 14.05.2010, (...2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento).

Conclui-se, portanto, que a jurisprudência do STF, embora não determine a adoção de políticas governamentais, interfere nas políticas já existentes para examinar a sua eficácia e, por vezes, determinar sua ampliação, qualitativa e quantitativa. Nos casos mencionados (educação fundamental, saúde e segurança), o Supremo Tribunal reconheceu que a Constituição estabelece tais políticas cabendo à ele, como intérprete e guardião da Constituição, reconhecer a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

O corolário dessa amplitude é a permissão de intervenção judicial ampla nos atos da administração pública, como concretizadora de políticas governamentais. O extenso catálogo de direitos fundamentais inseridos na Constituição de 1988, autoriza um alargamento da atuação judicial para escrutinar a atuação administrativa e examinar o cumprimento ou não das promessas do constituinte.

São previsíveis, portanto, os casos em que a intervenção judicial pode gerar desequilíbrio econômico, forçando a agência reguladora a rever a planilhas de custos dos serviços para incluir custos decorrentes das ordens judiciais, com possibilidade de aumento tarifário.¹⁶⁶

Por outro lado, as restrições decorrentes do poderes licenciatórios das agências podem ser questionados de maneira ampla, negando, na prática, a razão de ser dos entes regulatórios independentes na sua tarefa de conduzir a regulamentação setorial.

¹⁶⁶ Como exemplo de decisão judicial que interfere nas tarifas do transporte, tem-se o seguinte precedente: Ementa. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. ART. 40 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). GRATUIDADE E DESCONTO EM PASSAGENS DO SISTEMA DE TRANSPORTE INTERESTADUAL. EXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. DECRETO n.º 5.934/2006. FONTE DE CUSTEIO. DESNECESSIDADE. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. Agravo retido não conhecido, porquanto a agravante não requereu, nas razões de apelação, a apreciação do recurso pelo Tribunal (art. 523, § 1.º, do CPC). 2. A matéria encontra-se delineada na jurisprudência desta Corte, no sentido de que a eficácia do art. 40, incisos I e II, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) **independe da criação de fonte de custeio** - porque não se trata de benefício da seguridade social (art. 195, § 5.º, da CF), **mas de questão relacionada à execução de contrato de concessão de serviço público** (art. 35 da Lei 9.074/95) - e foi devidamente regulamentada pelo Decreto n.º 5.934/2006. Precedentes (AC 2004.38.02.005799-3/MG; AC 2004.34.00.024700-7/DF). 3. Eventual desequilíbrio econômico-financeiro, porventura constatado na execução do contrato de concessão do serviço de transporte interestadual, deverá ser submetido ao exame da Administração, nos termos do art. 9.º, parágrafo único, do Decreto n.º 5.934/2006 e do art. 8.º da Resolução 1.692/2006 da ANTT, o que não constitui empecilho à concessão da gratuidade e dos descontos nas passagens destinadas a idosos de baixa renda. 4. Apelações e remessa oficial providas. (TRF 1.ª Região. **Apelação Cível n.º 200434000246989**, 5.ª Turma, Rel. Juíza Mônica Neves Aguiar da Silva, e-DJF1 02.10.2009, p.260).

Isso exige do Poder Judiciário a parcimônia e o uso tempestivo dos instrumentos processuais adequados para garantir as prerrogativas dessas entidades e um nível mínimo de organização no setor regulado. Em alguns casos, as circunstâncias exigem que intrincadas questões técnicas sejam examinadas pelo juiz em sede de tutela de urgência ou de aparência, sem a necessária oportunidade de cognição e estudos mais abrangentes.¹⁶⁷

¹⁶⁷ A necessidade de apreciar, em sede de liminar, intrincadas questões regulatórias, se deu no seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região: Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO CAUTELAR. LIMINAR COM CARÁTER SATISFATIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO "FUMUS BONI IURIS". LEI 9.432/97. AUTORIZAÇÃO DA ANTAQ. EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA. DRAGAGEM DE RIO. PROVIMENTO. 1. O agravo de instrumento combate a decisão proferida em sede de ação cautelar que deferiu liminar em favor da Agravada para o fim de suspender o ato de indeferimento da ANTAQ e, assim, autorizar o afretamento a casco nu da draga "Iguazu", de bandeira panamenha. 2. Três foram os fundamentos invocados pelo juiz federal na decisão interlocutória: **a) a ilegalidade da norma contida na Resolução ANTAQ n.º 191/04; b) a impossibilidade de se interpretar ampliativamente norma restritiva do direito estrangeiro, eis que com base na Emenda Constitucional n.º 06/95, não há possibilidade de discriminação relativamente ao capital estrangeiro no país; c) o sistema de dragagem tradicional não é substitutiva do sistema por meio de injeção de água, expressamente previsto no contrato celebrado pela Agravada.** 3. A tutela cautelar não tem aptidão para proporcionar o bem jurídico objeto da controvérsia instaurada entre as partes. Diante do indeferimento do pedido administrativo de autorização para afretamento de embarcação estrangeira, a ação cautelar que contém pedido exatamente no sentido da autorização da atividade se afigura inadequado e incompatível com a tutela cautelar. 4. O Processo Cautelar visa apenas e tão somente permitir a utilidade do processo principal, assegurando eventual eficácia prática de modo a aguardar a solução judicial no Processo de Conhecimento (ou no Processo de Execução, atualmente apenas nos casos de títulos executivos extrajudiciais). Assim, não há como se admitir que a tutela cautelar possa apresentar caráter satisfativo, como também se verifica no segmento da antecipação da tutela (CPC, art. 273). 5. A decisão recorrida merece ser reformada eis que ausentes os requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" para fins de concessão da liminar no bojo da ação cautelar inominada. 6. Não é inconstitucional a norma contida no art. 9.º, da Lei n.º 9.432/97, que exige autorização do órgão competente para afretamento de embarcação estrangeira quando verificada a inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendidos. 7. O art. 178, da Constituição Federal de 1988, ao se referir apenas ao transporte de mercadorias na cabotagem e para a navegação interior (nacional), não impediu que, através dos mecanismos institucionais via processo legislativo, fossem ampliadas as hipóteses de restrições à atividade aquaviária eventualmente desenvolvida por embarcações de bandeiras estrangeiras. 8. Não é papel da Constituição Federal traçar todas as regras referentes às diferentes atividades e condutas, seja no segmento da Administração Pública, seja nas atividades relacionadas à iniciativa privada. A tese consoante a qual o art. 178, da Constituição, somente admite restrições para as embarcações de bandeira estrangeira relativamente às finalidades ali indicadas, se afigura incorreta, ao menos em juízo provisório e, por isso, não pode prevalecer, a esse respeito, a noção da existência de fumaça do bom direito. 9. Agravo de instrumento provido. (TRF 2.^a Região. **Agravo de Instrumento 126518** (200402010053622), 6.^a Turma Especializada, Relator Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU 25.09.2009, p.234).

1.3.5 A natureza dos atos praticados pelas agências reguladoras

No que se refere aos atos típicos das agências reguladoras, é extremamente útil a classificação feita por Marcos Juruena Villela Souto que sistematiza os atos de regulação expedidos pelas agências em três categorias: a) atos de *regulação normativa*¹⁶⁸; b) atos de *regulação executiva* e c) atos de *regulação judicante*.¹⁶⁹

Na categoria dos atos de regulação executiva se enquadram as autorizações e o ingresso de um agente econômico num determinado segmento regulado. Também se enquadram nessa categoria os atos de fiscalização¹⁷⁰, de fixação de tarifas e de interpretação regulatória.

¹⁶⁸ Sobre a não equiparação de Resolução da Anatel à lei federal para fins de cabimento do Recurso Especial ver o seguinte precedente: Ementa; PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE. DISPOSITIVO DE PORTARIA DA ANEEL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. DÉBITOS ANTIGOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A apontada contrariedade aos dispositivos da Resolução 456/2000 da ANEEL não é passível de análise em sede de recurso especial, uma vez que não se encontra inserida no conceito de lei federal, nos termos do art. 105, III, da Carta Magna. 2. O corte de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos, uma vez que ainda existe demanda judicial pendente de julgamento em relação a esses débitos. 3. Deve a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, pois não se admite qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Agravo regimental improvido. (STJ. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1338585** (201001407407), 2.ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 09.11.2010. Decisão unânime).

¹⁶⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.58.

¹⁷⁰ Em alguns julgados, a questão central é exatamente a falta de autorização da agência para exercício de uma atividade regulada. Ementa: ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. REALIZAÇÃO DO SERVIÇO POR MEIO DE VANS. FALTA DE AUTORIZAÇÃO PELA ANTT. FISCALIZAÇÃO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. EXIGÊNCIA DO CERTIFICADO DE REGISTRO PARA FRETAMENTO. CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. Prevê o Decreto n.º 2.521/1998: "Art. 6.º. Os serviços de que trata este Decreto serão delegados mediante: [...] II - autorização, nos casos de [...] c) transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, sob regime de fretamento contínuo; d) transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, sob regime de fretamento eventual ou turístico; [...] Art. 56. Na execução dos serviços serão utilizados ônibus que atendam as especificações constantes do edital e do contrato. [...] § 2.º É facultado ao órgão fiscalizador, sempre que julgar conveniente, e observado o disposto na legislação de trânsito, efetuar vistorias nos veículos, podendo, neste caso, determinar a suspensão de tráfego dos que não atenderem as condições de segurança, de conforto e de higiene, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas nos respectivos contratos[...]. Art. 101. Compete ao Ministro de Estado dos Transportes baixar as normas complementares a este Decreto, inclusive para a instituição e implantação de sistemática de identificação dos proprietários ou responsáveis pelas bagagens transportadas". 2. Dispõe a Lei n.º 10.233/2001: "Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário: [...] III - autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento". 3. Precedente desta Turma: "A legislação federal referente ao transporte rodoviário interestadual coletivo de passageiros, seja a Constituição, sejam as leis, decretos e regulamentos, aplica-se indistintamente aos ônibus, microônibus, ou qualquer outro tipo de veículo, ressalvadas as

O ingresso no setor regulador pode ocasionar conflitos entre os agentes econômicos que concorrem para se manter operando no mercado, muitas vezes com sacrifícios para a regularidade e qualidade dos serviços. Essa questão surgiu no seguinte precedente judicial:

Ementa: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE OUTORGA. INVOCAÇÃO DE ROMPIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. IMPERTINÊNCIA. PERMISSÃO NÃO PRECEDIDA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO. MERA DISPUTA COMERCIAL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. No Brasil, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão foi previsto no art. 167, II, da Emenda Constitucional n.º 1/69: tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Na Constituição de 1988, é uma garantia que apenas implicitamente considera-se incluída no art. 37, XXI: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei. 2. Não bastasse a Constituição subordinar a manutenção das condições efetivas da proposta (não exatamente equilíbrio econômico-financeiro na concepção tradicional) aos termos da lei, observa-se que decorre sempre de licitação. 3. A empresa/autora admite que a outorga que lhe fora deferida pelo DER/MG o fora sem licitação. Não há espaço, então, para que reivindique, a título de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, cancelamento de outorga deferida à empresa-ré. 4. Afastada a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro, a pretensão fica sem baldrame, porquanto caberia ao Estado de Minas Gerais (e não à empresa/autora) a defesa de sua esfera jurídica (competência), alegadamente violada em face de outorga, pela ANTT, de permissões de transporte intermunicipal rodoviário de passageiros naquele Estado. 5. Não se vislumbra prejuízo ao interesse público, haja vista que o consumidor tinha (ou tem) mais opções para a contratação do serviço. 6. Entendeu Supremo Tribunal Federal que, a partir da Constituição de 1988, não prevalece permissão de transporte rodoviário de passageiros que não fora precedida de licitação, situação em que se encontram as linhas exploradas por ambas as empresas (MS 27.516/DF). 7. Apelações e remessa oficial providas.¹⁷¹

peculiaridades de cada um, não estando nenhum deles a salvo da necessidade de autorização, permissão ou concessão, e da fiscalização pela autoridade competente' (TRF 1.ª Região, **AMS n.º 2003.38.01.000106-1/MG**, 6.ª Turma, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 09.10.2006)" (**AMS 200338000028603**, Rel. Juiz Federal Convocado Jamil Rosa de Jesus, DJ 07.05.2010). 4. Apelação e remessa oficial providas para, reformando a sentença, declarar legítimo exigir do prestador do serviço de transporte interestadual de passageiros o Certificado de Registro para Fretamento. (TRF1. **Apelação Cível 200638010003765**, 5.ª Turma, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveria Fernandes Filho, e-DJF130.09.2011, p.599).

¹⁷¹ TRF 1.ª Região. **Apelação Cível n.º 200638060038701**, 5.ª Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, e-DJF1 21.01.2011, p.504.

A falta de fiscalização, decorrente de inércia administrativa ou de conflito de atribuições, negativo (nenhum órgão quer fiscalizar) ou positivo (vários órgãos desejam fiscalizar), também dá origem a processos judiciais, que exigem uma solução.¹⁷²

A *regulação normativa*, por sua vez, cuida de explicitar os comandos técnicos voltados para o cumprimento dos direitos e deveres previstos na legislação específica.¹⁷³ A notável expedição de normas por parte das agências reguladoras, atividade que tem sido objeto de análise da doutrina, tendo em vista a necessidade

¹⁷² Como exemplos, os seguintes precedentes: 1) Na área de transporte rodoviário: *Ementa*: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESPACHO DO MINISTRO DE TRANSPORTES. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. SUPRESSÃO DE ATRIBUIÇÕES DO DNER. LEI 10.233/2001. CRIAÇÃO DA ANTT E DO DNIT. DIREITOS DIFUSOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE DE AGIR. 1. Ação civil pública que objetiva a declaração de nulidade de despacho do Ministro dos Transportes e a determinação para que o DNER desempenhe atribuições legais de fiscalização, autorização, controle e registro dos transportadores rodoviários de bens perde o objeto por superveniente alteração legislativa, que, tendo como parâmetro legal o art. 178 da Constituição Federal/88, redistribuiu as funções, originariamente de competência daquele órgão (DNER), a outros entes criados pela Lei 10.233/2001 (ANTT e DNIT), sem qualquer prejuízo dos direitos difusos que o Ministério Público Federal visa proteger na referida demanda. 2. O provimento pleiteado, que constitui o pedido imediato do Autor - sentença declaratória e mandamental -, desapareceu no curso da lide, porquanto houve a dissolução da organização administrativa sobre a qual se fundamentava o pedido, sem que tenha ao mesmo tempo havido qualquer prejuízo à coletividade, pois as funções contra cuja extinção o MPF se volta não foram suprimidas, apenas passaram a ser realizadas por outros entes estatais, com fundamento em outros dispositivos legais. 3. Processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC). Apelação do DNER e remessa oficial prejudicadas. (TRF 1.^a Região. **Apelação Cível n.º 199901001189817**, 6.^a Turma, Relator: Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos, DJ 27.11.2006, p.83).

2) No setor de combustíveis: *Ementa*: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – ANP. CELEBRAÇÃO DE ACORDO COM A SDE E COM O CADE. ART. 10 DA LEI N.º 9.478/97. FISCALIZAÇÃO À CARGO DOS CONVENIADOS. 1. A ANP detém atribuição de proteger os consumidores, inclusive com relação aos preços dos combustíveis praticados. Diante de fatos que possam comprometer a ordem econômica, é dever da ANP tomar providências no sentido de comunicar ao CADE que, por sua vez, detém competência para apurar os fatos e aplicar as sanções administrativas e pecuniárias. 2. A celebração de acordo com a SDE e com o CADE para apuração de determinada prática criminosa contra a ordem econômica afasta a responsabilização que lhe é imputada, nos termos do art. 10 da Lei n.º 9.478/97, passando a fiscalização das atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como a aplicação de sanções administrativas e pecuniárias aos conveniados. 3. Prática criminosa contra a ordem econômica descartada, diante da flexibilização de preços destes combustíveis. (TRF 3.^a Região. **Apelação Cível n.º 1282778** (200061100022523), 6.^a Turma, Relator Juiz Miguel di Pierro, DJF3 22.09.2008).

¹⁷³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.76. O mesmo autor destaca que a regulação normativa não configura delegação legislativa tampouco exercício do poder regulamentar, privativo do Chefe do Poder Executivo. Lembra, ainda, os limites impostos pelo princípio da legalidade: lei define as políticas públicas e regulação as implementa. (TRF 3.^a Região. **Apelação Cível n.º 1282778** (200061100022523), 6.^a Turma, Relator Juiz Miguel di Pierro, DJF3 22.09.2008).

de compatibilizar a criação das agências com a separação dos poderes, tal como desenhada na Constituição brasileira.¹⁷⁴

O exercício da atividade normativa é alvo de acesa controvérsia. A reserva de lei, exigida constitucionalmente, é um parâmetro constante para o juiz aferir a validade as normas expedidas pelas agências.¹⁷⁵

Por fim, a *regulação judicante* compreenderia os atos desenvolvidos pelas agências para solucionar conflitos, utilizando a mediação, a conciliação e a arbitragem administrativa, distinta da arbitragem comercial.¹⁷⁶

A classificação dos atos regulatórios, em executivo, normativo e judicante, é fundamental e permite ao intérprete visualizar o escopo almejado pela agência, demonstrando a multiplicidade de atribuições a elas repassadas e a potencialidade de conflitos que daí pode decorrer. Resta saber se o controle que é realizado por meio do processo judicial, é adequado para tutelar o direito das partes e, ao mesmo tempo, compatibilizar a liberdade econômica com os objetivos sociais previstos na Constituição Federal.

Com efeito, tratando-se de atos que afetam o direito de livre iniciativa e livre concorrência, o controle judicial revela-se essencial para análise de sua conformação e sua validade com outros direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento constitucional.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Especificamente sobre o tema ver: CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

¹⁷⁵ É o que ocorreu no julgado do TRF da 4.^a Região: Ementa: ADMINISTRATIVO: RESOLUÇÃO N.º RDC 27, DE 30/03/2007, DA ANVISA. LEGALIDADE. OBJETIVO DE CONTROLAR A MOVIMENTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SUJEITOS A CONTROLE ESPECIAL, EVITANDO A VENDA SEM RECEITA MÉDICA E O COMÉRCIO PARALELO. PODER NORMATIVO DA ANVISA PREVISTO NOS ARTS. 2.º, INCS. II, III E VIII E § 1.º, II; 6.º E 7.º, INCS, III E XVIII, DA LEI 9.782/99. (TRF 4.^a Região. **Apelação Cível n.º 20087000004484-3**, 3.^a Turma, Relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 09.09.2009).

¹⁷⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.58.

¹⁷⁷ Nesse caso, a tarefa do juiz exigirá a interpretação e aplicação da Constituição, com fim especial de harmonização (*Prinzip praktischer Konkordanz* ou princípio da concordância prática) além dos demais princípios de interpretação constitucional sistematizados por Konrad Hesse: a) o princípio da unidade da Constituição (*das Prinzip der Einheit der Verfassung*), b) o critério da exatidão funcional (*das Maßstab funktioneller Richtigkeit*), c) o princípio da valorização da relevância dos pontos de vista elaborados, ou, o princípio de efeito integrador (*der Maßstab integrierender Wirkung*), d) o critério da força normativa da Constituição (*die normative Kraft der Verfassung*). (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p.29. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*).

1.3.6 Conflitos regulatórios, regulação setorial e regulação da concorrência

Outro aspecto que demonstra a necessidade de controle judicial das agências reguladoras é a existência de conflitos regulatórios, entre setores regulados e as agências, por vezes entre as próprias agências ou, até mesmo, entre as agências e o Chefe do Executivo e seus auxiliares.

Na acepção mais usual, conflito regulatório é o fenômeno que ocorre quando dois ou mais órgãos estatais se dispõem a exercer sua atividade sobre um mesmo setor da economia. Nessas hipóteses, o destinatário das ordens tem ameaçada a segurança jurídica, pois deve escolher qual das ordens acatar, sempre com risco das consequências pelo descumprimento da outra ordem.¹⁷⁸

Os conflitos entre órgão regulador da concorrência e órgão regulador setorial também são frequentes. São regulações atribuídas a órgãos diversos. A regulação da concorrência, atribuída ao CADE, se aplica a todos os agentes econômicos sendo, por tal razão, denominada *transversa*¹⁷⁹, enquanto a regulação setorial é exercida com foco no bom funcionamento de um determinado ramo do mercado. Em muitos casos há um choque entre as ordens emanadas do órgão de regulação transversal com as diretrizes regulatórias fixadas por outra agência.

O órgão regulador da concorrência busca a eficiência econômica a partir da competição, vale dizer, quanto maior o número de agentes econômicos num setor maior eficiência, ao passo que a agência reguladora setorial, em geral, impõe padrões mínimos para que uma empresa ingresse num setor, atuando, protegendo de certa

¹⁷⁸ Para uma abordagem crítica da solução de conflitos regulatórios pelo Poder Judiciário, ver: Maria D. Assunção Costa: "[...] se espera, incorretamente, que o Poder Judiciário seja o Legislador de questões que fazem parte do Pacto Federativo, e que estão no alcance de solução pelos órgãos do Poder Legislativo Federal, incluindo aí o Senado que representa os Estados Federados. Desta forma, opina-se no sentido de considerar o Poder Judiciário como o pior legislador ou regulador porque sabidamente não tem todos os elementos de decisão que os outros poderes possuem. Para essa solução, melhor seria um processo que poderia advir da convergência de interesses que permeia todos os entes da Federação nessa indústria do gás natural." (COSTA, Maria D. Assunção. **Comentários à lei do petróleo**: Lei Federal n.º 9.478/1997. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.299).

Ver também: MANO, Gustavo; TIRYAKI, Gisele Ferreira. Contribuições da Lei do Gás para a solução de conflitos regulatórios entre a União e os Estados. **REN – Revista Econômica do Nordeste: Banco do Nordeste**, v.42, n.3, p.531-549, jul./set. 2011.

¹⁷⁹ Para uma distinção entre regulação setorial e regulação da concorrência ver: MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. **Concorrência e regulação**: a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação sectorial. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

forma, os agentes que já estão no mercado, impedindo a ampliação do número de competidores. Em certa medida, as diretrizes de algumas agências acabam por funcionar como inibidoras da livre concorrência.

Quando o conflito é levado ao Judiciário, geralmente pela parte destinatária das ordens conflitantes, é necessária uma tutela rápida que preserve os direitos, como ocorreu nos casos a seguir transcritos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL. DECISÃO DO CADE QUE DETERMINA A PUBLICAÇÃO DE DADOS SIGILOSOS DE CONTRATOS CELEBRADOS PELO CONSÓRCIO AGRAVANTE. 1. Revelar a público toda a fórmula de cálculo do preço final do gás natural a ser comercializado pelas Agravantes, seja dizer, os preços, prazos contratuais, volumes contratados, relatórios de operações, inclusive os auditados, entre outras informações, irá simplesmente destruir qualquer possibilidade de a Agravante e suas consorciadas competirem, já que seus concorrentes saberão exatamente o que faz e como faz, podendo comodamente apenas copiar a "receita" ou criar uma forma de anular seus efeitos benéficos. 2. Se, como afirma o CADE, seu objetivo é prevenir abusos futuros, tal objetivo pode ser alcançado mediante a apresentação dos mesmos elementos em caráter sigiloso para si e para a ANP. Tal sorte de divulgação poderia ser utilizada como meio de corrigir abuso se o mercado já estivesse dominado ao menos parcialmente e se quisesse equilibrar a concorrência dando vantagens às empresas menores sobre a empresa já estabelecida, mas não é este o caso. 3. Dessarte, a par de não se mostrar razoável, a decisão administrativa do CADE que determina a publicação de dados negociais do Consórcio agravante (referentes a preços, prazos e volumes contratados, por cliente) transfere para as demais empresas concorrentes do mercado a obrigação da Agência Reguladora de fiscalizar e controlar os eventuais abusos praticados pelas Agravantes na fixação do preço do gás natural. 4. Agravo de instrumento provido.¹⁸⁰

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASSAÇÃO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TV A CABO. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. UNIÃO FEDERAL. CADE. ANATEL. PERDA DE OBJETO. Ilegitimidade da União Federal caracterizada pela transferência das suas funções enquanto Poder Concedente à agência reguladora ANATEL, que recebeu amplas atribuições relativamente no que tange a celebração, a gestão e a fiscalização dos contratos, nos termos da Lei n.º 9.427/97. A legitimidade do CADE para figurar no pólo passivo de ação que tem por objeto cessação da concessão de serviço público somente é exigível após a conclusão de Procedimento Administrativo em tramitação perante a ANATEL. Quando o que se questiona é a atuação da Administração na condução das questões Administrativas, faz-se necessário aguardar a solução do Procedimento Administrativo para que, e só então, surja o interesse de agir na busca da pretensão de compelir a Administração a cumprir o seu papel. A não ser que a ilegalidade na atuação da Administração esteja na omissão em relação ao seu dever de agir.. Se a inclusão da Administração no pólo passivo da demanda deu-se em razão de sua omissão e, posteriormente

¹⁸⁰ TRF 1.ª Região. **Agravo de Instrumento n.º 200701000022283** (200701000022283), 5.ª Turma, Rel. Juiz Pedro Francisco da Silva, e-DJF1 29.10.2009, p.547.

alegada omissão deixou de existir; ocorre o que se chama de superveniente falta de interesse de agir do Autor. A hipótese de o Poder Público, ao tomar as providências que lhe competiam, não ter agido dentro dos ditames legais, constitui fato novo que não pode ser objeto do mesmo suporte formal (processo).. A lei que reprime o abuso do poder econômico define sanções e medidas variadas, cuja aplicação está sujeita a controle posterior do Poder Judiciário, não sendo lícito que este controle venha a ocorrer em ação judicial intentada, antes de sua efetiva aplicação.. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Apelação improvida.¹⁸¹

Têm sido frequentes, os conflitos entre dois prestadores de serviços regulados por órgãos diferentes, como é o caso de compartilhamento de estrutura ou de área. Nesses casos, a solução judicial é de grande relevância porque evita o impasse que poderia atrasar a prestação ou ampliações dos serviços públicos prestados:

Ementa. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. FAIXA DE DOMÍNIO. REMUNERAÇÃO. CABIMENTO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. CONTRATO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ATO JURÍDICO PERFEITO. ART. 5.º, XXXVI, DA CF/88. 1. Com efeito, o uso privativo de qualquer parte da "faixa de domínio" da rodovia, ainda que por parte de outro órgão público, deve ser precedido de autorização, permissão ou concessão do órgão público responsável, eis que se trata de bem público de uso comum. Por outro lado, não há qualquer óbice à exigência de remuneração como contrapartida à permissão de uso de "faixa de domínio" na situação em causa, nos termos do disposto no art. 11 da Lei n.º 8.987/95 e nos arts. 24, IV, e 26, VI, da Lei n.º 10.233/01, bem como da Resolução n.º 2.552, de 28/2/2008, editada pelo ANTT. In casu, impõe-se a aplicação da fórmula prevista na Resolução n.º 2.552/08, da ANTT, único órgão competente para a elaboração e edição das normas pertinentes à exploração de rodovias concedidas, nos termos do disposto no art. 24, IV, da Lei n.º 10.233/01. [...] ^{182,183}

A regulação da concorrência busca otimizar a competição no mercado, embora em muitos casos uma eventual concentração poderia num primeiro momento garantir maior qualidade dos produtos e preços menores para o consumidor. A regulação

¹⁸¹ TRF 4.ª Região. **Apelação Cível n.º 200372050062665**, 3.ª Turma, Rel. Juiz Nicolau Konkel Júnior, DE 09.12.2009.

¹⁸² TRF4. **Apelação Cível n.º 0009433-95.2009.404.7200**, Terceira Turma, Rel. p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 02.05.2011.

¹⁸³ Ver também: TRF4. **AC 2005.71.00.014148-5**, 3.ª Turma, Rel. Fernando Quadros da Silva, DE 31.08.2010 (Litígio entre concessionária de rodovias e concessionária de serviços de telecomunicações sobre uso da faixa de domínio para instalação de cabos de fibra óptica); TRF4. **AC 2007.70.01.005357-5**, 4.ª Turma, Rel. Marga Inge Barth Tessler, DE 13.04.2011; TRF4. **AC 2004.71.10.000187-5**, 3.ª Turma, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 28.04.2010.

setorial em muitos casos se choca com a regulação transversal, como a defesa da concorrência e o meio ambiente.¹⁸⁴

Embora o legislador possa ter previsto e tentado evitar esses conflitos, em muitos casos, eles surgem no objeto de um processo judicial, não sendo raros os casos de indivíduos ou empresas que recebem ordens contraditórias expedidas por distintos órgãos reguladores.

DIREITO ADUANEIRO. TAXA DE SEGREGAÇÃO DE "CONTAINER". POSSIBILIDADE ABSTRATA DE SUA NÃO-CONTINÊNCIA NO PREÇO PAGO A ARMADOR (THC). DEPÓSITOS AUTORIZADOS ATÉ DESLINDE DA LIDE PRINCIPAL. A decisão do CADE, ora debatida, obviamente trata a questão sob a ótica concorrencial. Esta decisão vislumbrou possível afronta à livre concorrência em razão da inexistência de custo que fundamentasse a cobrança da TCH2 por parte dos recintos alfandegados secos (TRA's), fundando-se em parecer da ANTAQ que rezava que " a movimentação das cargas do costado do navio até o portão do terminal portuário já é paga pelo armador ao operador portuário", sendo este pagamento feito por meio da chamada THC (fls. 463). Ora, se os custos "até o portão do terminal portuário" já estavam abrangidos pela taxa paga pelo armador, não haveria como o operador portuário – aqui, no caso, a Santos-Brasil, agravante – cobrar uma taxa dos TRA's para um serviço pelo qual já recebia. Como tal custo não existia, ele somente poderia ser encarado como uma potencial afronta à concorrência. Explica-se: o importador pode optar por usar o serviço de armazenagem do próprio operador portuário (que é um recinto alfandegado que opera diretamente na costa) ou por utilizar uma das TRA's. Como o operador portuário pode cobrar uma taxa que nada lhe custa das TRA'S, logicamente que o seu serviço de armazenagem é muito mais atraente para o importador. Ocorre que, de acordo com informações da própria ANTAQ, esta abrangência dada a THC não poderia ser feita com relação a todas hipóteses do país, a saber, a todos os portos. Em Salvador, por exemplo, haveria esta abrangência. Mas não, em tese (a ANTAQ cuida de ser bem cuidadosa em suas conclusões, pois termina a dizer, na resposta de ofício ao CADE, que, embora exista momentânea liberação da cobrança da THC2 em Santos, o assunto ainda merece muita discussão, mesmo em audiências públicas), no porto de Santos, como afinal veio a decidir a própria ANTAQ, revendo posicionamento anterior. Do ponto de vista da investigação abstrata do contrato de concessão entre a CODESP e a operadora/gravante verifica-se que este contrato tem o poder teórico de abranger prestação de serviços, entre operadora/armador, que vão até a formação de uma pilha intermediária de "containers" (fls. 192), além daqueles serviços que vão "até o portão do terminal portuário", conclusão que se extrai da análise do contrato em sua cláusula 20, §§ 5.º e 7.º (fls. 242). Desta forma, como, a partir da formação desta pilha intermediária, não existe mais a abrangência antes pretendida pela THC, por certo que existiria um custo na segregação de "containers": separar da pilha aqueles que vão para os recintos alfandegados "secos" daquelas que remanescerão no "recinto molhado" (operador portuário). Nesta sequência de raciocínio cumpre zelar para que exista um controle externo destes valores, pois, em

¹⁸⁴ Para uma distinção entre regulação setorial e regulação da concorrência ver: MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. **Concorrência e regulação**: a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação sectorial. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

tese, pode o operador portuário elevá-los de tal forma que os valores não coincidam com o custo da operação de separação de "containers". Consta dos autos que este controle já existe, com o preço fixado pela CODESP na DIREXE n.º 371/2005. Esta informação é pública, e consta do mesmo acórdão da ANTAQ que deu por licita e exigível, ao menos por agora, a TCH2 (a taxa por segregação de container) e que é de domínio, público, constante de sítio da internet (acórdão n.º 13/2010, www.amtaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicação/Acordaos/0000_000026). Entendemos que o controle efetivo deveria ser feito pela própria ANTAQ, não pela concessionária mas, ao menos por ora, há um mecanismo de controle dos custos, o que é muito importante. Somente aquelas empresas que firmaram contratos que prevejam a TCH2 deverão pagá-la. Sua incidência se resume as hipóteses contratuais (como se deduz do § 7.º da cláusula 20 do contrato de arrendamento e devem ser obedecidos os parâmetros de valor dados pela CODESP. Em nome da segurança jurídica, não se deve permitir, nesta sede, a liberação dos valores já depositados, pois eventual desfecho da demanda original em sentido contrário restaria esvaziado com esta liberação. Por isto, a eficácia desta decisão se resume a confirmar a liminar já outorgada, obrigando ao depósito dos valores no modo descrito e com as ressalvas acima mencionadas. Ao fim, a questão da liberação dos valores deverá ser decidida pelo juízo "a quo",. Agravo de Instrumento parcialmente provido. Agravos regimentais prejudicados.¹⁸⁵

Os julgados dos tribunais revelam a potencialidade de conflitos não apenas entre os usuários e o prestador de serviço, uma ótica mais comum, mas também entre as próprias agências, na busca de delimitar claramente seu âmbito de atuação entre os prestadores e fornecedores, destinatários da regulação, na preservação dos seus interesses.¹⁸⁶

¹⁸⁵ TRF 3.ª Região. **Agravo de Instrumento n.º 235400** (200503000336873), Turma D, Rel. Juiz Leonel Ferreira, DJF3 CJ1 13.05.2011, p.622.

¹⁸⁶ É o caso do julgado do TRF 1.ª Região. **Apelação Cível n.º 199734000363864**, 5.ª Turma. Des. Selene Maria de Almeida, e-DJF1 20.08.2010, p.334. Ementa: [...] 1. Insurge-se a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP contra a Portaria n.º 283, de 07.07.1997, do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, que outorgou ao Serviço Municipal de Água e Saneamento de Santo André - SEMASA "concessão para captar 0,5 m³/s de água do braço rio Grande, no reservatório Billings, da Usina Hidrelétrica de Henry Borden, Município de Santo André, Estado de São Paulo, para fins de abastecimento público", pelo prazo de 10 (dez) anos. [...] Ao contrário, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 30, V, atribui aos municípios competência para "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial". 4. Se não há vedação à prestação do serviço pelos entes municipais, se não há monopólio atribuído ao Estado-membro, e considerando o interesse local do fornecimento de água, não se afigura ilegal a participação dos municípios neste processo. 8. A prestação de serviço de fornecimento de água aos municípios pela prefeitura atende ao interesse público, pela essencialidade que lhe é peculiar. 9. Rejeitadas as alegações de invalidade, ilegalidade e inconstitucionalidade da Portaria n.º 283, de 07.07.1997, do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, mantém-se, in totum, a sentença recorrida. 10. Apelação da SABESP improvida.

Há ainda a possibilidade de conflitos entre a agência e o Chefe do Poder Executivo, talvez em face da tradição de concentração de poder, talvez porque a criação das agências é um fenômeno relativamente recente no ordenamento brasileiro. O controle judicial, nesse caso, tem o efeito de assegurar a autonomia decisória das agências.¹⁸⁷

O controle judicial eficazmente exercido pode contribuir para aperfeiçoar a regulação econômica, diminuindo as falhas de regulação, arbitrando os conflitos regulatórios e assegurando a autonomia das agências, afastando os riscos de exercícios do poder estatal sem priorizar o bem comum.

1.4 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E OS DESAFIOS DO CONTROLE JUDICIAL

A intervenção judicial na atividade regulatória exige o exame de vários aspectos. Inicia-se pela discussão sobre possibilidade de análise de 'questões ou opções políticas ou técnicas'¹⁸⁸ dos órgãos reguladores e pela falta de autoridade dos juízes e tribunais para afastar a competência normativa (regulamentar) da agência.

A essa temática está ligada a possibilidade de o juiz emitir provimento concreto para suprir lacunas decorrentes da omissão das agências ou para fornecer uma melhor solução regulatória quando entender que a opção da agência fere a lei ou é inadequada tecnicamente. Nesse caso, a decisão técnica do juiz substitui a decisão técnica da agência.

Não deve ser olvidado, ainda, que o controle judicial pode ser exercido como instrumento de compatibilização da atividade regulatória que venha ser exercida de

¹⁸⁷ Julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul faz referência à postura do Poder Executivo em relação à agência: Ementa. MANDADO DE SEGURANÇA. Subsiste a liminar concedida, por ofensa ao princípio do devido processo legal e do contraditório, inculpidos nos incisos LIV e LV, do art. 50, da Constituição Federal. Exorbitância da competência da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado- CAGE, por violação da Lei 10.931/97 que atribui a Agência Estadual dos Serviços Públicos Delegados - AGERGS, poderes para fixar, reajustar, revisar, homologar ou encaminhar ao ente delegante tarifas, seus valores e estruturas (art. 4.º, inciso V). De parte do Executivo simplesmente houve o desconhecimento da existência da Agência reguladora e sua competência. Alteração unilateral de tarifa sem a diminuição dos encargos. A licitação não se deu pela oferta de menor tarifa, mas sim pela oferta de maior trecho de estrada sob conservação e manutenção, dentro dos limites da tarifa fixada e oferecida na licitação pelo Executivo. Segurança concedida. (TJRS Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança n.º 599463957**, Rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 25.10.1999).

¹⁸⁸ A Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962) entendeu que as questões técnicas não podem ser analisadas no Judiciário (*non-justiciable political question*).

maneira conflituosa pelas unidades federativas, hipótese que não se afasta, diante do princípio federativo, estruturante do Estado brasileiro.

Por fim, devem ser consideradas as limitações decorrentes da ciência processual, na medida em que o processo é instrumento de tutela administrado no interesse das partes¹⁸⁹, quanto ao conteúdo e quanto aos atores, condicionantes que, por vezes, impedem uma análise judicial ampla do fenômeno regulatório e a adoção de medidas não requerida pelo autor da ação mas que seriam essenciais para preservação do mercado.

1.4.1 Universalidade da jurisdição e tutela adequada

A adoção da regulação por meio de agências no ordenamento brasileiro teve forte inspiração no modelo norte-americano. Por outro lado, a dogmática processual civil tem forte inspiração no processo civil da Europa continental, em que muitos ordenamentos adotam a dualidade de jurisdição, prevendo um contencioso administrativo para revisar os atos da administração.

Por outro lado, as agências norte-americanas exercem atividade jurisdicional e atuam como mandatárias do Congresso. Há uma *tensão* evidente na adoção do modelo de agências inspirada no modelo norte americano com a ampla revisão judicial permitida pelo direito brasileiro, tendo como instrumento de atuação um processo civil com um viés privatístico.¹⁹⁰

No que refere ao direito processual civil brasileiro, aspectos peculiares devem ser, desde logo, ressaltados. A tendência contemporânea de universalização da jurisdição, no bojo dos movimentos de ampliação do acesso à justiça, reduziu os

¹⁸⁹ Esta é a orientação dos sistemas de *civil law*: "O juiz (e os tribunais) são responsáveis por determinar a base legal (jurídica) de suas decisões. O âmbito do processo é determinado pelos pedidos e pela defesa das partes, incluindo-se os aditamentos." (Cf. AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. Princípios 19.1 e 19.2. grifou-se).

¹⁹⁰ Leonardo Greco faz referência ao "processo civil privatístico", em que o juiz atua 'a serviço do particular, como um garantidor do exercício dos direitos subjetivos de seus destinatários' e ao 'processo civil publicístico', 'onde a atuação do juiz é marcada pelo interesse público e social, imbuindo-se o juiz de uma busca da verdade e da percepção de que o processo não pertence às partes, mas ao Estado e que portanto, devem ser utilizados todos os instrumentos para sua maior efetividade.' O mesmo autor identifica uma terceira via, denominada "garantismo", onde o juiz deve ter por base a efetividade dos direitos fundamentais e o primado da dignidade da pessoa humana. (GRECCO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.164, p.42, 2008).

casos de impossibilidade jurídica do pedido, permitindo aos tribunais o exame dos atos administrativos, antes salvaguardados pelo dogma da incensurabilidade judiciária de tais atos.¹⁹¹

Como já foi destacado, Friedrich Stein, já no ano de 1893, ressaltava a onipresença do direito em todas as fases da existência humana, não havendo absolutamente nenhum fato, acontecimento ou circunstância que não possa ser submetido a um juiz como premissas menores de um mecanismo de verificação das consequências jurídicas determinadas pelo ordenamento.¹⁹²

A universalidade de jurisdição garante o acesso à justiça a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.¹⁹³ O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários amplia, ainda mais, as possibilidades de universalidade da jurisdição.

Embora no processo individual, o princípio da universalização da jurisdição tenha alcance mais restrito, limitado à utilização da técnica processual, o processo coletivo passou a assegurar às massas a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não teriam sequer como chegar à justiça.^{194,195}

Com o advento da Constituição de 1988, alterou-se o parâmetro de análise que deve ser utilizado para escrutínio dos atos do poder público em geral, em especial o ato administrativo. Os princípios reitores da Administração Pública foram alçados ao nível de norma constitucional, ampliando-se igualmente o rol de prestações materiais e condutas exigíveis dos gestores da *res publica*, resultando numa maior possibilidade de controle da administração pública e numa releitura da tutela constitucional do

¹⁹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.281.

¹⁹² STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Tradução: Andrés de La Oliva Santos. 2.ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p.21.

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012. p.2.

¹⁹⁴ GRINOVER, *loc. cit.*

¹⁹⁵ Sobre o processo coletivo ver: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010.

processo civil, vocacionado agora à tutela adequada, com ênfase no binômio segurança jurídica e efetividade dos provimentos judiciais.

Quer quanto aos instrumentos processuais, quer quanto às categorias processuais, não há mais lugar para simplesmente objetar a possibilidade de controle judicial de políticas ou decisões políticas, diante da avançada doutrina do *substantive due process of law* (razoabilidade e proporcionalidade)¹⁹⁶, que serve de fundamento não apenas para o exame da razoabilidade dos atos concretos da Administração Pública, mas também para uma crítica sobre as opções feitas pelo próprio legislador.

No ordenamento brasileiro, as possibilidades de acesso ao Judiciário são amplas. Não se exige o prévio exaurimento da instância administrativa e dos recursos administrativos colocados à disposição do administrado.¹⁹⁷

O acesso à jurisdição estatal é condicionado à demonstração do interesse jurídico, mas o ordenamento constitucional se satisfaz com a presença de uma lesão

¹⁹⁶ Sobre o princípio da proporcionalidade e razoabilidade ver: BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

¹⁹⁷ Nesse sentido, o acórdão da 2.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça: Ementa: ...No tocante ao mérito, propriamente, a decisão agravada merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Isto porque o STJ pacificou o entendimento de que a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie judicialmente a concessão de seu benefício previdenciário. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. **AgRg no AREsp 139094/PR**, 2012/0025860-2, 2.^a Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08.05.2012). **Contudo**, em recente julgado, a mesma 2.^a Turma, impôs temperamentos: Ementa. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3.º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA. 1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação. 2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CF). Precedentes do STF. 3. O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. A necessidade da prestação jurisdicional exige a demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos. 4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa. 5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposta. 6. A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR. 7. Recurso Especial não provido. (STJ. **REsp 1310042/PR**, 2012/0035619-4, 2.^a Turma, Rel. Herman Benjamin, DJe 28.05.2012).

ou ameaça de lesão, conforme dicção utilizada pelo constituinte.¹⁹⁸ A decisão contrária ao cidadão depois de ultimado o processo administrativo¹⁹⁹, também tutelado constitucionalmente²⁰⁰, não lhe vincula, sendo possível a renovação do pleito perante o Poder Judiciário.

É certo que a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo é fator que demonstra inexistir interesse concreto na propositura de uma demanda judicial, pois o ato administrativo impugnado está com eficácia suspensa.²⁰¹ O direito pátrio não exige o exaurimento dos remédios administrativos, como o faz o direito norte-americano.²⁰²

A universalidade da jurisdição é uma promessa do constituinte brasileiro, restando portanto aos operadores do direito processual a constante busca do aperfeiçoamento dos instrumentos processuais para fazer frente ao gigantesco desafio de contribuir para uma prestação jurisdicional adequada e tempestiva.

¹⁹⁸ Artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

¹⁹⁹ Sobre as diferenças ontológicas entre processo administrativo e procedimento administrativo ver: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.215; MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007; SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, v.84, p.73, out./dez. 1987; CRETELLA JR., José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.6. n.1-63. p.131/132; MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993. n.1-30. p.11/69.

²⁰⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 5.º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁰¹ **A Lei n.º 9.784/99**, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal dispõe: Art. 60. O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes. Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. A Lei n.º 12.016/2009 que disciplina o Mandado de Segurança, expressamente veda a concessão quando houver recurso administrativo disponível: Art. 5.º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

²⁰² De um modo geral pode-se afirmar que a revisão judicial dos atos das agências, no direito norte-americano, depende do exaurimento dos remédios administrativos e de estar a causa madura. A doutrina (*The doctrine of exhaustion of remedies and ripeness*) exige que o interessado que litiga com uma agência percorra pacientemente os passos disponíveis dentro da agência antes de ingressar em juízo. Tais exigências evitam a sobrecarga das cortes de justiça com questões que ainda não são propriamente litigiosas porque dependem de decisão final da agência. No caso *Darr v. Burford* (339 U.S. 200, 70 S. Ct. 587, 94 L. Ed. 761 [1950]) a Suprema Corte explica que a *ratio decidendi* da exigência está relacionada à especialização, à experiência e *expertise* do pessoal da agência, acostumado a examinar e decidir casos semelhantes. Em alguns casos, a exaustão dos remédios administrativos é uma regra de respeito (*deference*) pela qual a Corte federal aguarda que outro órgão estadual se manifeste previamente antes de aceitar uma causa. Ver ainda: "Administrative Law and Procedure - Judicial Review Of Agency Actions - Court, Decision, Person, Discretion, Standing, and Agencies". (Disponível em: <<http://law.jrank.org/pages/4076/Administrative-Law-Procedure-Judicial-Review-Agency-Actions.html#ixzz1FddYPqcA>>).

1.4.2 Controle judicial e limitações processuais

No levantamento de jurisprudência feito durante a elaboração da tese foram encontradas dezenas de precedentes relativos a conflitos entre órgãos regulatórios: num primeiro caso já se revelam as limitações impostas pela técnica peculiar ao processo civil. Embora evidenciado o conflito entre Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a decisão passa ao largo da questão porque a questão foi trazida aos autos pela Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, que não integrava a relação processual:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA À RESOLUÇÃO. NORMA INFRALEGAL. INVIABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. 1. O recorrente aponta explícita e reiteradamente a violação do artigo 41 da Resolução n.º 1.656/89 do BACEN. Todavia tal espécie normativa não está abrangida no conceito de lei federal, única a ensejar a via especial, o que inviabiliza, no ponto, o exame do recurso. 2. Modificar a conclusão do Tribunal de origem, no sentido de que a conduta da autora causou diretamente o dano implicaria no revolvimento de aspectos fático-probatório dos autos, inviável por esbarrar no enunciado n.º 7 da Súmula do STJ. 3. A petição da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, que não figura na relação processual, no sentido de obter declaração expressa do Judiciário quanto ao dever de cumprir a decisão administrativa da CVM não pode ser avaliada nesta instância, principalmente em sede de agravo regimental. 4. A deliberação a respeito cumpre à instância ordinária, de onde supostamente promanou decisão liminar. Ademais, não cabe inserir na relação recursal declaração quanto a outros fatos jurídicos, principalmente, quando o postulante sequer figura como parte no processo. 5. Agravo regimental não provido.²⁰³

Em outro precedente buscava-se a tutela antecipada relativamente à revisão de contrato administrativo de transporte aéreo firmado com uma empresa pública federal (Empresa Brasileira de Correios) e o fundamento residia nos padrões exigidos pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por intermédio da DA (Diretriz de Aeronavegabilidade).

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA OBTENÇÃO DE MEDIDA ANTECIPATÓRIA COM VISTAS AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DE CONTRATO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO CURSO

²⁰³ STJ. **AGRESP – Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 807615** (200600067434), 2.ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, Dje 01.12.2008, decisão unânime.

DO PROCESSO ORIGINÁRIO. 1. Em princípio, afigura-se juridicamente plausível a alegação de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de prestação de serviços de transporte aéreo de carga (celebrado com a ECT em abril/2005) - uma vez que a empresa ficou impossibilitada de operar as aeronaves que utilizava (Boeing 737-200), em virtude de comunicação do fabricante, em janeiro/2008, de que não expediria Boletim Técnico de Engenharia, por não ser economicamente viável realizar as modificações e consertos nos jatos daquele modelo até 23/12/2007, conforme exigido pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, por intermédio da DA (Diretriz de Aeronavegabilidade), emitida em dezembro/2003, levando-a a se utilizar outro tipo de aeronave (Boeing 727-200), de maior custo. Com efeito, é de se reconhecer – conforme proclamado em pronunciamento técnico-jurídico da ECT, ao concluir pela procedência do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro – que houve tanto defasagem nos preços como imprevisibilidade na situação vivenciada pela empresa, porquanto, na qualidade de companhia aérea proprietária das aeronaves 737-200, tinha justa expectativa de que o fabricante (Boeing), a exemplo do que ocorreu em todas as outras situações similares, emitisse o Boletim de Serviço, documento este absolutamente imprescindível para que os detentores da aeronaves arroladas na Diretriz de Aeronavegabilidade empreendessem as medidas necessárias à manutenção dos equipamentos em operação. 2. Ausente, porém, prova inequívoca a respaldar a concessão da medida antecipatória da tutela recursal para a recomposição da equação econômico-financeira da avença, neste grau de jurisdição (CPC, arts. 273 e 527, III), dado ser evidente a necessidade de apuração de vários elementos técnicos e econômicos, por meios probatórios hábeis no âmbito da ação originária, a fim de se fixar os percentuais de reajustes devidos à TAF, o que ainda deverá ocorrer na fase instrutória. 3. Ademais, impossível aferir-se, com exatidão, nesta fase recursal, em que ordem ocorreu o desequilíbrio, de modo a identificar, initio litis, qual o percentual de defasagem que se verificou nos preços contratados, sendo, também por isso, inviável o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal. 4. Agravo de instrumento da TAF LINHAS AÉREAS S/A desprovido.²⁰⁴

Embora a tutela não tenha sido deferida por ausência de provas, o caso é interessante porque revela, primeiramente, a necessidade dos próprios órgãos governamentais se adaptarem à atuação de outras agências. Em segundo lugar, revelam as limitações da técnica processual, pois um litígio dessa natureza deve ser resolvido rapidamente, não sendo crível que os eventuais prejuízos sejam suportados durante o período em que se aguarda a sentença. Admitindo-se que, embora não comprovado naquele momento processual, efetivamente tenha havido alteração no equilíbrio do contrato, é razoável prever duas possibilidades: ou a prestadora de serviços vai buscar um acordo extrajudicial com a empresa pública tomadora do serviço ou vai deixar de operar pois não é razoável esperar que um ente privado subsidie a atuação estatal.

²⁰⁴ TRF 5.^a Região. **Agravo de Instrumento n.º 200801000338882** (00801000338882), 5.^a Turma, Rel. Des. Fagundes de Deus, e-DJF1 data de 13.11.2009, p.153.

A intervenção judicial em controvérsias de fundo técnico sempre provoca discussões acerca da possibilidade da *expertise* judicial substituir a decisão técnica tomada pelas agências.²⁰⁵

No âmbito de um processo judicial, o juiz pode nomear peritos, as partes podem indicar assistentes, o juiz pode contar com a colaboração do *amicus curiae*, culminado com uma sentença que representa uma resultante de um debate entre os atores processuais, coadjuvados por órgãos técnicos autorizados a intervir pelo ordenamento jurídico.

Essa ampla discussão processual não garante, por ela mesma, uma adequada intervenção judicial na economia, que substitua à altura a regulação feita pela agência reguladora.

O contraditório²⁰⁶ e a ampla defesa devem ser assegurados aos litigantes, como requisitos indispensáveis de um devido processo legal. O contraditório tem uma dimensão processual e uma dimensão material que assegura o direito de efetivamente influenciar a formação da decisão judicial. Contudo, o contraditório não assegura a justiça da decisão.

²⁰⁵ Sergio Guerra ao destacar o impacto sistêmico do ato regulatório, adverte para o risco de se transferir "a discricionariedade técnica da agência reguladora para os peritos indicados pelo magistrado" (GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p.276).

²⁰⁶ Além do aspecto puramente formal, a doutrina brasileira vem destacando a faceta material do princípio do contraditório, que assegura o direito da parte efetivamente influenciar a decisão do juiz, o que exigiria a prévia manifestação das partes até mesmo na solução das questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Esse é o magistério de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lembra para quem "...o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Para isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Garantia do contraditório**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 Anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 1999. p.144)

No mesmo sentido, José Roberto Bedaque: "A liberdade conferida ao julgador, quanto à identificação da norma jurídica aplicável, também deve compatibilizar-se, todavia, com o princípio do contraditório. Não podem as partes ser surpreendidas com a incidência de regra não cogitada, especialmente se as conseqüências forem diversas daquelas submetidas à discussão" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: RT, 2002. p.38).

No que se refere ao controle da atividade regulatória estatal, a mesma discussão pode ser repetida milhares de vezes, sendo necessário, pelo menos num nível de formulação teórica, um instrumento que permita compelir o órgão regulador a adequar sua conduta aos parâmetros negativos e positivos oriundos dos provimentos judiciais.

Em casos em que o interesse público recomendasse, não poderia o juiz ampliar os intervenientes de um processo judicial para prevenir milhares de litígios? A tutela coletiva de interesses coletivos é campo que vem sendo corajosamente enfrentado e reclama novos paradigmas.²⁰⁷

Ademais, o processo civil pátrio passa por um momento de discussão de seus institutos e pode advir daí grande contribuição para a solução de intrincadas questões e aperfeiçoamento dos instrumentos já existentes.²⁰⁸

O processo civil, que no passado tinha um viés privatista^{209,210}, está em constante evolução para permitir cada vez mais o foco na tutela, relativizando a feição individualista.²¹¹ A garantia constitucional da razoável duração do processo

²⁰⁷ Sobre os processo coletivo e sua dogmática própria ver: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010.

²⁰⁸ Glauco Gumerato Ramos constatou que na América espanhola o debate doutrinário se dá entre o ativismo judicial *versus* garantismo processual ao passo que na doutrina brasileira o debate se dá em torno: "i) dos aspectos ideológicos do processo civil; ii) dos seus sistemas de enjuizamento – inquisitivo ou dispositivo (*inquisitorial system* e *adversarial system*); iii) do papel do juiz e da atitude das partes na relação processual; iv) da dimensão constitucional da jurisdição; v) do conteúdo e do significado do devido processo legal; vi) da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, dentre outros". (RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. **MPMG Jurídico** – Publicação do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.4, n.18, p.8, out./nov./dez. 2009).

²⁰⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.131: "Nosso 'procedimento comum', composto pelos dois ramos que o acompanham desde o século XIV, o *ordinário* e o *sumário* do art. 275, de nosso Código, conservou-se fiel aos pressupostos romanos, reproduzindo sua estrutura originária: é um procedimento que pressupõe uma *obrigação* como fonte da ação a qual, por sua vez, dá origem a uma sentença condenatória, que irá produzir uma ação executória. A conhecida fórmula romana tinha esta estrutura: *obligatio + actio + litis contestatio + condemnatio*, gerando uma *actio iudicati*."

²¹⁰ Conforme sistematização feita por Juan Monroy Gálvez, as características do processo no *sistema privatístico* seriam: princípio dispositivo (iniciativa da parte na propositura e na defesa), congruência e impugnação privada. No *sistema publicístico* seriam: direção judicial do processo, impulso oficial, imediação, concentração, exigência de boa-fé e lealdade processual, celeridade processual, socialização do processo, integração do direito processual, vinculação e elasticidade, aquisição (ou incorporação) dos atos ao processo e preclusão. (MONROY GÁLVEZ, Juan. **Teoría general del proceso**. Lima: Communitas, 2009. p.157-160).

²¹¹ No debate entre o sistema privatista (privatístico) em contraposição com o sistema publicista (publicístico), a doutrina também costuma fazer referência aos sistemas inquisitivo e dispositivo. Ver: MONROY GÁLVEZ, *op. cit.*, p.157/159; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.39-54.

concretiza a ideia de que a segurança deve ceder lugar à efetividade reclamada pela "sociedade com pressa", conforme expressão usada por Teori Zavascki.^{212,213}

A visão crítica do direito processual civil é necessária para o constante aperfeiçoamento dos seus institutos, tornando possível sua adequação para fazer frente aos desafios da sociedade pluralista e exigente, que transforma o Poder Judiciário na instância preferencial de busca pela concretização dos direitos prometidos pelo constituinte de 1988.

1.4.3 Instrumentos processuais de questionamento dos atos das agências

As atribuições das agências são amplas e compreendem:

a) regulação de determinado feixe de atividades, através da positivação de regras ou da aplicação de regras preexistentes; outorga do exercício de atividades a terceiros (mediante licitação e contratos); b) fiscalização dos contratos administrativos e da execução dos serviços cuja prestação foi outorgada a terceiros ou de atividades econômicas; c) exercício de papel de ouvidor de reclamação e denúncias de usuários ou consumidores, efetuando, inclusive, arbitragem de conflitos.²¹⁴

No Brasil as agências reguladoras foram criadas nas três esferas de governo (federal, estadual e municipal), o que permite concluir que potencialmente são grandes as possibilidades de questionamentos de seus atos, aumentando, ainda mais, a pressão sobre o Poder Judiciário, encarregado de prestar a tutela jurisdicional.

A questão central a ser enfrentada é se o processo civil brasileiro tem instrumentos para a adequada tutela dos direitos individuais, difusos e coletivos, mesmo em confronto com a atuação de órgãos produtores de normas jurídicas secundárias, embora de espectro concreto.

²¹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.12.

²¹³ Ovídio Baptista da Silva fazia uma crítica, mais profunda, no sentido de libertar o direito processual civil do paradigma racionalista, baseado em definições e não na experiência, que impediria a transformação do processo num instrumento a serviço de uma autêntica democracia. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.79).

²¹⁴ Cf. CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p.142.

Tratando do controle judicial dos atos regulatórios, Marcos Juruena Vilela Souto identificou os instrumentos processuais utilizáveis em tal controle: destaca a ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança, ação popular²¹⁵, ação civil pública, ação declaratória e ação de responsabilidade civil como principais instrumentos processuais a serem utilizados no controle judicial das agências.^{216,217,218}

O Supremo Tribunal Federal, na Ação de Direta de Inconstitucionalidade n.º 1827/SP, Relator Min. Néri da Silveira, entendeu não ser cabível a ação direta contra resolução de uma agência, mas o fez por não verificar a generalidade e abstração. Tratava-se, no caso, de uma resolução que afetava apenas uma empresa:

²¹⁵ Sobre a *ação popular* contra ato de agência reguladora, veja-se o precedente do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região: TRF1. **Agravo de Instrumento 200801000450786**, 5.ª Turma, Rel. Des. Fagundes de Deus, e-DJF1 22.10.2010, p.199, decisão por maioria. Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL DE AUTARQUIA A INSTITUIÇÃO PRIVADA. SUSPENSÃO DE QUAISQUER ATOS QUE ENVOLVAM O DOMÍNIO DO IMÓVEL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONFIRMADA. ... 2. Mantém-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar ação popular ajuizada para impugnar a alienação/transferência da titularidade de imóvel da Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do estado do Amazonas - SNPH ao Instituto de Seguridade Social - PORTUS, uma vez que, caso se conclua, na ação originária, que o porto fluvial em litígio constitui-se bem integrante do Porto de Manaus/AM, deverá ele ser revertido à União, ao término da vigência do Convênio 07/97 - através do qual a União delegou ao estado do Amazonas a administração e exploração do porto de Manaus, o qual passou a atuar por intermédio da SNPH (art. 8.º). 3. Ademais, a própria União não afasta a possibilidade de ter interesse na causa, por afirmar haver divergência entre a Consultoria Jurídica do Ministério de Transportes e a Procuradoria da ANTAQ quanto à existência ou não de afronta ao patrimônio público, o que está sendo alvo de apreciação pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, no âmbito da Consultoria-Geral da União. 5. Agravo de instrumento desprovido.

²¹⁶ Darci Guimarães Ribeiro adverte para a necessidade de novas formas de tutela para fazer frente às novas exigências da contemporaneidade: "*la busqueda de resultados eficaces del proceso, capaz de atender satisfactoriamente a los nuevos derechos (surgidos de la contratación por internet, la protección del medio ambiente, etc) y a las nuevas exigências de um Estado Social de Derecho, no encuentra resposta em la tradicional clasificación tripartita de las pretensiones (declarativa, constitutiva y de condena) con su clásico postulado cognición-ejecución. La solución adecuada a estas nuevas exigências se encuentran em clasificación quinaria, ya que la aparición de estos nuevos derechos exige, en contrapartida, El nacimiento de nuevas formas de tutela jurisdiccional, so pena de obstruir el desarrollo de la Sociedad*". (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: JM Bosch, 2004. p.209).

²¹⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, p.58.

²¹⁸ Quanto ao mandado de injunção, o Superior Tribunal de Justiça afirmou sua incompetência para apreciá-lo quando se tratar de norma a ser expedida pelo Conselho Administrativo de Defesa da Ordem Econômica – CADE, reconhecendo a competência da Justiça Federal. (STJ, Corte Especial. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção n.º 185** (200401203982), Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 21.03.2005, p.200. RSTJ v.189, p.33. RDDP, v.26, p.221, unânime). Manteve o entendimento anterior, que remetera à Justiça Federal o mandado de injunção impetrado contra a ANATEL. (STJ, Corte Especial. **Mandado de Injunção n.º 174/DF**, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20.11.98).

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Resolução n.º 61, de 5.3.1998, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). 3. Alegação de contrariedade ao art. 175, da Constituição Federal ao efetuar a **delegação de concessão ou permissão de serviços públicos**, sem obedecer ao Princípio da Licitação a que está sujeita a Administração Pública. 4. Norma impugnada refere-se, especificamente, a uma empresa, não se caracterizando disposição de caráter geral, abstrato e imperativo. Hipótese não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADIN 1811-2-DF. 5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, não tem admitido recurso especial por violação à resolução de agência, não equiparável à lei federal para fins do cabimento do recurso:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA À RESOLUÇÃO. NORMA INFRALEGAL. INVIABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. 1. O recorrente aponta explícita e reiteradamente a violação do artigo 41 da Resolução n.º 1.656/89 do BACEN. Todavia tal espécie normativa não está abrangida no conceito de lei federal, única a ensejar a via especial, o que inviabiliza, no ponto, o exame do recurso. 2. Modificar a conclusão do Tribunal de origem, no sentido de que a conduta da autora causou diretamente o dano implicaria no revolvimento de aspectos fático-probatório dos autos, inviável por esbarrar no enunciado n.º 7 da Súmula do STJ. 3. A petição da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, que não figura na relação processual, no sentido de obter declaração expressa do Judiciário quanto ao dever de cumprir a decisão administrativa da CVM não pode ser avaliada nesta instância, principalmente em sede de agravo regimental. 4. A deliberação a respeito cumpre à instância ordinária, de onde supostamente promanou decisão liminar. Ademais, não cabe inserir na relação recursal declaração quanto a outros fatos jurídicos, principalmente, quando o postulante sequer figura como parte no processo. 5. Agravo regimental não provido.²¹⁹

Tal limitação pode impedir que algumas importantes questões regulatórias sejam apreciadas e decididas por aquela Corte, encarregada de uniformizar o direito federal. Algumas normas expedidas pelas agências podem afetar todo o país.

No entanto, a mesma corte superior tem decidido várias questões regulatórias em sede de recurso especial, contribuindo para a uniformização da jurisprudência sobre interpretação da lei federal, uma das suas competências mais destacadas no sistema judicial brasileiro:

²¹⁹ STJ. **AGRESP – Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 807615** (200600067434), 2.ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, decisão unânime, DJE 01.12.2008.

[...] As circunstâncias fáticas podem reduzir a margem de discricionariedade do administrador, ou até eliminá-la, de modo que, quando este age em desconformidade com a finalidade legal, é possível ao Poder Judiciário substituí-lo e tomar a decisão que se ajusta à vontade da lei, sem que isto constitua violação do princípio da separação dos Poderes. 5. In casu, todavia, há dúvidas insuperáveis quanto à legalidade da atuação do agente público na escolha dos critérios que definiram o conceito de área local, e que permitiu, no caso dos autos, que localidades diversas, ainda que dentro do mesmo município, *em razão de fatores técnicos e econômicos*, pudessem sofrer tarifação de ligações interurbanas. 6. *É na dúvida, na zona onde não se pode emitir um juízo de certeza, que reside o mérito do ato administrativo discricionário e que cabe ao administrador público*, e somente a ele, agir para encontrar o caminho que melhor atenda à finalidade legal. Sendo assim, na situação dos autos, ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a configuração das "áreas locais", *o Tribunal de origem invadiu seara atribuída à administração pública, atitude esta que ultrapassou os limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes e violou as disposições da Lei n.º 9472/97.*²²⁰

Também tem se admitido a impetração de mandado de segurança contra decisões das agências, circunstância que exige a análise judicial da decisão da agência sob a ótica da legalidade e da constitucionalidade, impedindo maior análise quanto às questões técnicas que motivaram o ato. De qualquer forma, o controle judicial das agências exige do juiz o domínio de especificidades relativas a cada setor regulado, como se vê no precedente a seguir:

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ESPECIALISTA QUALQUER ÁREA DE FORMAÇÃO/ PILOTO (PILE). NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE FORMAÇÃO COMO PILOTO E EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. 1. A exigência de comprovação de experiência para o profissional "Especialista em Regulação de Aviação Civil, Especialista Qualquer Área de Formação/ Piloto (PILE)" é de caráter internacional, disposta, inclusive, na Convenção de Chicago, e também da Organização de Aviação Civil Internacional, da qual o Brasil é país-membro. 2. O Edital 001/2007 da ANAC foi alterado pelo Edital 003/2007, esclarecendo que para o cargo em questão há a necessidade de comprovação da formação de piloto mais, no mínimo, 2.500 horas de voo, a título de experiência profissional. 3. A imposição de experiência profissional é justificável, pois a responsabilidade do Especialista em Regulação de Aviação Civil, Especialista Qualquer Área de Formação/ Piloto (PILE) não é singela e tem relação direta com a segurança da aviação civil no país. 4. Apelação do impetrante improvida. 5. Apelação da ANAC e remessa oficial providas.²²¹

²²⁰ STJ. REsp 973686/PR (2007/0183785-0), 2.^a Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 30.09.2009.

²²¹ TRF da 1.^a Região. **Apelação em Mandado de Segurança n.º 200834000035043**, 5.^a Turma, Rel. Des. Selene Maria da Almeida, e-DJF1 28.01.2011, p.135.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. RESOLUÇÃO N.º 52/2002. NAVEGAÇÃO DE LONGO CURSO. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE LICENÇA. 1. Compete à ANTAQ, no exercício da competência que lhe foi atribuída por meio da Lei n.º 10.233/2001, expedir os atos normativos necessários ao desempenho da sua atividade, tais como o estabelecimento dos requisitos necessários à concessão de licença para navegação de longo curso. 2. A exigência de que a empresa que pleiteia a concessão de licença para navegação de longo curso detenha um capital mínimo e seja proprietária da embarcação não é desarrazoada, tendo em mira a segurança dos usuários, bem como a garantia de ressarcimento de eventuais prejuízos que possam sofrer em razão de deficiência do serviço.²²²

O questionamento de autos de infrações por meio de ação anulatória também tem sido uma alternativa utilizada pelas partes que pretendem questionar decisões das agências:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. ANVISA. PROPAGANDA IRREGULAR DE MEDICAMENTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR. PRECEDENTES. 1. Restou demonstrado pela prova dos autos a infração ao disposto no artigo 7.º da Lei n.º 9.294/96 - que dispõe que a propaganda de medicamentos de qualquer tipo ou espécie somente poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificamente a profissionais e instituições de saúde, admitindo-se apenas o anúncio de medicamentos anódinos e de venda livre - classificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde. 1.1. Do mesmo modo, o valor da multa aplicada mostra-se de proporcional à capacidade econômica e porte da empresa infratora e dentro dos parâmetros estabelecidos legalmente. 2. Esta 3.ª Turma, tratando de execução de julgados semelhantes, tem fixado o valor dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa (AC n.º 2003.70.05.000790-0/PR, DE 9/7/2009; AC n.º 2006.70.01.004170-2/PR, DE 29/01/2009; AC n.º 2004.70.07.000784-2/PR, DJ 25/10/2006). Provimento ao apelo da ANVISA para majorar o valor dos honorários advocatícios a 10% sobre o valor da causa, nos termos dos precedentes desta Turma à espécie - consideradas a natureza das questões ora discutidas e o trabalho despendido pelas partes. 3. Apelação da parte autora improvida. Apelo da Anvisa provido.²²³

ADMINISTRATIVO. ANVISA. PUBLICIDADE DE MEDICAMENTO. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS. VALOR DA MULTA. 1. A forma de divulgação de propagandas, mensagens publicitárias e ações promocionais de medicamentos, inclusive aquelas destinadas à distribuição para a classe médica, está prevista no Regulamento aprovado pela Resolução 102/2000, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. No caso, os encartes de propaganda dos medicamentos "Ulcefor" e "Ciprofar", não contêm informações relativas às indicações e contra-indicações dos

²²² TRF 1.ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança n.º 200434000112784**, 6.ª Turma, Rel. Des. Souza Prudente, e-DJF1 26.10.2009, p.146.

²²³ TRF 4.ª Região. **Apelação Cível n.º 200771000307189**, 3.ª Turma, Rel.: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 27.01.2010.

medicamentos, à respectiva posologia, à sua classificação técnica em relação à prescrição e à dispensação, aos cuidados e às advertências pertinentes ao seu consumo, bem como ao seu número de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que configura a mencionada infração à legislação sanitária e justifica a aplicação da penalidade de multa. 2. A multa foi fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor próximo do mínimo e absolutamente compatível com a capacidade econômica do autor.²²⁴

A atuação judicial tem sido verificada não somente em relação à repressão de atos praticados, mas igualmente quando se trata de apontar a omissão da autoridade reguladora. Veja-se o precedente, apontando a falha na atuação da agência no setor regulado:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO OU PERMISSÃO DE EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PROMOVER LICITAÇÕES. POPULAÇÕES DESATENDIDAS. INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO. 1. Não obstante seja incontroverso que somente por meio de licitação é possível a autorização, concessão ou permissão de exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros (Constituição Federal, art. 21, inc. XII, e), há mais de duas décadas a Administração se omite em deflagrar procedimentos licitatórios. 2. Estudos técnicos reconhecem que, com o desenvolvimento do país nessas últimas décadas, aumentou a demanda das populações interioranas no que tange à operacionalização de transporte coletivo interestadual de passageiros. 3. Não é tarefa do Poder Judiciário estabelecer linhas, deferir concessões e permissões, mas apenas averiguar a licitude da ação ou omissão da Administração que, neste particular, é ilegal e abusiva, contrária ao interesse público, ao desenvolvimento do país, ao princípio da legalidade e da moralidade. 4. O silêncio da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT quanto à alegação de desatendimento da população naquela localidade traduz-se em veracidade do fato alegado, nos termos do art. 302 do Código de Processo Civil. 5. Em face da excepcionalidade da situação, que perdura no tempo em prejuízo dos usuários dos serviços de transporte interestadual de passageiros, a Quinta Turma deste Tribunal tem adotado o entendimento de que, constatada a omissão da Administração em deflagrar procedimento licitatório para concessão de serviço de transporte interestadual regular de passageiros, cabe ao Poder Judiciário assegurar a continuidade da prestação do serviço público, até que seja realizado o competente processo de licitação, garantindo-se, assim, o direito constitucional de ir e vir da coletividade beneficiada. Precedentes: AG 2004.01.00.007110-3/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 11/11/2004; AC 2006.35.02.000233-2/GO, Relator Desembargador Federal de Deus, e-DJF1 de 29/04/2011; AC 0018524-60.2003.4.01.3400/DF, Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, e-DJF1 de 13/05/2011. 6. Apelação da UTB - União Transporte Brasília Ltda. parcialmente provida.²²⁵

²²⁴ TRF 4.^a Região. **Apelação Cível n.º 200772000148661**, 4.^a Turma, Relator Des. Marga Inge Barth Tessler, DE 26.04.2010.

²²⁵ TRF 1.^a Região. **Apelação Cível n.º 200735000073432**, decisão por maioria, 5.^a Turma, Rel. Juiz Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, e-DJF1 21.10.2011, p.218.

Por fim, é importante destacar a extrema utilidade do processo coletivo para questionar resoluções, impedindo a explosão de demandas individuais e facilitando a uniformização da jurisprudência, sem os inconvenientes das decisões conflitantes em processos individuais que, por questões da técnica processual, acabam por prevalecer com notáveis desgastes para a confiança na justiça.

Nas hipóteses de ajuizamento concomitante de ações individuais e coletivas, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de conflito de competência, tem sinalizado que o objetivo maior é evitar *o efetivo risco de decisões judiciais conflitantes e inexecutíveis*, demonstrando que o Judiciário está atento aos riscos da proliferação de demandas, mormente em ações questionando políticas regulatórias, com grande potencial de proliferação de demandas individuais.²²⁶

A admissibilidade da ação civil pública, mesmo para tutela de direitos individuais homogêneos, tem sido acatada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²²⁷, fortalecendo esse importante instrumento de controle dos atos das agências.

Nesses casos, permite-se que o juiz e os tribunais, de apelação, se posicionem sobre o tema, de maneira rápida afastando os inconvenientes da massificação de demandas com objeto idêntico.²²⁸

²²⁶ STJ, 1.^a Seção. **Conflito de Competência n.º 48.106/DF**, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 5.6.2006.

²²⁷ Admitindo a ação civil pública: STJ. **Recurso Especial n.º 1010130**, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 24.11.2010: *Ementa* [...] 1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, como sói ser a pretensão de emissão de faturas de consumo de energia elétrica, com dois códigos de leitura ótica, informando de forma clara e ostensiva os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica, ante a ratio essendi do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1.^o, da Lei 7.347/85. [...] 2. In casu, o pedido veiculado na ação coletiva ab origine não revela pretensão de índole tributária, ao revés, objetiva a condenação da empresa concessionária de energia elétrica à emissão de faturas de consumo de energia elétrica, com dois códigos de leitura ótica, informando de forma clara e ostensiva os valores correspondentes a contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica, fato que, evidentemente, afasta a vedação encarta no art. 1.^o, parágrafo único, da Lei 7.347/95 (Lei da Ação Civil Pública).

²²⁸ TRF 1.^a Região. **Apelação Cível n.200434000137175**, 7.^a Turma, Rel. Catão Alves, e-DJF1 07.10.2011, p.478. *Ementa*: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TARIFA SOCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA - CRITÉRIOS DE CONCESSÃO ESTABELECIDOS NOS TERMOS DA LEI N.º 10.438/2002, DOS DECRETOS Nos 4.102/2002 E 4.336/2002 E DAS RESOLUÇÕES ANEEL Nos 485/2002 E 694/2003 - LEI E ATOS ADMINISTRATIVOS - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE - ARBITRARIEDADE NÃO DEMONSTRADA. [...]

O ajuizamento da ação civil pública permite, também, a manifestação das cortes superiores, em prazo razoável, sobre as partes legitimadas para a relação processual, outra questão frequente nos tribunais, diante da dúvida sobre a necessidade de incluir ou não a agência reguladora no polo passivo. Como exemplo, tem o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA. [...] 1. Embora se trate de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, a relação jurídica de direito material controvertida é a que se estabelece entre a concessionária e os consumidores de energia elétrica, tendo por objeto a prestação de pagar o chamado "encargo de capacidade emergencial" previsto na Lei 10.438/02, atuando o Ministério Público Federal como substituto processual dos consumidores. Em demandas dessa natureza, nem a União e nem a ANEEL se legitimam a figurar como litisconsortes passivas, condição que não decorre nem mesmo de sua condição de agentes normatizadores ou fiscalizadores do serviço público concedido. Precedente da 1.ª Seção: REsp 1068944, DJ de 09/02/09. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os RE's 576.189/RS e 541.511/RS, afirmou a constitucionalidade do Encargo de Capacidade Emergencial (Lei 10.438/02, art. 1.º, § 1.º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 2.º e 3.º), do Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (Lei 10.438/02, art. 1.º, § 2.º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 4.º e 5.º), bem assim do Encargo de Energia Livre Adquirida no Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE (Lei 10.438/02, art. 2.º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 11 a 14), ressaltando que tais encargos não têm natureza de taxa, mas, sim, de preço público pago pela fruição da energia elétrica. 3. Recurso especial improvido.^{229,230}

Como se observa, ao mesmo tempo em que se afirma a desnecessidade da agência reguladora integrar o polo passivo da relação processual, aplica-se o precedente do Supremo Tribunal Federal, quanto ao mérito da pretensão, solucionando uma ação coletiva que tem caráter dissuasivo relativamente aos outros usuários daquele serviço público que pretendam buscar individualmente a tutela de pedido idêntico.²³¹

²²⁹ STJ. **Recurso Especial n.º 858797**, 1.ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE 23.09.2009, unânime.

²³⁰ No mesmo sentido: STJ. **Recurso Especial n.º 814479**, 2.ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, D.J 14.12.2010.

²³¹ Ver o precedente concluindo sobre impossibilidade de reunião de todas as ações civis públicas num mesmo juízo: TRF 4.ª Região. **Apelação Cível n.50266539320104047100**, 3.ª Turma, Rel. Maria Lucia Leiria, DJE 16.12.2011. *Ementa*: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REAJUSTE TARIFÁRIO. CONEXÃO AFASTADA. Ação ajuizada pelo MPF questionando falha metodológica, a partir de 2002 e a partir de 2010, que acarretou reajustes a maior na tarifa de energia elétrica, contra a ANEEL e a RGE. Inexiste conexão (a) em razão da simples possibilidade de sentenças com diferente compreensão sobre a mesma tese jurídica, quando a discussão diz respeito a direitos individuais homogêneos (direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares), porque a lei admite a discussão tanto em ações coletivas quanto em ações individuais, e sendo completamente incabível pretender que todas as ações individuais seriam reunidas, é da mesma

A ação civil pode buscar a condenação da agência a revisar as tarifas de serviços públicos²³², com consequências concretas para os usuários do serviço, mas também pode ter escopo muito mais amplo, questionando a intervenção regulatória no que se refere à ampliação dos serviços²³³, ou mesmo, o número de escritórios de atendimento ao usuário que os concessionários do serviço devem instalar.²³⁴

forma desnecessária a reunião quando as ações são coletivas/civis públicas; (b) porque é legítima e justificável a regionalização das ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, seja porque garante celeridade e dedicação individualizada à produção probatória, seja porque afasta os riscos do tumulto processual; (c) tendo em vista que a ora ré foi excluída da ação civil pública mineira, devendo assim permanecer nos termos da jurisprudência do STJ, no sentido de que a decisão final deve ficar restrita aos limites territoriais do órgão prolator.

²³² Ver o julgado do TRF 2.^a Região. **Apelação Cível n.º 392656**, 6.^a Turma, Rel. Des. Guilherme Couto, DJU 25.05.2009, p.140/141, "[...] pretende o Ministério Público Federal a condenação da ANEEL a utilizar, no cálculo da revisão tarifária futura do serviço de energia elétrica, o benefício fiscal concedido pelo artigo 9.^o da Lei 9.249/95, pelos valores pagos a título de juros sobre capital próprio. Pede, também, o MPF a condenação da ELETROPAULO a devolver aos usuários consumidores todos os valores indevidamente cobrados, calculados em dobro e com os acréscimos de correção monetária e juros legais."

²³³ TRF 3.^a Região. **Apelação Cível n.º 1384134** (00566883019994036100), 4.^a Turma, Rel. Des. Marli Ferreira, TRF3 CJ1 24.11.2011. *Ementa*. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. ANULAÇÃO DE CONCORRÊNCIA PARA A IMPLANTAÇÃO E OPERAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO. UNIÃO FEDERAL ILEGITIMIDADE PASSIVA. LEI n.º 9427/96. 1. A União Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de Ação Civil Pública voltada à anulação de concorrência para a implantação, operação e manutenção de linha de transmissão. 2. A ANEEL é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública, por si, nos termos da Lei n.º 9.427/96, constituindo-se em autarquia federal especial, detentora de personalidade jurídica pública, possuindo autonomia administrativa, técnica e financeira, respondendo em Juízo diretamente por seus atos. 3. A ação civil pública não se presta como instrumento de cobrança de valores subjetivamente postos na ação, tendentes a imaginário ressarcimento de antiga concessionária, que concordou com os valores repassados. 4. Tendo sido obedecidos na licitação todos os preceitos estatuídos pelo art. 14 da Lei n.º 9.427/96, não há ilegalidade a ser coarctada pelo Poder Judiciário. 5. Alegações e injunções de ordem política não devem ser conhecidas pelo julgador, para servirem de subsídio para afronta de marcos regulatórios estabelecidos pelo Governo Federal. 6. Recurso a que se nega provimento.

²³⁴ TRF 3.^a Região. **Apelação Cível n.º 1333129** (200461000282280), 3.^a Turma, Rel.: Juiz Souza Ribeiro, DJF3 CJ1 19.07.2010, p.323. *Ementa*: DIREITO PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MPF - LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF - PRELIMINARES REJEITADAS - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CUSTOS DE COMPOSIÇÃO DA REVISÃO TARIFÁRIA - NATUREZA COGENTE DA DEFINIÇÃO DE POSTOS DE ATENDIMENTO DA "EMPRESA DE REFERÊNCIA" NA NOTA TÉCNICA DA ANEEL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, MANTIDA - DANO MORAL COLETIVO - OCORRÊNCIA - VALOR RAZOÁVEL DA INDENIZAÇÃO ARBITRADA E DA MULTA COMINATÓRIA FIXADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS AO MPF. I - A sentença julgou parcialmente procedente a ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, considerando, em síntese, que o modelo de "Empresa de Referência" constante da Nota Técnica SRE-ANEEL n.º 97/2003 tinha natureza vinculante quanto ao estabelecimento do número mínimo de escritórios para atendimento ao consumidor necessários para a prestação de serviços públicos adequados (foram previstos 124), por ter sido considerado na revisão tarifária da ELETROPAULO no ano de 2003, sendo que à época da sentença já estava em vigor a Nota Técnica SRE-ANEEL n.º 184/2007 reduzindo o número de escritórios para 75, por isso determinando prazo de 90 dias para que a ELETROPAULO apresentasse à ANEEL o cronograma de instalação dos postos de atendimento, que a ANEEL expedisse em 30 (trinta) dias regulamentação sobre o

A análise dos julgados revela que os mais variados temas regulatórios têm sido levados ao Poder Judiciário, por meio de diferentes instrumentos processuais, nas instâncias ordinárias e na instância especial, sem maiores questionamentos quanto ao cabimento das ações ou recursos.

Revela, ainda, que a tipologia das ações tem permitindo que os juízos e tribunais prestem a tutela nos casos em que se questionam decisões de agências reguladoras. A tese defendida no presente trabalho é que o processo civil brasileiro tem instrumentos suficientes e pode fornecer as soluções necessárias para adequada tutela dos direitos individuais e coletivos quando contrapostos à atuação regulatória dos órgãos estatais.

assunto à vista das informações prestadas pela ELETROPAULO, bem como fixando o prazo de 12 (doze) meses para o início de funcionamento dos escritórios, com obrigação de veiculação de publicidade para ciência dos usuários quanto aos locais e horários de atendimento, tudo sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 e, ainda, condenando a ELETROPAULO ao pagamento de indenização por danos morais coletivos arbitrados em R\$ 100.000,00, além da condenação das rés ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 20.000,00.[...]

CAPÍTULO 2

O PROCESSO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE E DE PRESERVAÇÃO DE DIREITOS

Este capítulo busca expor o referencial teórico que serve de base para o enfrentamento da hipótese de trabalho. Busca fundamentalmente analisar quais as possibilidades do processo civil como instrumento de controle das agências e qual deve ser a postura judicial para que a técnica processual seja eficazmente utilizada para aperfeiçoar a regulação estatal e tutelar os direitos.

Inicialmente há que se atentar para a lição de Tomas Kuhn, no sentido de que, em última análise, o pesquisador busca ser aceito por uma comunidade fechada dos cultores de uma ciência, religião ou arte.^{235,236}

Para tanto há que utilizar termos e expressões consagradas, reverenciar autores exponenciais e admitir cânones que já foram fixados num passado próximo.²³⁷ Deve operar dentro de limites dogmáticos e utilizar categorias, conceitos e terminologia que gozem de certo consenso.

Karl Larenz já observara a impossibilidade de interpretar um texto jurídico sem confrontá-lo com problemas jurídicos concretos, pois somente na concretização é que se revela, completamente, o conteúdo significativo de uma norma, cumprindo sua função que é justamente regular situações concretas.²³⁸

²³⁵ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p.26.

²³⁶ Para uma apreciação crítica das atividades e da praxe dos meios acadêmicos formais no Brasil ver: CARVALHO, Olavo. **O imbecil coletivo**: atualidades inculturais brasileiras. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1996. O autor critica a *intelligentzia* brasileira e constata que o mundo descrito pelos intelectuais é tão diferente daquele onde vivem as demais pessoas. Critica também a tendência da intelectualidade em buscar segurança numa adesão coletiva e epidêmica às tendências de prestígio.

²³⁷ Para uma crítica do "relativismo pós-moderno" que entende a verdade apenas como uma convenção social, ver: SOKAL, Alan D.; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais**: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução: Max Altman, Rio de Janeiro: Record, 1999. p.202. (Os autores criticam o relativismo pós-moderno que defende a tese de que a verdade não passa de uma convenção social. Os autores ressaltam, ainda, as pré-condições necessárias à interação entre as humanidades e ciências sociais e as ciências naturais: "1) É uma boa idéia saber do que se está falando; 2) Nem tudo que é obscuro é necessariamente profundo; 3) A ciência não um 'texto' (no sentido de reservatório de metáforas prontas para ser empregadas nas ciências humanas); 4) Não macaquear as ciências naturais; 5) Ser precavido com o argumento de autoridade; 6) Ceticismo específico não dever ser confundido com ceticismo radical e 7) Ambigüidade deliberada pode ser um subterfúgio." p.204/208).

²³⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p.396.

Num trabalho sobre controle judicial das agências reguladoras surge inevitavelmente o "problema da racionalidade da jurisdição", que deve, segundo Habermas, satisfazer simultaneamente os critérios da segurança jurídica e da aceitabilidade racional.²³⁹

A concepção logicista do direito marca, ainda hoje, a ciência jurídica. O julgamento de um caso como simples subsunção dos fatos à uma norma preexistente, numa atividade de pura dedução lógica atende apenas à expectativa de previsibilidade da decisão, garantindo a segurança jurídica. Contudo, não garante a adequação social da solução e não fornece critério de solução dos casos difíceis. Por tal razão, essa aplicação silogística da lei sofre críticas.

Danilo Knijnik preconiza o abandono do método positivista silogístico baseado em três fenômenos: a) a crise da codificação; b) a utilização das cláusulas gerais pelo legislador e c) a passagem do Estado formal de direito para o Estado social.²⁴⁰

Mesmo após ter reinterpretado, com base no modelo procedimentalista, a teoria construtiva do direito de Dworkin²⁴¹, Habermas salientou que a questão a ser resolvida era: de que modo a prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão dos poderes do Estado de Direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras, postura que faria soterrar a ligação estrita entre a administração e a lei?²⁴²

A atividade de interpretação e aplicação do direito, dever estar baseada em critérios exteriorizáveis, significando, antes de tudo, admitir que os raciocínios devem

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p.297.

²⁴⁰ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Separata da Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.353, p.20, 2002: "Mas no momento em que se preconiza a superação do modelo positivista – sem que isso, sob hipótese alguma, signifique o abandono da positividade do direito e sem que, por igual, represente uma absorção do fato ao direito – bem como o abandono das concepções político-jurídicas que lhe estavam implicadas, obviamente o juízo fático volta a merecer, também ele, um instrumental jurídico mais adequado à sua realidade e à posição que assume no contexto da decisão judiciária. Em síntese, se o fato não mais é independente do direito, nem pode ser construído com total abstração das categorias jurídicas, é sinal de que ele está a reclamar um instrumental jurídico de controle."

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Harvard University Presse: Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985. p.122

²⁴² HABERMAS, *op. cit.*, p.297.

ser demonstrados, passo a passo, em atividade que se sustente por si mesmo, sem lançar mão de instrumentos de persuasão.²⁴³

No entanto, a exigência de racionalidade não implica absolutização do método de pura subsunção dos fatos às normas. Nesse ponto, o pensamento de Habermas: para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e de da decisão consistente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação.²⁴⁴

E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, Habermas preconiza a introdução de duas séries de critérios na prática da decisão judicial:

- 1) a tomada de decisões consistentes no quadro da ordem jurídica estabelecida, exigência do princípio da segurança jurídica; 2) para satisfazer a pretensão de legitimidade da ordem jurídica, as decisões devem ser fundamentadas racionalmente em regras e princípios legítimos, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, para que possam ser aceitas como tal pelos membros do direitos.²⁴⁵

Segundo Habermas, o problema da racionalidade da ciência jurídica consiste em saber como a aplicação do direito poder ser feita internamente e fundamentada externamente de forma a garantir simultaneamente segurança jurídica e correção.²⁴⁶

A teoria discursiva do direito concebe a formação do direito, pela adoção de pressupostos, princípios e regras da teoria geral do discurso, que fundamentam o discurso racional.

Ao contrário da hermenêutica jurídica, Kelsen e Hart defendem um fechamento e autonomia do direito, não influenciável pelos princípios não jurídicos. As regras são válidas quando proclamadas conforme as regras pelas instituições competentes.

²⁴³ Como lembra Chaim Perelman no seu *Tratado da argumentação*, deve-se reconhecer que a retórica lança mão de diversas técnicas de convencimento, entre elas a persuasão que tem como escopo agir sobre elementos subjetivos. O que se está tratando no trabalho é o conhecimento em si e não a demonstração ou convencimento das pessoas sobre a veracidade do conhecimento. (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução: Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.248).

²⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p.246.

²⁴⁵ HABERMAS, *loc. cit.*

²⁴⁶ *Ibid.*, p.247.

A crítica de Habermas é que, a garantia da segurança jurídica oculta a garantia de correção. Os casos difíceis são decididos conforme o arbítrio do juiz.²⁴⁷

A noção de acesso à ordem jurídica justa converge com o conjunto das garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, que se inserem no denominado "direito fundamental ao processo justo", expressão maior do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.²⁴⁸

2.1 REALISMO JUDICIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA

O senso comum parece absorver cada vez mais a ideia de que, diante de uma controvérsia, o juiz forma sua convicção internamente e adota uma decisão, que num segundo momento é exteriorizada com uma roupagem construída para fundamentar aquela decisão tomada *a priori*. Esse raciocínio se apresenta uma das possibilidades existentes, diante do afastamento do positivismo jurídico e do seu peculiar método silogístico.

A lógica do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, desaparece por completo sob uma descrição *realista* do processo de aplicação do direito. O espaço de decisão judicial é preenchido por fatores externos, extrajurídicos sendo o processo judicial a resultante de interesses, processo de socialização, classe social do juiz, personalidade do juiz, tradições ideológicas, interesses da carreira e outros fatores dentro e fora do sistema jurídico.²⁴⁹

Nessa medida, o realismo jurídico não entende possível a distinção entre direito e política. A crítica que se faz ao realismo jurídico, é que a assimilação dos processos políticos pelo processo jurídico torna inviável a garantia da segurança jurídica a partir de decisões consistentes.

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p.251.

²⁴⁸ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, v.1, n.6, p.24, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 22 jul. 2011. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.20 e **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.391.

²⁴⁹ HABERMAS, *op. cit.*, p.254.

Para o realismo jurídico norte-americano o direito passa a valer como um instrumento de controle do comportamento a ser acionado para atingir fins politicamente fundamentados, de acordo com o bem-estar econômico.²⁵⁰

Tal concepção, que parece ser a dominante no direito norte-americano, é radicalmente cética quanto às possibilidades do direito. Não crê na segurança jurídica como uma garantia a ser satisfatoriamente preservada pela jurisdição, renunciando à pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento.²⁵¹

Para os realistas é um erro concentrar-se nas regras que os juízes mencionam nas suas decisões, sendo necessária uma abordagem "científica" que se preocupe com o que os juízes fazem e não o que eles dizem, assim como no impacto real de suas decisões sobre a vida da comunidade. O núcleo da concepção realista é sumarizado por Dworkin:

Seus líderes (Jerome Frank, Karl Llewelyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen, entre outros) argumentavam que a teoria ortodoxa fracassara pelo fato de ter adotado uma abordagem doutrinária da teoria do direito, tentando descrever o que os juízes fazem concentrando-se apenas nas regras que eles mencionam nas suas decisões. Trata-se de um erro, argumentavam os realistas, pois na verdade os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização.²⁵²

Segundo João Maurício Adeodato, os adeptos do pensamento realista defendem a ruptura com o modelo de pensamento construído pelo Iluminismo, rechaçando a ideia de que é possível o conhecimento da verdade pelo método da razão. A verdade singular e o conhecimento único dos fatos são combatidos pelos realistas, por conta da complexidade das relações humanas na sociedade pós-moderna. Essa verdadeira "crise da razão" ganhou força no início do século passado.²⁵³

²⁵⁰ SUMMERS, Robert S. **Instrumentalism and American legal theory**. New York: Cornell University Press, 1982. p.57.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.7.

²⁵² *Ibid.*, p.8-9.

²⁵³ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.161.

Na década de 90, um artigo famoso na comunidade acadêmica, escrito por Katharina Sobota e intitulado "*Don't Mention the Norm!*" (Não mencione a norma!) radicalizou a tese de que é absolutamente desnecessário que os operadores do direito, juízes, promotores e advogados, procurem justificar a tomada de suas decisões se socorrendo de premissas legais:

Do ponto de vista retórico, o silogismo não é um método de decisão, mas sim um estilo de apresentação da decisão legal. O silogismo é uma forma retórica e não uma ordem substantiva ou objetiva. A diferença entre a visão acadêmica do silogismo e seu uso prático pode ser ilustrada quando se observa a premissa maior dos supostos silogismos alegados em textos jurídicos. As teorias acadêmicas postulam a verbalização das premissas subjacentes. Os acadêmicos tendem a crer em um conceito excessivamente filosófico de silogismo ou em um conceito positivista de princípios instrumentais ou ainda em uma mistura de ambos. De qualquer modo, eles solicitam de seus estudantes que explicitem as normas das quais pretendem derivar sua decisão. Eles solicitam dos jovens juristas que mencionem a norma. Esta tendência *reflete uma crença nos princípios de racionalidade e transparência e no espírito do iluminismo*. Segundo quero demonstrar, um bom juiz, dentro de um sistema jurídico extensivamente codificado, nunca se permite citar a maioria das premissas maiores dos silogismos que ele pretensamente toma como base de sua decisão. Minha hipótese é que, em sistemas jurídicos extensivamente codificados, o juiz nunca verbaliza qualquer premissa maior. Em sistemas jurídicos com um grau mais baixo de codificação, o juiz muitas vezes explicita uma ou duas premissas dentre as dez, vinte ou cinquenta a que está aludindo. Em outras palavras, o aconselhamento acadêmico no sentido de tornar todas as normas explícitas é muito contraproducente. Assim, se alguém quer reforçar a cultura jurídica existente, seria bastante paradoxal optar pela verbalização das normas. Ao contrário, se se quer confundir os estudantes e perturbar o sistema jurídico, a estratégia mais adequada seria exigir de todos os profissionais do direito que declarassem todas as normas que imaginam estar usando.²⁵⁴

O realista propõe uma verdadeira interação do Direito com a realidade social e a evolução operada. O Direito é o fato social. E esse Direito é construído pela força dos juízes, na medida em que o legislador apenas cria apenas o texto. A função judicante é mais importante do que a função legislativa na medida em que aquela detém a força criadora da norma.²⁵⁵

²⁵⁴ SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma. Tradução: João Maurício Adeodato. **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, n.7, p.251-273, 1996. Disponível em: <http://www.esmape.com.br/esmape/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=137&Itemid=99999999> Acesso em: 20 out. 2009.

²⁵⁵ Cf. ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009. p.162.

As pretensões de sensibilidade social do magistrado e de ativismo judicial se aproximam dessa abordagem realista na medida em que legitimam a atuação compreendendo como inevitável a parcialidade do juiz e seu engajamento político, sob a influência da valores morais.

Não parece, contudo, ser uma concepção que atenda às exigências de uma atividade judicial controlável, quando à correção e quanto à legitimidade. A fundamentação não é verdadeira na medida em que somente é construída para obter uma razoável aceitação social e para cumprir a exigência formal de exteriorização dos fundamentos.

2.1.1 Realismo judicial e jurisdição

Além da definição do próprio objeto da pesquisa, os problemas se apresentam também na aceitação pela comunidade acadêmica da validade do método e da utilidade do que foi produzido.²⁵⁶

Na ciência jurídica é bastante frequente que, a pretexto de uma visão holística, se lance mão de argumentos sem sustentação metodológica que permita a generalização, numa imprópria confusão entre a defesa de postulados políticos e sociais²⁵⁷ e a atividade jurídica de interpretação e aplicação do direito.²⁵⁸

O direito não é uma dádiva da natureza ou de uma entidade superior. É criado pela sociedade humana, com vistas a assegurar sua coesão social, sua organização interna, com pretensões de evitar a barbárie e a garantir a vida em sociedade.²⁵⁹ Em

²⁵⁶ CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução: Raul Filker, Brasília: Brasiliense, 1993. p.46.

²⁵⁷ A partir da segunda metade do século XX, se observaram tentativas de fazer a "revolução por meio de decisões judiciais", através do chamado "ativismo judicial". Na sociedade brasileira, recém saída de um regime militar, a partir da década de 1980, há uma atmosfera propícia ao engajamento político com questionamentos da estrutura social e política. A interpretação e aplicação judicial do direito passa ser alvo de pressões para que se torne um "espaço de lutas sociais" e um instrumento de transformação social.

²⁵⁸ A auto-restrição do Poder Judiciário frente às questões políticas e técnicas é constatada por Victor Abramovich e Christian Courtis: "Sem prejuízo no que se refere à análise dos casos particulares, existem argumentos de peso para afirmar, em termos gerais, que um processo judicial não é o cenário mais adequado para discutir temas políticos". (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução: Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p.159).

²⁵⁹ Cf. ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p.16.

razão disso, a ciência jurídica sempre tem seus momentos de aparente confusão entre lei e moral, entre sagrado e secular, entre direito e vontade divina.^{260,261}

O engajamento dos operadores e pensadores do direito também é reclamado por alguns setores. Reiteradamente se lembra que inexiste neutralidade jurídica, que o aplicador da lei também defende seus interesses ou que a luta de classe é uma realidade que perpassa todas as instâncias do conhecimento.

Contudo, os totalitarismos do século XX, contribuíram para renovar o fôlego das correntes de pensamento que atacam o positivismo jurídico, defendendo a inclusão de padrões morais na sua aplicação. A solução portanto seria recorrer ao direito natural, um repositório imutável e seguro, onde estariam a salvo de ataques, alguns direitos essenciais à vida e à liberdade do ser humano.²⁶²

Ideias verbalizadas na Fórmula de Radbruch²⁶³ "injustiça extrema não é direito" (*extremes Unrecht is kein Recht*) e depois adotadas por Robert Alexy e pela

²⁶⁰ Para João Maurício Adeodato: define-se "metafísica", entre outros critérios, como uma explicação exaustiva e holística da realidade, com perspectivas semelhantes à religião, só que com pretensões de racionalidade universal e rejeição de critérios de revelação. A metafísica encontra-se, assim, em posição desfavorável em relação à religião, porque esta se baseia na fé, em dogmas aceitos como verdades indiscutíveis, enquanto os argumentos metafísicos buscam demonstrar sua verdade, que se apresenta como racionalmente cogente. Historicamente, a metafísica atravessou um período de descrença, diante do progresso da ciência no século XIX, quando as "provas científicas" alcançaram grande relevo. O otimismo logo diminuiu, tanto pela verificação de que aquela concepção de razão era impotente para resolver muitos dos problemas que se colocavam, quanto pelos insucessos políticos e catástrofes ocorridos. Quase todas as concepções metafísicas no período, após o neokantismo, encontram-se sob o signo do idealismo, num claro retorno a Hegel, filósofo de grande importância para bem compreender esse período. (ADEODATO, João Maurício. As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n.2, p.106, 2007).

²⁶¹ Por vezes, tenta-se instrumentalizar a ciência jurídica para que passe a ser mais um espaço de discussões dialéticas e metafísicas. Quanto a esse aspecto, se deve lembrar a contribuição de Kelsen na tentativa de delimitar o objeto da ciência jurídica. Com a "Teoria pura do direito", Kelsen estabeleceu os limites da ciência jurídica embora sempre tenha reconhecido que outros ramos do conhecimento também são importantes. Kelsen não nega a importância da moral nem sua eficácia para regular a vida e o comportamento humano. Limita-se a ressaltar que o direito também regula a vida social, mas é produto da vontade do homem e não deve ser confundido com a moral.

²⁶² Conforme Radbruch "el trabajo de los siglos ha elaborado un firme inventario de Derecho Natural o racional, y lo ha reunido, en las llamadas declaraciones de derechos humanos e civiles, com un consenso tan amplio, que con respecto a algunos de ellos solo el escepticismo intencional los puede mantener en pie de duda". (RADBRUCH, Gustav. **Fünf Minuten Rechtsphilosophie**. Gesamtausgabe. Heilderberg: A. Kaufmann, 1990. Tomo 3. p.79).

²⁶³ Conforme destaca Robert Alexy, em 1946 foi publicado o artigo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* no qual Gustav Radbruch apresentou sua famosa fórmula nos seguintes termos: "El conflicto entre justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionar-se en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado em cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho

jurisprudência alemã fundamentaram a defesa da tese de que todo jurista tem uma ideia mais ou menos clara do que é o direito e que essa ideia se expressa na sua práxis, expondo o fracasso real (ou a invalidade prática) do positivismo jurídico.^{264,265,266}

Contudo, embora a inexistência de neutralidade seja uma condicionante inevitável da atividade judicial, não está o intérprete autorizado a se lançar numa atividade frenética de dispor da jurisdição, que lhe foi confiada com objetivo resolver os conflitos, para fazer prevalecer as próprias concepções ou o ideário político de parcelas do grupo social.

A Corte de Justiça da Comunidade Europeia ressalta que a independência é inerente ao conceito de jurisdição, sendo garantida por regras que assegurem a impermeabilidade quanto às influências externas e a neutralidade em relação aos interesses diante de si – os interesses trazidos perante si (*as to the imperviousness of that body to external factors and its neutrality with respect to the interests before it*).²⁶⁷

O processo não é obviamente o único método de solução racional e pacífica de conflitos. Os litigantes podem resolver as controvérsias mediante acordo direto ou por meio de alguém que lhes auxilie a aparar as divergências. O que distingue o

*injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho Positivo, ahí la ley no es solo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica". (ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. **Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.5, p.75-96, 2001).*

²⁶⁴ VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema nos es derecho**. Buenos Aires: La Ley. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho, 2006. p.322.

²⁶⁵ KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura Del Derecho**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. México-DF: Distribuciones Fontamara, 2003. p.50: "*En esto reside esencialmente la pureza de la teoría pura del derecho: ella quiere ser solo ciencia y no política; y no puede ser política, es decir realización de los valores sociales que se encuentran bajo el nombre de justicia, porque opina que la respuesta al problema de la justicia permanece inalcanzable para la ciencia racional*".

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Harvard University Presse: Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985. p.131: "*Legal positivism has many different forms, but they all have in common the idea that law exist only in virtue of some human act or decision. In some forms of positivism, this act is the command of a person or group with actual political power; in other forms, it may be an act passive as the general and casual acceptance of a customary rule; but in every form some set of acts is defined as necessary and sufficient.*" (Tradução livre: "O positivismo ou 'positivismo legal', tem várias formas, mas todas têm em comum a 'idéia' de que o direito existe apenas em virtude de alguns atos ou decisão humanos").

²⁶⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. **Caso C-506/04**, Graham J. Wilson v. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, j. 19.09.2006, [2006] All ER (D) 89, Rel. Judge Lenaerts. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=65847&doclang=en&mode=&part=1>>. Acesso em: 18 ago. 2012.

processo dos demais métodos, é que neste, o conflito sai da esfera de decisão das partes e é resolvido por alguém "alheio aos interesses em jogo"^{268,269}.

No exercício da jurisdição, a neutralidade deve ser um ideal a ser sempre buscado, do contrário, restará comprometida a ideia que a fundamenta.

2.1.2 Racionalidade argumentativa e consenso

A influência da teoria epistemológica de Thomas Kuhn faz com que o *consenso* seja inserido no centro da noção de verdade.²⁷⁰ O termo *verdade* passa a designar os enunciados que são aceitos de maneira consensual por determinados grupos sociais, não havendo mais razão para a busca de critérios *semânticos* de verdade. A definição da verdade se dá a partir de um raciocínio pragmático. A verdade²⁷¹ não é mais uma correspondência entre os enunciados e o mundo real mas, sim, a compatibilidade entre os enunciados e as crenças compartilhadas por certos grupos sociais.

Na ciência jurídica ou na prática jurídica, os destinatários, ou o *auditório*²⁷², para usar a expressão de Perelman, precisam ser convencidos dos argumentos

²⁶⁸ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. Sistemas procesales e ideologías. **Derecho y Humanidades**, Universidade do Chile, n.17, p.22, 2011.

²⁶⁹ Conforme lembra o mesmo Claudio Cáceres Palavecino, "*El juez es un sujeto al que la comunidad organizada le atribuye el poder de decidir, de resolver el conflicto: en el escudo de Aquiles los jueces empuñan el 'bastón de heraldos' signo de la autoridad y, sobre todo, de poder – la auctoritas y la potestas según decían los romanos- conferidos por la comunidad. Este poder de decidir sobre la persona y los bienes de los ciudadanos, según lo manda la ley, se llama jurisdicción. No es pequeño este poder. Por tanto, su ejercicio debe ser encauzado dentro de ciertos márgenes, para evitar que, cual torrente incontrolado, se desborde y, fuera de control, se torne arbitrario y opresor.*" (PALAVECINO CÁCERES, *loc. cit.*).

²⁷⁰ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p.129.

²⁷¹ FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade: o governo de si e dos outros II: curso no Collège de France**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p.15.

²⁷² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução: Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.32: "É, portanto, a natureza do auditório ao qual alguns argumentos podem ser submetidos com sucesso que determina em ampla medida tanto o aspecto que assumirão as argumentações quanto o caráter, o alcance que lhes serão atribuídos. Como imaginaremos os auditórios aos quais é atribuído o papel normativo que permite decidir da natureza convincente da argumentação? Encontramos três espécies de auditórios, considerados privilegiados a esse respeito, tanto na prática corrente como no pensamento filosófico. O primeiro, constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais, que chamaremos de auditório **universal**; o segundo formado no diálogo, unicamente pelo **interlocutor** a quem se dirige; o terceiro, enfim, constituído pelo **próprio sujeito**, quando ele delibera ou figura as razões de seus atos."

usados pelo intérprete. Há necessidade de demonstração do caminho trilhado porque os questionamentos são previsíveis e necessários.

No caso da decisão tomada pelo juiz, a aceitação dos seus métodos e de seus argumentos pelo *auditório* ou pelos destinatários não é somente uma questão de obtenção de chancela científica, mas uma questão de legitimação, uma exigência de validade imposta pelo sistema jurídico. O acordo de um auditório universal não é, portanto, uma questão de fato, mas de direito.²⁷³

A retórica, que designa tanto a arte de falar, que pode ser ensinada, como a capacidade natural de se comunicar, é um método de argumentar. Por mais que o método de interpretação seja eficiente, ele deverá posteriormente ser comunicado e exposto de forma retórica para ser avaliado e validado. A hermenêutica, enquanto arte da compreensão, pressupõe sempre uma fase posterior de comunicação e de aceitação pelo auditório. E aí reside a importância dos dons naturais do intérprete, que podem ser decisivos e até suplementar falhas de argumentação, verificadas num processo anterior.

Tal peculiaridade leva Gadamer a indagar:

Que tipo de ciência é essa que se apresenta mais como um prolongamento de dons naturais e como uma explicitação teórica dos mesmos? Trata-se de um problema pendente para a história da ciência. [...] A hermenêutica está mais próxima da retórica ou devemos aproximá-la mais da lógica e da metodologia das ciências.²⁷⁴

Mas na atualidade exige-se uma clara diferenciação entre os discursos teóricos e a retórica²⁷⁵, com prevalência do primeiro que tem a potencial capacidade de portar uma verdade *objetiva*, decorrência da *impessoalidade*. A modernidade se afasta da

²⁷³ Cf. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução: Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.35.

²⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução: Ênio Paulo Giachini. 5.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010. p.351.

²⁷⁵ Os pensadores da modernidade viam a retórica com um instrumento dos falseadores da verdade, fomentadores de ilusões e enganadores. O instrumental retórico, fundado mais na persuasão e na sedução pessoal do que no convencimento racional, desvia o foco na verdade impessoal que a retórica possa produzir e transmitir. Passou-se, portanto, a preferir a argumentação demonstrativa (Cf. PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, p.52). Perelman demonstrou que os procedimentos retóricos não foram afastados dos discursos modernos, mas inseridos nos discursos modernos com a falsa aparência de argumentação demonstrativa e impessoal. Partiam de *topoi* fixados, objetivamente válidos, deduzindo a partir deles a conclusão, sem assumir a dimensão persuasiva.

pré-modernidade, que se baseava em critérios não comprováveis tais como *revelação, a fé, a sabedoria, a autoridade, e a tradição*.

Portanto, não basta apenas que o discurso obtenha uma inicial adesão do auditório. É necessário que esse consenso se verifique mesmo depois de um período em que as críticas e os contra-argumentos sejam apresentados e rebatidos.

Perelman não busca simplesmente reintroduzir a retórica na argumentação jurídica. Esforça-se para demonstrar sua presença constante, preconizando que isso seja admitido e levado em conta. Com seus estudos retóricos, procurou demonstrar a presença e a importância da retórica na prática argumentativa.²⁷⁶ Contribuiu, também, para afastar a ideia de que a retórica é mais a arte da persuasão do que propriamente de convencimento racional. A nova retórica pretende ser a arte de obter a adesão de *todo o ser racional*.²⁷⁷

Com tais premissas, afasta-se a retórica como arte da astúcia ou esperteza. Não há que confundir-se a retórica ou a busca de adesão pura e simples, como se

²⁷⁶ COSTA, Alexandre. **Hermenêutica jurídica**: da teoria da interpretação à teoria da argumentação. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-viii-da-teoria-da-interpretacao-a-teoria-da-argumentacao>>. Acesso em: 14 jun. 2011. cap. VIII (5. da impessoalidade moderna ao auditório universal) sintetiza os passos trilhados por Perelman e as premissas de seu pensamento: "Mas como uma retórica pode compreender uma prática argumentativa demonstrativa e impessoal? O primeiro passo, nesse sentido, é caracterizar que os discursos modernos, apesar de sua estrutura impessoal, devem ser compreendidos como dirigidos a um auditório. Seguindo as trilhas da retórica tradicional, esse auditório deveria ser identificado com um grupo de pessoas *concreto*, às quais a argumentação buscaria persuadir. Esse caminho tende a levar o discurso jurídico a uma fragmentação extrema, pois identificaria para cada *argumentação* um auditório específico, que poderia ser um juiz, um tribunal, uma sala de aula, a audiência de uma palestra, e assim por diante. Porém, esse grau de fragmentação do discurso jurídico em discursos jurídicos concretos, dirigidos a auditórios específicos, conduz à impossibilidade de se falar em um *discurso jurídico geral*, mas apenas à justaposição de discursos particulares, dirigidos a auditórios repletos de idiosincrasias. Se, por um lado, essa conclusão é coerente com a intuição realista de que não existem discursos nem auditórios abstratos, mas apenas discursos e auditórios concretos, por outro lado é incompatível com o fato de que nossos discursos jurídicos muitas vezes não se dirigem a *auditórios concretos* mas a um *auditório abstrato*..." "Porém o discurso acadêmico, é composto por argumentos *abstratos*, que têm a pretensão de valer para além dos seus contextos imediatos"... "Esta *pretensão de transcendência do contexto* permeia mesmo os discursos que não pretendem conter uma verdade universal, imutável nem necessária". "Esse é o traço que distingue a nova retórica da retórica clássica, voltada apenas para as técnicas de persuasão de um *auditório concreto* e não para a identificação das estruturas que regulam a argumentação perante um *auditório abstrato*."

²⁷⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução: Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.31.

faz as vezes, colocando-se os argumentos e impedindo ou ridicularizando os eventuais oponentes no discurso.²⁷⁸

Portanto, a retórica deve ser considerada pelo intérprete jurídico para quem a atividade hermenêutica não se resume ao estudo do caso e à busca da solução, mas deve também comunicar e fundamentar de maneira compreensível a solução encontrada.

Alexy lembra com propriedade que "há tipos distintos de discussões jurídicas"²⁷⁹. Há discussões no âmbito da ciência jurídica (na dogmática), deliberações dos juízes, os debates perante os tribunais, o exame de questões jurídicas nos órgãos legislativos, nas comissões, comitês, as discussões de questões jurídicas entre estudantes, advogados e entre juristas da administração ou das empresas e, até mesmo, discussão de problemas jurídicos nos meios de comunicação nas quais apareçam argumentos jurídicos.²⁸⁰

As diferenças são de diversos tipos. Algumas discussões são institucionalizadas, como por exemplo, os debates no tribunal e as deliberações judiciais. Isso não ocorre com as discussões de questões entre juristas.

Em alguns casos, o resultado deve ser alcançado num tempo limitado. Em outros, como naqueles que se discute a ciência jurídica (dogmática), não há nenhum limite temporal. Em alguns casos, as consequências são decisões vinculantes enquanto que em outros somente há proposições, preparação ou crítica de decisões judiciais. Nas discussões públicas de decisões judiciais é permitido passar da argumentação jurídica para a argumentação prática geral. Nas discussões da ciência jurídica (da dogmática) isto não é possível.

²⁷⁸ Na obra *Como vencer um debate sem precisar ter razão*, Arthur Schopenhauer desmascara os esquema de argumentação maliciosa e falsa (SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: 38 estratégias** (dialética erística. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. São Paulo: Topbooks, 2001). Também Olavo de Carvalho, em *O imbecil coletivo I*, procurar analisar criticamente uma alegada mediocridade de alguns meios acadêmicos brasileiros que se protegem dos verdadeiros debates com técnicas de exclusão e patrulhamento ideológico (CARVALHO, Olavo. **O imbecil coletivo: atualidades inculturais brasileiras**. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1996).

²⁷⁹ O conceito de discussão científico-jurídica (dogmática) deve ser entendido como as discussões da ciência do direito, elaborada institucionalmente que se refiram diretamente à solução de casos jurídicos reais ou imaginários ou ainda as discussões que justificam ou criticam enunciados dogmáticos, construções e teorias que tem ao menos alguma relação com a solução de casos jurídicos.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.205.

O ponto comum é que em todas se argumenta juridicamente. Uma das questões centrais de teoria do discurso jurídico é saber como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral.

Para Alexy "a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculatividade ao direito vigente"²⁸¹. Na disputas judiciais se submetem todas as questões à discussão. Tais disputas acontecem sob certas limitações, temporais, sociais e políticas.

As discussões da ciência jurídica são mais livres enquanto no processo se dão as maiores limitações:

Aqui os papéis estão distribuídos desigualmente, a participação, por exemplo, do acusado não é voluntária, e o dever de veracidade está limitado. O processo de argumentação está limitado temporalmente e está regulado pelas regras processuais. As partes podem orientar-se de acordo com seus interesses. Com frequência, talvez como regra, não importa se a sentença seja correta ou justa para as partes, mas que seja vantajosa. As outras formas, podem situar-se, no que refere à extensão das diferentes limitações, entre esses dois extremos.²⁸²

Para Derridá,

o fundamento de qualquer norma *não assenta senão no crédito que se lhes dá*. Crê-se nelas, tal é o seu fundamento único. Este ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional. Assim o próprio direito é fundado historicamente. Construído sob camadas textuais interpretáveis e transformáveis mas seu fundamento último é claramente mitológico, ou seja, não é fundado racionalmente.²⁸³

Portanto, além de outras contribuições, o pensamento de Alexy quanto à argumentação jurídica pode ser sintetizado na seguinte passagem: Nenhum dado de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de regra pode ser

²⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.217.

²⁸² *Ibid.*, p.206.

²⁸³ "*L'origine de l'autorité, la fondation ou le fondement, la position de la loi ne pouvant par définition s'appuyer finalement que sur elles-mêmes, elles sont elles-mêmes une violence sans fondement. Ce quin ne veut pas dire qu'elles sont injustes em soi, au sens de 'illégalles.' Elles ne sont ni légalles ni illégales em leur momento fondateur.*" (DERRIDA, Jacques. Force de loi: fondement mystique de l'autorité. 11 **Cardoso Law Review** 922 (1999)).

solucionado. Para isso existem vários fundamentos. De importância fundamental são a vagueza das normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma. Existe, sob esse aspecto, uma abertura necessária do direito.²⁸⁴

É essa abertura que deve, ao lado da necessária racionalidade argumentativa, nortear a atividade, quer do cientista quer do aplicador concreto da lei. Longe dos dogmas ditados pela fé ou pela doutrinação política, o jurista deve ter a postura receptiva que tenha como pressuposto a racionalidade humana como a principal fonte do conhecimento e da ciência.

2.1.3 Processo judicial e controle argumentativo

O processo, instrumento da jurisdição, voltado para a solução de conflitos, representa a organização formal e material de um debate acerca das questões jurídicas. As partes, o Ministério Público e o Juiz, cada qual na sua vez, apresentam suas apreciações, suas conclusões sobre a controvérsia e sobre a solução a ser dada. Assim, a decisão deve, por imperativo lógico, estar fundada em argumentos adotados com indicação dos argumentos refutados.

A exigência de uma fundamentação da sentença é ainda elemento que permite o controle da decisão judicial a partir dos elementos que foram decisivos para sua adoção. Crê-se, portanto, que mesmo sem recorrer à instância supra-humana, sobrenatural, é possível, dentro de "um quadrado normativo" representado pelo direito positivado, adotar soluções justas e evitar teratologias ou distorções das regras jurídicas.

O processo, instrumento de atuação dos Poderes, contém logicamente momentos para receber contribuição e argumentos antes da adoção de decisões pelo órgão estatal. Seja no processo judicial, administrativo ou, ainda, no processo legislativo, a marca é o debate marcado pela argumentação ou contra-argumentação, e com um dado que dá uma especial qualidade: todos os atores envolvidos no debate sabem que suas opções e opiniões, estão sujeita a um controle, interno, das instâncias

²⁸⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3.ed Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.36.

existentes dentro de cada Poder, e externo, decorrência dos modernos sistemas de *checks and balances*.

A atividade interpretativa deve ser analisada quanto ao escopo a que se destina. O parlamentar, nas democracias representativas, faz opções políticas, decide quais valores devem prevalecer na lei. O controle de sua argumentação é menor, suas opções são norteadas pelo sentimento de representar seus eleitores e fazer as escolhas que estes fariam. Mesmo assim, quanto aos aspectos formais, competência, procedimento, quorum, há uma vinculação e uma necessidade de declinar e argumentar.

No Processo Administrativo, hoje muito mais evoluído e mais próximo do processo jurisdicional, há um controle das decisões quanto aos critérios formais e materiais²⁸⁵. Mesmo nos atos discricionários, as razões devem ser declinadas para demonstrar que se está diante de uma possibilidade de escolha.

Por fim, no processo judicial, os códigos de processos (penal, civil, militar, trabalhista e eleitoral), privilegiam o debate e as normas que o regem estão diretamente sob os influxos dos princípios do acesso à jurisdição e do contraditório das partes.

Há disposições específicas para a prática de cada ato processual e várias oportunidades de impugnação das decisões tomadas pelos magistrados, que redundam em muitos casos na falta de efetividade das decisões dos órgãos jurisdicionais, tamanha a gama de recursos e incidentes a disposição das partes para postergar a aplicação de decisões judiciais.²⁸⁶

²⁸⁵ A propósito de um controle do processo administrativo regulatório, é interessante o seguinte julgado que faz referência à legitimação do ato administrativo pelo procedimento: Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA. JULGAMENTO PELA MELHOR OFERTA. PREÇO FIXADO NO EDITAL. POSSIBILIDADE OU NÃO DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DA TARIFA. AUSÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE. DEFICIÊNCIA DE PROCEDIMENTO REGULAR. Se a alteração definida pela Administração afeta a própria base do contrato de concessão, pois modifica o resultado do que se teve, à época, por expressão do equilíbrio econômico-financeiro, inviável que se efetive de modo unilateral. Assim não fora, porém juridicamente insustentável que o faça à revelia de procedimento direcionado à decisão, com possibilidade efetiva de participação do concessionário, não bastando que aquela seja fundamentada. A motivação da decisão administrativa não basta, impondo-se o recolhimento consentâneo, se não da vontade, inafastavelmente da colaboração do interessado, pois a ação é legitimada pelo procedimento. Segurança concedida. (TJRS, Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança n.º 599222957**, Rel. Antônio Jandyr Dall'Agnol Júnior, j. 09.08.1999).

²⁸⁶ HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.276: "a vida do ordenamento jurídico do estado brasileiro, em geral, ainda se encontra refém de uma visão jurídica, sem dúvida, de direito natural, mas com aura de caverna e, portanto, sitiada em torno de um segundo grau de cultura. A lei é impotente contra o direito resultante dessa visão, pois, como o deontico (dever-(ser): mandamento, proibição, permissão) poderia ordenar algo àquilo que já se entende, desde sempre, como ôntico (ser), a não ser para fazê-lo valer (revelar)?"

Nesse aspecto se concorda com Luís Afonso Heck quando preconiza para o ordenamento jurídico brasileiro a solução que resulta

na saída desta caverna: não mais se submeter *naturalmente* a um direito *de natureza*, mas, doravante, formular *racionalmente* as leis para poder cumprir e aplicar *corretamente* o direito. Ela situa-se nos *pressupostos*. Nesse âmbito também se decide, finalmente, a possibilidade do tratamento científico do direito.²⁸⁷

A atividade do administrador público, suas políticas públicas e suas opções concretas, passam a ser analisadas a pretexto de verificar a compatibilidade com os direitos fundamentais. Isso pode redundar na usurpação das tarefas da administração pelos juízes, fenômeno crescente na economia globalizada.²⁸⁸

Trata-se de risco que estará sempre presente no que se refere ao controle dos órgãos reguladores pela natureza da tarefa que desempenham e pela potencial conflituosidade presente nas atividades reguladas.

Com esse crescente protagonismo judicial o processo pode ser desvirtuado e sofrer adaptações que o desnaturem como garantidor dos direitos. A ampliação dos poderes judiciais faz incidir sobre o processo uma maior expectativa de solução dos conflitos e ao mesmo tempo maiores críticas às soluções adotadas pelos juízes, principalmente quando pretenderem se substituir ao órgão regulador de atividades econômicas.

2.2 JURISDIÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A questão que se faz sempre presente é se a ideologia deve ter papel relevante na atividade jurisdicional. A primeira resposta que parece vir à mente é negativa, embora as forças políticas sempre atuem para obter do Judiciário o fortalecimento de suas concepções políticas.

²⁸⁷ HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.277/278.

²⁸⁸ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1991. p.78.

No Brasil, Ovídio Baptista da Silva é enfático ao destacar que o direito é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa e que "o juiz ao contrário do que deseja Chiovenda, tem sim vontade e o ato jurisdicional é discricionário"²⁸⁹.

A discussão sobre o tema é frequente também nos Estados Unidos, onde é tratado de forma bem mais transparente e direta.²⁹⁰ O Juiz John Robert, da Suprema Corte norte-americana, nega que as questões políticas devam ter influência na decisão judicial, pois a decisão judicial deve ser neutra. Perante o Comitê Judiciário do Senado, afirmou que os juízes são servos da lei. Usando uma metáfora, ele disse que os juízes são como árbitro de um jogo: árbitros não fazem as regras, eles as aplicam. Seu papel fundamental, porém limitado, é verificar se todos os jogadores estão cumprindo as regras, pois "ninguém alguma vez foi a um jogo de bola para ver o árbitro. O juiz deve ter humildade e reconhecer que atua num sistema de precedentes, com a participação de outros juízes que dividem a tarefa consigo"²⁹¹.

Com efeito, as experiências e perspectivas pessoais têm inevitável influência na tarefa do juiz, mas a ideia que deve nortear a atividade jurisdicional é que o juiz deve colocar de lado suas opiniões ou preferências ideológicas e decidir por meio de uma resposta objetivamente correta.

A interpretação e aplicação do direito nos dias atuais são conceitos que não mais se separam, andam juntos e estão assimilados, restando ao magistrado estar

²⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.28.

²⁹⁰ DINH, Viet D. Threats to Judicial Independence, Real and Imagined. HeinOnline. 95 **Geo. L. J.** 929 2006-2007; FALLON JR., Richard H. The core of an uneasy case for judicial review. **Harvard Law Review**, v.121, p.1693, maio 2008; LOBEL, Orly. The paradox of extralegal activism: critical legal consciousness and transformative politics. 120 **Harv. L. Rev.** 939 (2006-2007); ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: Dangers in quantifying the qualitative. 74 **Tenn. L. Rev.** 570 (2006-2007); CAPULONG, Eduardo R. C. Client activism in progressive lawyering theory. 16 **Clinical L. Rev.** 109 2009.

²⁹¹ Tradução livre a partir do original: "*Judges and justices are servants of the law, not the other way around. Judges are like umpires. Umpires don't make the rules; they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules. But it is a limited role. Nobody ever went to a ball game to see the umpire. Judges have to have the humility to recognize that they operate within a system of precedent, shaped by other judges equally striving to live up to the judicial oath. And judges have to have the modesty to be open in the decisional process to the considered views of their colleagues on the bench.*"
In <http://www.outsidethebeltway.com/supreme-court-justices-and-balls-and-strikes/>

atento e procurar aprofundar mais o conhecimento dos fatos e das consequências de suas decisões no mundo fático.²⁹²

O juiz pode, mesmo sem mandato popular, tentar legitimar-se e ocupar espaço político a partir da possibilidade de identificar demandas sociais e procurar atendê-las. Assim agindo, deixa para os demais poderes do Estado, a tarefa antipática de gerir um orçamento restrito e de, eventualmente, negar o atendimento determinado judicialmente.

2.2.1 Ativismo e regulação econômica

Luís Roberto Barroso compreende

ativismo judicial²⁹³ como expressão cunhada nos Estados Unidos e empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...]. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.²⁹⁴

O ativismo judicial é fenômeno que não prescinde da participação de advogados que pautem sua prática jurídica não apenas para garantir uma vitória processual, mas na firme convicção de que estão atuando para construir a democracia e a paz

²⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. **'Amicus curiae' no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.28. (Defendendo a utilidade do instituto do *amicus curiae*, o autor ressalta que "deve ser deixada de lado a postura do juiz que conhece e aprende os fatos *intuitivamente* e tem pouca ou nenhuma percepção das reais consequências de seus atos próprios atos, para ser o juiz que tem conhecimento *consciente* destes mesmos fatos e de suas consequências jurídicas, para que possa produzir decisões racionalmente fundamentadas", tarefa para a qual necessitará indiscutivelmente de auxílio de terceiros).

²⁹³ Thamy Pogrebinski considera "ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade". (POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo**. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.17, p.2, ago./dez. 2000).

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

social e combatendo o racismo, a pobreza, a discriminação de gênero, a homofobia e outros males sociais.²⁹⁵

As instâncias políticas se adaptam rápido. Percebem que podem deixar a solução de assuntos complexos para o Judiciário. A pauta dos tribunais²⁹⁶ cada vez mais está repleta de assuntos que, em essência, deveriam ser resolvidos pelos representantes eleitos.²⁹⁷

Por outro lado, a omissão dos órgãos reguladores e o direito à tutela jurisdicional efetiva condiciona a atuação do Judiciário que se vê compelido a intervir em setores econômicos, não apenas para reconhecer a omissão, mas para determinar medidas concretas, em nítida substituição à atividade regulatória cargo da agência. Como exemplo veja-se o precedente, que revela intervenção judicial autorizando a prestação de serviço público, ante a omissão da agência reguladora setorial:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO OU PERMISSÃO DE EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PROMOVER LICITAÇÕES. POPULAÇÕES DESATENDIDAS. INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO. 1. Não obstante seja incontroverso que somente por meio de licitação é possível a autorização, concessão ou permissão de exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros (Constituição Federal, art. 21, inc. XII, e), há mais de duas décadas a Administração se omite em deflagrar procedimentos licitatórios. 2. Estudos técnicos reconhecem que, com o desenvolvimento do país nessas últimas décadas, aumentou a demanda das populações interioranas no que tange à operacionalização de transporte coletivo interestadual de passageiros.

²⁹⁵ Cf. CAPULONG, Eduardo R. C. Client activism in progressive lawyering theory. 16 **Clinical L. Rev.** 109 2009.

²⁹⁶ Na atualidade, entre outros, podem ser citados os seguintes assuntos: uniões homoafetivas, poderes do Conselho Nacional de Justiça, poderes investigatórios do Ministério Público, "guerra fiscal" entre os Estados Membros.

²⁹⁷ Na sua tese de doutorado, em que analisa decisões do Supremo Tribunal Federal em temas políticos, José de Ribamar Barreiros Soares concluiu: "Todavia, o que se tem observado é que Supremo passou a adotar uma nova postura interpretativa, de modo a permitir que, por via hermenêutica, *torne-se possível corrigir a lei, modificá-la ou mesmo criar direito novo* onde a lei nada específica, além de permitir a criação de normas de caráter constitucional por decisão judicial." (SOARES, José Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. Tese (Doutorado) - Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP), UERJ, Rio de Janeiro, 2010. p.116. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/>>. Acesso em: 12 out. 2012. O autor analisa quatro hipóteses para essa tendência no Supremo Tribunal Federal: 1) O ativismo judicial advém da crescente demanda por pronunciamento judicial quanto a questões políticas; 2) O ativismo judicial decorre do descrédito do Poder Legislativo; 3) O ativismo judicial permite que a sociedade exerça maior controle da ética na política e 4) O voluntarismo dos membros do Poder Judiciário em decidir questões políticas está na origem do ativismo judicial. Concluiu que "o ativismo do Supremo Tribunal Federal, na questão da perda de mandato por troca de partidos, decorre do voluntarismo dos membros da Corte Suprema em decidir questões marcantemente políticas." (p.145).

3. **Não é tarefa do Poder Judiciário estabelecer linhas, deferir concessões e permissões, mas apenas averiguar a licitude da ação ou omissão da Administração** que, neste particular, é ilegal e abusiva, contrária ao interesse público, ao desenvolvimento do país, ao princípio da legalidade e da moralidade. 4. O silêncio da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT quanto à alegação de desatendimento da população naquela localidade traduz-se em veracidade do fato alegado, nos termos do art. 302 do Código de Processo Civil. 5. **Em face da excepcionalidade da situação**, que perdura no tempo em prejuízo dos usuários dos serviços de transporte interestadual de passageiros, a Quinta Turma deste Tribunal tem adotado o entendimento de que, constatada a omissão da Administração em deflagrar procedimento licitatório para concessão de serviço de transporte interestadual regular de passageiros, **cabe ao Poder Judiciário assegurar a continuidade da prestação do serviço público**, até que seja realizado o competente processo de licitação, garantindo-se, assim, o direito constitucional de ir e vir da coletividade beneficiada. Precedentes: AG 2004.01.00.007110-3/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 11/11/2004; AC 2006.35.02.000233-2/GO, Relator Desembargador Federal de Deus, e-DJF1 de 29/04/2011; AC 0018524-60.2003.4.01.3400/DF, Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, e-DJF1 de 13/05/2011. 6. Apelação da UTB - União Transporte Brasília Ltda. parcialmente provida.²⁹⁸

Há, contudo, um efeito colateral dessa intervenção do Poder Judiciário na atividade regulatória. A tomada de decisões políticas vem acompanhada das pretensões sociais de responsabilização política e do desgaste decorrente da assunção de papéis tipicamente parlamentares. Para o próprio juiz, a postura pró-ativa traz inegáveis riscos. Os episódios passados de revolução, de desobediência civil e de eventual responsabilização política²⁹⁹ devem ser considerados por aqueles que se lançam na tarefa de intuir, sem a chancela popular, qual a vontade geral de uma comunidade ou de efetivar determinado ideário político.

Ademais, a generosidade de alguns juízes pode acarretar maior pressão sobre as instâncias superiores que serão inegavelmente chamadas a refrear o dispêndio

²⁹⁸ TRF 1.^a Região. **Apelação Cível n.º 200735000073432**, decisão por maioria, 5.^a Turma, Rel. Juiz Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, e-DJF1 21.10.2011, p.218.

²⁹⁹ A propósito do tema, Sodero destaca que a responsabilidade penal de juízes, por atos contrários ao direito e à justiça, já era conhecida dos romanos (Digesto Livro XLVIII, 10.1.3: *sed et si iudex constitutiones principum neglexerit punitur*) e fundamentou sentenças condenatórias do Tribunal Militar contra juízes da Alemanha nazista. Mais recentemente (nos casos dos Guardiães do Muro) fundamentou a condenação de juízes da Alemanha Oriental, pois a justiça comunista estava marcada pela 'politização', com juízes e promotores que aplicavam o direito de modo a não contrariar os interesses do partido. (SODERO, Eduardo Roberto. Reflexiones jusfilosóficas sobre el caso de los guardianes del muro. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema nos es derecho**. Buenos Aires: La Ley. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho, 2006. p.311).

dos recursos públicos, sempre com notórios prejuízos para a confiabilidade geral no sistema judiciário.

Mesmo admitindo que o juiz esteja tentado, como qualquer agente público, a obter reconhecimento e aceitação social, muitas vezes buscando fazer prevalecer os anseios das concepções políticas dominantes, deve-se, também, ter presentes os riscos de desgastes, inerentes à busca de legitimação pela opinião pública, a partir de ideias políticas variáveis em tempo e lugar.

A postura que parece mais adequada, diante do sistema judicial desenhado pelo constituinte em 1988³⁰⁰, é manter-se o magistrado dentro do perfil de equidistância das partes no processo, assumindo uma postura o "mais imparcial possível"³⁰¹ entre as litigantes e decidindo com base na metodologia peculiar às ciências jurídicas.

Os conflitos sociais nem sempre deságuam no judiciário e nem sempre serão solucionados por meio de demandas judiciais. Assumir solitariamente a tarefa de manter a paz social significa ingressar numa zona conflituosa para a qual o judiciário não está preparado nem detém legitimidade.

2.2.2 Intervenção judicial regulatória e duplo grau de jurisdição

Ao contrário dos Poderes Executivo e Legislativo, a agenda de atuação não é definida pelo juiz, mas pelas partes que lhe submetem os conflitos. Não cabe ao juiz,

³⁰⁰ A CF/88 veda ao juiz "dedicar-se à atividade político-partidária" (Art. 95, Parágrafo único, III). A primeira Constituição brasileira a inserir a proibição foi a de 1934 (Art. 66), sendo mantida nos textos constitucionais subseqüentes. A Carta de 1967, previa a "perda do cargo judiciário" para a infração ao dispositivo (art. 109). Pontes de Miranda, nos comentários à Carta de 1946 e 1967 lembrava: "O que aí se veda ao Juiz não é ter opinião político-partidária, porque essa é livre. [...] O juiz, desde que não esteja filiado a partidos, ou tenha atividade político partidária, não infringe o princípio. [...] Foi o que decidiu o Superior Tribunal Eleitoral, em 17/7/34: 'O que se veda aos juízes no art. 66 da Constituição (1934) é o exercício da atividade político partidária, Essa proibição, porém, só se refere à ação direta em favor de um partido e só assim alcança o juiz, por ser de se supor que não terá isenção de ânimo necessário para impedir questões submetidas a seu julgamento, em que estejam envolvidas agremiações partidárias'". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo 3. p.556).

³⁰¹ Artur César de Souza rejeita a neutralidade judicial e preconiza a que a atuação do juiz seja pautada pelo "princípio do juiz positivamente parcial", fundado na "concepção ética filosófica da racionalidade do outro", recomendando ao magistrado que "durante a relação jurídica processual, reconheça as diferenças sociais, econômicas e culturais das partes e paute sua decisão com base nessas diferenças, humanizando o processo civil ou penal." (SOUZA, Artur César de. **Parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.78).

escolher dentre as causas pendentes aquelas que são mais palpitantes do ponto de vista da opinião pública, de correntes políticas ou da mídia.

Embora diversas abordagens recentes neguem existência de neutralidade do juiz apontando que a parcialidade é inerente à condição humana, os órgãos do Poder Judiciário devem atuar como uma instância "neutral", buscando, na medida do possível, o afastamento das questões políticas e morais.^{302,303,304}

O conceito de corte de justiça inclui não apenas um terceiro elemento neutro (*neutral arbiter*)³⁰⁵ mas também a referência a uma ideia, uma forma, uma regra universal de justiça, que supõe que as decisões judiciais são tomadas a partir de um conceito de justiça que existe por si mesmo.³⁰⁶

O cerne da decisão judicial, seus fundamentos, devem ser técnicos, na medida que a fonte legitimadora da atuação judicial é a fundamentação, baseada na ciência jurídica de forma preponderante. Daí porque, mesmo com a crescente influência da Análise Econômica do Direito, não é tarefa fácil encontrar parâmetros de baliza e validação de decisões judiciais que compatibilizem direito e economia.³⁰⁷ O afastamento dos fundamentos genuinamente jurídicos impõe desafios adicionais ao aplicador da lei.

³⁰² SOUZA, Artur César de. **Parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁰³ Hart na sua clássica obra *The concept of law* aponta a neutralidade como um dos pilares da legitimidade da decisão judicial. (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: Antonio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins fontes, 2006. p.76). John Rawls afirma que "os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas". (RAWLS, John. **Political liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 1993. p.236).

³⁰⁴ A decisão política aqui é aquela tomada por representantes da soberania popular e que se referem às suas opções quanto à atuação do governo. Não é uma decisão em que preponderam os fundamentos científicos, embora sejam em geral considerados mesmos nos debates parlamentares. Nesse sentido, o Poder Judiciário não adota decisões políticas, como representante da soberania popular. As decisões judiciais, fundadas em argumentos jurídicos, podem influenciar outros poderes forçando-os a redirecionar a atuação. Conforme Michael J Sandel, numa radicalização desse ideal de 'neutralidade liberal', em alguns momentos da política norte-americana, as discussões morais e religiosas foram banidas dos discursos políticos. (SANDEL, Micahel J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p.310).

³⁰⁵ ARONSON, Ori. Out of many: military comissions, religious tribunals, and the democratic virtues of court specialization. HeinOnline. 51 **Va. J. Int'l L.** 231 (2010-2011).

³⁰⁶ FOUCAULT, Michel. On popular justice: a discussion with maoists. In: **Power/Knowledge: Selected interview and other writings 1972-1977**. New York: Pantheon Books, 1980. p.80.

³⁰⁷ ARAUJO, Fernando Borges. **A tragédia dos baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008. p.45.

No que se refere à jurisdição constitucional, não mais se aceita o aforisma de Kelsen sobre ser o juiz constitucional um "legislador negativo"³⁰⁸. Gilmar Ferreira Mendes destaca a assunção pelo Supremo Tribunal Federal de um poder legisferante indireto, exteriorizado tanto na função de legislador negativo como de legislador positivo.^{309,310}

Quanto à intervenção mais enfática na seara regulatória, vislumbra-se a dificuldade do juiz, à falta de instrumentos processuais adequados, de adotar medidas concretas e se ver na função de regulador de uma atividade.

Os provimentos liminares concedidos, autorizando empresas a operar ou alterando tarifas, implicam numa atividade subsequente de fiscalização e acompanhamento para a qual o processo civil pode não fornecer instrumental eficaz.³¹¹

O juiz assume o papel de regulador, adotando medidas concretas e o controle dessa atividade regulatória judicial atípica, passa, então, a ser exercido pelo tribunal de apelação, competente para apreciar os recursos contra decisões desse juiz.³¹²

³⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.48.

³⁰⁹ Conforme Gilmar Ferreira Mendes: "Um levantamento na jurisprudência do STF indica que, entre 5 de outubro de 1988 e 27 de maio de 1998, 99 disposições federais e 602 preceitos estaduais tiveram a sua eficácia suspensa, em sede de cautelar. No mesmo período, 174 disposições estaduais e 27 normas federais tiveram a sua inconstitucionalidade definitivamente declarada pelo Supremo Tribunal no âmbito do controle abstrato de normas. Esses números ressaltam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Eles demonstram também que, enquanto pretendo 'legislador negativo', o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de 'legislador positivo'. É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas." (MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. **Revista Jurídica Virtual**, v.1. v.1, maio 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm>. Acesso em: 21 fev. 2012).

³¹⁰ Parte da doutrina tem defendido a atuação do juiz também como legislador positivo. Ver: MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.238: "Como as constituições não mais apenas garantem direitos já assegurados, mas também realizam promessas constitucionais de direitos – como a universalização da saúde e da educação, cuja implementação demanda atuação do poder público, resta evidente que a eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa."

³¹¹ Como exemplo da necessidade dos provimento judiciais adicionais à primeira intervenção judicial, ver: STJ. **Recurso Especial n.º 1206348** (201001485091), 2.ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 04.02.2011, unânime: Ementa. ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO. RODOVIAS. PEDÁGIO. TARIFAS DIFERENCIADAS PARA CATEGORIAS DE VEÍCULOS. TRÁFEGO COM EIXOS SUSPENSOS. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAR O CRITÉRIO OBJETIVO PARA COBRANÇA. 1. O Tribunal Regional Federal da 4.ª Região assegurou a redução do valor do pedágio quando o veículo trafegar com as rodas dos eixos auxiliares sem contato com a malha rodoviária. 2. A opção do usuário de suspender os eixos auxiliares quando da passagem pela praça de pedágio não pode alterar o critério objetivo de tarifação estabelecido pelo legislador e pelo administrador. Precedentes do STJ. 3. Recursos Especiais da Ecosul, da União e da ANTT providos.

O controle judicial pode ingressar no mérito do ato administrativo? Seria usurpação de um poder por outro? No caso das agências, quando se busca a tutela jurisdicional o juiz se limitará a exercer um controle da forma, da legalidade na edição do ato, passando ao largo do exame do conteúdo que ele vincula?

São obstáculos que devem ser transpostos conforme o conteúdo da tutela judicial pleiteada. Quando uma agência edita um ato regulatório, objetiva com isso disciplinar a atuação dos agentes públicos e privados que atuam em determinada área ou ramo da economia. Se essa medida afeta os interesses de alguém, indivíduo ou pessoa jurídica, o juiz terá que previamente decidir sobre a extensão da revisão judicial.

O Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional uma lei estadual que concedia isenções, afetando contratos administrativos. Entendeu violado o princípio da harmonia entre os poderes "na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados":

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 7.304/02 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXCLUSÃO DAS MOTOCICLETAS DA RELAÇÃO DE VEÍCULOS SUJEITOS AO PAGAMENTO DE PEDÁGIO. CONCESSÃO DE DESCONTO, AOS ESTUDANTES, DE CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR DO PEDÁGIO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS

³¹² TRF 4.^a Região. **Agravo na Suspensão de Execução de Liminar n.º 200504010050149**, Corte Especial, Relator Des. Nylson PAim de Abreu, DJ 16.11.2005, p.595. **Ementa:** AGRAVO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE TUTELA EM CARTA DE SENTENÇA. PORTARIAS 676/04 E 681/04 DO DER/PR. REDUÇÃO DE TARIFAS DE PEDÁGIO. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. DESCARACTERIZAÇÃO. 1. Na via estreita da suspensão de segurança afigura-se incabível examinar, com profundidade, as questões envolvidas na lide, já que o ato presidencial não se reveste de caráter revisional, vale dizer, não se prende ao exame da correção ou equívoco da medida que se visa suspender, mas, sim, a sua potencialidade de lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas. 2. Hipótese em que incorrente grave lesão à ordem pública, na medida em que as partes interessadas na recuperação de valores pagos a título de pedágio, e cuja devolução seja eventualmente determinada, podem conservar a posse dos bilhetes pagos para aquele fim; TRF 2.^a Região. **Apelação Cível 434400** (200802010191647), 6.^a Turma, Rel. Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU 10.07.2009, p.227. **Ementa:** APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO E REGULATÓRIO. CONCESSÃO DA RODOVIA DUTRA. MORADORES DO MUNICÍPIO DE RESENDE. PREÇO PÚBLICO (OU TARIFA), E NÃO IMPOSTO. RAZOABILIDADE. ISENÇÃO TARIFÁRIA CONCEDIDA JUDICIALMENTE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. LEIS 8.987/95 E 8.666/93. PROVIMENTO. **Ementa:** ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA RELATIVA AO RESTABELECIMENTO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATO DE CONCESSÃO. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. A compensação dos resultados apontados como positivos, entre 1998 e 2005, com as tarifas de pedágio em vigor, preconizada nas razões recursais, além de não ostentar, à primeira vista, o "fumus boni iuris", tampouco enseja o "periculum in mora". (TRF 4.^a Região. **Agravo de Instrumento n.º 200704000046924**, 4.^a Turma, Rel. Valdemar Capelletti, DE 14.05.2007).

CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. AFRONTA. 1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.³¹³

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não cabe ao Judiciário alterar a planilha tarifária dos serviços de telecomunicações fixada pela agência, por se tratar de matéria atinente ao mérito administrativo, restando ao Judiciário aferir apenas a legalidade: "A competência jurisdicional, universal para conhecer todos os litígios, não compreende o poder de alterar a planilha tarifária"³¹⁴.

Em outro precedente, decidiu que a questão atinente aos critérios utilizados pela agência (ANEEL) na composição do preço cobrado pelo serviço de transporte é

³¹³ STF Pleno. **ADI 2733**, Relator Min. Eros Grau, j. 26.10.2005, DJ 3.2.2006.

³¹⁴ STJ 1.^a Seção. **Recurso Especial n.º 976836** (200701873706), Rel. Min. Luiz Fux, DJE 05.10.2010. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. REPERCÇÃO JUÍDICA DO ÔNUS FINANCEIRO AOS USUÁRIOS. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. 6. O regime aplicável às concessionárias na composição da tarifa, instrumento bifronte de viabilização da prestação do serviço público concedido e da manutenção da equação econômico-financeira, é dúplice, por isso que na relação estabelecida entre o Poder Concedente e a Concessionária vige a normatização administrativa e na relação entre a Concessionária e o usuário o direito consumerista. Precedentes [...] **A competência jurisdicional, universal para conhecer todos os litígios, não compreende o poder de alterar a planilha tarifária;** [...] 41. As questões iuris enfrentadas, matéria única reservada a esta Corte, permite-nos, no afã de cumprirmos a atividade de concreção através da subsunção das questões facti ao universo legal a que se submete o caso sub iudice, concluir que: (a) o repasse econômico do PIS e da COFINS nas tarifas telefônicas é legítimo porquanto integra os custos repassáveis legalmente para os usuários no afã de manter a cláusula pétrea das concessões, consistente no equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão.

matéria atinente ao mérito do ato administrativo, não sendo possível ao judiciário intervir, a não ser para aferir a legalidade.³¹⁵

Os precedentes dos tribunais revelam que o controle judicial dos atos das agências haverá sempre que analisar essa premissa sobre o exame ou não do mérito do ato praticado. Talvez o quadro normativo relativo às agências não esteja suficientemente delimitado, de modo a permitir a solução de uma demanda judicial apenas com a cláusula da reserva de lei.

Talvez essa postura de *autocontenção* judicial tenha como fim evitar a assunção de poderes regulatórios pelo juiz, com os inevitáveis corolários de transformar o judiciário numa agência reguladora e as cortes de apelação e de cassação^{316,317} em instâncias de controle regulatório.

³¹⁵ STJ1 Corte Especial. **AgRg na SS 1.424/RJ**, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 1.2.2005, DJ 6.6.2005 p.172: Ementa: [...] 1. A Lei n.º 9.427/96, art. 3.º, VI, atribuiu competência à ANEEL para fixar critérios para cálculo do preço de transporte de que trata a Lei n.º 9.074/95, art. 15, § 6.º. Assim, a questão atinente aos critérios utilizados na composição do preço cobrado pelo serviço de transporte é matéria atinente ao mérito do ato administrativo da ANEEL, não sendo possível ao judiciário nela intervir, a não ser para aferir a legalidade. 2. Ameaçada a ordem pública quando inviabilizado o exercício regular das funções institucionais atribuídas por lei à ANEEL, a quem competia definir quais os encargos que guardam pertinência com as despesas que compõem o 'custo de transporte' de energia elétrica.

³¹⁶ A distinção entre revisão e cassação é fundamental. O exame judicial da intervenção regulatória muitas vezes vai delimitar a atuação da corte superior, restrita a analisar se instâncias ordinárias (juiz ou tribunal) invadiram ou não o espaço reservado à agência reguladora. A idéia de *cassação*, por violação à lei é subjacente ao controle judicial das agências. No modelo norte-americano, o judiciário não reexamina a questão fática decidida por algumas agências, funcionando com uma instância de cassação. No Brasil, tramitam no Senado Federal, propostas de Emenda à Constituição ns. 11/2009, 15/2009 e fixando a competência originária dos tribunais regionais federais para as causas em que sejam partes as agências reguladoras e que tenham por objeto a questão regulatória pertinente à atividade econômica e ao serviço público de atribuição da agência. A PEC n.º 11, de 2009, iniciada pelo Senador Marconi Perillo, que retoma a distinção entre agências reguladoras e agências executivas, define os princípios normativos aplicáveis à organização, funcionamento e controle dessas entidades, e acrescenta a *alínea f ao inciso I do art. 108 da Carta Política, de forma a atribuir aos Tribunais Regionais Federais competência para processar e julgar, originariamente, as causas em que sejam parte as agências reguladoras e que tenham por objeto questão de natureza regulatória pertinente à atividade econômica ou ao serviço público de atribuição da agência.* (Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90785>. Acesso em: 23 fev. 2012).

³¹⁷ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.142. O autor salienta que o critério de distinção entre as cortes superiores e as de cassação é nebuloso, sendo possível uma delimitação a partir da competência para examinar fato e direito. Diante da dificuldade em fixar essa separação entre fato e direito, propõem um critério a partir da questão mista e a releitura da Súmula n.7, do STJ, anotando: "É impossível, impraticável e ilusório o corte proporcionado pelo critério fato e direito, ou, quando menos, o sentido tradicional que se assinou a tal dicotomia, a respeito de suas implicações específicas no âmbito do Recurso Especial." (p.46).

2.2.3 Controle judicial e deficiências estruturais da justiça brasileira

De maneira geral, em relação ao sistema judiciário brasileiro, são apontadas as seguintes críticas: lentidão, inacessibilidade aos excluídos, burocratização, ineficiência e imprevisibilidade.³¹⁸ Sistematizando estas críticas, costuma-se dizer que a crise do sistema judicial está fundada em três bases: *institucional, estrutural e procedimental*.³¹⁹

Também Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que o *déficit* de qualidade na resolução dos conflitos em nosso país deriva de três fatores: *i)* política judiciária calcada no incessante aumento da estrutura física; *ii)* avaliação de desempenho por critério quantitativo e *iii)* tendência à judicialização dos conflitos e o seu corolário: resistência ou desconhecimento dos outros modos de resolvê-los.³²⁰

Efetivamente o grande enfoque da Administração Judiciária é a redução do estoque de processos pendentes de julgamento. Tem-se estabelecido metas a serem alcançadas por juízes e tribunais, todas com enfoque no julgamento mais rápido dos processos. É certo que diante de dois vetores, qualidade e agilidade, um deles cede lugar.^{321,322}

Rodolfo Carmargo Mancuso defende que é preciso desconstituir a premissa de que a via judicial é o escoadouro natural de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita para que se possa ofertar uma resposta de qualidade: *justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível*.³²³

³¹⁸ NALINI, José Renato. Os três eixos da reforma do judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.75, p.67, abr. 2004.

³¹⁹ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, São Paulo, n.21, p.39, mar./abr. 1994.

³²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.11.

³²¹ Sobre os efeitos nocivos da celeridade a qualquer custo Miguel Reale Júnior destaca: "Nada pior do que a justiça célere. Aí reside a verdadeira denegação de justiça. E é isto que pretende a reforma, ao alçar, sem critério de realidade, a celeridade como valor primeiro da prestação jurisdicional." (REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, v.24, n.75, p.80, abr. 2004).

³²² Boaventura de Souza Santos entende que o ideal de celeridade processual não deve ser o único a inspirar a reforma do sistema judicial pois em "alguns casos a justiça rápida pode ser uma má justiça" e "justiça rápida não pode ser transformar num fim em si mesmo". Além disso, o autor constata: "Um interpretação inovadora, contra a rotina [...] pode exigir um tempo adicional de estudo e reflexão". (SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p.27).

³²³ MANCUSO, *op. cit.*, p.13.

Por fim, como ensina Aluísio Castro Mendes,

a miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Conseqüentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais.³²⁴

O juiz deve estar atento a essas críticas e buscar a otimização dos instrumentos processuais existentes para levar a cabo uma prestação jurisdicional no tempo e no modo certo. A produção acadêmica no campo do direito processual é fértil, constituindo-se num repositório de soluções que podem ser aplicadas e de práticas que devem ser postas de lado.

No que se refere à aplicação do ordenamento jurídico, no Estado de Direito prevalece a ideia de *primazia* da jurisdição sobre a administração, cabendo à jurisdição, simultaneamente, assegurar a efetividade da ordem jurídica e a tutela dos direitos.³²⁵

Quanto ao poderes e instrumentos, a jurisdição deve estar investida de todos os instrumentos destinados à consecução desse resultado, nascendo aí a ideia de controle jurisdicional da Administração Pública.

Talamini destaca que o direito constitucional positivo brasileiro reveste-se de duas marcantes características: o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, CF/88), sem exceções e condicionamentos, sem afastar *a priori* os casos de 'discricionariedade'. Não constitui óbice. Quando se cogita de discricionariedade 'haverá a necessidade de consideração do caso concreto – inclusive, e se for o caso, mediante a investigação judicial probatória. A constatação pelo juiz, de que uma atuação era discricionária e que, por isso, não merece censura contém '*um juízo de correção do ato administrativo*' e não a afirmação de uma impossibilidade de revisão judicial³²⁶.

³²⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. p.36.

³²⁵ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.152, p.41, out. 2007.

³²⁶ TALAMINI, *loc. cit.*

Ao lado da inafastabilidade do controle jurisdicional, há o monopólio da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário, sendo a única exceção prevista, a competência do Senado para processar e julgar os acusados de crimes de responsabilidade.

Esses dois parâmetros, inafastabilidade e monopólio, peculiarizam o direito brasileiro. Não subsistem entre nós, a 'jurisdição administrativa', a jurisdição dúplice, vigente a 'jurisdição una', sendo totalmente oportuno a lição de Talamini no sentido da necessária de cautela na comparação com ordenamentos estrangeiros, tendo sempre em mente o 'marcante traço publicista do processo civil brasileiro'³²⁷, pois entre nós o direito processual civil também se aplica nas causas em que se aplica o direito público. Dessa jurisdição única decorre ainda: prerrogativas da administração no processo civil em contrapartida à ausência de uma 'contencioso administrativo'³²⁸ e à inexistência de limites ao controle judicial da administração pelo Judiciário brasileiro.^{329,330}

O controle judicial das agências deve considerar, portanto, os dois vetores importantes e decisivos no sistema constitucional brasileiro, a tutela dos direitos assegurados pelo constituinte e a construção de uma sociedade livre, da qual a ordem econômica é base fundamental, condicionante e limitadora da regulação econômica estatal.

2.3 DIREITO PROCESSUAL E CONTROLE JUDICIAL

O direito processual civil passou por três momentos metodológicos: imanentismo, abstrativismo e instrumentalismo. No imanentismo o processo estava ligado ao direito material. Era uma dimensão desse direito. A concepção científica do processo, como relação jurídica separada da relação de direito material deu origem ao que se chamou

³²⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela coletiva aos deveres de fazer e de não fazer**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003. p.119-120; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.1. p.94-95; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.49-51; ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: RT, 1989. p.78-79.

³²⁸ Cf. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.152, p.42, out. 2007.

³²⁹ Ainda Cf. TALAMINI, *loc. cit.*

³³⁰ TALAMINI, *loc. cit.* (Conclui o autor "Se não há limites ao controle jurisdicional da Administração pelo Poder Judiciário, devem também ser evitadas soluções infraconstitucionais que criem limites meramente fáticos ou operacionais, ou seja, óbices que injustificadamente inutilizem a tutela jurisdicional, de modo que ela se torne inadequada ou intempestiva").

abstrativismo.³³¹ Ao lado das positivas formulações de categorias e institutos, correspondeu a uma completa e indesejável desconsideração da relação de direito material, talvez decorrência do esforço de afirmar o direito processual.

A ênfase nas categorias e institutos processuais teve o efeito de se considerar o processo como um fim em si mesmo, tornando secundária a efetivação ou não do direito subjetivo material. O foco no purismo conceitual e o apego à formalidade criaram uma antinomia entre formalismo e justiça, decorrente da possibilidade do direito material sucumbir em face de uma exigência puramente formal.³³²

Com o instrumentalismo, retoma-se a visão do processo como um meio de atuar a jurisdição, vinculado à finalidade precípua de tutelar os direitos materiais. Se o *abstrativismo* deu início à concepção científica do processo, o instrumentalismo o reaproximou do direito material, sem prejuízo do seu caráter científico. No Brasil, Cândido Rangel Dinamarco, publicou em 1987 sua obra *Instrumentalidade do processo* defendendo a centralidade da jurisdição na teoria geral do processo e a instrumentalidade positiva, com o processo vocacionado à realização do direito material.³³³

Alguns doutrinadores formulam críticas ao instrumentalismo, como criador de um juiz autoritário e ativista que agiria para concretizar valores sociais a partir de uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) particular, quando deveria subsidiar uma participação legítima e constante de todos os sujeitos processuais, para cumprir sua missão que é de garantidor dos direitos fundamentais.³³⁴

³³¹ Sobre o direito de ação na perspectiva do abstrativismo puro ver: AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. Uma análise constitucional do direito de ação no processo civil brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v.10, p.195, 2006: "O que afasta Liebman dos abstrativistas puros é a distinção que ele faz entre a ação como garantia constitucional e a ação processual. A primeira incondicionada (poder de agir em juízo), atribuída a todos, e a segunda condicionada à presença de requisitos de existência: as condições da ação cuja falta faz o autor 'carecedor de ação'. Inicialmente, Liebman referia-se a três condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir. Na 3.^a e 4.^a edição de seu 'Manual de direito processual civil', ele passa a encarar os casos não admitidos abstratamente pela lei como ausência do interesse de agir excluindo, assim, a possibilidade jurídica do pedido (Liebman, 1985, p.161). A legislação processual brasileira adotou a teoria liebmaniana na forma original (Art. 267, VI CPC)."

³³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de uma formalismo valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.292.

³³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.137.

³³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado) - PUC/Minas, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2012. p.199.

Nesse passo, cabe lembrar que também o Poder Judiciário restringe direitos fundamentais, naquelas hipóteses expressamente previstas pelo constituinte.³³⁵

A propalada democratização do processo, a partir do policentrismo e da participação das partes, não garante o valor maior (segurança jurídica) eleito pelo constituinte. O processo como um fim em si mesmo foi a consequência da exacerbação do abstrativismo, fenômeno que a doutrina identificou e passou a combater para reaproximá-lo da sua função instrumental.

Da mesma forma, a participação, o debate, o diálogo e a cooperação, pode resultar num democratismo e numa redução do papel estatal na solução dos conflitos, decorrente da concentração processual nos atos preparatórios e não no provimento final.

Assim como democracia está sempre sujeita às degenerações, no âmbito processual, numa discussão ideal haveria de serem suprimidos os atores jurídicos, na medida em que são intermediários, atuando em nome dos "interessados em sentido amplo": O juiz, em nome da jurisdição estatal, o advogado em nome da parte e o agente do ministério público em nome de um interesse social ou coletivo.

Apenas a positividade do direito pode garantir a segurança jurídica e conferir uma relativa expectativa sobre os efeitos das normas jurídicas.

Ademais, há sempre o risco de trazer de volta o "processo como guerra"³³⁶ ou "processo como jogo"³³⁷, com a diferença que os atores processuais devem mascarar seus interesses individuais, afirmando retoricamente que atuam para construir uma sociedade mais justa, quando na verdade querem a solução do conflito.

Por outro lado, seria extremamente dispendioso, a cada processo, convocar previamente as partes não somente para fixar algumas regras processuais, algo

³³⁵ Cf. SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.78.

³³⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2004. p.49.

³³⁷ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti. Padova: Cedam, 1950. v.2. p.487; CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: _____. **Estúdios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Ejea, 1962. Tomo 3. p.259-294; VALZANIA, Sergio. La partita di diritto: Considerazioni sull'elemento ludico del processo. **JUS**, v.25, p.204, 1978; VERGÈS, Jacques. **Le justice est un jeu**. Paris: Albin Michel, 1998. p.105; HUIZINGA, Johan. **Homo ludens: o jogo como elemento da cultura**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. (Homo Ludens - vom Ursprung der Kultur im Spiel): Afirma que o jogo é algo inato no homem e mesmo nos animais, considerando uma categoria absolutamente primária da vida, anterior à própria cultura: "A existência do jogo é inegável. É possível negar, se quiser, quase todas as abstrações: a justiça, a beleza, o bom, Deus. É possível negar-se a seriedade, mas não o jogo." (p.6).

aceitável, mas para debater valores e princípios e os parâmetros que serão utilizados na "formação de um provimento adequado".

Danilo Knijnik propõe um quarto momento processual baseado na publicização do processo e marcado pelo seu caráter prospectivo e pelo desenvolvimento da procedimentalidade transindividual.³³⁸

A instrumentalidade³³⁹ foi um momento importante na aproximação entre direito material e direito processual. A publicização³⁴⁰ não é implicação necessária da tutela dos direitos transindividuais, de modo que a publicização se mostra algo que permeia todo o processo.

Cabe a lição de Daniel Mitidiero, ao defender o respeito aos precedentes como garantidor da certeza e segurança jurídicas, sobre ser a decisão judicial a expressão última do direito, preconizando o respeito da "norma judiciária" para que o império direito floresça e frutifique.³⁴¹

Nessa medida, se a pretensão é a vinculatividade da norma produzida judicialmente, o processo judicial assume uma maior importância, aumentando os encargos sobre seus atores e exigindo mecanismo que assegure a participação das partes na criação da norma que a todos obriga.

2.3.1 Processo civil prospectivo e regulativo

A doutrina salientava que o processo individual era marcadamente resolutivo e o processo coletivo³⁴² era finalisticamente regulativo, na medida em que não concentrado na resolução individual de conflitos. Conforme ressalta Danilo Knijnik,

³³⁸ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.64-65.

³³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁴⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Da publicização do processo civil**. São Paulo: Liber Juris, 1982. p.17.

³⁴¹ MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo - RePro**, São Paulo, v.36, n.199, p.88-99, set. 2011.

³⁴² Sérgio Cruz Arenhardt salienta que "o processo individual tem, paulatinamente, buscado aproximação com o processo coletivo, na medida em que, cada vez mais, tem-se a ampliação dos limites de decisão para além da órbita exclusiva das partes. Impõe-se, talvez, portanto, autorizar – usando como paradigma o processo coletivo – a participação plena dos atingidos no preparo da decisão judicial que os afetará." (ARENHARDT, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2007. v.11. p.389).

na atualidade também o processo individual tem assumido um caráter mais prospectivo, o que permite dizer que o processo civil com um todo tende a ser mais regulativo e prospectivo.³⁴³

De fato, a atividade regulativa e prospectiva no âmbito não somente do processo coletivo, mas também no processo individual, é elemento necessário e relevante para maximizar as possibilidades dos instrumentos processuais, mormente no que se refere ao controle judicial dos órgãos reguladores.

Em sede de controle judicial de órgãos públicos, mesmo nos processos de cunho individual, há um interesse social mediato de controle social e verificação de correção da atividade estatal.³⁴⁴

2.3.2 Aproximação entre as famílias jurídicas *common law* e *civil law*

É destacada cada vez mais na doutrina a aproximação dos sistemas de *civil law* e de *common law*.³⁴⁵ No campo do direito processual também se verifica a influência estrangeira, notadamente norte-americana.³⁴⁶ Rolf Stürner destaca que em tempos de *Pax Americana*, que talvez esteja chegando ao fim, o desenvolvimento do direito, tanto na América Latina como na Europa é determinado pela relação com os Estados Unidos.

³⁴³ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.64-71.

³⁴⁴ Conforme Floriano Azevedo Marques Neto, o controle da atividade administrativa tem uma tríplice dimensão, relacionado ao poder, aos meios e aos objetivos. Quanto ao poder, o controle visa limitar a atuação estatal para assegurar a liberdade e proscrever o arbítrio. Quanto aos meios, o controle busca fiscalizar a utilização dos recursos públicos, prevenindo o desvio de finalidade e a improbidade. Quanto aos objetivos, o controle busca a fixação de metas de longo prazo que assegurem a estabilidade e a satisfação de interesses dos cidadãos. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, v.9, n.100, p.11, abr. 2010).

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.24.

³⁴⁶ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafrá. In: **Seminário Brasil-Alemanha**: Pontes de Miranda (2010; Recife-PE). Brasília: CJF, 2010. p.41-54.

Institutos peculiares a um sistema da *common Law* são por vezes invocados em tribunais da *civil Law* gerando perplexidade, além de obrigar os juízes a conhecê-los ao menos para afastá-los.³⁴⁷

Marinoni defende, em trabalho recente, uma aproximação crítica entre as jurisdições da *common law* e *civil law* e a necessidade de render mais respeito aos precedentes no direito brasileiro.³⁴⁸

Quanto às estruturas dos procedimentos, a distinção entre *common law* e *civil law* perdeu muito do seu valor esclarecedor. A razão disso é que reformas, havidas nas leis processuais de alguns países, apresentaram consequências similares no que diz respeito à estrutura do procedimento.³⁴⁹

Stürner e Kern salientam que, na atualidade, podem-se distinguir três modelos de estruturas processuais: 1) o modelo da audiência; 2) o modelo ítalo-canônico e 3) o modelo da audiência principal.

Todos os modelos podem ser vistos a partir destas três fases: começam com uma fase introdutória em que se fazem pedidos (fase postulatória), na qual o autor declara o que deseja e o réu reage, respondendo; em seguida vem a fase intermediária, cuja razão de ser é preparar a fase final. A fase final desemboca na decisão. A distinção entre os três modelos diferem quanto à finalidade e quanto ao conteúdo das três fases.³⁵⁰

Mesmo tendo presente as diferenças do processo civil norte-americano, a amplitude da revisão judicial e a experiência do exame judicial, no que se refere às agências, recomendam o estudo e a análise de precedentes e soluções peculiares à *common law*.

³⁴⁷ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1985. p.91; BERNASCONI, C.; GERBER, A. **La théorie du forum non conveniens: un regard suisse**. IPRrax, 1994. p.4; BRAND, Robert. Community Competence for Matters of Judicial Cooperation at the Hague Conference on Private International Law: A View from the United States (August, 09 2008). **Journal of Law and Commerce**, v.21, p.191-208, 2002.

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.24: "É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além da liberdade para julgar, tem o dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário".

³⁴⁹ STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. **Revista de Processo - RePro**, São Paulo, n.200, p.208, out. 2011.

³⁵⁰ *Ibid.*, p.203-233.

2.3.3 A busca de alternativa à solução judicial dos conflitos

Mesmo nos Estados Unidos o clássico processo individual-bilateral esteve sob forte pressão nas duas últimas décadas. Ressente-se da falta de instrumentos processuais que permitam a apreciação, de forma abrangente, dos interesses públicos e coletivos, havendo proposições de romper com o modelo de decisão judicial contenciosa ou até uma guinada para a mediação e justiça privada.³⁵¹

No âmbito da União Europeia e dos seus Estados a tendência também é de privatização do aparato de tutela, com ênfase na solução consensual das controvérsias. O conceito de acesso à justiça deve incluir um processo adequado de composição das controvérsias dos indivíduos e das empresas.³⁵²

Essa tendência se evidenciou a partir da edição da Diretiva 52, de 21 de maio de 2008, do Parlamento Europeu, obrigando cada Estado-membro a inserir nos seus ordenamentos nacionais mecanismos de solução amigável dos conflitos.

A Diretiva do Parlamento Europeu de 13 de setembro de 2011 reafirmou essa alternativa e recomendou o aperfeiçoamento da composição amigável das disputas, encorajando o recurso à mediação, como forma de assegurar um melhor acesso à justiça, objetivo principal da União Europeia e de sua política de instituir um "espaço de liberdade, segurança e justiça"³⁵³.

Como ressalta Vincenzo Vigoriti, não se vê mais a arbitragem como instrumento de justiça dos ricos assim como ninguém mais considera a mediação como uma

³⁵¹ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafra. In: **Seminário Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda** (2010; Recife-PE). Brasília: CJF, 2010. p.44.

³⁵² Ver: PROTO PISANO, Andréa. Appunti su mediazione e conciliazione. **RePro**, São Paulo, v.187, p.231, set. 2010; VIGORITI, Vincenzo. La direttiva sulla mediazione delle controversie civili e commerciali: valore e regole. **RePro**, v.34, n.167, p.290, jan. 2009.

³⁵³ PARLAMENTO EUROPEU. *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali (2011/2026(INI))*. "A. considerando che assicurare un migliore accesso alla giustizia è uno degli obiettivi principali della politica dell'Unione europea per istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e che il concetto di accesso alla giustizia dovrebbe, in tale contesto, includere l'accesso a un adeguato processo di composizione delle controversie per gli individui e le imprese"...: Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//IT>>. Acesso em: 22 fev. 2012).

justiça inferior, ou simples reedição do conciliador. A privatização do aparelho de tutela não é uma escolha mas uma necessidade.^{354,355}

Por outro lado, a solução extrajudicial de conflitos não impede um controle judicial para tutelar os direitos das partes à correção do procedimento, à imparcialidade dos árbitros.³⁵⁶

2.3.4 Técnica processual, tutela dos direitos e as normas processuais abertas

O respeito à forma, a independência e imparcialidade dos juízes deixaram de ser os únicos fatores de legitimação da justiça. Há a necessidade de se legitimar pelos resultados, pela qualidade do serviço, pela responsabilidade pelas falhas.³⁵⁷

O constituinte brasileiro parece também sinalizar nesta direção, estabelecendo um direito à razoável duração do processo que, ao lado, do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, parecem impor o dever de o magistrado atuar decisivamente para solucionar a demanda que lhe foi posta.

A exposição de motivos do projeto de novo CPC destaca a necessidade de 'efetiva satisfação do direito, corolário, segundo seus formuladores de uma terceira fase metodológica do direito processual civil, que passou a encarar o processo como um 'instrumento' que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos.³⁵⁸

³⁵⁴ VIGORITI, Vincenzo. Mito e realtà: processo e mediazione. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo, n.192, p.388, fev. 2011.

³⁵⁵ No direito brasileiro, em nível jurisprudencial, encontra-se superada a discussão sobre a constitucionalidade do procedimento arbitral, introduzido pela Lei n.º 9.307/93. No julgamento da SE – Sentença Estrangeira n.º 5206-7/Espanha, o plenário do STF reconheceu a constitucionalidade daquele instrumento de solução de conflitos. (Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004, p.29).

³⁵⁶ Para uma análise do momento adequado para alegar a parcialidade do árbitro, ver parecer de autoria do Prof. Arruda Alvim. (Ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral. **RePro**, São Paulo, v.36, n.200, p.367-400, out. 2011).

³⁵⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão. A justiça à procura de uma nova credibilidade. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003. p.33.

³⁵⁸ Consta da exposição de motivos: Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. (BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p.1).

Por outro lado, a ciência processual se baseia em categorias e postulados bem desenvolvidos que lhe dão coerência e logicidade. A tipologia contida nas normas processuais constitui, ainda, garantia das partes, em relação aos poderes estatais. A segurança das partes reside em certa medida em prever o comportamento judicial, tendo em conta a fase processual e a necessidade de se encaminhar para a solução do litígio.

A inversão da ordem na prática de atos processuais, quando considerada inadequada, é tida como causadora de tumulto (tumultuária), oportunizando até mesmo a utilização de instrumento correicionais contra o magistrado.³⁵⁹

A rigidez na aplicação das normas processuais conduz à soluções que, embora absolutamente corretas do ponto de vista processual, podem não satisfazer as partes quando não resolvem a questão meritória trazida à juízo.

Nessa medida, deixar de examinar uma importante questão regulatória porque a ação foi proposta num juízo territorialmente incompetente³⁶⁰, efetivamente não contribui para a pacificação da relação processual.

A adoção de *normas processuais abertas*, que possibilitem a tutela específica dos direitos, vem sendo defendida pela doutrina³⁶¹ e foi acolhida pelos formuladores da proposta de novo Código de Processo Civil.

Marinoni já defende, há algum tempo, a previsão de normas processuais abertas, que possibilitem a construção de um direito de ação adequada às peculiaridades do direito material, permitindo "primeiro olhar para a tutela do direito para depois perguntar pelas técnicas processuais necessárias para sua promoção"³⁶².

A mesma concepção é defendida com veemência por José Roberto dos Santos Bedaque, para quem o caminho mais seguro para reduzir a morosidade da justiça é a "simplificação do procedimento com a flexibilização das exigências formais,

³⁵⁹ A correção parcial e a reclamação são remédios processuais adequados a preservar, respectivamente, a regularidade procedimental e a autoridade das decisões das Cortes superiores.

³⁶⁰ No caso das agências federais, é comum que algumas delas tenham a sede no Distrito Federal, o que dificulta o acesso à justiça pelas partes.

³⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p.88.

³⁶² ARENHARDT, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.2. p.227-303.

a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações"³⁶³.

O mesmo autor, ao concluir sua tese, vencedora no concurso para o cargo de Professor Titular da Universidade de São Paulo, afirma que a garantia constitucional de acesso à justiça "não pode ser comprometida pela técnica processual, que constitui meio destinado a possibilitar que o processo se desenvolva de forma adequada", não devendo a "forma do procedimento ser transformada em fim, a ponto de atingir a substância do direito de acesso à Justiça"³⁶⁴.

Não seria desarrazoado pensar numa solução que impusesse ao procedimento, após o transcurso de determinado limite temporal, o julgamento prioritário, a redução pela metade dos prazos para prática dos atos e a vedação à distribuição de novos casos, como comunicação aos órgãos dirigentes.

Nesse sentido, o mesmo Bedaque conclui que "observado o devido processo legal, dever ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta"³⁶⁵.

Notadamente diante do assumido caráter regulativo do processo civil moderno, há que se maximizar o aproveitamento dos instrumentos processuais dando-lhe uma dimensão mais ampla.

2.3.5 Adequação do processo e decisionismo judicial

Há que se perguntar se assiste razão a Calmon de Passos ao defender que o processo não é algo que opera como mero instrumento, mas algo que integra o próprio ser do direito: "A relação do chamado direito material e o processo não é apenas uma relação de meio e fim, instrumental, como se proclama, porém orgânica e integrativa"^{366,367}.

³⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.51.

³⁶⁴ *Ibid.*, p.570.

³⁶⁵ *Ibid.*, p.571.

³⁶⁶ Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.74.

³⁶⁷ O tema remete à distinções entre as concepções substancialistas e procedimentalistas, cujas características principais foram sistematizadas por Márcia Regina Pitta Lopes Aquino: "Ao estudo das constituições e da jurisdição – mormente da jurisdição constitucional – dedicam-se diversos autores cujas concepções podem ser reunidas em dois grupos: procedimentalistas e

O direito de ação expresso no artigo 5.º, XXXV da Constituição Federal é processual e deve ser entendido como direito ao processo.³⁶⁸ No entanto, é reconhecida pela doutrina, a importância dos procedimentos na realização dos valores consubstanciados na Constituição e que se irradiam por todo o ordenamento jurídico.

Conforme Willis Santiago Guerra Filho, há uma dimensão material que se extrai do inciso XXXV, do art. 5.º, da Constituição Federal, ao estabelecer-se o dever de apreciação, pelo Judiciário, de lesão ou ameaça a direito que não poderá ser excluído por norma alguma (legislada ou não).³⁶⁹

O direito correspondente, atribuído pelo inciso, é o direito ao processo, não limitado ao direito de pedir a tutela (acionar o Estado), mas um verdadeiro direito ao procedimento que propicie efetiva e adequadamente o exame da lesão ou ameaça, com participação e influência de vários sujeitos na formação do ato final. Tecnicamente, trata-se de direito ao processo.³⁷⁰

Cândido Rangel Dinamarco também já afirmara que na atualidade todo o poder "se exerce mediante um procedimento, caracterizado como processo na medida em que submetido ao contraditório"³⁷¹.

Para Habermas, crítico da doutrina da ordem de valores, a moralidade, a racionalidade e a autonomia do Direito moderno não resultam da positivação de exigências morais nas Constituições, mas da instituição de *procedimentos* políticos para a (auto)regulação e o (auto)controle da fundamentação do Direito, que permitem

substancialistas. As primeiras – procedimentalistas – estão, em regra, associadas à *idéia de legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann*, segundo a qual, são os procedimentos que garantem decisões vinculativas e reduzem as complexidades sociais. Pela participação nos procedimentos, os envolvidos aceitam a decisão final. A legitimidade daí decorrente não provém de derivações valorativas ao contrário do que entendem as posições substancialistas." (AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. Uma análise constitucional do direito de ação no processo civil brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v.10, p.190, 2006).

³⁶⁸ AQUINO, *loc. cit.*

³⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.195.

³⁷⁰ *Ibid.*, p.195/196

³⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.3. p.22.

aos cidadãos participar da produção de condições justas de vida, a partir do direito de autodeterminação.^{372,373}

Tal como na política, Schmitt sustenta no Direito a teoria decisionista. O decisionismo de Carl Schmitt situa o fenômeno jurídico não na norma e nos seus comandos imperativos, mas na decisão, fazendo da sentença um elemento de importância muito mais relevante ao direito do que a legislação. Trata-se de concepção que concebe a decisão judicial como a própria expressão do direito.³⁷⁴

O decisionista encara o problema da decisão como o problema da forma jurídica. A norma jurídica é construída materialmente, a partir de conteúdos éticos e conceitos sociais metajurídicos. Schmitt identifica a decisão judicial como o próprio direito positivo formal, e a normatividade da norma jurídica (seu potencial normativo plúrimo) é reduzida se comparada com a concepção de norma que atendesse aos reclamos de uma aplicabilidade metodicamente estabelecida do direito.

Friedrich Muller afirma que não existe norma jurídica antes do caso concreto, o que leva alguns a identificá-lo como pós-moderno, por tomar o direito, como sistema alopoiético, pressupondo a interação do ordenamento com o meio exterior e a sua evolução e reconstrução na práxis cotidiana.³⁷⁵

O jurista norte-americano Gary Minda constata que os pós-modernos abraçam os paradoxos como inevitáveis no pensamento intelectual contemporâneo, ao contrário dos modernistas que tentam superá-los.³⁷⁶

³⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p.242.

³⁷³ Essa concepção "substancialista" – o direito é formalizado no processo – remete à Niklas Luhmann, para quem os tribunais constituem o centro do sistema jurídico, tudo o mais, inclusive a legislação, representando a periferia. Hans Kelsen a sentença como criadora de regra particular para um determinado caso. (LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução: Peter Naumann. **Ajuris**, Porto Alegre, v.49, p.150, jul. 1990).

³⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

³⁷⁵ MÜLLER, *loc. cit.*

³⁷⁶ MINDA, Gary. One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner. *HeinOnline*.28 **Ind. L. Rev.** 385 (1995). ("*While modernists seek to solve and overcome paradox and predicament, postmodernists embrace paradox and predicament as an unescapable condition of contemporary intellectual thought*"). Tradução livre: "Enquanto os modernistas procuram resolver e superar o paradoxo e a situação, pós-modernistas abraçam o paradoxo e a situação como uma condição inescapável do pensamento intelectual contemporâneo").

João Maurício Adeodato lembra que Binder³⁷⁷ afirma que, especificamente no campo jurídico, as ideias possuem duas funções: uma regulativa e outra constitutiva. Regulativa porque são as ideias que verificam se o conteúdo empírico de uma norma é adequado, isto é, determinam para qual porção específica da realidade a norma em questão é válida. Constitutiva porque a ideia é um fator que dá significação à realidade objetiva.³⁷⁸

As ideias funcionam em frente à realidade e não dentro dela. O espírito assume, então, o papel de hipótese metafísica, necessária ao mundo da cultura. Disso tudo Binder conclui que a tarefa da filosofia do direito não é a busca do conceito de direito, como é feito tradicionalmente, e sim da ideia do direito. Analisando a concepção corrente, no sentido de que o direito e a norma estariam inseparavelmente ligados, conclui que as normas não constituem as formas de expressão autênticas do direito.

2.3.6 Quanto ao diálogo das fontes e das partes

Por fim, há que se fazer referência à *Teoria do Diálogo das Fontes (Theory of the 'dialogue des sources')*, defendida no Brasil por Cláudia Lima Marques, com base na proposta idealizada pelo jurista alemão Erik Jayme. A partir da distinção entre fontes formais estatais (lei e jurisprudência) e formais não estatais (doutrina, costumes e negócios jurídicos), preconizam a solução das eventuais antinomias com 'vagar e sensibilidade' identificando o núcleo de proteção que reveste o bem jurídico em conflito, com base nos princípios constitucionais, eliminando decisões incoerentes e insensatas e adotando uma solução razoável, prudente e justa.³⁷⁹

Erik Jaime defende um 'diálogo coerente' (*coherent dialog*) entre as regras de um sistema jurídico (*between legal rules of a legal system*) anotando que: "a visão

³⁷⁷ Sobre o tema ver: PALAZZOLO, Vincenzo. **La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder**. Milão: Giuffrè, 1983.

³⁷⁸ ADEODATO, João Maurício. As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n.2, p.109, 2007.

³⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, SE, v.7, p.15-54, 2004.

pós-moderna dos conflitos jurídicos pode ser um importante princípio para aplicação simultânea, harmônica e coordenada de todas as fontes de direito"³⁸⁰.

Essa concepção se amolda a uma perspectiva que se identifica nos quatro aspectos que seriam característicos da presente era: *pluralismo, comunicação, narrativa e retorno aos sentidos*.³⁸¹

Essa abordagem tem o inconveniente de trazer insegurança jurídica e permite ao juiz fazer valer suas preferências políticas. Trata-se de um decisionismo judicial, pois o juiz decide o que lhe parece mais justo, manipulando os conceitos jurídicos e "fontes" de modo a fundamentar sua decisão.

Há ainda, a concepção que preconiza um diálogo das partes no processo com objetivo de privilegiar a comunicação, estabelecendo pontos comuns, com vista a um acordo ou ainda, para esclarecer as partes sobre os atos do procedimento obtendo, dessa forma, a adesão e a legitimação da decisão final.^{382,383}

Embora com forte apelo na sociedade brasileira, em que os regimes democráticos são episódicos, não parece uma concepção que traga alguma alteração significativa na direção do processo que já pressupõe um litígio, uma controvérsia, um desacordo sobre a aplicação de norma jurídica.

Não cabe à jurisdição a tarefa de ser indutora do diálogo entre os cidadãos, concepção que mais se afeiçoa a uma visão autoritária e paternalista, em que um

³⁸⁰ JAIME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le Droit international privé postmoderne. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1995. v.2. p.44 e segs.; **Betrachtungen zu einer postmodernen Theorie der Rechtsvergleichung**. Rome: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1999. (Tradução para o italiano: 'Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica'; Multicultural Society and Private Law: German Experiences).

³⁸¹ Para J.H.M Van Erp, "pluralismo" significa refrear a tendência de tratar a própria visão das coisas como absoluta. Comunicação é a necessidade de contato, evidenciada pelo crescimento explosivo das redes de comunicação como a internet, com todas as oportunidades criadas por ela, por exemplo, os e-mails. A narrativa como característica do pós-modernismo é compreendida como a não satisfação das idéias abstratas e o crescimento da necessidade de idéias concretas. O retorno aos sentimentos expressa a importância do irracional e das emoções. (VAN ERP, J. H. M. European Private Law: Postmodern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis. **Electronic Journal of Comparative Law**, v.31, August 1999. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/31/art31-1.html>>. Acesso em: 18 jan. 2012).

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p.87.

³⁸³ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafra. In: **Seminário Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda (2010; Recife-PE)**. Brasília: CJF, 2010. p.44. Além disso, Rolf Stürner também destaca que embora no processo civil alemão as partes determinem os fatos e os meios de prova, o sucesso decorre do papel atribuído ao juiz de imprimir rápida tramitação e evitar surpresas nas decisões por meio de advertências. É esse diálogo entre o tribunal e as partes o que explica o grau de eficiência jurídica.

agente estatal, envergonhado de sua função de detentor de poderes, generosamente decide se nivelar aos litigantes para ouvi-los e fomentar um debate.

A função judicial é resolver o conflito, tarefa da qual o agente estatal não pode se demitir mesmo que a pretexto de democratizar o processo e ouvir a partes.

No processo civil, o princípio dispositivo limita a atuação judicial, sendo inegável que as normas de ordem pública devam ser aplicadas de ofício pelo juiz.^{384,385} No entanto, os protagonistas continuam a ser os titulares dos interesses em jogo, daí a menção ao processo dispositivo, em contraposição do processo de cunho inquisitorial.

Assim, em alguns casos, embora os destinatários de uma regulação queiram apenas discutir determinada regra, o juiz pode estar compelido a proclamar a incompetência da agência para expedir normas, decisão que pode acarretar um vazio normativo indesejável pois, em alguns casos, uma regulação defeituosa é melhor que nenhuma regulação ou do que uma "regulação judicial".

2.4 ÊNFASE NOS PROCESSOS COLETIVOS

Conforme o magistério de Teori Albino Zavascki, o processo coletivo é um subsistema renovado na forma e na ideologia, apoiado em novos valores e que enriqueceu o processo civil brasileiro, até então formatado para atender demandas entre partes determinadas e identificadas em conflitos tipicamente individuais.³⁸⁶

Há que se ter em mente, ainda, a necessária distinção, estabelecida também por Teori Albino Zavascki, sobre a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos individuais.³⁸⁷ Ambos são domínios distintos do processo coletivo, a exigir do

³⁸⁴ Comentando o '*Progetto Chiovenda*' apresentado em 1920, de reforma do processo civil italiano, Cipriani destaca a idéia subjacente nele contida, de que o simples fato da propositura da demanda faz surgir para o juiz o poder-dever (*potere-dovere*) de agir para descobrir a verdade, para dirigir o processo e encaminhá-lo para a solução mais justa. Em suma, o impulso oficial toma o lugar do princípio dispositivo: (*Insomma, è l'Officialmaxime che prende il posto della Parteidispositionmaxime*). (CIPRIANI, Franco. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.17).

³⁸⁵ Claudio Palavecino Cáceres explica que processo é um método "dispositivo", geralmente em contraposição com o método "inquisitivo", porque os "*protagonistas son los titulares de los derechos en juego, los que, como tales, pueden disponer de ellos conforme sea su interes.*" (PALAVECINO CÁCERES, Claudio. **Sistemas procesales e ideologías. Derecho y Humanidades**, Universidade do Chile, n.17, p.17, 2011).

³⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.267.

³⁸⁷ *Ibid.*, p.20.

intérprete a perfeita conceituação e identificação de cada um deles, para a correta interpretação e aplicação do subsistema.

Tal se justifica porque sendo distintos e inconfundíveis os direitos coletivos *lato sensu* (difusos e coletivos *stricto sensu*) e direitos individuais homogêneos, serão distintos os mecanismos processuais para a respectiva tutela jurisdicional.³⁸⁸

O projeto de Lei n.º 5.139, de 2009, de autoria do Poder Executivo e que se encontra na Câmara do Deputados, busca estabelecer uma nova disciplina para as ações civis públicas para tutela de interesse difusos, coletivos e individuais homogêneos. O projeto busca uma solução para a repetição de ações, pelo menos no que diz respeito às ações coletivas.³⁸⁹

A par disso, é criado um cadastro nacional de processos coletivos e um cadastro nacional de inquéritos civis e ajustamentos de condutas, ao cargo do CNJ e do CNMP que permitiram às partes, membros do ministério público e juízes, obter informações sobre a existência e o estado de ações, procedimento preparatórios sobre temas de interesse coletivo.

Após o julgamento de improcedência, que envolva unicamente matéria de direito, o Projeto não permite a repetição de ações coletivas³⁹⁰, o que contribuirá

³⁸⁸ Partindo dessa distinção, o autor conclui que Ação Civil Pública, a Ação Popular e a Ação de Improbidade Administrativa constituem instrumentos típicos para tutela de direitos transindividuais ao passo que a Ação Civil Coletiva e o Mandado de Segurança Coletivo são instrumentos típicos para a tutela coletiva de direitos individuais. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.26).

³⁸⁹ Art. 5.º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os legitimados;

II - conexão probatória;

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

³⁹⁰ Art. 35. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1.º. Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2.º. Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1.º e à questão de fato o previsto no *caput* e no § 6.º do art. 38.

§ 3.º. Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1.º e 2.º.

para solucionar, em parte, os problemas atualmente enfrentados pelo entendimento generalizado que não admite litispendência e coisa julgada entre ações coletivas e individuais.

O projeto, contudo, não foi aprovado no seu primeiro teste perante a Comissão de Constituição e Justiça³⁹¹ e, por ora, não há solução a vista.

A melhor solução parece ser mesmo, dadas as dimensões territoriais do país, a criação de um cadastro, no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, impedindo que juízes persistam na análise de feitos que já estão sendo examinados por colegas ou mesmo que associações ou membros do Ministério Público ingressem com demandas idênticas.

Digna de nota ainda, a iniciativa de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, jurista fluminense, que coordenou trabalho de fôlego junto a um seletivo grupo e que teve como resultado, em 2005, o "Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo", elaborado por alunos da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá. Dentre outras medidas, o Projeto prevê um mecanismo que permite a coletivização de demandas, evitando a explosão de demandas individuais sobre o mesmo tema. A técnica adotada parte da iniciativa do próprio juiz que, diante da repetição de demandas, faz comunicação ao Ministério Público e a outros legitimados para que examinem a possibilidade de propor ação coletiva.³⁹²

Considerando o papel desempenhado pela agência, em especial a expedição de normas abstratas, que em geral se aplicam a todo o território nacional, é altamente recomendável que se evite a proliferação de demandas. Quer do ponto de vista da segurança jurídica, quer do ponto de vista do setor regulado, ou até mesmo dos dirigentes das agências, há necessidade de harmonizar os provimentos judiciais.

³⁹¹ Entre outros motivos, o Relator Deputado José Carlos Aleluia anotou em seu parecer de 17.03.2010, adotado pela Comissão de Constituição e Justiça: "As ações coletivas foram criadas, entre outras coisas, para diminuir o número de ações sobre a mesma matéria. Mas o projeto, tal como está, acaba por alimentar mais ações: a ação coletiva pode conviver com ações individuais, sendo, assim, apenas mais uma, em vez de ser algo que resolva o litígio por todas."

³⁹² Capítulo III - Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta. **Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos** O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9.º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva. Parágrafo único - Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Não é desejável que, uma vez adotada uma resolução, a agência receba dezenas ou centenas de decisões, em sentido contrário. A solução seria, então, o cômputo das decisões favoráveis ou desfavoráveis, por um critério majoritário? Parece que não.

De qualquer sorte, o julgamento de ações civis públicas não evita o surgimento de intrincadas questões processuais, decorrentes da coexistência paralela de ações individuais buscando a tutela do mesmo direito e originada pela contradição decorrente de ordens judiciais com conteúdo diverso quanto à natureza e à amplitude.³⁹³

Há que se registrar que as ações civis públicas têm servido aos mais diferentes propósitos, deixando transparecer a nítida vontade dos proponentes de interferir diretamente na esfera de atribuição de outros poderes.

A ação civil pública já foi utilizada para obter uma ordem judicial no sentido de determinar a realização de procedimento licitatório. Tal se deu em caso de prestação de serviço de transporte de passageiros, configurando uma nítida intervenção na política regulatória da agência.³⁹⁴

Outra tendência, é a clara a intenção de obter provimentos que se limitam a repetir o que o legislador já determinou. Nesse último caso, se mostra o caráter prospectivo e um tanto inócuo de algumas ações civis que muitas vezes tem como único objetivo declarar algo que o legislador já determinou e que o administrador público não cumpriu, por impossibilidade ou por vontade, sendo que, nessa última hipótese, não será um provimento judicial genérico que irá forçá-lo a agir.

Não obstante esteja ainda em fase de evolução e aperfeiçoamento, o processo coletivo, com sua dogmática e princípios peculiares, pode se revelar um valoroso

³⁹³ TRF2. **Apelação Cível n.º 379025** (200450010086949), 8.ª Turma Especializada, Rel. Des. Federal Poul Erik Dyrland, DJU 30.01.2007, p.314. Publicado no infojur 133/08.

³⁹⁴ Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DA SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO. 1. Inexistência de "afrenta gritante ao princípio constitucional da separação dos poderes", afronta, sim, ao direito do cidadão, ao usuário, em ter serviço razoável de transporte. 2. Há vinte e cinco anos a União Federal e a ANTT postergam dar início ao procedimento licitatório para a celebração de contrato de outorga das linhas de transporte rodoviário dos trechos Manaus/AM - Porto Velho/RO e Humaitá/AM - Porto Velho/RO, prejudicando enormemente os usuários. 3. A intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão contumaz do Administrador Público não significa violação aos princípios de conveniência e de oportunidade, tendo em vista que a omissão provoca grave lesão ao serviço público, ao exercício das funções da Administração. (TRF 1.ª Região. **Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Sentença n.º 200901000570657**, por maioria, Corte Especial, Rel. Olindo Menezes, e-DJF1 13.10.2011, p.10).

instrumento para tutela de direitos, em especial aqueles eventualmente afetados pela atuação das agências reguladoras.

2.4.1 O incidente de resolução de demandas repetitivas

Embora o poder estatal seja uno, é exercido de forma divisível, com as funções distribuídas por órgãos diversos. Tais funções podem ser agrupadas de forma sistematizada em três grandes grupos: jurisdição, legislação e administração pública, embora alguns autores preconizem a existência de outras atividades não enquadráveis nessa fórmula tripartida.³⁹⁵

O pensamento dominante nos dias atuais, até como garantia institucional do Estado de Direito, defende a atribuição dessas diferentes atividades a diferentes grupos de órgãos estatais, razão pela qual é relevante identificar a jurisdição no quadro das atividades estatais.³⁹⁶

Considerando o papel desempenhado pela agência, em especial a expedição de normas abstratas, que em geral se aplicam a todo o território nacional³⁹⁷, é altamente recomendável que se evite a proliferação de demandas. Quer do ponto de vista da segurança jurídica, quer do ponto de vista do setor regulado, ou até mesmo dos dirigentes das agências, há necessidade de harmonizar os provimentos judiciais.

Não é desejável que, uma vez adotada uma resolução, a agência receba dezenas ou centenas de decisões, em sentido contrário. A solução seria, então, o cômputo das decisões favoráveis ou desfavoráveis, por um critério majoritário? Parece que não.

³⁹⁵ FAZZALARI, Elio. **La giurisdizione volontaria**. Padova: Cedam, 1953. p.240 (*L'errore che inficia tal corrente ricostruzione dogmatica é duplice. Nella dottrina della divisione dei poteri, propugnandosi il costante accoppiamento fra um tipo di attività e determinati organi indipendenti, ciascuna categoria (legislazione, giurisdizione, amministrazione) risulta appunto contraddistinta dal contenuto e dal soggetto indissolubilmente uniti e ad essa pertinenti in esclusiva. Senonché, come ognuno costante, l'inscindibile unione di tali due elementi (contenuto e soggetto) non è riprodotta negli ordinamenti moderni, e comunque nel nostro dove sovente l'uno compare senza l'altro: il che impedisce in ogni caso di assumerla come distintivo di categorie positive*).

³⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.152, p.37, out. 2007.

³⁹⁷ Como já se destacou no presente trabalho, no ordenamento brasileiro tem-se pelo menos 10 agências reguladoras federais e diversas agências estaduais e municipais.

Uma das mais saudadas inovações do projeto de novo Código de Processo Civil, aprovado pelo Senado Federal e pendente de apreciação na Câmara dos Deputados, é o "Incidente de resolução de demandas repetitivas".

O instituto foi criado com inspiração no direito alemão³⁹⁸ e tem início com a identificação de processos, que contenham a mesma questão de direito e que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para que sejam julgados conjuntamente.

Conforme a exposição de motivos: "O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes"³⁹⁹. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de amici curiae. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de habeas corpus. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente.

No Código de Jurisdição Administrativa alemão (*Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO*) há previsão de escolha de um caso padrão ou caso modelo (*Musterverfahren*)

³⁹⁸ Conforme consta da Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Processo Civil: "Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes."

³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p.177.

que será decidido quando o tribunal verificar a existência de mais de vinte casos, sendo os demais processo suspensos.⁴⁰⁰

O processo-padrão, ou Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão (*Musterverfahren*), pode ser classificado como um instrumento processual da categoria dos *não representativos*⁴⁰¹ que foi introduzido no ordenamento alemão, em 16.08.2005, pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, abreviada de KapMuG).

O escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas⁴⁰² de tipo representativo.⁴⁰³

Cabe ressaltar contudo, que o instituto tem prazo certo de duração (2010) e não se trata de medida generalizada, sendo aplicável somente na tutela dos investidores do mercado de capitais. Na doutrina, entende-se que sua previsão é bem intencionada, embora se duvide da eficácia para atenuar a carga de trabalho da jurisdição.⁴⁰⁴ Cabral lembra que estes problemas teóricos⁴⁰⁵ e práticos são observados nos

⁴⁰⁰ *Verwaltungsgerichtsordnung*: §93 Das Gericht kann durch Beschluß mehrere bei ihm anhängige Verfahren über den gleichen Gegenstand zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbinden und wieder trennen. Es kann anordnen, daß mehrere in einem Verfahren erhobene Ansprüche in getrennten Verfahren verhandelt und entschieden werden.

⁴⁰¹ Para garantir a proteção dos direitos transindividuais, alguns ordenamentos processuais estabeleceram "procedimentos representativos", autorizando certos sujeitos a postular em nome de uma coletividade afetada, atingida, mediante a técnica da legitimação extraordinária. Nesses moldes, haverá hipóteses em que, a par de estar ou não o legitimado em contato direto com a comunidade envolvida, ser-lhe-á assegurada a legitimidade *ad causam*.

⁴⁰² Para uma ampla abordagem das ações coletivas na atualidade ver: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. p.201; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁰³ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.147, p.132, maio 2007.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p.178. (A simplificação do procedimento para julgamento de demandas repetitivas não implica o desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para obtenção da tutela do direito pelos interessados. Para promover esses objetivos em especial, talvez fosse o caso de insistir no aperfeiçoamento do nosso sistema de tutela coletiva dos direitos – na linha das *'class action'*).

⁴⁰⁵ Antonio do Passo Cabral aponta as dificuldades científicas da tutela coletiva mediante os processos do tipo representativo: "Não obstante os interesses relevantes na efetividade da tutela coletiva, sistemas automaticamente inclusivos e as técnicas de legitimidade extraordinária, além de dificultarem o exercício de faculdades processuais, promovem um rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais. **A condução do processo por um ente estranho à coletividade pode esconder dissidências dentro da classe, vilipendiando a liberdade individual** de talvez milhares de pessoas com opiniões divergentes, que poderiam

procedimentos de tutela coletiva denominados representativos, com o formato da substituição processual, fazendo alguns ordenamentos jurídicos ao redor do mundo voltarem os olhos para as chamadas ações de grupo, procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas.

Rof Stürner, após discorrer sobre a Lei dos processos-modelo dos investidores de capital (*Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz*), destaca que não se renuncia à concepção de que se trata de processos individuais reunidos, introduzindo apenas a novidade de uma 'decisão modelo' a ser proferida pela instância mais alta. "Alguns processos ficam suspensos, nenhum processo é decidido"⁴⁰⁶.

Por fim, Stürner adverte:

Para os colegas brasileiros que cogitam um incidente de resolução demandas repetitivas, talvez seja interessante analisar o sucesso desse processo alemão. Ele não é muito animador. Se pretender garantir, nos processos-modelo, o contraditório de todas as partes que tiverem suas ações individuais suspensas, eles se tornarão muito lentos e complicados. Se tais processos forem acolhidos apenas para elaboração de enunciados jurídicos não vinculantes, sempre haverá espaço para *distinguishing*⁴⁰⁷, além de seus efeitos uniformizadores e de celeridade serem questionáveis. A *ratio* dos tribunais, por meio da aplicação de uma jurisprudência consolidada, não pode se substituir à legislação.⁴⁰⁸

Não obstante a crítica doutrinária, a medida será muito importante para resolver importantes questões regulatórias a cargo das agências e que seguidamente são levadas, em milhares de feitos, aos tribunais.

inclusive ter adotado estratégia processual diversa se tivessem ajuizado demandas individuais. Em suma, é uma disciplina discrepante do **princípio dispositivo**, o **devido processo legal** e o **pluralismo** que deve nortear o contraditório moderno, compreendido como a ampla capacidade de influir, condicionar a decisão estatal expressa na sentença." (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.147, p.127, maio 2007).

⁴⁰⁶ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafrá. In: **Seminário Brasil-Alemanha**: Pontes de Miranda (2010; Recife-PE). Brasília: CJF, 2010. p.45.

⁴⁰⁷ Luiz Guilherme Marinoni ensina: "Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com a decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nessa situação, realizar o que o *common law* conhece como *distinguished*, isto é a diferenciação do caso que está para julgamento." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.65).

⁴⁰⁸ STÜRNER, *op. cit.*, p.45.

Trata-se de instituto que deve ser acolhido, embora seja criticável a disposição do Projeto que fixa o prazo máximo para sua decisão. Tais limitações temporais não costumam ser cumpridas, mormente diante da necessidade de compatibilizar diversas garantias processuais das partes, prerrogativas institucionais do Ministério Público, Defensoria Pública e dos Advogados.

De um modo geral, contudo, a medida pode ser extremamente útil para reduzir o prazo e a incerteza jurídica produzida pela massificação de demandas.⁴⁰⁹ Por fim, concorda-se com Cabral: É enorme a utilidade de um procedimento como o *Musterverfahren* alemão, que permite a tratativa coletiva de questões comuns a muitos processos, pacificando-as de maneira única para todas as causas, sem os malabarismos teóricos típicos das ações coletivas.⁴¹⁰

2.5 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE DEVEM PRESIDIR OS JULGAMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO

O controle judicial das agências reguladoras brasileiras decorre do sistema constitucional, quer sob a ótica da inafastabilidade do controle jurisdicional quer sob o aspecto do sistema de freios e contrapesos inerente ao Estado de Direito.

A atividade de controle põe à frente, portanto, a questão de examinar os atos das agências, independentes quanto ao conteúdo da regulação e as possibilidades de exercer, sem anular sua *expertise* técnica, um controle que salvasse os direitos fundamentais.

⁴⁰⁹ Para Antonio do Passo Cabral, "Já existe, com base legal, incidente de coletivização de questões comuns que estejam à base da fundamentação de pretensões individuais, ou seja, um típico instrumento processual de tratativa coletiva sem as ficções representativas das ações coletivas. Trata-se do incidente previsto no art. 14 da Lei 10.259/2001, cabível para uniformizar interpretação da lei federal em face de divergência entre Turmas Recursais sobre certas questões de direito material." (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.147, p.144, maio 2007).

⁴¹⁰ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.147, p.144, maio 2007.

O processo civil é um instrumento eficaz e adequado. Nele são travados os debates e nele são interpretados os limites das agências.⁴¹¹ Mas, até que ponto pode o julgador avançar na análise dos atos das agências? São órgãos criados por lei com função regulatória, normativa ou concreta. Como garantir que o Judiciário não anule as opções feitas pelo órgão regulador e passe ele mesmo a adotar medidas e impor soluções que, por estarem circunscritas ao caso concreto, incorrem no risco de conduzir ao caos?

⁴¹¹ A instabilidade do direito brasileiro e a explosão normativa que o caracteriza exige que em muitos casos a decisão judicial previamente estabeleça qual a norma está em vigor e qual o órgão regulador detém a atribuição para atuar em determinada área. Como exemplo, destaca-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: *Ementa*: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE NAVEGAÇÃO DE LONGO CURSO. DEVER DE OBEDIÊNCIA AOS REQUISITOS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO ANTAQ 843/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. 1. Mandado de segurança voltado contra a Portaria 6/MT, de 5 de janeiro de 1998, que aprova "Normas para Outorga de Autorização para Operação de Empresas Brasileiras de Navegação de Longo Curso, Cabotagem, Apoio Portuário e Apoio Marítimo", exigindo, da pessoa jurídica interessada em operar como empresa brasileira de navegação, o cumprimento dos seguintes requisitos: (a) possuir pelo menos uma embarcação inscrita no Registro de Propriedade Marítima, em tráfego, operando comercialmente; (b) possuir capital mínimo integralizado de 6.500.000 UFIR (seis milhões e quinhentas mil unidades fiscais de referência), para a navegação de longo curso. 2. O referido ato normativo, entretanto, não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico. Aliás, o setor de transportes aquaviários, atualmente, é controlado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, a quem incumbe, entre outras atribuições, nos termos do art. 27, V, XXI e XXIV, da Lei 10.233/2001: (a) "celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos arts. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos"; (b) "fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre"; (c) "autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei n.º 9.432, de 8 de janeiro de 1997". [...]. 6. No exercício dessas prerrogativas, a ANTAQ editou a Resolução 843, de 14 de agosto de 2007, prevendo diversos requisitos para o fim de se obter autorização para operar em navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário, entre os quais: (a) ser proprietário de pelo menos uma embarcação de bandeira brasileira que não esteja fretada a casco nu a terceiros, adequada à navegação pretendida e em condição de operação comercial; (b) comprovar ter boa situação econômico-financeira caracterizada por patrimônio líquido mínimo de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), para a navegação de longo curso. 7. A norma em comento não difere muito daquela prevista no ato impugnado por intermédio da presente impetração. Conclui-se, portanto, que a ora recorrente, para obter a autorização almejada, deverá preencher todos os requisitos definidos pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, sobretudo porque o art. 2.º da Lei 9.432/97, cuja ofensa fora invocada nas razões recursais, é claro ao definir o conceito de "empresa brasileira de navegação" como sendo "a pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no País, que tenha por objeto o transporte aquaviário, autorizada a operar pelo órgão competente". 8. Recurso especial desprovido. *Superior Tribunal de Justiça*, 1.ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, Recurso Especial n.º 894442 (200602262730), unânime, DJE 05.11.2008.

Na atualidade, em que é comum ver o processo judicial como "espaço de lutas sociais", mero fórum de debate dialético, é importante buscar o fundamento da atuação judicial do direito.

Persistem, também nas questões de direito regulatório da economia, o pano de fundo entre o justo e o injusto entre o legal e o moral, daí a importância de retomar alguns ensinamentos da Teoria do Direito.

2.5.1 A experiência do juiz e a especialização de órgãos judiciários

A observação e a experiência não garantem padrão de cientificidade. No caso da ciência jurídica, a observação da natureza não permite inferir regras que possibilitem a solução de controvérsias trazidas aos tribunais.

Todavia, sempre há o risco de invocar a experiência, especialmente nas ciências jurídicas e sociais. Gadamer percebeu esse risco: "A própria experiência jamais pode ser ciência. Nesse sentido, a pessoa a quem chamamos *experimentada* não é somente alguém que se tornou o que é *através* das experiências, mas também alguém que está aberto a experiências"⁴¹².

Como se vê, a experiência deve atuar como um fator que permita uma maior abertura, uma ampliação de horizontes. Quanto mais experimentado o indivíduo, mais aberto às novas experiências.⁴¹³ Gadamer também trata do desconforto produzido pela experiência⁴¹⁴, embora destaque a necessidade de analisá-la de forma otimista. "A verdadeira experiência é aquela na qual o homem se torna consciente de sua finitude"⁴¹⁵. Na frase também reside uma conclusão muito útil

⁴¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.465.

⁴¹³ GADAMER, *loc. cit.* "A consumação de sua experiência, o ser pleno daquele a quem chamamos *experimentado*, não consiste em saber tudo nem em saber mais que todo mundo. Ao contrário, o homem experimentado evita sempre e de modo absoluto o dogmatismo, e precisamente por ter feito tantas experiências e aprendido graças a tanta experiência está particularmente capacitado para voltar a fazer experiências e delas aprender. A dialética da experiência tem a sua própria consumação não num saber concludente, mas nessa abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência".

⁴¹⁴ "A experiência pressupõe que se frustrem muitas expectativas, pois somente é adquirida através disso. O fato de a experiência ser eminentemente dolorosa e desagradável não corresponde a uma visão pessimista, mas provém, como se pode ver, da essência da própria experiência." (GADAMER, *loc. cit.*).

⁴¹⁵ Cf. Gadamer: "Reconhecer o que é... é fundamentalmente reconhecer que toda expectativa e toda planificação dos seres finitos é, por sua vez, finita e limitada". (*Ibid.*, p.467).

para a atividade judicial. Cada novo caso submetido à análise do juiz será diverso embora a temática possa ser idêntica a casos anteriores.

Os atos processuais, os incidentes e os próprios argumentos trazidos ao debate jamais serão idênticos, o que exige postura de humildade científica e abertura. Cada novo caso submetido a julgamento representa um novo desafio. A postura do julgador tem de ser de abertura a novos conhecimentos. Novos argumentos podem representar a necessidade de novos estudos e de novas abordagens. A consciência da finitude representa a também o afastamento da eventual postura de onipotência do julgador.

Por outro lado, decisão judicial tomada por um juiz com mais experiência não será necessariamente mais ou menos correta ou fundamentada. A experiência é inserida no discurso que fundamenta as decisões como um vetor que permite ao intérprete maior abertura aos argumentos. Como, cada vez mais, o fundamento do discurso jurídico prático e científico, é baseado não na interpretação mas na argumentação, fica evidenciado o papel crescente da experiência.

O juiz com mais vivência, está naturalmente mais aberto aos diferentes argumentos pois a fundamentação das suas decisões apreciará mais razões e, portanto, ampliará as possibilidades de consenso e aceitação. A busca simples e direta nas fontes, a partir de uma lógica simplesmente dedutiva, ou o apelo aos argumentos políticos, não preenchem os requisitos que se exige para validação do embasamento do discurso jurídico.⁴¹⁶

A exigência de experiência tem sido traço marcante das diversas Constituições brasileiras⁴¹⁷ no que se refere ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal⁴¹⁸.

⁴¹⁶ A experiência é valorada. A Constituição Federal brasileira em vigor exige um mínimo de experiência como pré-requisito para a investidura no cargo de magistrado de primeiro grau. A Carta promulgada em 1988 não dispunha a respeito e a interpretação dos tribunais foi no sentido da impossibilidade de se exigir qualquer requisito relacionado à prévia experiência dos candidatos à magistratura. Posteriormente, com a Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário (Emenda 45/2004) passou-se a exigir no mínimo três anos de atividade jurídica.⁴¹⁶

⁴¹⁷ **Constituição de 1891:** Art. 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, n.º 12, dentre os cidadãos de *notável saber* e reputação, elegíveis para o Senado.

Art. 30 - O Senado compõe-se de cidadãos elegíveis nos termos do art. 26 e maiores de 35 anos, em número de três Senadores por Estado e três pelo Distrito Federal, eleitos pelo mesmo modo por que o forem os Deputados.

Constituição de 1934: Art. 74 - Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de *notável saber jurídico* e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.

Da mesma forma, a investidura dos magistrados oriundos do quinto constitucional também deve obedecer esse critério de uma mínima experiência.⁴¹⁹ Exige a Constituição que o advogado conte com "dez anos" de efetiva atividade profissional e que o membro do Ministério Público conte com "dez anos" de carreira.

Assim, o legislador constituinte nacional reconhece, pelo menos em tese, que tanto a idade como a experiência profissional ou ainda um mínimo estudo da ciência jurídica são reveladores de uma vivência que é necessária para o exercício da atividade julgadora.

Claro que a experiência não basta nem para o cientista nem para o aplicador prático do direito. O que se nega é que a experiência seja a única e exclusiva fonte do conhecimento.

Sempre haverá necessidade de uma teoria prévia para embasar a experiência.⁴²⁰ As teorias sempre precedem as observações e as experiências. São realizados no sentido de testar ou lançar luz sobre alguma teoria e apenas as observações relevantes devem ser registradas. Na medida em que as teorias que constituem o conhecimento científico são falíveis e incompletas, a orientação que elas fornecem, como, por exemplo, as observações relevantes para algum fenômeno sob investigação, podem

Constituição de 1937: Art. 98 - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de **notável saber jurídico** e reputação ilibada, não devendo ter menos de trinta e cinco, nem mais de cinqüenta e oito anos de idade.

⁴¹⁸ **Constituição de 1988:** Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de *notável saber jurídico* e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

⁴¹⁹ **Constituição de 1988:** Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, *com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional*, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

⁴²⁰ CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução: Raul Filker, Brasília: Brasiliense, 1993. p.51. "[...] tenho argumentado que o indutivista está errado em duas considerações: A ciência não começa com proposições de observação porque algum tipo de teoria as precede; as proposições de observação não constituem uma base firme na qual o conhecimento científico possa ser fundamentado porque são sujeitas a falhas. Contudo, não quero afirmar que as proposições de observação não deveriam ter papel algum na ciência. Não estou recomendando que todas elas devam ser descartadas por serem falíveis. Estou simplesmente argumentando que o papel que os indutivistas atribuem às proposições de observação na ciência é incorreto."

ser enganosas e podem resultar no descuido com alguns importantes fatores. Esse é o cerne da argumentação de Chalmers.⁴²¹

O fato de alguém ter alguma experiência não será, portanto, garantia de que seja capaz de fazer corretas aplicações do direito. A experiência, como salientou Gadamer, aparece e tem sua importância como fator de abertura, de ampliação de horizonte para aquele que se propõe a interpretar o direito.

Os benefícios da experiência servem como um dos fundamentos da especialização de órgãos judiciais. O magistrado que atua em órgãos especializados passa a ter um contato constante com a matéria fática e mesmo com os fatos que tendem a se repetir, sobretudo em questões de direito regulatório.

A especialização, somada à abertura do aplicador do direito aos novos aportes trazidos a cada novo caso, permite o aperfeiçoamento da decisão judicial.

2.5.2 Imparcialidade como virtude indispensável à atuação judicial

A atividade judicial tem sua importância destacada dentro de uma ordem jurídica. É no processo judicial que a norma concreta, aplicável ao caso concreto, é criada. A lei se encontra no ordenamento em estado de abstração, de fluidez e de incerteza até que, na solução dos conflitos, se decide pela sua aplicação.

Kelsen destaca que

uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples 'descoberta' do Direito ou jurisdição' (declaração do direito) neste sentido declaratória.⁴²²

A ordem jurídica é um sistema de normas cuja unidade reside no fundamento de validade comum a todas elas. E o fundamento de validade de uma ordem

⁴²¹ CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução: Raul Filker, Brasília: Brasiliense, 1993. p.52.

⁴²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.256.

normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.⁴²³

Diante de lacunas⁴²⁴, os juízes podem, mais uma vez, fazer uma escolha que não é arbitrária nem mecânica, e nisto frequentemente exibem as virtudes judiciais, que muitos relutam chamar de atividade "judicial legislativa".

Embora o ativismo judicial tenha, em grande medida, atuado para propalar a inexistência de uma "neutralidade judicial", é certo que a neutralidade e a imparcialidade são virtudes fundamentais da atividade judicial.

É evidente que a inexistência de neutralidade é o início de toda argumentação do ativismo judicial, na medida que tem que convencer o próprio juiz sobre a necessidade de engajamento político-ideológico na realização de valores sociais. A necessidade de se manter neutro diante dos movimentos sociais é uma barreira interpretativa e a também exigência de uma postura adequada do intérprete.

Parece que o mais coerente é exigir a neutralidade, vale dizer, preconizar que os intérpretes não devam tomar posição, mesmo intimamente, sobre anseios ou pretensões em debate na sociedade.

A Corte de Justiça da União Europeia ressalta que a independência é inerente ao conceito de jurisdição, sendo garantida por regras que assegurem a impermeabilidade quanto às influências externas e a neutralidade em relação aos interesses diante de si (*as to the imperviousness of that body to external factors and its neutrality with respect to the interests before it*).⁴²⁵

Por fim, adicionadas a estas virtudes indispensáveis (neutralidade e imparcialidade) cabe a constatação de Alexy de que as Constituições que garantem direitos fundamentais são tentativas de, ao mesmo tempo, organizar ações coletivas

⁴²³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.88, "esta eficácia da ordem jurídica é, como sempre tem de ser acentuado, apenas o pressuposto da vigência e não a própria vigência".

⁴²⁴ Conforme H. L. Hart é duvidoso que a moral tenha uma resposta clara a oferecer quanto o direito não há tem. (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: Antonio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins fontes, 2006. p.265).

⁴²⁵ Tribunal de Justiça da União Européia, Caso C-506/04, Graham J. Wilson v. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, julgado em 19.09.2006, [2006] All ER (D) 89, Relator Judge Lenaerts. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=65847&doclang=en&mode=&part=1>>. Acesso em: 18 ago. 2012).

e assegurar direitos individuais, sendo que a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais positivados é parte de sua essência.⁴²⁶

Não deve o intérprete atuar na busca da legitimação fácil de sua atuação, movido pelo desejo de aprovação social, popularidade ou prestígio, em detrimento da organização racional que pressupõe medidas simpáticas e antipáticas por parte dos órgãos regulatórios.

Apontar uma decisão como injusta é muitas vezes apenas expressão de uma ideologia que permeia o discurso daquele que ataca a decisão. Nesse caso, cumpre retomar, mais uma vez, as lições de Kelsen para quem

A ideologia porém encobre a realidade enquanto com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com a intenção de a atacar, de a destruir e de a substituir por uma outra ou, a desfigura. A ideologia tem sua raiz na vontade não no conhecimento, nasce de certos interesses, não o interesse pela verdade.⁴²⁷

Quanto a esta temática do controle judicial, assume-se como mais consentânea com a preservação dos direitos e das liberdades uma postura judicial equidistante, deixando ao legislador a tarefa precípua de corrigir as desigualdades.

A vida e a liberdade⁴²⁸ são os valores fundamentais do ser humano. A concepção denominado neoformalismo (*neoformalism*) vem ganhando adeptos pois procura identificar princípios fundamentais e, a partir desses, deduzir regras que deve ser aplicadas silogisticamente para resolver disputas individuais. A promessa central é estabilidade e previsibilidade, ameaçadas pelo ativismo judicial e pelas concepções pós-modernas de construção da norma jurídica a partir da sensibilidade do juiz e do debate entre as partes, em abandono à positividade do direito.

⁴²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.626.

⁴²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.119 e 120.

⁴²⁸ Sobre a liberdade, cabe destacar o ensaio de Isaiah Berlin 'Two Concepts of Liberty', originalmente uma conferência proferida em 1958 em Oxford, que identifica dois tipos de liberdade: a liberdade positiva e a liberdade negativa. Esta última, relacionada com as opções postas diante do indivíduo enquanto que a liberdade positiva está relacionada em garantir que o cidadão seja ele próprio o mestre da sua vida (*master of your life*). (BERLIN, Isaiah. **The proper study of mankind**: na anthology of essays. London: Chatto & Windus, 1997. p.242).

Segundo essa concepção, o juiz deve seguir a regras estabelecidas, procedimento que se complementa com as exigências pessoais em relação à postura do juiz: coragem (não buscar posição social e reputação ou temer impopularidade), temperança (sobriedade quanto aos desejos), inteligência (esclarecimento e domínio do direito), sabedoria e justiça (a disposição de decidir de acordo com o direito, sem caprichos, parcialidade, preconceito ou ideologia política).⁴²⁹

Para que a liberdade⁴³⁰ seja assegurada, a ciência do direito deve ser objetiva. Somente o direito positivo, fruto das instâncias formais reconhecidas pelo ordenamento positivado, permite assegurar a vida e a liberdade.

2.5.3 A atividade judicial como serviço público e como função jurisdicional

O juiz é um burocrata, gestor de processos ou é um agente político? Um burocrata é um funcionário, submetido geralmente a um regime jurídico peculiar, com prerrogativas e obrigações, que desempenham uma função em nome do poder público. Com maior ou menor grau de autoridade, atua com base nos limites previstos em lei.

A moderna organização do Estado exigiu uma racionalidade que previsse os diversos passos que deveriam ser dados em cada caso pelos funcionários públicos. É grande e interessante o debate se os juízes são funcionários públicos ou se são agentes do Poder estatal, representantes diretos da soberania popular. O certo é que modernamente cada vez mais se igualam, em termos de regime jurídico, os magistrados e os funcionários públicos.

A começar pelo crescimento do número de juízes⁴³¹ nas mais diversas instâncias. Em termos de processos e litigiosidade são 25,5 milhões de processos

⁴²⁹ SOLUM, Lawrence B. **Neoformalist Manifesto**. 18 maio 2003. Disponível em: <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2003/05/a_neoformalist_.html>. Acesso em: 25 out. 2011.

⁴³⁰ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamento, 2004.p.289: "Kelsen contribui com a Filosofia do Direito em vários aspectos, mas talvez uma das suas maiores constatações, ainda pouco estudadas, foi a de que num Estado somente o valor jurídico é objetivo... Portanto, se a liberdade constitui valor universal, como quer Kant, se a história é o lugar de realização da liberdade, como mostra Hegel, **o direito é única forma de objetivar esse valor, como constata Kelsen**." (grifou-se).

⁴³¹ As Justiças Federal, Estadual e do Trabalho contam com total de 16.108 magistrados de primeiro e segundo grau. Na Justiça Federal são 1775 cargos de magistrados. Na Justiça Estadual são 14.886 e na Justiça do Trabalho são 3.574. A Justiça conta ainda com 312.573 servidores (dados de 2009. (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2009/rel-justica-federal.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2011).

por ano.⁴³² Tais fatores revelam a necessidade manter um aparato burocrático imenso, que impede o tratamento artesanal e clássico de uma demanda judicial.

Por outro lado, as demais carreiras do serviço público, a partir da experiência exitosa do Ministério Público, sempre buscam, em algum grau, a isonomia com os membros do Poder Judiciário. Quer em termos salariais, quer em termos de prerrogativas funcionais. Veja-se, por exemplo, a lei da defensoria pública, que traz em seu texto a determinação sobre o local onde deve sentar o defensor público nas audiências.⁴³³

O aumento do número de juízes também coloca em risco o foco que deve nortear a atividade desses magistrados. Na Administração do Poder Executivo mais recentemente alguns autores preconizaram o Estado gerencial, com ênfase mais nos resultados e menos nos processos.

Quanto ao juiz, não deve estar preocupado com defesa de prerrogativa ou de competências. A ênfase deve ser na solução das demandas. A multiplicação de decisões e as estatísticas dos órgãos de controle não podem ser as principais preocupações do magistrado. A solução do litígio e a correta fundamentação são essenciais. Se de um lado existe uma preocupação em atender metas e produzir resultados num determinado espaço de tempo é certo que alguns processos demandam a maturação.

Demandas coletivas não podem ficar indefinidamente esperando solução. Muitas ações civis públicas ficam praticamente paralisadas depois de concedidas as liminares. Mas também não se pode decidir de qualquer maneira somente para atender os reclamos das estatísticas e os índices de produtividades dos magistrados.⁴³⁴

Enfim, a burocratização da magistratura não contribui para um adequado controle das agências. O juiz-burocrata está muito mais preocupado em atingir os índices de avaliação, exigido pelo órgãos correicionais ou de controle, do que

⁴³² Processos que ingressaram em 2009. (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2009/rel-justica-federal.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2011).

⁴³³ Conforme Lei Complementar n.º 80/94, são garantias dos Defensores Federais a independência funcional no desempenho de suas atribuições, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade (LC 80/94, art. 43). Como prerrogativas, os Defensores Federais *podem se sentar no mesmo plano do Ministério Público* (LC 80/94, art. 4.º, § 7.º);

⁴³⁴ Para fins de promoção a produtividade dos juízes é de longe o critério que atualmente mais pesa. Não parece haver preocupação com o acerto ou com a qualidade da decisão. Parte dessa preocupação é contornada com a exigência de frequência e aproveitamento a cursos de aperfeiçoamento de magistrados [...] Alguns parlamentares já propuseram uma análise baseada no número de reformas das decisões pelos tribunais.

propriamente na visão sistêmica do papel do magistrado na sociedade e na relações entre os órgãos que exercem parcelas do Poder Estatal.

Essa burocratização é cada vez mais sentida também na relação entre o número de juízes (pouco mais de 16.000) para uma legião de mais de 360 mil servidores. As assessorias hipertrofiadas revelam que, na prática, está ocorrendo uma verdadeira delegação de jurisdição, com Analistas Judiciários exercendo a tarefa de processar e julgar os processos, embora sob o eufemístico fundamento de se estar fazendo minutas de votos.

Tanto nos tribunais superiores⁴³⁵ como nos tribunais intermediários muitas vezes o legislador opta por aumentar o número de assessores ao invés de aumentar o número de cargos de juiz.

A burocratização do judiciário também é feita pela ênfase numa atividade meio (muita mais visível em termos de mídia) do que a atividade fim. Inauguração de prédios, lançamentos de programas de informatização, atendimento ao público e processo eletrônico são iniciativas importantes contudo, não atacam o principal. A morosidade não é causada por um prédio velho.

2.5.4 Burocratização do Judiciário e os efeitos sobre o controle judicial

Comumente a doutrina costuma identificar no sistema judiciário brasileiro as seguintes críticas: lentidão, inacessibilidade aos excluídos, burocratização, ineficiência e imprevisibilidade.⁴³⁶ Sistematizando estas críticas, costuma-se dizer que a crise do sistema judicial está fundada em três bases: *institucional, estrutural e procedimental*.⁴³⁷

Também Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que o *déficit* de qualidade na resolução dos conflitos em nosso país deriva de três fatores: *i)* política judiciária calcada no incessante aumento da estrutura física; *ii)* avaliação de desempenho por

⁴³⁵ A título de exemplo, os juízes da Suprema Corte. Na Alemanha, no *Bundesgerichtshof* (equivalente ao STJ) há um apenas um secretário para auxiliar os três juízes.

⁴³⁶ NALINI, José Renato. Os três eixos da reforma do judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.75, p.67, abr. 2004.

⁴³⁷ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, São Paulo, n.21, p.39, mar./abr. 1994.

critério quantitativo e *iii*) tendência à judicialização dos conflitos e o seu corolário: resistência ou desconhecimento aos outros modos de resolvê-los.⁴³⁸

Efetivamente o grande enfoque da Administração Judiciária é a redução do estoque de processos aguardando julgamento. Tem-se estabelecido metas a serem alcançadas por juízes e tribunais. Todas com enfoque no julgamento mais rápido dos processos. É certo que diante de dois vetores, qualidade e agilidade, um deles cede lugar.⁴³⁹

Por outro lado, a padronização faz com que os critérios de avaliação do juiz passem a ser os mesmos de uma burocrata: a quantidade das decisões. A avaliação não mais é feita pela qualidade da decisão, mas pela capacidade de fazer frente aos processos que lhe são submetidos. A figura do juiz burocrata é incetivada pelo sistema. A atividade judicial é regida nos mínimos detalhes pelos órgãos de supervisão administrativa.

Por outro lado, a ênfase na produção em série faz com o juiz perca o foco do real objetivo de sua atividade: uma jurisdição de qualidade. Torna-se um burocrata. Exige-se que ele esteja fisicamente no foro (a Constituição exige que resida na comarca) mas não se exige grande experiência jurídica prévia para sua investidura.

Essa burocratização⁴⁴⁰ pode não ser saudável, pois há sempre a tendência de isolar os agentes públicos da responsabilização e vontade popular. No caso do Judiciário, a burocratização impede o juiz de ouvir as pretensões, identificar e dar atenção a todos os interesses envolvidos e, no tempo adequado, proferir decisões fundamentadas na legislação e nos precedentes.⁴⁴¹

A ênfase excessiva na Administração Judiciária, passa a exigir de cada juiz que seja um juiz-gestor, compelido a ser um *longa manus* dos órgãos formuladores da política judiciária, com obrigações adicionais de cumprir as normas regulamentares

⁴³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.11

⁴³⁹ Sobre os efeitos nocivos da celeridade a qualquer custo Miguel Reale Júnior destaca: "Nada pior do que a justiça célere. Aí reside a verdadeira denegação de justiça. E é isto que pretende a reforma, ao alçar, sem critério de realidade, a celeridade como valor primeiro da prestação jurisdicional." (REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, v.24, n.75, p.80, abr. 2004).

⁴⁴⁰ FISS, Owen M. The Bureaucratization of the Judiciary. **The Yale Law Journal**, n.92, p.1442, 1983; VAUGHN, Robert. Normative Controversies Underlying Contemporary Debates About Civil Justice Reform: A Way of Talking About Bureaucracy and the Future of the Federal Courts. 79 **Denv. U. L. Rev.** 217 (1998).

⁴⁴¹ FISCHER, Keith R. Education for judicial aspirants. HeinOnline. 43 **Akron L. Rev.** 181 (2010).

cada vez mais onipresentes (preencher relatórios, alimentar banco de dados, buscar valores e bens nos processos de execução, informar se exerce ou atividade de magistério, cumprir metas do CNJ e participar de projetos de conciliação). Além disso, está obrigado a participar, periodicamente, dos cursos ofertados pelas Escolas de Magistratura.

Esse controle na atividade burocrática do juiz, produz sua alienação quanto às demandas sociais. Essa impossibilidade de interlocução corrói o processo judicial como instrumento de solução de demandas, que é o cerne da legitimação do Poder Judiciário.⁴⁴²

2.5.5 Respeito à *expertise* técnica das agências. O direito e as novas tecnologias

Impossibilitado de prestar diretamente alguns serviços essenciais, o Estado passou a ser somente um regulador, que não mais intervém diretamente na economia, mas serve-se dos agentes econômicos privados para prestar serviços essenciais, reservando para si a atividade regulatória normativa, que geralmente atribui a uma agência independente.

As agências, novas protagonistas na vida social, necessitam de controle e cabe ao Poder Judiciário, exercê-lo por força do modelo jurídico-constitucional de freios e contrapesos desenhado na Constituição.

O desafio então é exercitar o controle, analisando os atos das agências independentes sem anular sua *expertise* técnica e sem sacrificar os direitos fundamentais dos usuários de bens e serviços públicos. Em suma, deve-se evitar que a decisão das agências seja simplesmente substituída pela decisão do juiz. Importante, nesse passo, retomar as contribuições da Teoria do Direito.

⁴⁴² "No Estado de direito social, marcado pelo progresso, a técnica e exigências ecológicas, também são reconhecidas como fonte de direito, pela doutrina e pela jurisprudência, regras jurídicas (embora na maioria dos casos não sejam caracterizadas como leis em sentido material) que não foram aprovadas e publicadas como regulamento jurídico e não foram emitidas e publicitadas por órgãos do governo ou da Administração, na medida em que produzam efeitos (externos) diretos para as pessoas em geral ou numa relação especial, isto é, numa 'relação especial de poder'". (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito administrativo** (Verwaltungsrecht). Tradução: Antônio Francisco de Souza. 11.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v.1. p.329).

O cerne da decisão judicial contudo, o motivo, deve ser técnico, na medida que a fonte legitimadora da atuação judicial é a fundamentação, baseada na ciência jurídica de forma preponderante. Daí porque, mesmo com a crescente influência da Análise Econômica do Direito, não é tarefa fácil encontrar parâmetros de baliza e validação de decisões judiciais que compatibilizem direito e economia.⁴⁴³ O afastamento dos fundamentos genuinamente jurídicos impõe desafios adicionais ao aplicador da lei.⁴⁴⁴

A relativização da legitimidade extraída da eleição não conduz somente à promoção do juiz como novo ator político.⁴⁴⁵ Paralelamente, ocorre o recurso aos "especialistas" para clarear o sentido das decisões a tomar, o apelo aos sábios para enunciar soluções e a busca o consenso, implantando-se *instâncias de regulação independente* para assegurar a liberdade e arbitrar interesses em jogo.

Também o Judiciário sofre os efeitos da evolução e da especialização. Conforme Leon Green, no que se refere à legitimidade do poder decisório, a religião abriu mão do poder em favor do juiz, mas agora este é chamado a abrir mão do seu poder em favor do cientista:

Ele (o júri) experimentou todo o período de ascensão da democracia e tem estado na vanguarda onde a democracia é pioneira. Mas, assim como a religião, finalmente, teve de deixar grande parte dos assuntos do mundo para o eleitor, o eleitor, por sua vez, é agora chamado a dar uma grande parte desses assuntos para o cientista. A chamada será atendida, tão teimosamente e a contragosto, como foi o anteriormente.⁴⁴⁶

Por fim, a questão central é que os novos avanços produzem desconfortos e impõem alterações nas relações de poder social. Velhas concepções e arranjos cedem lugar aos novos reclamos da ciência.

⁴⁴³ ARAUJO, Fernando Borges. **A tragédia dos baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008. p.149.

⁴⁴⁴ POSNER, Richard Allen. **How judges think**. Havard: Havard University Press, 2010.

⁴⁴⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.209.

⁴⁴⁶ GREEN, Leon. **Judge and jury**. Kansas City, Mo.: Vernon Law Book Co., 1930. p.413.

No exame das decisões das agências, a questão da opção científica surge sob o pálio da chamada "*discricionariedade técnica*", que seria a possibilidade do legislador deixar ao administrador a adoção de medidas fundadas em critérios técnico-científicos, que não estão previamente incorporados no diploma legal produzido pelo parlamento.⁴⁴⁷ Embora se trate de uma expressão difundida, trata-se de um erro histórico da doutrina porque não tem nada daquela discricionariedade administrativa ou comum.⁴⁴⁸ De qualquer forma, questões terminológicas à parte, subsiste o problema a ser solvido pelo juiz quando é questionada uma opção baseada na técnica fornecida por outro ramo da ciência.

Como lembra Green,

Religião e democracia têm medo do cientista. O cientista quer muito. Ele reivindica muito. Ele é muito auto-suficiente. Ele não tem respeito pelos mais velhos. E ele é tão teimoso e muito mais grosseiro do que qualquer clérigo ou político. Além disso, a ciência significa técnica, paciência, decepção, consciência, compreensão, e todas essas são dolorosas. Elas estão muitas vezes, de fato, além do alcance dos homens, enquanto a religião está sempre próxima e é tranquilizante, e votar é fácil e inebriante.⁴⁴⁹

As agências reguladoras, desde logo causaram certa perplexidade. Como admitir órgãos técnicos, editando normas sem legitimidade oriunda das urnas? Rapidamente encontrou-se uma solução. O princípio da legalidade não estaria violado porque as agências somente editam normas a partir das leis preexistentes. Estariam exercendo, portanto, um poder regulamentar, expedindo regulamentos de execução.

Há que se aceitar uma nova abordagem. As bases de legitimação dessas novas instâncias decisórias são diversas da eleição, o que atrai sobre as mesmas, desde logo, a pecha de fraude e ilegitimidade democrática.

⁴⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.525.

⁴⁴⁸ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1988. v.2. p.491; VILLATA, Riccardo. L'atto amministrativo. In: MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F. A.; SCOCA, F. G. **Diritto amministrativo**. 3.ed. Bologna, 2001. p.1445.

⁴⁴⁹ GREEN, Leon. **Judge and jury**. Kansas City, Mo.: Vernon Law Book Co., 1930. p.413: "*he is just as stubborn and far more unmannerly than either the churchman or the politician. Moreover, science means technique, patience, disappointment, awareness, understanding, and all these are painful. They are often, indeed, beyond the range of men, whereas religion is always near and soothing, and voting is easy and intoxicating.*"

Mesmo princípio que serve para fundamentar as decisões dos órgãos técnicos, incluídos aí os órgãos independentes e o próprio Judiciário, fundamenta também os questionamentos quando a decisão 'técnica'⁴⁵⁰ tomada não encontra a simpatia ou consenso da sociedade ou dos grupos sociais organizados.

No exame das decisões das agências, a questão da opção científica surge sob o pálio da chamada "*discricionariedade técnica*", que seria a possibilidade do legislador deixar ao administrador a adoção de medidas fundadas em critérios técnico-científicos que não estão previamente incorporados no diploma legal produzido pelo parlamento.⁴⁵¹ Embora seja uma expressão difundida, se trata de um erro histórico da doutrina porque não tem nada daquela discricionariedade administrativa ou comum, reconhecida ao agente público pela existência de conceitos jurídicos indeterminados ou pela expressa da vontade do legislador.⁴⁵²

Na Itália a doutrina também tem examinado o alcance do reexame judicial dos atos das agências (*Autorità indipendente*) e se esta revisão está limitada apenas aos aspectos externos dos atos das autoridades independentes.

⁴⁵⁰ Cf. Marçal Justen Filho: "Nos casos em que se afirma que há discricionariedade técnica, a lei não autoriza o administrador a fazer uma escolha a partir de um juízo de conveniência e oportunidade. Será a ciência ou técnica que fornecerá a solução a ser adotada não havendo espaço para escolhas políticas. Na discricionariedade administrativa propriamente dita, a lei prevê para o administrador público um campo de liberdade para avaliar a situação concreta e eleger a melhor solução enquanto na *discricionariedade técnica* o agente público não pode exercitar juízos de conveniência e oportunidade pois as escolhas devem fundar-se em razões de natureza técnico-científicas. Não se trata, portanto, de uma hipótese de discricionariedade. [...] O silêncio do legislador no caso da '*discricionariedade técnica*' resulta de fatores diversos daqueles verificados na discricionariedade pura ou comum. Em alguns casos o parlamento não detém conhecimentos técnicos suficientes para, desde logo, disciplinar uma matéria. Em outros, o processo legislativo não se mostra adequado para anteciper e resolver disputas eminentemente técnicas e, em outros, a previsível evolução do conhecimento científico recomenda a não adoção de uma solução que num breve espaço de tempo se mostraria obsoleta e ultrapassada. Portanto, há que se concordar com a idéia de que não se trata de *discricionariedade técnica*. Não há atribuição de margem de escolha ao órgão público, mas apenas determinação para se adote a melhor solução técnica ou científica disponível no momento futuro de edição do ato regulatório." (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.525). Nesse sentido, é também a posição de Garcia de Enterría para quem não há a chamada discricionariedade técnica, pois o emprego de conhecimentos científicos especializados, permitem ao administrador adotar a melhor solução técnica. (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. **Revista de Administración Pública**, Madrid, v.38, p.171, 1962).

⁴⁵¹ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p.525.

⁴⁵² GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1988. v.2. p.491.

Questiona-se se o juiz pode ingressar no exame da substância (objeto ou mérito) da questão, sindicando a valoração discricionária da autoridade afetando assim o exercício dos poderes técnico-políticos a ela atribuído.⁴⁵³

Bachof, Wolf & Stober falam na "relação especial de poder" que sujeita alguns destinatários de normas regulamentares, à situação semelhante aos agentes econômicos que desempenham atividades regulada.⁴⁵⁴ Destacam, ainda, que as diretivas e os regulamentos continuam a estar envoltos por uma névoa científico-jurídica. O principal problema dessas normas consiste no fato de os órgãos do governo e os órgãos da administração necessitarem de uma autorização para emissão de diretivas com efeito externo. Na doutrina exige-se, às vezes, uma autorização qualquer ou a autorização é deduzida do fato da Administração poder constituir órgãos especiais e executar determinados procedimentos.⁴⁵⁵

O intérprete deve, contudo, respeitar a vontade do legislador ao invés de, na primeira dificuldade interpretativa, partir para a busca de uma solução que lhe pareça mais adequada ou mais justa. Não é medida acertada, a simples substituição da vontade dos dirigentes das agências pela vontade do juiz. Ao criar a agência, o legislador de certa forma está autorizando a prática de atos normativos necessários para "a realização dos objetivos e finalidades que está atribuindo ao novo órgão".

⁴⁵³ CORLETTO, Daniele. *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*. In: CAVALERI, P.; DALLE VEDOVE, G.; DURET, P. (Coord.). **Autorità indipendenti e agenzie**: una ricerca giuridica interdisciplinare. Padova: Cedam, 2003. p.69.

⁴⁵⁴ "É o caso dos regulamentos especiais, dos regulamentos de organização e das diretivas publicadas, assim como de outros regulamentos administrativos que substituem, de acordo com a sua função e o seu conteúdo, aquelas fontes de direito. Por isso, não são critérios decisivos nem a caracterização (qualificação), nem a forma, mas o fim do preceito e os seus efeitos para a fora do plano interno da Administração. É necessário que partamos deste ponto de vista, no interesse dos atingidos pela norma e por razões de proteção jurídica." (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito administrativo** (Verwaltungsrecht). Tradução: António Francisco de Souza. 11.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v.1. p.329).

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p.345.

2.5.6 Questões técnicas e questões fáticas

Em alguns ordenamentos a tensão entres questões fáticas e questões puramente técnicas já se apresentaram. É o caso da Itália. A possível substituição da provisão administrativa pela provisão do juiz, tem sido afastada pelo Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*), órgão máximo da jurisdição administrativa, que tem destacado a impossibilidade do juiz administrativo substituir a opção técnica feita pela autoridade independente, que implicaria num modelo de regulação econômica no qual "o sistema judiciário se torna a última autoridade em direito de concorrência, de controle do mercado e de seguridade"⁴⁵⁶.

A questão passa pelo que seria uma discussão eminentemente técnica e o que seria apenas uma avaliação fática feita pela autoridade. Em importante precedente, o *Consiglio di Stato*⁴⁵⁷ estabeleceu a relevância da distinção e afirmou que o juiz tem o poder de pleno exame do fato, quando este fato é o fundamento da decisão tomada pela autoridade independente (no caso autoridade *antitrust*).

Deve-se distinguir entre um fato simples sobre o qual o exame demanda uma pura percepção cognitiva e um fato cuja existência resulta de uma valoração peculiar, neste caso, reservada à autoridade independente. O *iter* lógico da tomada de decisão, a individualização do parâmetro normativo (contextualização) e sua aplicação aos fatos é inerente ao exame judicial.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ CASSESE, Sabino. Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni. In: CASSESE, Sabino; FRANCHINI, Claudio (Coord.). **I garanti delle regole**: Le autorità indipendenti. Bologna, 1996. p.219.

⁴⁵⁷ Sentença da VI seção, 23 de abril de 2002, n.2199 citada por CORLETTI, Daniele. Autorità indipendenti e giudice amministrativo. In: CAVALERI, P.; DALLE VEDOVE, G.; DURET, P. (Coord.). **Autorità indipendenti e agenzie**: una ricerca giuridica interdisciplinare. Padova: Cedam, 2003. p.67-127.

O caso: O *Consiglio di Stato* expressamente censurou o tribunal administrativo por ter examinado o mérito de uma decisão da autoridade de defesa da concorrência. A sentença do Tribunal administrativo (TAR Lazio, con la sentenza n.º 9354 del 14 novembre 2001) anulou decisão da autoridade de concorrência sob o fundamento de excesso de poderes por erro de avaliação de fato. A autoridade da concorrência havia entendido que existia no mercado de fornecimento de energia elétrica uma 'posição dominante de mercado', que o Tribunal administrativo entendeu inexistir. O Conselho de Estado censurou a sentença por não ter se limitado a controlar "la coerenza e la legittimità delle valutazioni dell'Autorità" optando por "sostituire a questa una nuova valutazione economica", "con ciò invadendo il campo del mérito".

⁴⁵⁸ CORLETTI, *op. cit.*, p.69.

No caso, a valoração técnica feita pela autoridade se baseou não numa regra científica exata e não opinativa, mas foi fruto de conclusão, a partir de ciência inexata, de caráter econômico, que a autoridade utilizou para delimitar o alcance do conceito jurídico indeterminado existente na norma.

A sentença conclui com o critério que deve utilizar o juiz administrativo: deve verificar a existência do fundamento fático da decisão administrativa e exercitar uma análise de legitimidade, podendo censurar a avaliação técnica por meio de controle de racionalidade, logicidade e coerência técnica.

O juiz não pode, todavia, substituir valoração da autoridade acerca da situação fática pela sua própria valoração, como no caso, substituir a "caracterização de mercado relevante feito pela autoridade", mas pode verificar a correção do enquadramento daquela situação fática como tal.

A existência ou não de uma posição dominante de uma determinada empresa no mercado não se constituiu um "*accertamento di mero fatto*", mas exige uma avaliação técnica complexa, fundada na aplicação de regras próprias de uma ciência inexata (a ciência econômica), implicando uma avaliação prognóstica dos efeitos da concentração num determinado mercado. Não é um mero *accertamento* de fato, mas um "juízo técnico discricionário".

Outra é a hipótese de uma consideração inexata de fato histórico, fundamento do ato administrativo: nesse caso a errônea consideração sobre o fato se projeta sobre o ato que nela se baseou. A decisão recorrida do tribunal administrativo, ao contrário, adotou um novo e autônomo fundamento para a situação concorrencial. O tribunal administrativo não fez um controle da legitimidade da deliberação da autoridade⁴⁵⁹ mas, uma nova avaliação da situação.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ O precedente lembra, também que a legitimidade das autoridades independentes decorre da atribuição de um juízo político a um órgão posto em posição de independência no exercício de poderes neutrais. ("*si caratterizzano per il fatto che la valutazione dell'interesse pubblico concreto connesso con il provvedimento viene realizzata ... al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali*").

⁴⁶⁰ A decisão do Conselho de Estado italiano destaca a diferença entre exame da questão fática e análise da avaliação técnica feita pela autoridade independente: *L'accertamento di fatto implica l'accertamento, sul piano storico o naturalistico, dell'esistenza di un elemento fattuale, che costituisce il presupposto delle scelte da effettuarsi con il provvedimento dell'Amministrazione, esso quindi si colloca "all'esterno" della valutazione effettuata dall'Amministrazione: per tale ragione è esatto ritenere che la questione di fatto attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento, ed è verificabile dal giudice. Al contrario, la valutazione tecnica complessa implica l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto... in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che, nel caso delle valutazioni tecniche dell'AGCM, non hanno il carattere di regole scientifiche,*

A própria razão de existir das agências independentes não permite ao juiz sobrepor a própria avaliação técnica⁴⁶¹ em substituição à avaliação feita pela autoridade administrativa.⁴⁶²

Ao juiz cabe verificar os fatos que fundamentaram a decisão e confrontá-los com o parâmetro normativo, por meio de um controle de racionalidade, logicidade e coerência, estando excluída a possibilidade de controle judicial que substitua a decisão administrativa.

Não se trata apenas de negar ao juiz o exame de questões técnicas, imunizando alguns atos ao controle judicial, mas de respeitar uma distribuição de poderes e funções feitas a partir de um critério racional. Lembre-se que no caso da Constituição brasileira, a função regulatória e a existência de órgãos reguladores está prevista expressamente na lei maior.

2.5.7 Decisão judicial e aprovação da opinião pública

A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse proferir qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.⁴⁶³ Seria demasiada ingenuidade esperar que o juiz atuasse na sua atividade interpretativa apenas tendo em conta o método científico de busca da verdade. As pessoas compartilham valores e ideais políticos. Não há como exigir que decidam de forma a anular seus próprios valores.

esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si provvede alla definizione dei concetti giuridici indeterminati (quali quelli di mercato rilevante, di dominanza, di intesa restrittiva della concorrenza) cui fa riferimento la normativa a tutela della concorrenza. (CORLETTO, Daniele. *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*. In: CAVALERI, P.; DALLE VEDOVE, G.; DURET, P. (Coord.). **Autorità indipendenti e agenzie: una ricerca giuridica interdisciplinare**. Padova: Cedam, 2003. p.127).

⁴⁶¹ Conforme, ainda Daniele Corletto: *"Il Consiglio di Stato ricorda poi che tali conclusioni non sono che 'una conseguenza logica e coerente della giurisprudenza del giudice amministrativo sul sindacato della discrezionalità tecnica'. E ricorda come la giurisprudenza abbia 'posto fine alla tradizionale equazione concettuale tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo', isolando però 'la categoria delle valutazioni complesse', per lo più volte all'applicazione di concetti giuridici indeterminati, nelle quali è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario."* (Ibid., p.123).

⁴⁶² *"censurare la valutazioni tecniche (compreso Il giudizio tecnico finale) che appaiano inatendibili 'atraverso de um sindacato tipo 'forte' sulle valutazioni complesse dell'autorità"*.

⁴⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.433.

Portanto, a interpretação tem duas facetas. Numa delas, a hermenêutica que busca a verdade sem os condicionamentos de um processo judicial. Em outra, ao contrário, há necessidade uma solução para um problema concreto.

Conforme adverte Gadamer, o pesquisador "deve saber da repercussão de sua palavra e responder por isso. Mesmo o pesquisador, a quem o estado moderno reconhece a liberdade científica, não está isento de ser responsabilizado politicamente, tão logo comunique seus conhecimentos ao público"⁴⁶⁴.

Com tais premissas, afasta-se a retórica como arte da astúcia ou esperteza. Não há que confundir-se a retórica com a busca de adesão pura e simples, como se faz às vezes, colocando-se os argumentos e impedindo ou ridicularizando os eventuais oponentes no discurso.⁴⁶⁵

Não menos importante é o risco que a potencial responsabilização induz ao jurista: "o *reverso diabólico* desse contexto é porém que, em vista desta repercussão, ele se vê tentado a proclamar aos outros e até persuadir a si próprio de que a verdade é na realidade aquilo que lhe dita a opinião pública ou os interesses do poder do Estado"⁴⁶⁶.

De fato, a democracia e a busca de legitimação da atuação estatal, aí incluída atuação judicial, apresenta desafios ao intérprete. O legislador aufere sua legitimidade diretamente da soberania popular. Representa o povo que o elegeu. Da mesma maneira, os ocupantes de cargos executivos têm a chancela popular. A legitimação do Poder Judiciário reside na técnica, de aplicar a norma jurídica votada pelos órgãos de representação popular (Executivo e Legislativo). A atividade judicial de interpretação e aplicação do direito é toda ela norteadas por uma ciência, portanto com parâmetros de discurso, métodos e categorias jurídicas delimitadas e passíveis de serem aferidas pelos destinatários.

⁴⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. O que é a verdade? In: _____. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução: Ênio Paulo Giachini. 5.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010. p.57.

⁴⁶⁵ Na obra *Como vencer um debate sem precisar ter razão*, Arthur Schopenhauer desmascara os esquemas de argumentação maliciosa e falsa. (SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: 38 estratégias** (dialética erística. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. São Paulo: Topbooks, 2001). Também Olavo de Carvalho, em *O imbecil coletivo I*, procurar analisar criticamente uma alegada mediocridade de alguns meios acadêmicos brasileiros que se protegem dos verdadeiros debates com técnicas de exclusão e patrulhamento ideológico. (CARVALHO, Olavo. **O imbecil coletivo: atualidades inculturais brasileiras**. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1996).

⁴⁶⁶ GADAMER, *op. cit.*, p.57.

Não deve ser esquecido, que o raciocínio de uma aparente neutralidade científica tem sido desmentido na realidade. O ativismo judicial, o engajamento partidário e mesmo os desafios de interpretação da Constituição têm exigido dos juízes e intérpretes a fundamentação e atenção a alguns problemas que ultrapassam os limites da ciência jurídica. Não se deve exigir que os juízes tomem decisões sem a consideração de qualquer valor. Os valores podem ser inseridos nos discurso jurídico desde que sejam devidamente fundamentados e expostos à obtenção do consenso.

A independência judicial deve ser garantida quer sob a ótica interna (contra a influência de outras instâncias), quer em relação à influência externa (pressões políticas ou econômicas de outros órgãos ou grupos sociais). Nem o executivo, nem o Legislativo e nem mesmo outras instâncias sociais devem pressionar ou tentar influenciar a decisão judicial.

É certo que o juiz, comunga de certo ideário político e tem uma concepção própria dos valores políticos e sociais que devem ser assegurados e desenvolvidos. Dworkin se questiona se os juízes devem decidir seus casos com base em princípios políticos.⁴⁶⁷

Dentre os deveres éticos do juiz, proclamados pela Carta de Bangalore, tem-se como postulado claro a preservação da liberdade decisória: *O dever do juiz é aplicar a lei como a entende, com uma avaliação dos fatos feita sem medo ou tendenciosidade e sem considerar se a eventual decisão agrada ou não ao público.*^{468,469}

Sobre a tensão muitas vezes verificada entre a decisão judicial e a aprovação do público ou da opinião pública, o Juiz Chaskalson, Presidente da Corte Constitucional

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Harvard University Presse: Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985. (*I want to ask, however, whether judges should decide cases on the political 'grounds', so that the decision is not only the decision that certain political groups would wish, but taken on the ground that certain principles of political morality are right*).

⁴⁶⁸ THE JUDICIAL INTEGRITY GROUP. **Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct**. March 2007, p.38/39. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF>>. Acesso em: 14 maio 2010.

⁴⁶⁹ "A judge shall exercise the judicial function independently on the basis of the judge's assessment of the facts and in accordance with a conscientious understanding of the law, free of any extraneous influences, inducements, pressures, threats or interference, direct or indirect, from any quarter or for any reason."

da África do Sul, lembra que a tarefa principal do juiz é interpretar a Constituição sem medo ou para agradar o público.^{470,471}

A atividade do intérprete, esteja ele na cátedra, no exercício de um cargo estatal, judicial ou administrativo, tem como pano de fundo a realidade.⁴⁷² As consequências da decisão também são alvo da preocupação do jurista. A atividade hermenêutica tem o objetivo de revelar uma verdade sobre a norma que se está interpretando. Ademais, a ciência é argumentativa e não mais interpretativa ou simplesmente deduzida. Não pode o juiz, contudo, buscar simplesmente a aprovação da opinião pública.⁴⁷³

⁴⁷⁰ "The question before us, however, is not what the majority of South Africans believe a proper sentence should be. It is whether the Constitution allows the sentence. Public opinion may have some relevance to the inquiry, but in itself, it is no substitute for the duty vested in the Courts to interpret the Constitution and to uphold its provisions without fear or favour."

⁴⁷¹ South Africa v. Makwanyane. *Constitutional Court of South Africa*, 1995 (3) S.A. 391, per Chaskalson P. (A questão que se coloca, entretanto, não é o que a maioria da sociedade sul-africana acredita ser uma sentença apropriada, e sim se a Constituição permite a sentença. A opinião pública pode ter alguma relevância para a investigação, mas em si mesma, ela não substitui o dever ao qual as cortes estão investidas de interpretar a Constituição e defender seus comandos sem medo ou desejo de favorecer. Se a opinião pública fosse decisiva, não haveria necessidade de uma decisão constitucional... A Corte não pode se permitir distanciar-se do seu dever de agir como árbitro independente da Constituição para fazer escolhas baseada naquilo que agradará o público).

⁴⁷² Como Gadamer "o modo como experimentamos uns aos outros, como experimentamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e de nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico. Nele não estamos encerrados como entre barreiras intransponíveis; ao contrário, estamos sempre abertos para o mundo". (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.32).

⁴⁷³ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, The Judicial Integrity Group, March 2007, p.38/39. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF>>. Acesso em: 14 maio 2010. "A judge must act irrespective of popular acclaim or criticism. A case may excite public controversy with extensive media publicity, and the judge may find himself or herself in what may be described as the eye of the storm. Sometimes the weight of the publicity may tend considerably towards one desired result. However, in the exercise of the judicial function, the judge must be immune from the effects of such publicity. A judge must have no regard to whether the laws to be applied, or the litigants before the court, are popular or unpopular with the public, the media, government officials, or the judge's own friends or family. A judge must not be swayed by partisan interests, public clamour, or fear of criticism. Judicial independence encompasses independence from all forms of outside influence." (Tradução livre: "Um juiz deve agir independentemente da aclamação popular ou da crítica. Um caso pode excitar a controvérsia pública com larga repercussão na mídia e o juiz pode estar no que pode ser descrito como o 'olho da tempestade'. Algumas vezes o peso da publicidade pode tender consideravelmente em direção a um resultado desejado. Todavia, no exercício da função judicial, o juiz deve estar imune aos efeitos de tal publicidade. Um juiz não deve considerar se as leis a serem aplicadas ou os litigantes perante a corte são ou não populares com o público, a mídia, funcionários governamentais ou amigos ou família do próprio juiz. Um juiz não deve se influenciar por interesses partidários, clamor público ou medo de críticas. A independência judicial protege a independência de todas as formas de influência externa").

De certa forma, a objetividade exigida da moderna hermenêutica fez com que o discurso jurídico, que fundamenta as decisões judiciais e os enunciados científicos, experimente também as consequências do abandono dos postulados antes encontrados na metafísica.

O *consenso* passou a ser o único critério de validade. Ocorreu uma transferência do consenso, como critério de verdade, da política para a filosofia e, conseqüentemente, para o pensamento jurídico. No entanto, os consensos são frutos da vontade e liberdade humanas. São históricos e elaborados linguisticamente a partir da mesma validação normativa que embasa o *contrato social* (o acordo ideal de vontades).⁴⁷⁴

Se a ideia de consenso foi transposta da política para o discurso jurídico, por quais razões não ocorreria também o mesmo fenômeno em relação ao critério de verdade utilizado no processo judicial? Não havendo mais uma verdade universal, fornecida pela metafísica, o consenso surge como objetivo e diretriz da prática argumentativa. Toda verdade passou a ser histórica e contextual.

Mas como evitar as mentiras consensuais? O próprio Habermas, com a razão comunicativa, não chega a admitir que o consenso real sobre determinado enunciado possa ser considerado prova de sua validade. Consensos sociais geram crenças e não verdades. A argumentação, como método, pode complementar a razão comunicativa e a busca de consenso.⁴⁷⁵

Afastados os subjetivismos e os postulados metafísicos, somente o consenso parece surgir como critério razoável de verdade, não sendo mais aceitável apelar para a autoridade secular, para a revelação religiosa ou para evidência moderna.⁴⁷⁶

Diante de tais constatações, cabe ao juiz atuar com vistas a fundamentar suas decisões a partir de uma racionalidade que tenha o consenso como metodologia e o critério de validade.

⁴⁷⁴ Sobre a legitimidade, ver: MERQUIOR, José Guilherme. **Rousseau e Weber**: dois estudos sobre a teoria da legitimidade, Rio de Janeiro: Guanabara, 1980.

⁴⁷⁵ Ver HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p.30-48.

⁴⁷⁶ COSTA, Alexandre. **Hermenêutica jurídica**: da teoria da interpretação à teoria da argumentação. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-viii-da-teoria-da-interpretacao-a-teoria-da-argumentacao>>. Acesso em: 14 jun. 2011. p.113.

Aceita a ideia de que a argumentação é critério que garante a racionalidade do direito, cabe examinar o papel argumentativo das partes no âmbito de um processo judicial.⁴⁷⁷ São notórias as tendências da ciência processual no sentido de aumentar o encargo das partes na atividade judicial de criação da norma concreta.

Também há que se atentar para o impacto que a realidade, que envolve o intérprete, exerce sobre sua atividade interpretativa. As notícias, as informações, os relatórios científicos, as previsões catastrofistas com certeza atuam sobre o intérprete.

Da mesma forma, a constante promessa dos poderes do Estado de resolver os problemas experimentados pela sociedade também tira o intérprete de seu foco principal. Se todos os poderes estão buscando resolver um problema social, o judiciário poderia estar alheio e seguir seu curso?

É certo que o juiz ao empreender a tarefa de aplicar o direito, lançando mão da hermenêutica para interpretar as normas e examinando os fatos, encontra-se, de certa forma, limitado. Não limitado por questões externas, mas por condicionantes que decorrem da própria lógica processual.

Os fatos são trazidos pelas partes. O juiz permite às partes que comprovem os fatos que fundamentam seu pedido. E o ordenamento jurídico permite ao juiz uma postura relativamente cômoda em relação à busca da verdade sobre os fatos. Isso no processo civil, orientado pelo princípio dispositivo.

No processo penal, dizia-se que o sistema inquisitorial, permitia ao juiz a busca da "verdade real", ou seja, autorizava-se o juiz a se lançar na busca de esclarecimentos sobre o que, efetivamente, se passou no mundo fático. Contudo, o Projeto de Código de Processo Penal, sob forte influxo de doutrina mais liberal, pretende adotar um sistema chamado acusatório⁴⁷⁸, atribuindo o ônus probatório ao órgão da acusação, em regra ao Ministério Público, sob o fundamento central de que o envolvimento do magistrado na busca da verdade dos fatos, contamina o subsequente julgamento que deve ser imparcial. Em síntese, a investigação dos fatos não é mais considerada atividade de natureza jurisdicional. Por conseguinte, não cabe ao juiz

⁴⁷⁷ Sobre a liberdade argumentativa das partes, ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de uma formalismo valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁷⁸ Redação final do Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009: Art. 4.º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (grifou-se)

conduzir nem se responsabilizar pelo trâmite do inquérito. Mas, será que efetivamente o contato prévio com a investigação impede posterior julgamento imparcial?

No campo da investigação científica, quando se está diante de uma hipótese da proposição normativa, Lourival Vilanova lembra que "a proposição científica não transporta, é certo, para o plano do conhecimento a totalidade das propriedades dos fatos, objetos ou situações objetivas"⁴⁷⁹. Portanto, até mesmo no âmbito da investigação científica, não há garantia de que todos os elementos fáticos e circunstâncias estão acessíveis ao intérprete. O resultado será sempre uma verdade contextualizada e temporal, sem pretensões de universalidade e generalização.

Também na seara do direito processual civil, os juristas se aperceberam da impossibilidade de chegar "à verdade real" e das limitações quando se trata de transpor para o processo judicial os fatos com todas as suas circunstâncias. O conceito de coisa julgada, como resultado de um processo dialético mais próximo possível da verdade, não mais se sustenta.

Está totalmente superada a antiga concepção que relaciona a coisa julgada com o conceito de "verdade", produzida nos autos, fruto do debate e da cognição judicial. A coisa julgada não estabelece uma presunção ou ficção de verdade dos fatos reconhecidos na sentença. Apenas torna imutável o resultado da atuação jurisdicional.⁴⁸⁰

Ugo Rocco afirmava que "*não se deve atribuir ao processo civil a tarefa de pesquisar a verdade objetiva porque essa não pode ser jamais atingida na ordem humana da realidade, pois são imperfeitos e insuficientes os meios à sua disposição*"⁴⁸¹.

A dogmática processual civil incorporou o relativismo inerente à ciência jurídica. As pretensões de se chegar a uma verdade definitiva e absoluta foram abandonadas. A verdade processual deve ser buscada pelas partes, na medida de seu interesse e nos limites do objeto que se pretenda trazer a julgamento. Nessa medida, a verdade será muito mais fruto do consenso do que resultado de atividade intelectual solitária do juiz, a partir de raciocínios lógicos.

⁴⁷⁹ VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: Buchatsky, 1976. p.163.

⁴⁸⁰ Sobre a coisa julgada, ver LIEBMAN, Enrico Túllio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.281.

⁴⁸¹ ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. 2.ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1966. p.303.

Nicola Picardi ressalta que essa possibilidade do juiz somente atingir uma "verdade provável" (*verità probabile*), e não uma verdade objetiva e absoluta (*verità oggettiva e assoluta*), é que fundamenta o contraditório como momento fundamental do processo e como método dialético de busca daquela verdade relativa.⁴⁸²

Relativamente ao controle judicial das agências, contudo, embora o interesse imediato das partes esteja ligado unicamente à resolução da controvérsia, há um interesse público subjacente de aperfeiçoar as instituições e efetivamente corrigir desvios e manter os órgãos administrativos atuando com correção.

Caberá ao juiz, com base nos seus conhecimentos e informações, harmonizar o interesse da parte de obter a tutela de seu direito e o interesse público subjacente de, por meio do processo, corrigir falhas na atuação dos órgãos públicos. Para tanto, deverá ter presente que a interpretação demanda um pluralismo metodológico.

Partindo da crítica aos métodos tradicionais, Viehweg propõe a utilização complementar do *método tópico de interpretação*.⁴⁸³ O método tópico, devido sua abertura, é o ponto de partida para o método de argumentação ou teoria do discurso.

Esse *sincretismo de método* exige do magistrado constante estudo e maior esforço argumentativo, sobretudo numa sociedade em que a informação se espalha quase que instantaneamente e qualquer decisão judicial sofre críticas favoráveis e desfavoráveis assim que tornada pública.

2.6 PROCESSO E FUNÇÃO JURISDICIONAL: A ÊNFASE NA TUTELA DOS DIREITOS

Os processos de solução de controvérsias, aí incluído o processo judicial, podem ser agrupados em três espécies: os processos adjudicatórios, os consensuais

⁴⁸² PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2010. p.229.

⁴⁸³ Formulada por Viehweg em *Tópica e jurisprudência*, este método se baseia na tópica e retórica e as transfere para a ciência jurídica como doutrinas de argumentação e fundamentação. Tópica pode ser definida como a arte da descoberta apropriada, isto é dos argumentos e fundamentos orientados. Os argumentos devem ser ponderados e a aceitação dos argumentos deve contar com o consentimento geral. (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979).

e os mistos.⁴⁸⁴ Nos processos adjudicatórios, a solução é imperativamente dada por um terceiro, estranho às partes.⁴⁸⁵ Nos sistemas de *civil law*, o juiz tem a principal responsabilidade pela condução do processo, pela instrução do feito e pela articulação do provimento final.

A divisão de poderes não é absoluta. Os órgãos estatais exercem atividades típicas mas também exercem as chamadas funções atípicas. Eis uma das razões por que a caracterização da jurisdição não é algo simples.⁴⁸⁶

Encontra-se na clássica lição de Chiovenda, a afirmação de que a atividade jurisdicional consiste em identificar e atuar a vontade concreta da norma, mediante a substituição das partes interessadas pelo órgão jurisdicional. A atividade jurisdicional seria substitutiva da atividade das partes. À jurisdição cabe aplicar a lei e à Administração cabe a busca da realização do bem comum tendo a lei como parâmetro a balizar sua atuação.⁴⁸⁷

Galeno Lacerda criticara a *substitutividade* apontada na teoria de Chiovenda e a ideia a ela subjacente de que a atuação jurisdicional é sempre *secundária*⁴⁸⁸, mas a

⁴⁸⁴ Conforme Henry J. Brown e Arthur Marriott, a resolução de litígios compreende duas categorias principais de processos ou modos de resolução: processos adjudicatórios e processos consensuais. Entende-se por adjudicação o modo de resolução no qual a decisão vinculativa sobre o litígio não deriva do mandato das partes, mas da ordem jurídica a que estas estão sujeitas. O terceiro, neutro e imparcial, tem legitimidade para impor a sua decisão aos litigantes. Esta é a situação típica das decisões judiciais e é também a das decisões arbitrais, embora estas tenham na sua base um consenso das partes quanto à escolha do processo (convenção arbitral). Os processos consensuais são aqueles nos quais as partes têm o controle do resultado e dos termos do processo. O terceiro neutro não tem poder para proferir uma decisão vinculativa das partes, apenas pode auxiliá-las no seu próprio caminho de construção da solução do litígio, com uma intervenção que pode ir do simples facilitar do contacto entre os litigantes (como acontece na conciliação) até à sugestão de medidas de acordo (como sucede na mediação). Os meios de resolução alternativa de litígios são procedimentos de natureza consensual que funcionam como alternativa à litigância em tribunal e envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial face à contenda. (BROWN, Henry J.; MARRIOTT, Arthur L. **Alternative Dispute Resolution- ADR: Principles and Practice**. London: Sweet & Maxwell. Brown e Marriott, 1999).

⁴⁸⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz *et al.* (Coord.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.786.

⁴⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.152, p.38, out. 2007.

⁴⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual**. 2.ed. Tradução: Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v.2. p.3-34.

⁴⁸⁸ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.1. p.13.

teoria chiovendiana é razoavelmente adequada para identificar a atividade jurisdicional, desde que com temperamentos.⁴⁸⁹

O que diferencia Administração e Jurisdição é que esta última tem por fim a averiguação e atuação concreta das normas. A *substitutividade* deve ser compreendida como condição, assumida pelo juiz, de um terceiro, estranho, alheio, imparcial (não apenas no sentido de isento, mas também no sentido de que não é parte) aos interesses que estão em confronto e serão alvo de análise.⁴⁹⁰ Para definir essa atuação do juiz, como sujeito que atua a vontade concreta da norma, a doutrina italiana alude a *estraneità, terzietà, assoggettività*.⁴⁹¹

Há, ainda, o pensamento de Francesco Carnelutti, que a aponta a composição da lide e a pacificação social, daí decorrente, como os traços característicos da jurisdição.^{492,493}

A ênfase da Constituição brasileira, em vigor, na proteção dos direitos fundamentais e o papel central do Poder Judiciário, revelado pela técnica de separação de poderes adotado pelo constituinte, indicam que a jurisdição entre nós é caracterizada pela independência e pela imparcialidade dos órgãos jurisdicionais, que emitem provimentos insuscetíveis de revisão pelos outros poderes.

⁴⁸⁹ Cf. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.152, p.38, out. 2007; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da jurisdição**. Salvador: Im. Of. - BA, 1957. p.31; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. n.15. p.117-118, nota 10.

⁴⁹⁰ TALAMINI, *op. cit.*, p.39.

⁴⁹¹ Ver MITIDIERO, Daniel; MONTESANO, Luigi. **La tutela giurisdizionale dei diritti**. 2.ed. Turim: Utet, 1994. (Trattato di diritto civil italiano, fundado por F. Vassali, v.14, t. IV); RICCI, Gian Franco. **Principi di diritto processuale generale**. 2.ed. Turim: Giappichelli, 1998. p.4-11.

⁴⁹² CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução: Sentis Melendo, Buenos Aires: El Foro, 1997. v.3. p.25.

⁴⁹³ Há ainda outras teorias que buscam identificar a natureza da jurisdição, todas elas com aportes destacados para a ciência processual: 1) Teoria, defendida Gian Franco Ricci (*op. cit.*, n.4, p.9-11) que define a jurisdição a partir de um critério orgânico e das garantias atribuídas aos membros do Poder Judiciário. As garantias políticas do Judiciário e as garantias funcionais do magistrado são essenciais para assegurar a independência e a imparcialidade na solução dos processos. A investidura é característica essencial à caracterização da jurisdição; 2) Teoria, defendida por Enrico Redenti (**Diritto processuale civile**. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1980. n.2, p.11) e Elio Fazzalari (**Instituzione di diritto processuale civile**. Pádua: Cedam, 1992) que o traço distintivo da jurisdição na aplicação de sanções. A jurisdição tem a última palavra sobre a aplicação de sanções; 3) Para uma outra teoria, a jurisdição se diferencia das demais atividades estatais por ser a única capaz de produzir a coisa julgada, que confere maior estabilidade aos seus provimentos. É defendida por Vicent e Guinchard (**Procédure civile**. 23.ed. Paris: Dalloz, 1996. n.172, p.162); Aldo Sandulli (SANDULLI, Aldo. *Funzione pubbliche neutrali e giurisdizione*. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, n.1, p.206, 1964) e Chiara Besso (BESSO, Chiara. **La sentenza civile inesistente**. Turim: G. Giappichelli, 1997. cap.5, n.11, p.383).

A função da jurisdição é eliminar as crises, ocorridas no plano das relações materiais por meio do processo. Tais crises, ressalta José Roberto dos Santos Bedaque, se originam da não-atuação espontânea da vontade concreta da lei, quer em razão de um litígio, quer porque o legislador impede a autoaplicação da regra.⁴⁹⁴

2.6.1 Técnica processual, tutela dos direitos e controle judicial

A adequação da técnica processual às necessidades da causa é uma constante preocupação da doutrina brasileira atual.^{495,496}

O processo civil é ramo da ciência que se baseia numa estrutura dogmática, fundada em conceitos e categorias jurídicas, e está em constante evolução. Conforme a análise de Araújo Costa, os processualistas brasileiros tendem a concentrar suas reflexões em perguntas 'internas' ao sistema processual, encarando os problemas, buscando encontrar a resposta correta sob a perspectiva do sistema de leis e conceitos.⁴⁹⁷

Numa postura mais crítica, Ovídio Baptista da Silva destacava que o processo civil tem em suas raízes ideológicas um compromisso com o racionalismo que torna impensável supor que a norma tenha 'duas vontades' ou, que possa permitir aos seus aplicadores uma dose mínima, que seja, de discricionariedade.⁴⁹⁸

Araújo Costa afirma que os processualistas brasileiros sempre foram reféns da tipicidade e da tendência conceptualizante que está na base das teorias trazidas por Liebman: todas as nossas explicações exigem a elaboração de classificações exaustivas, capazes de construir um 'sistema conceitual' correspondente ao 'sistema

⁴⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.40.

⁴⁹⁵ Na *Exposição de Motivos ao Projeto do anteprojeto de CPC consta*: "Na mesma linha, tem o juiz o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa." Tratando dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, dispõe o Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V - adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa; (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC**: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010. p.256).

⁴⁹⁶ Jose Roberto Bedaque lamenta que, com frequência, as questões processuais são solucionadas sem a preocupação com os objetivos da atividade jurisdicional e do processo, resultado da exagerada valorização do meio em detrimento do fim, que é a eliminação da crise de direito material. (BEDAQUE, *op. cit.*, p.43).

⁴⁹⁷ COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Os testamentos ignorados de Ovídio Batista da Silva e Calmon de Passos. **Revista de Processo**, n.192, p.420, 2011.

⁴⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.17.

legislativo'. Com isso, as alterações no panorama legislativo implicam na reformulação das categorias conceituais, na tentativa de produzir uma 'taxonomia', cada vez mais complexa e exaustiva dos conceitos ligados ao direito processual.⁴⁹⁹

Prossegue o autor na sua crítica: em vez de seguir a linha dominante no direito constitucional, que lida com a estrutura aberta das normas e a tensão inerente aos princípios, o direito processual⁵⁰⁰ se esmera em explicar a si mesmo como um *sistema de regras* dotadas de coerência e unidade.

Também o juiz, a partir das categorias peculiares à ciência processual, se lança na tarefa de examinar a controvérsia que lhe é trazida o que, em muitos casos, pode terminar com uma conclusão insatisfatória à ambas as partes, quer porque o provimento nega sua pretensão, quer porque, em algumas hipóteses, o processo se encerra sem exame do mérito da controvérsia.

As questões formais, em muitos casos, impedem o exame do objeto da demanda, deixando a parte autora de receber a prestação jurisdicional e a adequada tutela de seu direito embora, mais recentemente, a doutrina venha apontando a necessidade de interpretar o processo civil a partir da Constituição, que deve irradiar seus efeitos sobre os ramos do direito.⁵⁰¹

Marinoni e Mitidiero constataam que a adequação objetiva da tutela jurisdicional impõe a necessidade de encarar o processo a partir de um ângulo de visão a ele exterior, pensado o processo a partir do direito material, em especial a partir da teoria da tutela dos direitos.⁵⁰²

⁴⁹⁹ COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Os testamentos ignorados de Ovídio Batista da Silva e Calmon de Passos. **Revista de Processo**, n.192, p.433, 2011.

⁵⁰⁰ Para uma apreciação crítica do direito processual brasileiro veja-se Frederico Normanha Ribeiro de Almeida, para quem o direito processual é a disciplina que diz respeito mais diretamente ao funcionamento da justiça estatal, e que no Brasil vem sendo dominado por um grupo de especialistas, responsável pela construção de uma teoria processual consagrada, com acesso privilegiado ao processo legislativo e à produção de normas, que lograram utilizar esse poder para definir o padrão de resolução de conflitos individuais e coletivos pela justiça. (ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010).

⁵⁰¹ Nelson Nery Júnior lembra que o direito processual civil é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, existindo institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição. (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.41).

⁵⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC**: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010. p.24.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ensina que, além de outras finalidades atingidas com o exercício da jurisdição (realização do direito objetivo, pacificação social), satisfaz-se com o processo também o direito subjetivo, aspecto geralmente minimizado na doutrina brasileira, a evidenciar nítida conexão entre a atividade judicial e o direito material.⁵⁰³

2.6.2 Processo justo e direitos fundamentais

A base da teoria geral do processo brasileiro é formada: pela tripartição entre jurisdição, ação e processo; pela distinção entre o direito material e o direito processual, com abstração da ação; e suas condições como possibilidade jurídica^{504,505}, interesse de agir⁵⁰⁶ e legitimidade pela causa.⁵⁰⁷

⁵⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.95.

⁵⁰⁴ Embora o próprio Liebman viesse a sustentar que a possibilidade jurídica do pedido não era condição da ação, ela persiste no CPC em vigor (art. 267, VI), havendo proposta de retirá-la no Projeto de CPC em trâmite na Câmara dos Deputados: art. 467. O juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando: [...] VI - o juiz verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.

⁵⁰⁵ A possibilidade jurídica do pedido ainda é invocada como condição de ação, como se observa em alguns julgados: TRF 3.^a Região. **Apelação Cível n.º 1347308** (200861000042018), Rel. Des. Márcio Moraes, DJF3 CJ1 14.01.2011, p.725. Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 9.º DA RESOLUÇÃO ANTT N.º 1432/2009. LIMITAÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO DAS BAGAGENS DE MÃO, NO TRANSPORTE INTERNACIONAL E INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS À ZONA ADUANEIRA. EXTENSÃO DA MEDIDA A TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. PROCESSO EXTINTO SEM Apreciação DO Mérito. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. 1. A impossibilidade jurídica do pedido diz respeito à inadequação do pedido ao direito material, o que incorre na espécie, na medida em que o pedido inserto na inicial - controle judicial sobre ato administrativo - não repugna ao direito positivo pátrio. 2. Apelo provimento, para afastar a extinção do feito, sem apreciação do mérito, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para regular prosseguimento.

⁵⁰⁶ O interesse de agir do Ministério Público, mesmo em ações com nítido espectro coletivo é questionado como se vê no precedente a seguir: TRF 4.^a Região. **Apelação Cível 200471030029117**, 3.^a Turma, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO MPF EM FACE DA SENTENÇA QUE, NO BOJO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE SUA AUTORIA, AJUIZADA COM VISTAS AO CANCELAMENTO DE REGISTRO DE FRETAMENTO DE EMPRESA, OBTIDO JUNTO À ANTT, TENDO EM VISTA A PRÁTICA REITERADA, POR AQUELA, DOS DELITOS DE CONTRABANDO E DESCAMINHO, NO EXERCÍCIO DE SUA ATIVIDADE, O TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS, INDEFERIU-LHE A PETIÇÃO INICIAL, SOB O ARGUMENTO DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. Decisão que merece reforma porquanto a) se está diante de ato vinculado, uma vez que à ANTT inexistia a faculdade de fiscalizar ou não a prestação de delegada de serviço público pela empresa sob a análise, sendo obrigatória a sua atuação, em consonância com os princípios da administração pública, inclusive diante da gravidade da ação perpetrada (crimes de contrabando e descaminho), em que inexistia alternativa àquela senão fiscalizar e punir, com o cancelamento do registro de fretamento, a concessionária *in questio* e b) consequentemente cabível o seu controle jurisdicional, no condão da doutrina e jurisprudência pátrias. Ademais,

O método científico passou a ser adotado pelos processualistas brasileiros a partir dos conceitos introduzidos por Liebman.⁵⁰⁸ A partir da influência de Wach e Chiovenda, que se opõem às teorias abstratas do direito de ação, há uma vinculação entre direito processual e material. Liebman manteve abstrata a ação quanto ao resultado, embora concreta no que se refere ao seu nascimento.⁵⁰⁹

Afirma-se que a ação é um direito autônomo, mas não se admite que seja abstrato pois aquele direito somente passa a ser exercitável na presença de algumas "condições da ação"⁵¹⁰. A proposição do Código é eclética, situada entre o abstracionismo e o concretismo, obscuridade que decorreria da tentativa dos seguidores de Liebman, que inspiraram o atual CPC, em compatibilizar visões conflitantes.⁵¹¹

Essas perplexidades quanto ao direito de ação se intensificaram no direito brasileiro, a partir da década de 1970, com a necessidade de aprofundar os estudos sobre os interesses coletivos que passou a exigir um reexame do modelo individualista inspirado da legislação processual.⁵¹²

Os contornos da atividade jurisdicional estão igualmente no cerne dos debates que envolvem a tutela dos direitos e a adequação do processo. Nesse ponto, a questão prévia é se, deve prevalecer uma ótica subjetiva ou orgânica, em razão das pessoas ou órgãos que a exercem, ou a partir da natureza da atividade que está sendo desempenhada?

Num momento seguinte, têm relevância as prerrogativas dos juízes para a consecução da atividade jurisdicional. O exercício da jurisdição, como se sabe, confere ao seu titular os seguintes poderes: *Poder de decisão* (decidir com força obrigatória a controvérsia); *Poder de coerção* (remover os obstáculos que se opõem); *Poder de*

legítimo o Ministério Público Federal nos termos da Lei n.º 7.347/85, agir em defesa do erário. Provisamento da apelação.

⁵⁰⁷ Cf. COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Os testamentos ignorados de Ovídio Batista da Silva e Calmon de Passos. **Revista de Processo**, n.192, p.430, 2011.

⁵⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.1. p.32.

⁵⁰⁹ ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001. p.35.

⁵¹⁰ CPC em vigor, Art. 3.º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. Projeto de CPC. Art. 16. Para propor ação é necessário ter interesse e legitimidade.

⁵¹¹ COSTA; COSTA, *op. cit.*, p.431.

⁵¹² Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. p.19: "O Congresso de Pavia, na Itália, no ano de 1974, e o VII Congresso Internacional de Direito Processual, ocorrido em Würzburg, na Alemanha, em 1983, já desbravavam e tratavam de aprofundar os estudos sobre os interesses coletivos e a superação do modelo individualista tradicional".

documentação e investigação e Poder de execução. Tais prerrogativas, atribuídas ao órgão jurisdicional, revelam a importância que o ordenamento empresta a atividade jurisdicional.⁵¹³

Mais recentemente, com o advento da constitucionalização do processo, o estudo da ciência processual passou a ter, como ponto de partida e de chegada, a Constituição Federal que, em vários dispositivos, consagra princípios e estabelece garantias processuais.⁵¹⁴

Numa ótica mais recente, a ação veio a ser vista como uma garantia constitucional e passou-se a buscar um modelo judicial que propicie soluções mais adequadas a partir dessa visão. O processo não constitui mero instrumento técnico, um fim em si mesmo, passando a se revestir de uma importante função social, em harmonia com a Constituição.⁵¹⁵

A doutrina processual contemporânea passou a enfatizar o direito fundamental ao processo justo, como modelo mínimo de conformação do processo, que impõe ao juiz o dever de interpretar a legislação processual em conformidade com esse direito.⁵¹⁶

Nicola Picardi ressalta que o processo justo (*giusto processo*) é uma noção amadurecida no direito anglo-saxão e que concebe o processo como um método funcional que busca a justa solução das controvérsias.⁵¹⁷

As possibilidades do processo civil brasileiro, renovadas pelo constituinte de 1988, com a constitucionalização do "devido processo legal", permitem a ampla proteção dos direitos fundamentais implícitos, não a sendo necessário recorrer ao conceito de *substantive due processo f law*.⁵¹⁸

⁵¹³ Ivan Ordine Righi classifica os poderes do juiz em: 1) administrativos e 2) jurisdicionais. Nos primeiros estão compreendidos o poder de polícia e o poder disciplinar. Os poderes jurisdicionais são classificados em poderes ordinatórios (de impulso, direção e saneamento e instrução do processo) e poderes decisórios (poder de julgar a lide e resolver questões incidentais). (RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. **Jurisprudência brasileira**, Curitiba, v.169, p.41-50, 1993).

⁵¹⁴ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4.ed. São Paulo: RT, 2005. p.27.

⁵¹⁵ LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 6.ed. São Paulo: RT, 2009. p.45.

⁵¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.615.

⁵¹⁷ PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2010. p.5.

⁵¹⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.127.

O devido processo legal, conforme leciona Sérgio Mattos, deve ser concebido como "direito fundamental processual a um processo justo", equivale a dizer, "um processo informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e enfim, voltado para obtenção de uma proteção judicial efetiva"⁵¹⁹.

⁵¹⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **A funcionalidade do devido processo legal**: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa do Brasil 1988. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.335/336.

CAPÍTULO 3

DIREITO COMPARADO E O CONTROLE JUDICIAL DOS ÓRGÃOS REGULADORES

3.1 IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE COMPARADA DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

A importância do conhecimento das leis de outros países é ressaltada por René David como forma de melhor interpretar e aperfeiçoar a própria legislação nacional.⁵²⁰ As abordagens comparatísticas permitem um distanciamento do próprio sistema, diante da necessidade de fixar pontos essenciais necessários ao confronto com outros ordenamentos.

Além disso, a *rationale* de alguns institutos parece ser mais bem percebida quando se faz necessário compará-los com institutos similares de outras famílias jurídicas.

Também na teoria geral do direito, a abordagem comparada do direito permite buscar objetivos universais. Teresa Arruda Alvim Wambier concluiu que, nos sistemas de *civil law* e de *common law*, a razão de ser do direito é a estabilidade e previsibilidade.⁵²¹

Os sistemas jurídicos vêm se aproximando com influências recíprocas de ambas as tradições. Países da *civil law* adotaram medidas típicas do processo da *common law*. Apenas para exemplificar, o constituinte brasileiro, criou súmula vinculante (art. 103-A da CF/88 e Lei n.º 11.417/2006) e a súmula impeditiva de recursos ao Superior Tribunal de Justiça (art. 518, § 1.º, do CPC).⁵²² O estabelecimento de filtros no acesso ao Supremo Tribunal Federal, com a exigência da repercussão geral, tem nítida inspiração no *writ of certiorari*⁵²³ adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

⁵²⁰ DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. **Major Legal Systems in the World Today**: An Introduction to the comparative study of law. Londres: The Free Press, 1985. p.4.

⁵²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.172, p.123-174, jun. 2009.

⁵²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. **Revista da EMERJ** (Escolada Magistratura do Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v.4, n.16, p.11-22, 2001.

⁵²³ Em artigo publicado anteriormente anotou-se: "A repercussão geral concretiza a idéia, defendida há algum tempo por alguns juristas, de permitir à corte discricionariamente selecionar as causas relevantes que irá julgar, tal como o faz a Suprema Corte dos Estados Unidos no *writ of certiorari*." (SILVA, Fernando Quadros. Repercussão geral no recurso extraordinário: parâmetros jurisprudenciais. In: HIROSE, TADAAQUI; SOUZA, Maria Helena Rau de (Org.). **Curso modular de direito processual civil**. Florianópolis: Conceito, 2011. p.679). Na mesma linha, identificando um "patente paralelismo entre a repercussão geral e o 'writ of certiorari' norte-americano": HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Apontamentos sobre repercussão geral no recurso

No que se refere às questões regulatórias, que são alvo da atuação das agências as decisões ultrapassam fronteiras nacionais, afetando pessoas e empresas que utilizam bens e serviços. Além das questões de fundo técnico que podem motivar controvérsias, as questões processuais muitas vezes causam maior perplexidade diante da setorização a que estão submetidas. A experiência dos ordenamentos nacionais em termos de direito processual nem sempre é compreendida por outras nações.

Os direitos e garantias, aí incluídos os direitos processuais, dependem do reconhecimento de determinada comunidade política para que sejam formulados e aplicados.⁵²⁴ A tutela processual está ligada intimamente ao grau de desenvolvimento cultural e social da comunidade política. Nessa medida, as experiências de juristas de outros ordenamentos jurídicos podem servir de inspiração nas mudanças legislativa em países com características semelhantes.

Tudo isso explica a tendência de aproximação dos modelos jurídicos, com notáveis ganhos para todos os ordenamentos e com aumento na circulação de institutos e categorias jurídicas.⁵²⁵

Ademais, como ressaltado por Cruz e Tucci a análise científica do fenômeno processual, pela perspectiva comparada, traz enorme contribuição para a compreensão de muitos institutos já colocados à prova em outros países.⁵²⁶

Nesse sentido, Eduardo Couture destacava que a exata compreensão do direito vigente, em certo lugar e tempo, depende também da relação que se faz entre os sistemas jurídicos em vigor no mundo contemporâneo.⁵²⁷

extraordinário. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v.4, n.5, p.310-327, jan./jul. 2010. Sobre o 'writ of certiorari' ver: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.94; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário: (Lei 11.418/2006). **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.145, p.151-162, mar. 2007.

⁵²⁴ FRIEDRICH, Carl J. **Uma introdução à teoria política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p.18.

⁵²⁵ Para uma análise do fenômeno no âmbito do direito privado ver: FRADERA, Vera Maria Jacob. O direito dos contratos no século XXI: a construção da noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.500-503.

⁵²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.9.

⁵²⁷ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988. p.13. ("*[...] la comprensión del derecho vigente em cierto lugar y tiempo se relaciona siempre com los grandes sistemas jurídicos vigentes em el mundo contemporáneo*").

A aproximação entre os diferentes sistemas é identificada por Mancuso que destaca as mutações observadas na justiça brasileira, fruto desta rota de aproximação cada vez mais intensa entre a família jurídica da *civil law* (romano-germânica, de perfil clássico, com primado da norma legal, art. 5.º, II, CF) e da família da *common law* (anglo-saxã, fundada na *equity*, com ênfase no precedente judiciário: *stare decisis e non quieta movere*).⁵²⁸

No plano da teoria geral do direito, José Eduardo Faria destaca a globalização como fator suficiente para alterar completamente a percepção que temos do direito.⁵²⁹

O ordenamento jurídico de cada país deixou de ser um sistema fechado, refratário às influências externas, estando cada vez mais sujeito à integração. Cada vez mais as categorias jurídicas e os conceitos se universalizam, permitindo uma mais ampla compreensão e evolução dos institutos. No que se refere especificamente ao direito processual civil, Cândido Rangel Dinamarco destaca a necessidade de estudos de direito comparado, principalmente em relação aos ordenamentos jurídicos que vivenciam realidades semelhantes e com os quais o Brasil tem estreitos laços comerciais.⁵³⁰

A integração é possível tanto entre os sistemas com origens comuns, quanto em relação aos sistemas com origens distintas, como é o caso da circulação entre os sistemas da *civil law* e *common law*.⁵³¹ Um dos exemplos mais notórios dessa

⁵²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.23.

⁵²⁹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1991. p.331: "[...] o pensamento jurídico está vivendo um período de exaustão paradigmática, obrigado que foi, pelo fenômeno da globalização econômica, a despertar do sono da dogmática e a enfrentar o desafio de reflexões inéditas. E como não existem paradigmas alternativos ao da dogmática jurídica já cristalizados ou consolidados, fazer essa reflexão implica repensar epistemologicamente toda a Ciência do Direito e colocar em novos termos sua interface quer com a teoria social quer com a economia política."

⁵³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo civil comparado. **Revista de Processo**, São Paulo, v.23, n.90, p.46, 1998.

⁵³¹ SOARES, Guido Fernando Silva Soares. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999: "[...] a Common Law constitui uma 'família de direitos', à qual pertence a maioria dos Estados da Federação norte-americana, em contraste com a família dos direitos romano-germânicos, à qual se filia o Direito brasileiro. [...] A primeira acepção de Common Law, é de "direito comum", ou seja aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster (p.32). O segundo sentido de Common Law se refere ao contraste existente entre, de um lado, a Common Law, o direito criado pelo juiz (judge-made law), e, de outro, o direito criado pelo legislador postado fora do Poder Judiciário." (p.37). "No sentido amplo, Common Law quer referir-se por um lado ao sistema da família dos direitos que receberam a influência do direito da Inglaterra (onde vicejam os contrastes apontados entre Common Law versus Equity Law e Common Law versus Statute Law) e de outro lado, o sistema da família dos direitos romano-germânicos, que igualmente se denominam Civil Law, conforme denominação que os doutrinadores da common law costumam conferir a essa última..." (p.47).

aproximação⁵³² entre os sistemas jurídicos é a generalização das agências reguladoras nos mais diversos ordenamentos, como se viu anteriormente. Trata-se de um modelo inspirado nitidamente no direito norte-americano que, a partir da década de 1970, foi paulatinamente sendo adotado na Europa e posteriormente nos outros continentes.

Rolf Stürner⁵³³ lembra que, "em tempo de *Pax Americana*, o desenvolvimento do direito, tanto na América Latina como na Europa é determinado pela relação com os Estados Unidos da América"⁵³⁴. Por outro lado, a explosão do comércio internacional mudou o mundo para sempre, sendo necessário o estabelecimento de bases comuns para fazer frente às disputas e controvérsias comerciais internacionais que são inerentes à atividade.

Indispensável, portanto, a análise comparatística de alguns institutos para a formulação de respostas às questões centrais inerentes ao controle judicial das agências.

3.1.1 Direito processual transnacional

Nesse sentido, são interessantes as iniciativas de identificação e universalização de princípios e institutos processuais, por meio de tratados e convenções internacionais, bem como, dos Códigos Modelos, identificados estes como repositório de princípios

Conforme levantamento feito pelo American Law Institute e pelo UNIDROIT, os sistemas de *common law* derivam todos da Inglaterra e incluem Canadá, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia e os Estados Unidos, assim como Israel, Singapura e Bermuda. Os sistemas de *civil-law* têm origem na Europa continental e inclui aqueles ordenamento que derivam do direito romano (O direito do Império Romano reunido no Código de Justiniano) e o direito canônico (O direito da Igreja Católica, ele mesmo materialmente derivado do direito romano) Nesses sistemas de *civil law* se incluem a França, Alemanha, Itália, Espanha e outros países europeus, assim como os países da África (Egito), Ásia (China e Japão) e América Latina, como o Brasil, Argentina e México dentre outros. (AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.5).

⁵³² O esforço para reduzir as diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais é comumente denominado "harmonização". Outro método para reduzir essas diferenças é a "aproximação", que significa o processo de reforma das normas dos vários sistemas jurídicos de modo que eles se aproximem um do outro. Muitos esforços de aproximação e harmonização tem se dirigido ao direito material (*substantive law*), particularmente o direito que regula as transações comerciais e financeiras. (Cf. *Ibid.*, p.1).

⁵³³ O autor participou juntamente com Michele Taruffo, Geoffrey C. Hazard Jr., Antonio Gidi e outros do grupo de trabalho que atuou na preparação dos *Principles of Transnational Civil Procedure*.

⁵³⁴ Cf. Rolf Stürner. *Frühere Reformen und Entwicklungsperspektiven des deutschen Zivilprozesses*, p.152. (Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafrá. In: **Seminário Brasil-Alemanha**: Pontes de Miranda (2010; Recife-PE). Brasília: CJP, 2010. (No original: "Denn im Zeitalter einer Pax Americana is sowohl di lateinamerikanische als auch die europäische und deutsche Rechtsentwicklung wesentlich vom Verhältnis zu U.S Amerika bestimmt.").

e como modelo concreto para inspirar reformas e tornar mais homogênea a defesa de direitos e interesses em países de cultura jurídica comum.⁵³⁵

Com tal escopo, a *American Law Institute – ALI*⁵³⁶ e *UNIDROIT*⁵³⁷ publicaram, após minucioso levantamento e estudo, os *Principles of Transnational Civil Procedure*, que tem como escopo oferecer um sistema de processo aplicável amplamente pelo mundo afora na solução de disputas e conflitos comerciais.

Embora o objetivo esteja bem delimitado, trata-se de uma importante fonte de estudos, em razão da identificação das similaridades processuais entre os sistemas legais nacionais existentes, além de identificar as diferenças entre os sistemas de *common law* e *civil law*. É uma importante fonte de conhecimento para quem pretende compreender a circulação e as possibilidades de harmonização dos institutos de direito processual civil entre os diferentes modelos jurídicos.

A formulação de "princípios" tem ampla aceitação na mentalidade dos juristas da *civil law*, enquanto esse tipo de generalização é bem menos familiar aos juristas da *common law*. Como os princípios e as regras foram desenvolvidos simultaneamente, a relação entre as duas categorias é profundamente esclarecedora.⁵³⁸

Os princípios funcionam como guias de interpretação das regras, atuando também como princípios de interpretação dos códigos processuais nacionais existentes. Paralelamente, as regras podem ser consideradas como exemplo de implementação dos princípios, disponíveis para serem adotados ou para mais profunda adaptação

⁵³⁵ Ada Pellegrini Grinover noticia a existência do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, do Código Modelo de Processo Civil e do Código Modelo de Processo Penal, destacando a importância de tais instrumentos para homogenizar institutos e inspirar reformas (**Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**: exposição de motivos. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2077>>. Marcel Storme, **Approximation of Judiciary Law in the European Union** (Amsterdam, the Netherlands: Kluwer, 1994). Ver: Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, Revista de Processo (Creating a Model Code of Civil Procedure for Iberoamerica), vols. 52 and 53 (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988 and 1989).

⁵³⁶ *American Law Institute – ALI*, sediada na Filadélfia, (EUA), foi fundada em 1923 por juizes, professores e advogados com o objetivo de recomendar a simplificação do direito norte-americano e adaptá-lo à realidade social.

⁵³⁷ *UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law*, sediado em Roma (Itália), foi fundado em 1926 como uma agência especializada da Liga das Nações e após a segunda guerra mundial continua atuando como organização intergovernamental fundada em acordos multilaterais.

⁵³⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.4.

em determinada jurisdição. Ambos, princípios e regras, podem ser considerados para fins de reforma da legislação doméstica.⁵³⁹

Mas a harmonização da legislação processual⁵⁴⁰ encontra mais dificuldades do que outros ramos. Uma das dificuldades de harmonização é a concepção de que os sistemas processuais são muito diferentes entre si e profundamente fundados na história política local para permitir redução ou conciliação de diferentes sistemas legais.

Há notáveis esforços de entidades supranacionais para padronizar alguns procedimentos em matéria processual. Como exemplo, pode-se citar a *Hague Conventions on the Service Abroad and on the Taking of Evidence Abroad* - XX Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil e Comercial (Adoptada na 11.^a Sessão - Haia, 18.03.1970).⁵⁴¹

Algumas convenções sobre direitos civis (e direitos humanos) contêm garantias processuais fundamentais, como a igualdade perante as cortes, o direito a um justo, eficaz, público, direito de audiência ou julgamento perante uma corte independente. Essas garantias constituem padrões comuns internacionais e universalmente reconhecidos como base de harmonização do direito processual. Contudo, a

⁵³⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.3.

⁵⁴⁰ Relativamente à circulação de sentenças judiciais entre os diversos ordenamentos jurídicos, cabe lembrar a advertência de Danilo Knijnik: "Todavia, a crescente circulação de julgados deve ser compatibilizada com a observância das garantias mais fundamentais do processo civil contemporâneo, cuja guarda, entre nós, a Constituição Federal confiou ao STJ (art. 105, I, i, redação da EC 45/2005), ao qual incumbe, evidentemente, o dever de prestar tutela jurisdicional em face de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV)". (KNIJNIK, Danilo. Reconhecimento da sentença estrangeira e tutela da ordem pública processual pelo juiz do foro; ou a verificação, pelo STJ, do modo "modo de ser" do processo estrangeiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.156, p.75, fev. 2008).

⁵⁴¹ Ver *Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extra Judicial Documents in Civil and Commercial Matters*, November 15, 1965, 20 U.S.T. 1361; 16 I.L.M. 1339; *Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*, March 18, 1970, 23 U.S.T. 2555, 8 I.L.M. 37; *Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, September 27, 1968, 8 I.L.M. 229, Council Regulation (EC) No. 44/2001 of December 22, 2000, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ 2011 L 12/1; *Lugano Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, September 16, 1988, 28 I.L.M. 620. Ver também, Catherine Kessedjian, Report, *Hague Conference on Private International Law, Enforcement of Judgments*, "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", Prel. Doc. No. 7 (April 1997).

aproximação e harmonização no âmbito do direito processual é bem menor do que a verificada em outros ramos.⁵⁴²

Mesmo que o objetivo do presente trabalho seja enfatizar a possibilidade de soluções no sistema processual brasileiro, os direitos e garantias, aí incluídos os direitos processuais, dependem do reconhecimento de determinada comunidade política para que sejam formulados e aplicados.⁵⁴³ A tutela processual está ligada intimamente ao grau de desenvolvimento cultural e social da comunidade política.

A análise de outros ordenamentos, que já experimentam as mesmas dificuldades na relação Judiciário/agências, pode fornecer importantes elementos para previsão e formulação de proposições. Além disso, como se sabe, a análise de outros ordenamentos pode ajudar a identificar e desenvolver princípios de direitos processuais que podem ser universalizados.⁵⁴⁴

Entretanto, deve-se ter em mente que todos os modernos sistemas de direito processual civil têm semelhanças fundamentais, derivadas do fato de que um sistema processual deve responder a requisitos intrínsecos. Reconhecer esses requisitos torna mais fácil a tarefa de identificar similaridades funcionais nos diversos sistemas legais e, ao mesmo, tempo, demonstrar com mais profundidade como um sistema difere do outro.⁵⁴⁵

⁵⁴² Ver Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, 28 I.L.M. 1448; United States – Egypt Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, September 29, 1982, 21 I.L.M. 927; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, December 18, 1979, 19 I.L.M. 33; International Covenant on Civil and Political Rights, December 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171; Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, March 16, 1965, 17 U.S.T. 1270, T.I.A.S. No. 6090, 575 U.N.T.S. 159.

⁵⁴³ FRIEDRICH, Carl J. **Uma introdução à teoria política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p.18.

⁵⁴⁴ Como exemplo de instituto processual da *common law* que não é admissível na *civil law*, tem-se a doutrina do *Forum non conveniens*, que permite a uma corte judicial declinar sua competência por considerar que os interesses da parte e da justiça estariam melhores atendidos em outro foro. É uma solução processual que permite ao julgador previamente decidir, dentre as cortes competentes, qual a mais adequada a resolver uma controvérsia. (FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1985. p.91).

⁵⁴⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.4/5.

3.1.2 Categorias comuns nos dois sistemas

Os estudos de direito comparado demonstram que os importantes ordenamentos processuais contêm os seguintes princípios básicos em comum: a) o direito de acesso à justiça; b) publicidade do julgamento (*public trial* ou *audience publique*); c) direito a um juiz neutro (*neutral judge* ou *neutralité du juge*); d) direito de ser ouvido (ou *principe du contradictoire*), além das normas processuais sobre petição, notificação e resposta do réu, produção de provas e sobre a explicitação do direito material aplicável, decisão judicial e o recurso.⁵⁴⁶

As similaridades entre os diversos ordenamentos demonstram que, quanto à estrutura, os três modelos processuais existentes⁵⁴⁷ têm em comum: uma fase introdutória em que se fazem pedidos (fase postulatória), na qual o autor declara a sua pretensão e o réu reage, respondendo. Em seguida, há uma fase intermediária, cuja razão de ser é a preparação da fase final e subsequente. Na fase final, ocorre a decisão por um juiz ou por um colegiado de leigos ou de juízes.

3.1.3 Diferenças entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law*

Antes, porém, de ingressar numa análise mais profunda de alguns ordenamentos em particular, cabe identificar algumas distinções entre os dois grandes sistemas jurídicos. Para tal tarefa, pode-se lançar mão da sistematização, extremamente didática, feita pela *American Law Institute* e UNIDROIT, na obra *Transnational Civil Procedure*, que sistematiza e identifica as diferenças significativas entre os sistemas de *common law* e *civil-law*⁵⁴⁸:

- 1) No sistema de *civil law* é o juiz que tem a responsabilidade principal para produção das provas e articulação dos conceitos jurídicos que irão embasar a decisão. No sistema de *common law* essa tarefa é atribuída aos advogados.

⁵⁴⁶ Ver HABSCHEID, Walther F (c). **Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order**. General Reports for the VIth International Congress on Procedural Law. Würzburg, 1983.

⁵⁴⁷ Cf. STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. **Revista de Processo - RePRO**, São Paulo, n.200, p.203, out. 2011.

⁵⁴⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.6/8.

- 2) No sistema de *civil law* os processos se desenvolvem através de curtas audiências – às vezes de menos de uma hora cada – para recepção da prova, que é registrada e aguarda a fase final de decisão. Em contraste, no sistema *common law* o procedimento prevê uma fase preliminar ou estágio pré julgamento (*pretrial stage*) e então o julgamento no qual todas as provas são recebidas simultaneamente.
- 3) Num sistema de *civil law*, o reexame das decisões de primeira instância pelas cortes de segunda instância são mais amplos do que no *common law*. A revisão no *civil law* abrange tanto o direito como os fatos.
- 4) Os juízes no *civil law* geralmente são juízes pela vida toda enquanto no *common law* são selecionados nos quadros da advocacia. Assim, à maioria dos juízes da *do civil law* falta a experiência de terem sido advogados, com as conseqüências que isso possa ter.

Quanto à versão norte-americana da *common law*, a obra destaca as peculiaridades que a distingue das demais:

1) o julgamento pelo júri é um direito assegurado amplamente nas cortes federais e estaduais. Nenhum outro país adota como regra o júri em casos cíveis. 2) As regras norte-americanas de *discovery* permitem larga exploração das potenciais informações e provas relevantes, inclusive por meio de depoimentos orais. 3) O sistema adversarial norte-americano assegura aos advogados poderes mais amplos do que costumeiramente ocorre em outros sistemas de *common law*. 4) O sistema norte-americano opera através de uma regra por meio da qual cada parte ordinariamente paga seu advogado e não pode obter da parte sucumbente o reembolso. Em quase todos os outros países, com exceção do Japão e da China, a parte vencedora, seja autora ou ré, obtém um considerável reembolso dos custos. 5) Os juízes norte-americanos são selecionados por meio de variadas formas, nas quais a filiação partidária desempenha um importante papel. Na maioria dos outros países de *common law* os juízes são recrutados com base em parâmetros profissionais.

Como se observa, muitas diferenças decorrem, em grande parte, da utilização do júri na solução dos litígios. Nos processos julgados pelos juízes, sem utilização do júri, o procedimento é muito semelhante aos demais ordenamentos da *common law*.⁵⁴⁹

Os traços essenciais do processo civil norte-americano, e que o peculiarizam em relação aos demais, podem ser resumidos em: *discovery*⁵⁵⁰, não reembolso das despesas processuais e sistema do júri.

⁵⁴⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.7.

⁵⁵⁰ *Discovery* (ou no direito inglês *disclosure*) é a fase de pré-julgamento em um procedimento no qual cada uma das partes, conforme autoriza a lei processual civil, pode obter da parte contrária as provas necessárias ao caso (por meio de interrogatórios, pedidos de produção de documentos, solicitação de informações). Se forem negadas, o requerente poderá solicitar a assistência do juiz, mediante a apresentação de uma moção.

Desses traços distintivos fundamentais pode-se perceber, desde logo que, no chamado *Anglo-American Adversary System*, as partes e seus advogados têm um papel destacado, enquanto no sistema europeu continental o juiz dirige o processo, a colheita da prova e as tentativas de conciliação. Por tal motivo, o *adversary system* é considerado mais democrático, enquanto que o sistema europeu é considerado de viés mais autoritário.

Além desses aspectos, há outro fator cultural que não pode ser desprezado: a longa e nunca seriamente perturbada tradição democrática norte-americana que parece conectada com o *adversary system*, júri e o reconhecido poder dos advogados norte-americanos, no sistema de administração da justiça.⁵⁵¹

Essa maior participação do advogado dá uma unidade ao sistema, ao contrário do sistema de *civil law* onde as partes e advogados se sentem mais como credores de um serviço estatal que deve ser prestado de maneira eficiente, mas sem co-responsabilização do usuário desse serviço.

3.2 CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS NOS ESTADOS UNIDOS

Não sem razão, diz-se comumente que o direito administrativo norte-americano é um direito das agências, circunstância que lhe distingue do direito continental europeu. O primeiro aspecto a ser destacado é a generalização do termo agência. A administração pública norte-americana tem como base o modelo de agência. Talvez fruto do combate ao *spoil system*⁵⁵², o fato é que esse modelo de órgãos descentralizados independentes foi adotado de maneira geral e com grande

⁵⁵¹ Sobre o tema ver também: TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**. 4.ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. p.82 e segs., o autor traça um perfil do sistema judicial norte-americano e destaca seu protagonismo como fato do progresso daquele país. Ver também, PEYREFITTE, Alain. **A sociedade da confiança**. Tradução: Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2000. p.12, em que discorre sobre o papel decisivo do fator mental no desenvolvimento econômico, a diferença de êxito entre sociedades protestantes e sociedades católicas, respectivamente denominadas "sociedades de confiança" e "sociedades de desconfiança".

⁵⁵² O termo *spoil system* é utilizado geralmente em contraposição com *merit system*. Na história da administração pública dos Estados Unidos, *spoil system* (também conhecido como *patronage system*) é a prática de preencher cargos públicos com os correligionários de um partido político, em retribuição ao apoio dado nas eleições. O termo deriva da frase *to the victor belong the spoils* (ao vitorioso pertence o espólio), dita no Senado norte-americano, em 25 de janeiro de 1832, pelo Senador William L. Marcy, se referindo à vitória do democrata Andrew Jackson na eleição presidencial de 1828 e defendendo a nomeação de Martin Van Buren feita por Jackson. *Register of Debates in Congress*, vol. 8, col. 1325. (VAN RIPER, Paul P. **History of the United States Civil Service**. Westport: Greenwood Press, 1976. p.33. (reimpressão da edição de 1958).

prestígio, principalmente pela qualidade de isolar o trato de importantes assuntos regulatórios e administrativos da dinâmica inerente à atividade político-partidária.

As agências reguladoras independentes são a grande contribuição norte-americana para a ciência da administração pública. A independência dos órgãos reguladores é consequência em parte do desejo do Congresso de deixar esses poderes fora da influência direta do chefe do Poder Executivo, e em parte uma decorrência do poder de decidir controvérsias, que tem natureza jurisdicional.⁵⁵³

Além das agências reguladoras, no âmbito federal há também outras dezenas de agências com as mais diversas tarefas administrativas e algumas dessas com maior vinculação ao Presidente.

Nos Estados Unidos Woodrow Wilson é considerado o "pai da Administração Pública". Num artigo de 1.º de novembro de 1886, intitulado *The Study of Administration*⁵⁵⁴, reconheceu formalmente a existência da Administração Pública como atividade distinta da política e que tinha como objetivo "primeiramente, descobrir o que o governo pode propriamente e eficazmente fazer e, em segundo lugar, como ele pode fazer isso com a maior eficiência possível e menor custo possível de dinheiro e energia"⁵⁵⁵.

O artigo de Wilson influenciou profundamente a Administração Pública norte-americana, pois defendia quatro conceitos fundamentais: a) separação entre política e administração; b) análise comparativa entre organizações públicas e privadas; c) melhoria da eficiência com práticas empresariais e atitudes diárias de busca de objetivos e 4) melhoria da eficácia do serviço público por meio da gestão e treinamento dos funcionários públicos baseada na avaliação de mérito (*merit-based assesment*).

⁵⁵³ SCHWARTZ, Bernard. **The economic regulation of business and industry**: a legislative history of U.S. Regulatory agencies New York and London: Chelsea House Publishers, 1973. v.1. p.7.

⁵⁵⁴ Woodrow Wilson defendeu neste artigo pioneiro, que a Administração deveria estar fora da esfera de influência da política. As questões administrativas não são questões políticas e embora a política fixe as tarefas para a Administração, não pode pretender manipular a atividade administrativa. (*Let me expand a little what I have said of the province of administration. Most important to be observed is the truth already so much and so fortunately insisted upon by our civil-service reformers; namely, that administration lies outside the proper sphere of politics. Administrative questions are not political questions. Although politics sets the tasks for administration, it should not be suffered to manipulate its offices*). (WILSON, Woodrow. **The Study of Administration**. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=465>>. Acesso em: 24 out. 2011).

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p.1: "It is the object of administrative study to discover, first, what government can properly and successfully do, and, secondly, how it can do these proper things with the utmost possible efficiency and at the least possible cost either of money or of energy."

Portanto, a ideia de uma administração pública, distanciada de motivações políticas, há muito tempo permeia a doutrina política norte-americana. Mais recentemente, para facilitar a interpretação das leis e precedentes, o Código (*United States Code*) passou a definir agências como "cada autoridade do governo dos Estados Unidos", excluídos expressamente o Congresso, os juízes e tribunais, o governo dos territórios ou possessões, cortes marciais, autoridade militar.⁵⁵⁶ A medida é importante tamanha é a generalização do termo "agência". Desta forma, para fins legais tem-se, desde logo, a exclusão de autoridades que poderiam ser assemelhadas às agências.

Mais recentemente, contudo, percebe-se uma clara tendência dos presidentes norte-americanos de tentar ampliar a interferência na atuação das agências reguladoras independentes^{557,558} com a ampla revisão dos princípios que orientam a regulação econômica.⁵⁵⁹

Como atividade pública altamente intervencionista, a atuação das agências sempre é destinatária de grande questionamento, sendo normal que seus instrumentos estejam sempre sendo alvo do controle judicial por aqueles que se sentem atingidos indevidamente.

⁵⁵⁶ O *United States Code* define: **agency** means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include: a) The Congress; b) the courts of United States; c) the governments of the territories or possessions of the United States; d) the government of the District of Columbia, or except as to the requirements of the section 552 of this title; e) agencies composed of representatives the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; f) courts martial and military commissions; g) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or h) functions conferred by sections 1738, 1739, 1748 and 1744 of title 12; subchapter II 471 of title 49; or sections 1884, 1891-1902, and former section 1641 (b) (2), of title 50, appendix.

⁵⁵⁷ Sempre há quem defenda pura e simplesmente a submissão das agências ao controle do chefe do Poder Executivo, tendo em conta as enormes conseqüências da atividade regulatória sobre toda a nação. Ver: DUDLEY, Susan; FRAAS, Art. **The Future of Regulatory Oversight and Analysis**. Disponível em: <http://www.rff.org/Publications/WPC/Pages/09_06_08_Future_of_Regulatory_Oversight_and_Analysis.aspx>. Acesso em: 12 mar. 2012.

⁵⁵⁸ O governo do Presidente Obama, embora reconheça a importância das agências para assegurar saúde, segurança e o equilíbrio da atividade econômica, defende uma centralização na revisão dos atos dos órgãos independentes, como meio de promover os objetivos da regulação. *Memorandum for the Heads of Executive Departments Agencies*. January 30, 2009, FR Doc 2009-02434 Filed 02/02/2009 at 11:15 am; Publication Date: 02/03/2009] (http://transition2008.files.wordpress.com/2009/02/regulatory-review-order-_jan-2009_.pdf).

⁵⁵⁹ O memorando ressalta, ainda, que há mais de duas décadas o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), parte do *Office of Management and Budget* (OMB) tem exercido a revisão da regulação federal, com o propósito de assegurar coerência com as prioridades do Presidente, coordenar a política regulatória e oferecer uma "segunda opinião" analítica e desapaixonada sobre as ações das agências.

Tanto os procedimentos de tomadas de decisões, quanto os instrumento de regulação são alvo de críticas, havendo clara opção governamental de incentivar maior controle dos cidadãos na atividade das agências.⁵⁶⁰

Contudo, quando se pretende tratar do controle judicial das agências é necessário partir de uma simplificação, ou generalizar as agências e o controle judicial⁵⁶¹, tendo em mente, contudo, que as agências são criadas por diferentes leis, com poderes diferentes e que o controle judicial também pode apresentar as mais variadas nuances.

Dada a multiplicidade de agências, é fácil concluir que os níveis de qualidade das suas decisões são muito variados. Algumas agências concentram sua atividade na expedição de normas regulatórias enquanto outras preferem atuar mais no nível concreto, fiscalizando, aplicando multa, fazendo inspeções e contatos diretos com os setores regulados. Deve ser lembrado, ainda, que algumas agências são caracterizadas como *quasi-judicial agency*⁵⁶² em virtude dos poderes adjudicatórios⁵⁶³ atribuídos pela lei que as instituiu.

Algumas agências são mais estruturadas enquanto outras padecem com a falta de recursos e com a delimitação clara de suas atribuições. Contudo, é possível estabelecer alguns parâmetros de revisão judicial generalizáveis.

⁵⁶⁰ Para uma análise crítica da eficiência econômica como finalidade da atividade regulatória ver: HARRINGTON, Winston; HEINZELING, Lisa e MORGENSTERN, Richard (Orgs.). **Reforming Regulatory Impact Analysis**. Washington, DC: Resources for the Future, 2009. disponível em: <<http://www.rff.org/RFF/Documents/RFF-Rpt-ReformingRIA.pdf>>. Acesso em: 30 fev. 2012.

⁵⁶¹ Entre outras diretrizes, o memorando menciona que deve ser encorajada a participação do público nos processos decisórios das agências reguladoras o que indiretamente estimula um eventual questionamento judicial posterior.

⁵⁶² A expressão *quasi-judicial* designa as prerrogativas semelhantes a um juiz ou tribunal, relativamente ao poder de reconhecer direitos, impor penalidades e afastar lesões a direitos. Como exemplo, pode-se citar a *Merit Systems Protection Board* – MSPB, sucessora da *United States Civil Service Commission*, agência independente criada em 1978, com poderes quase-judiciais para proteger o 'sistema federal de mérito' (*federal merit system*) contra interferência político-partidárias, práticas pessoais proibidas e garantir adequada proteção aos funcionários federais contra abusos dos dirigentes das agências (suspensões, demissões). As decisões da MSPB são impugnáveis diretamente nas cortes federais de apelação. (Disponível em: <<http://www.mspb.gov/About/jurisdiction.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2012).

⁵⁶³ No direito anglo-americano o termo *adjudication* designa o processo de solução de controvérsias ou disputas por um terceiro imparcial, que pode ser um juiz, árbitro, júri ou mesmo um tribunal administrativo. Ver: LUCI, William. **Understanding and explaining adjudication**. Oxford University Press, 1999.

3.2.1 Agências quase-judiciais

Uma das primeiras indagações quando se trata de controle judicial diz respeito ao órgão judicial competente para tanto. Nos EUA algumas agências desempenham funções jurisdicionais, sendo que a criação destas agências com funções de resolver conflitos e reconhecer direitos é justificada pela necessidade de fazer frente à complexidade da sociedade moderna que impõe a mudança no tradicional conceito de separação dos poderes.⁵⁶⁴

Daí a razão de que algumas decisões de agências somente são atacadas mediante recurso endereçado diretamente às cortes federais de segunda instância. Trata-se, contudo, de circunstância estranha ao nosso direito, que assegura o controle judicial pleno das decisões administrativas.

A especialização das agências nas suas respectivas áreas faz com que suas decisões sejam alternativas razoáveis às soluções vindas de tribunais abarrotados.⁵⁶⁵ Daí porque, em certa medida, o caráter "quase-jurisdicional" das decisões das agências, que para um jurista brasileiro é vista com muita reserva, convive ao lado do sistema judicial norte-americano, sem maiores questionamentos.

De qualquer maneira, a ideia de reconhecer a natureza jurisdicional às decisões de algumas agências impõe a estas o dever de adotar práticas e procedimentos semelhantes aos das cortes, o que implica em maiores garantias para as partes.

Mais do que uma exceção ao princípio da jurisdição una e da separação dos poderes, a medida contribui igualmente para facilitar a revisão judicial. No exame da causa, o juiz já parte de um estágio em que algumas questões iniciais foram resolvidas, o que contribui para concentrar o trabalho judicial nos pontos controvertidos não solucionados pela agência.

⁵⁶⁴ BEECH, Amy J. Extends to Agencies to Foreign Governments Affecting Commerce and Operating within the United States. 42 **Albany Law Review** 341 1977-1978. "*The creation of executive agencies to perform judicial functions has been justified by the needs of a modern complex society that necessitate a modification of the traditional concept of separation of powers.*"

⁵⁶⁵ BEECH, *loc. cit.*

Por outro lado, exige que as partes se esforcem para alcançar uma solução no âmbito da agência, antes de levar o conflito para o âmbito do Poder Judiciário, com repetição de procedimentos e articulação de argumentos muitas vezes apresentados apenas em respeito ao princípio da eventualidade.

3.2.2 Aspectos gerais do processo civil norte-americano: as vias de acesso *statutory review* e *non-statutory review*

Em regra, a própria lei de criação das agências prevê a forma de controlar judicialmente a sua atuação. Daí porque, costuma-se classificar os instrumentos processuais em *statutory review* e *nonstatutory review*.

Quando o Congresso cria uma agência e dispõe sobre as regras de procedimento administrativo pode, igualmente, desde logo, prever a forma de revisão judicial dos atos dessa entidade administrativa. Nesse caso, se está diante do que a doutrina chama de *statutory review*, ou seja, instrumento de controle judicial previsto na lei de criação da agência.

Na hipótese da lei de criação da agência não haver criado uma via de impugnação judicial específica, a lei do processo administrativo (*Administrative Procedure Act – APA*) assegura um direito genérico de recorrer às cortes federais para obter a proteção do direito supostamente violado pela atuação da agência.

As regras do processo civil nos Estados Unidos não são tratadas numa única lei. Nas cortes federais, as “Regras Federais de Processo Civil” e as “Regras Federais em Matéria Probatória” são as mais importantes. Cada Estado da federação dispõe de regras próprias aplicáveis no âmbito de suas cortes.⁵⁶⁶

Nas cortes federais, primeira e segunda instância, são aplicáveis: *Federal Rules of Appellate Procedure*, *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*, *Federal Rules of Civil Procedure*, *Federal Rules of Criminal Procedure*, *Federal Rules of Evidence*, *Rules of the Foreign Intelligence Surveillance Court*.

⁵⁶⁶Cabe salientar que de acordo com o *National Center for State Courts*, sediado em Williamsburg, Virginia, entre 95% a 98% de todos os processos judiciais nos Estados Unidos tramitam nas cortes estaduais. (NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. **Court Administration**: Caseflow Management. Disponível em: <<http://www.ncsconline.org/WC/CourTopics/overview.asptopic=CasMan>>. Acesso em: 17 out. 2009). Ver também: SAMUELS, Dorothy. The Selling of the Judiciary: Campaign Cash "in the Courtroom". **Jornal New York Times**, 15 abr. 2008, p.A22.

Existem regras específicas que regem o processo nas cortes de apelação e são tratadas numa legislação à parte (*Federal Rules of Civil Procedure*). Na primeira instância, as Regras sobre processo civil e as Regras sobre provas são tratadas em diplomas separados. A primeira, também chamada *Rules of civil procedure for the United States District Court* (16.09.1938, com sucessivas emendas, a mais recente em 01.12.2010), dispõe que sua aplicação deve assegurar a rapidez e o baixo custo nas soluções de "ações e procedimentos".

Como se destacou antes, as diferenças decorrem, sobretudo, da utilização do júri na solução dos litígios. Nos processos julgados pelos juízes, sem utilização do júri, o procedimento é muito semelhante aos demais ordenamentos da *common law*.⁵⁶⁷

Os traços que mais distinguem o processo civil norte-americano do restante dos ordenamentos podem ser resumidos em: *discovery*⁵⁶⁸, não reembolso das despesas processuais e sistema do júri.

Contudo, como já se afirmou antes, em apenas vinte por cento dos casos, há necessidade de julgamento pelo jury. A maioria dos casos é resolvida na fase anterior, denominada *preliminary* ou *pretrial*. É uma característica marcante do direito anglo-americano. A fase do pré-julgamento (*pretrial*) é usada para reunir todos os fatos e encontrar novas provas, para determinar as questões cruciais para o julgamento e, na maioria dos casos, para resolver o litígio por acordo entre os advogados.⁵⁶⁹

São informações importantes, especialmente para demonstrar as sensíveis diferenças em relação ao procedimento europeu continental, também adotado no Brasil, que é dividido basicamente em duas etapas: uma fase de averiguação judicial e colheita de provas, e um estágio de decisão judicial após uma audiência final.

Aí reside um aspecto totalmente distinto do sistema de Common Law norte-americano: o papel destacado dos advogados na administração da justiça.

⁵⁶⁷ STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. **Revista de Processo - RePRO**, São Paulo, n.200, p.203, out. 2011.

⁵⁶⁸ *Discovery* (ou no direito inglês *disclosure*) é a fase de pré-julgamento em um procedimento no qual cada uma das partes, conforme autoriza a lei processual civil, pode obter da parte contrária as provas necessárias ao caso (por meio de interrogatórios, pedidos de produção de documentos, solicitação de informações). Se forem negadas, o requerente poderá solicitar a assistência do juiz, mediante a apresentação de uma moção.

⁵⁶⁹ STÜRNER, Rolf. Some European remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT. HeinOnline. 34 **Int'l L** 1074 (2000).

Rolf Stürner, após examinar as diferenças entre o processo civil norte-americano e processo civil europeu continental, conclui que:

o modelo processual americano é baseado na ideia da subsidiariedade da intervenção estatal nos litígios: apenas quando as partes não chegam a um resultado na fase de *pretrial discovery*, e isso ocorre num número bem pequeno de casos, haverá um julgamento que, freqüentemente, não é feito por juízes profissionais, mas por cidadãos eleitos como membros do júri.⁵⁷⁰

A estrutura do procedimento americano realça, a cada fase, a responsabilidade dos cidadãos na realização da justiça, enquanto o processo europeu continental revela a administração da justiça como uma responsabilidade do poder público, exercida de maneira mais autoritária e hierárquica.

Importante, mais uma vez, a sistematização extremante didática feita pela American Law Institute and UNIDROIT, na obra *Transnational Civil Procedure*, que identifica as diferenças significativas entre os sistemas de *common law* e *civil-law*⁵⁷¹:

Nos sistemas de *common Law* os advogados têm a responsabilidade originária de reunir provas e articular os fundamentos jurídicos que irão orientar a decisão. Ao contrário das audiências do sistema de civil Law, no estágio preliminar (*preliminary* ou *pretrial*) as provas são reunidas e os fundamentos da causa apresentados pelos advogados das partes e somente na fase seguinte, se houver, é que todo o conjunto é apresentado em juízo.

A doutrina norte-americana também debate quais devem ser os critérios mais importantes para avaliar um sistema processual. Para Roger C. Cramton, um sistema processual deve atender a três requisitos: eficiência (ou economia), precisão e aceitabilidade.⁵⁷²

⁵⁷⁰ STÜRNER, Rolf. Règles transnationales de procédure civile? Quelques remarques d'un européen sur un nouveau projet commun d l'American Law Institute et d'UNIDROIT. **Revue Internationale de Droit Compare**, n.4, p.845-865, 2000.

⁵⁷¹ AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.6/8.

⁵⁷² CRAMTON, Roger C. A Comment on Trial-Type Hearings in Nuclear Power Plant Siting. 58 **VA. L. REV.** 585 (1972)

As preocupações relacionadas à duração de um processo, os gastos e os esforços humanos, despendidos na prática dos atos necessários ao alcance de um provimento final (*time, effort, and expense*), também permeiam as discussões sobre o controle judicial da administração.

Mesmo no âmbito do processo administrativo tem sido apontada insuficiência dos requisitos – precisão instrutória, justiça processual e eficiência – para garantir um sistema que faça frente ao problema representado pela discricionariedade administrativa.⁵⁷³

Tendo em mente essas preocupações que permeiam o debate doutrinário, passa-se à análise das fases do procedimento.

O procedimento para as causas cíveis pode dividido em quatro fases: 1) *complaint/answer*; 2) *Discovery*; c) *Trial (dismissal)* e d) *appeal*. Todas essas fases são exaustivamente detalhadas principalmente nas normas específicas para o processo na primeira instância e nas cortes de apelação.

A fase mais peculiar é a *discovery* (ou *Disclosure*) e ocorre antes do processo ser apresentado ao juiz (*pretrial*). Trata-se de um procedimento que permite às partes e advogados levantar informações sobre a parte adversa, outras pessoas e sobre os fatos.

Os advogados têm grandes poderes nessa fase, podendo tomar depoimentos, ouvir testemunhas, examinar arquivos e documentos em poder da outra parte.⁵⁷⁴ Conforme anota Toni M. Fine, esse poder está ligado ao direito a um julgamento pelo júri⁵⁷⁵ e à natureza adversarial^{576,577} que predomina no sistema judicial norte-americano.^{578,579}

⁵⁷³ MAGAT, Wesley A.; SCHROEDER, Christopher. Administrative process reform in a discretionary age: the role of social consequences. 301 **Duke Law Journal** 343 (1984). Os autores defendem que o processo que regula a edição de normas pelas agências deve ser analisado sob a ótica de seis requisitos: a eficiência econômica, equidade, tempo, taxa de edição de normas, participação dos interessados e legitimidade das normas.

⁵⁷⁴ Os amplos poderes dos advogados, a amplitude da *discovery* e o julgamento por júri inclusive em causas cíveis são algumas características que diferenciam o sistema adversarial norte-americano dos outros sistemas de *common law*. (AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.7).

⁵⁷⁵ TITLE VI. TRIALS. Rule 38. Right to a Jury Trial; Demand (a) RIGHT PRESERVED. The right of trial by jury as declared by the Seventh Amendment to the Constitution – or as provided by a federal statute – is preserved to the parties inviolate. (b) DEMAND. On any issue triable of right by a jury, a party may demand a jury trial by: (1) serving the other parties with a written demand – which may be included in a pleading – no later than 14 days after the last pleading directed to the issue is served; and (2) filing the demand in accordance with Rule 5(d)

Como o julgamento pelo júri é oral e concentrado, as provas que serão apresentadas aos jurados devem estar prontas e em poder das partes quando se inicia a sessão do júri. É da tradição do sistema adversarial que a *discovery* seja conduzida diretamente pelas partes. A intervenção judicial só acontece excepcionalmente.

Conforme lembra Toni M. Fine, essa fase do procedimento (*discovery*) deve permitir que os advogados de cada uma das partes saiba, de forma precisa, as provas e os argumentos que seus adversários dispõe para refutá-los perante o júri.

A autora ressalta que a *discovery* tem o efeito prático de reduzir a incerteza e as surpresas indesejáveis, propiciar um julgamento mais tranquilo, além de aumentar a possibilidade de acordo, pois as partes e advogados podem avaliar previamente os pontos fortes e as fraquezas do caso, analisando os riscos de levar o caso a julgamento. A autora lembra o efeito colateral da *discovery*, que pode ser seu uso abusivo pelos advogados para revelar condutas impróprias de terceiros.⁵⁸⁰

De acordo com as regras federais de processo civil, a fase de *discovery* compreende: interrogatórios, depoimentos, pedidos de admissão da verdade, produção de prova documental, avaliação física e mental.

⁵⁷⁶ *Adversarial system*: Sistema adversarial (também denominado *sistema dispositivo* ou *sistema acusatório*) é a expressão que revela um dos traços mais característicos do sistema judicial anglo-americano (de *common law*). Conforme Mirjan R. Damaška, o modelo processual adversarial tem a forma de uma contenda ou uma disputa: se configura como uma luta entre dois adversários diante de um árbitro relativamente passivo que tem como principal dever proferir um veredicto. (DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e delle poteri**: analisi comparatistica del processo (The Faces of Justice and State Authority). Tradução italiana: Andrea Giussani e Fabio Rota. Bolonha: Il Mulino, 1991. p.30-31).

⁵⁷⁷ Mirjan R. Damaška (*Ibid.*, p.188) encontrou já no século XIII a dicotomia entre processo acusatório e inquisitório: "No século XIII, a dicotomia já usada com escopo de distinguir os procedimentos que requeriam o impulso das partes (*processus per accusationem*), daqueles que poderiam ser iniciados ainda que na ausência de partes (*processus per inquisitionem*)."

⁵⁷⁸ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2011. p.11.

⁵⁷⁹ Para uma crítica do sistema adversarial ver: SANDERS, Joseph. Scientifically complex cases, trial by jury and the erosion of adversarial processes. HeinOnline. 48 **De Paul L. Rev.** 355 (1998-1999). O autor salienta a importância da análise feita por Damaška que permite tomar uma distância intelectual suficiente que permite ver a floresta inteira e não somente as árvores individuais que formam a prática dos julgamentos norte-americanos. ("*He allows us to gain sufficient intellectual distance so that we can see the whole forest and not just the individual trees that comprise American trial practice*").

⁵⁸⁰ FINE, *op. cit.*, p.59.

Os interrogatórios são feitos de forma escrita e submetidos à outra parte e devem ser respondidos sob juramento. A produção de provas abrange o direito de revisar arquivos do adversário e acessar dados eletrônicos.⁵⁸¹

Como já se salientou, o papel do juiz nessa fase é subsidiário, embora tenha poderes para controlar esse procedimento. O juiz fixa um limite temporal para a *discovery*, resolve disputas entre as partes decorrentes desse procedimento, expede ordens para compelir uma parte a apresentar os elementos que esteja ocultando, bem como, expede ordem que obriga a parte autora a revelar a causa. O juiz pode expedir, ainda, ordem para proteger uma parte que esteja sofrendo *discovery* abusiva.⁵⁸²

Embora a doutrina destaque os elevados custos de um processo como uma peculiaridade do sistema norte-americano, as normas processuais contêm previsão sobre a possibilidade de litigar *In forma pauperis* (IFP ou i.f.p.).⁵⁸³ Essa condição é reconhecida pelo juiz sem necessidade de audiência e garante a dispensa de alguns custos e, em casos criminais, o patrocínio pelo conselho local. Aproximadamente dois terços dos recursos para a Suprema Corte (*writ of certiorari petitions*) são

⁵⁸¹ *Rule 26(b) DISCOVERY SCOPE AND LIMITS. (1) Scope in General. Unless the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any non privileged matter that is relevant to any party's claim or defense – including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(C).*

⁵⁸² A possibilidades de descumprimento e as soluções e penalidades, são tratadas exaustivamente na legislação processual (*Federal Rules of civil procedures*). Como exemplo: *Rule 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions. (a) MOTION FOR AN ORDER COMPELLING DISCLOSURE OR DISCOVERY. (1) In General. On notice to other parties and all affected persons, a party may move for an order compelling disclosure or discovery. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with the person or party failing to make disclosure or discovery in an effort to obtain it without court action. (2) Appropriate Court. A motion for an order to a party must be made in the court where the action is pending. A motion for an order to a nonparty must be made in the court where the discovery is or will be taken. (3) Specific Motions. (A) To Compel Disclosure. If a party fails to make a disclosure required by Rule 26(a), any other party may move to compel disclosure and for appropriate sanctions. (B) To Compel a Discovery Response. A party seeking discovery may move for an order compelling an answer, designation, production, or inspection. This motion may be made if: (i) a deponent fails to answer a question asked under Rule 30 or 31; (ii) a corporation or other entity fails to make a designation under Rule 30(b)(6) or 31(a)(4); (iii) a party fails to answer an interrogatory submitted under Rule 33; or (iv) a party fails to respond that inspection will be permitted – or fails to permit inspection – as requested under Rule 34. ... (Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Civil%20Procedure.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2012).*

⁵⁸³ *In forma pauperis* é uma expressão latina utilizada nos tribunais norte-americanos para designar alguém sem condições econômicas de custear um processo civil ou se defender num processo criminal.

interpostos *in forma pauperis*, na maioria dos casos por prisioneiros, embora a doutrina aponte a reduzida chance desses pleitos serem acolhidos.^{584,585}

Cabe destacar por fim que, embora o julgamento pelo júri (*jury trial*) e suas regras probatórias estejam na base da convicção de uma genuína solução norte-americana para se chegar à verdade e à justiça⁵⁸⁶, é grande a influência do processo civil romano-canônico também no processo civil anglo-americano. A fase denominada *pretrial* norte-americano é um sucessor histórico dos procedimentos de equidade (*equity proceedings*) que é similar ao processo civil continental europeu, inspirado no processo civil romano-canônico.⁵⁸⁷

Quando o cidadão norte-americano vai à justiça, como autor ou como réu, ele não espera que seu caso chegue a um julgamento final pelo juiz ou pelo júri. Em 9 de cada 10 casos a solução ocorre na fase denominada *pretrial*, cabendo concluir que este último é o procedimento normal e não o julgamento por júri ou pelo juiz.⁵⁸⁸

Estabelecidas as principais distinções e as peculiaridades, passa-se ao exame de alguns importantes precedentes do direito norte-americano.

3.2.3 A instituição do *Jury* e sua contribuição como catalisador de valores

O direito continental europeu e o moderno direito inglês preferem juízes profissionais em oposição aos juízes leigos.⁵⁸⁹ Nos Estados Unidos, em alguns casos, o processo é dirigido por um juiz profissional, mas os jurados leigos dão um veredicto, com base em instruções fornecidas pelo juiz. O direito ao julgamento pelo júri é uma importante garantia da Constituição dos Estados Unidos da América.

⁵⁸⁴ WRIGHTSMAN, Lawrence S. **The Psychology of the Supreme Court**. Nova York: Oxford University Press, 2006. p.60; STEPHENS, Otis H.; SCHEB, John M. **American Constitutional Law**. Belmonte-CA: Thomson Wadsworth, 2002.

Para uma análise das reduzidas chances desses recursos serem acolhidos pela Suprema Corte ver: THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures. 16 **George Mason University Law Review** 237-241 (2009).

⁵⁸⁵ Também nas cortes federais, em especial nos recursos, a matéria é detalhadamente tratada: Federal Rules of Appellate Procedure: Rule 24. Proceeding *in Forma Pauperis*. (a) Leave to Proceed in Forma Pauperis. ...

⁵⁸⁶ STÜRNER, Rolf. Some European remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT. HeinOnline. 34 **Int'l L** 1085 (2000)

⁵⁸⁷ Ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant Geoffrey. **International Encyclopedia of comparative law**. The Hague; Boston: Martinus Nijhoff, 1984. v.16: Civil Procedure. p.45, 74, 103 e 105.

⁵⁸⁸ STÜRNER, *op. cit.*, p.1085.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p.1074.

Dean Ezra Thayer esboçou o uso dos termos "*law*" and "*fact*" e a contribuição na localização dos julgamentos, respectivamente pelo juiz e pelo júri.⁵⁹⁰ A função do júri é manifestar-se sobre os fatos. Essa é a percepção comum que chega até hoje. O julgamento pelo júri é a contribuição característica da *common law* para a administração da justiça.⁵⁹¹

A ideia central que predominou no longo desenvolvimento histórico do júri é a determinação dos fatos pelo cidadão leigo, não profissional, embora seja notável a pobreza da concepção de utilizar tal grupo de pessoas para tal fim.⁵⁹²

De qualquer maneira, a histórica função do júri é a de moderar a aplicação das regras de direito, pelo senso comum sobre os fatos de um caso específico, trazido a julgamento.

Por outro lado, como lembra Leon Green, o júri absorve melhor que o juiz o impacto que advém de uma decisão duvidosa (*the jury can better absorb the shock that comes from a doubtful decision than can the judge.*)⁵⁹³ O júri, sempre prestou um excelente serviço como amortecedor político de choque na Administração da Justiça. Primeiro, contra os solavancos de uma administração desordenada e partidária. Segundo, contra os traços de preconceitos e as obstruções violentas de grupos inflamados ou comunidades desorganizadas.⁵⁹⁴

Qual descontentamento pode persistir contra um júri que, depois de ter dado seu veredito, se dissolve na cidadania? O descontentamento deve ter um alvo. Por outro lado, a qualidade absorptiva do júri já salvou muitos juízes do altar de sacrifícios de uma população inflamada.⁵⁹⁵

Por fim, o autor preconiza a preservação da função do júri e com a retomada de poderes, que estavam sendo exercidos pelas cortes de apelação, pelos órgãos de primeira instância.⁵⁹⁶

⁵⁹⁰ THAYER, James B. "Law and Fact" in Jury Trials. 4 **HARV. L. REV.** 147, 149 n.2, 155 nn.1-2 (1890).

⁵⁹¹ GREEN, Leon. **Judge and jury**. Kansas City, Mo.: Vernon Law Book Co., 1930., p.350.

⁵⁹² GREEN, *loc. cit.*

⁵⁹³ *Ibid.*, p.302.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p.376.

⁵⁹⁵ GREEN, *loc. cit.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p.393.

Especialmente sobre o julgamento pelo júri, o autor faz ainda uma análise do comportamento dos atores, que pode ser generalizado para todos os julgamentos: Suponha que a máquina da justiça está agora configurada para o caso particular. O próximo caso, é claro, deve fornecer seu próprio júri. Mas o mérito! As partes estão nervosas, o juiz é impaciente, as testemunhas estão nervosas e os membros do júri estão ansiosos para voltar aos seus negócios.^{597,598}

Para os críticos da Europa continental a apresentação dos fatos e das provas perante jurados leigos parece ser mais um "drama" do que um devido processo legal com objetivo de encontrar a verdade e obter um julgamento justo. O julgamento pelo júri é a principal fonte de desconfiança e aversão dos litigantes europeus nos Estados Unidos, até porque os veredictos do júri e as indenizações por danos são frequentemente anuladas e reduzidas pelas cortes de apelação por serem "desarrazoados" (*unreasonable*).⁵⁹⁹

A favor do julgamento pelo júri, Green destaca apenas a reverência pela venerável instituição. Poucas instituições deitaram raízes tão profundas na ordem social de maneira tão persistente e por tempo tão longo como o júri. Sua criação foi um dos precursores da era democrática. Ele marca a primeira ruptura bem definida entre distribuição secular e religiosa: religião *versus* votação.

Por que o júri deve ser mantido? O autor responde que ele representa algo na evolução da sociedade e que tem sido dominado pelas emoções do homem e não

⁵⁹⁷ GREEN, Leon. **Judge and jury**. Kansas City, Mo.: Vernon Law Book Co., 1930. p.409: "Assume that the machinery of justice is now set up for the particular case. The next case, of course, must provide its own jury; each party has his own set of peers. But to the merits! The parties are nervous, the judge is impatient, the witnesses are jumpy, the members of the jury are eager to be about their business."

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p.405: O tempo é a mais confiável das defesas, pode ser usada por tanto por litigantes com ou sem razão. Se um litigante não pede o julgamento pelo júri seu oponente geralmente o faz e, portanto, assegura armas mais efetivas de defesa. Ele pode esperar e preferir fazê-lo. Seu sucesso depende, sobretudo, de fatores supervenientes. Tudo pode acontecer... (Tradução livre a partir de: "Times is the most dependable of defences. It can be used both by meritorious and unmeritorious litigants. If a meritorious litigant does not ask for jury trial, his opponent usually does, and thereby secures his most effective defensive weapon. He can afford to wait and prefers to do so. His success depends upon adventitious factors. Anything may happen. Witnesses may scatter, death may intervene, the memories of claimants and witnesses may grow dim, opponents may lose interest, counsel may become absorbed in more promising litigation, the feeling of injury and injustice may subside. There are a thousand possibilities.")

⁵⁹⁹ STÜRNER, Rolf. Some European remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT. HeinOnline. 34 *Int'l L* 1074 (2000)

será deixado. Seu processo irradia um sabor de justiça popular e um floreio de democracia. Assim como na vida, alguns organismos da sociedade são mantidos embora não tenha mais uma função eficaz. Assim é o júri, uma antiguidade que é mantida apesar de seu custo.⁶⁰⁰

3.2.4 Processo coletivo: *class action*

Deborah R. Hensler, estudando as ações de massa nos Estados Unidos (*Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scales litigation*) questiona a impropriedade do sistema para solução de tais conflitos. A autora afirma que o sistema norte-americano é historicamente baseado em soluções privatísticas para problemas sociais sendo que tudo está a indicar que continuará a ser assim: as cortes resolvendo disputas como sendo questões relativas à danos pessoais e danos a propriedade.⁶⁰¹

A autora constata, ainda que esse processo civil com ênfase individualista não é concebido para solucionar conflitos em larga escala. O desafio das cortes é encontrar instrumento processuais que permitam administrar e resolver as demandas de massa.⁶⁰²

Por fim, duvida da capacidade dos juízes, acadêmicos e outros formuladores de políticas públicas de encontrar a melhores meios de desenvolver essas ferramentas a partir de um discurso normativo que não é fundado na realidade empírica da litigância em massa. Para encontrar a solução processual adequada é necessário considerar cuidadosamente as 'consequências práticas' dos procedimentos alternativos.

Quanto a este ponto, vê-se que o problema é fundamentalmente o mesmo experimentado por sistemas com ordenamentos baseados na *civil law*. A massificação

⁶⁰⁰ GREEN, Leon. **Judge and jury**. Kansas City, Mo.: Vernon Law Book Co., 1930. p.417.

⁶⁰¹ *The great question facing civil justice regimes in the United States and elsewhere is what the role of the judiciary should be in responding to large-scale harms. In the United States, where we have historically relied on private solutions to social problems, it is highly likely that we will continue to rely on the courts and private litigation to resolve disputes arising out of personal injury and property damage.* (HENSLER, Deborah R. **Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scales litigation**. Disponível em: <<https://www.law.duke.edu/journals/djcil/downloads/DJCIL11P179.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2011).

⁶⁰² HENSLER, *loc. cit.*

das demandas e as dificuldades de aperfeiçoar instrumentos processuais para fazer frente à tutela coletiva de direitos individuais e à tutela coletiva de direitos coletivos.

A experiência da *class actions* nos Estados Unidos⁶⁰³ põe em evidência como a inércia, ou a apatia racional, seja o comportamento em regra dos grupos latentes, tanto no exercício do *opt-out*, quanto nos comportamento ativos exigidos nos casos de conciliação da lide.

Um recente estudo que levou em consideração todas as *class actions* encerradas no prazo de 10 anos, revelou que a taxa de *opt-out* ficou em média inferior a 0,2% dos membros da classe. Nas conciliações o comportamento do afetados é similar. Menos de 30% dos investidores (que em regra são profissionais bem informado e legitimados a buscar o ressarcimento de valores elevados) propuseram a ação de liquidação.

Vê-se, portanto, que a *class action* não é o instrumento eficaz para assegurar um processo célere e eficiente na proteção dos interesses de massa.

3.2.5 *Amicus curiae*

Um dos institutos que evoluíram juntamente com as agências norte-americanas é o *amicus curiae*. Trata-se da possibilidade de intervenção de um terceiro, em relação à controvérsia que está sendo objeto do processo, que auxilia o magistrado com informações relevantes. A participação de terceiros nos processos judiciais é prática antiga no sistema de *common Law*.

No âmbito das agências, a participação de terceiros nos procedimentos administrativos é vista como indispensável para melhorar a *expertise* dos servidores das agências em questões técnicas e mesmo para aperfeiçoar a atividade de investigação dos fatos relevantes, quer nos processos de solução de controvérsias,

⁶⁰³ Cf. MILLER, Geoffrey. Punti cardine in tema di "class action" negli Stati Uniti e in Italia. **Analisi Giuridica dell'Economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa**, Bologna, n.1, p.225, 2008. A inércia como comportamento preferencial do pequeno afetado ficou bem evidenciada no caso *Phillips Petroleum v. Shutts* 472 U.S. 797 (1985): *Requiring a plaintiff to affirmatively request inclusion would probably impede the prosecution of those class actions involving an aggregation of small individual claims, where a large number of claims are required to make it economical to bring suit. The plaintiff's claim may be so small, or the plaintiff so unfamiliar with the law, that he would not file suit individually, nor would he affirmatively request inclusion in the class if such a request were required by the Constitution.*

quer nos processos preparatórios que antecedem a expedição de normas.⁶⁰⁴ Essa participação é ampla e informal.

No processo judicial, contudo, não há essa amplitude de participação. O instituto do *amicus curiae* não é equiparável ao direito de participação dos interessados no processo administrativo regulatório, por meio de audiência pública ou apresentação de críticas e sugestões ou, mesmo informações técnicas.

Admite-se, no processo judicial, a participação formal da por meio do "*Amicus curiae brief*", instrumento que permite àquele que não seja parte da relação processual fornecer ao órgão judicial informações e análise jurídica que podem ser úteis para uma decisão justa e bem informada sobre do caso.

Em tese, qualquer pessoa pode ser autorizada a apresentar tais informações, não obstante a falta de interesse jurídico suficiente para intervir no feito. Ficará a critério do juiz aceitar ou não a apresentação de informações, bem como, considerar ou não as informações apresentadas.⁶⁰⁵

O instituto tem vasta utilização no direito anglo-americano. No direito inglês, o papel do *amicus curiae* é explicado por Lord Salmon, no precedente que é lembrado por todos que tratam do tema: *I had always understood that the role of an amicus curiae was to help the court by expounding the law impartially, or if one of the parties were unrepresented, by advancing the legal arguments on his behalf.*⁶⁰⁶

A existência de um processo judicial pode suscitar preocupações quanto às suas consequências, o que pode ensejar a pretensão de entidades de apresentar ao tribunal sua percepção da causa e os prováveis efeitos.

Nos julgamentos da Suprema Corte norte-americana, Keneth Jost constata o crescimento das manifestações como *amicus curiae* como também os casos em que os juízes fazem referência à essas manifestações na suas decisões, lembrando que a manifestação do *amicus curiae (brief)* pode enganar ou induzir o tribunal em

⁶⁰⁴ GELPE, Marcia R. Exhaustion of Administrative Remedies: The Lesson from Environmental Cases. 53 **George Washington Law Review** 19 (1985).

⁶⁰⁵ GIDI, Antonio; TARUFFO, Michele.; STÜRNER, Rolf.; HAZARD, Geoffrey C. Comments to Draft Rules of Transnational Civil Procedure. **UNIDROIT**, Study LXXVI, doc.12, p.5, 2004.

⁶⁰⁶ Lord Salmon, *Allen v Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd*, [1968] 2 *Queens B* 229 at p.266 F-G. In: 1 *All England Law Reports (England)* 543. (Numa tradução livre: "Eu sempre entendera que o papel do *amicus curiae* era ajudar o tribunal expondo o direito de forma imparcial ou, se uma das partes estivesse sem representação, apresentar os argumentos jurídicos em seu nome").

erro⁶⁰⁷, pois chegam às cortes sem a submissão a um contraditório pleno nas instâncias ordinárias.⁶⁰⁸

Uma das medidas tomadas para afastar esse risco, é uma regra adotada pela Suprema Corte norte-americana, desde 1997, que obriga o *amicus* a divulgar qualquer tipo de assistência que tenha recebido das partes ou dos advogados.⁶⁰⁹

A regra é que a admissão do *amicus curiae* depende da permissão do Tribunal ou do consenso das partes, a exceção das manifestações dos órgãos públicos que devem ser admitidas. Importante ressaltar, ainda, que o *amicus curiae* não deve ser considerado parte no processo, apenas um comentarista ativo. Alegações de fato no memorial do *amicus curiae* não podem ser tomadas como prova.

O instituto vem experimentando crescente acolhida em diversos ordenamentos. O "Projeto de Regras de Processo Civil Transnacional" contempla o instituto nos seguintes termos: Sempre que apropriado, qualquer pessoa ou organização pode apresentar uma petição escrita ao tribunal que contenha dados, informações, observações, análise jurídica, e outras considerações, que possam ser úteis para uma decisão justa e imparcial do caso. O Tribunal pode recusar tal proposta.⁶¹⁰

Nos ordenamentos de *civil law* não havia, até recentemente, a prática estabelecida de permitir a intervenção de terceiros, sem interesse legítimo na solução da controvérsia.⁶¹¹ No entanto, as informações do *amicus curiae* podem ser um importante instrumento, especialmente nos casos de interesse geral (*public significance*).

⁶⁰⁷ Ver: HOLLIS, Duncan B. Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty. **Boston College International and Comparative Law Review**, n.25, p.235-255, 2002; JOSH, Robbins. False Friends: Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals Under the Hotrolled Lead/Asbestos Doctrine. **Harvard International Law Journal**, n.44, p.317-329, 2003.

⁶⁰⁸ JOST, Kenneth. The Amicus Industry: Conservatives catch up with liberals in getting the attention of the U.S. Supreme Court. **California Lawyer**, n.21, out. 2001. Disponível em: <<http://www.callawyer.com/story.cfm?pubdt=NaN&eid=403132&eid=1>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

⁶⁰⁹ Kenneth Jost cita o exemplo de uma manifestação de um *amicus curiae* que não teria informado que além do destacado professor universitário, tinha anteriormente atuado como conselheiro de uma das partes, no caso, a American Trucking Associations que estava questionando a regulamentação da *Clean Air Act* feita pela Environmental Protection Agency – EPA. (JOST, *loc. cit.*).

⁶¹⁰ UNIDROIT 2004, Study LXXVI – Doc 12: 6. *Amicus Curiae Submission: Whenever appropriate, any person or organization may present a written submission to the court containing data, information, remarks, legal analysis, and other considerations, that may be useful for a fair and just decision of the case. The Court may refuse such a submission. The court may invite a nonparty to present such a submission. The parties must have an opportunity to submit written comment addressed to the matters in the submission before it is considered by the court.*

⁶¹¹ GIDI, Antonio; TARUFFO, Michele.; STÜRNER, Rolf.; HAZARD, Geoffrey C. Comments to Draft Rules of Transnational Civil Procedure. **UNIDROIT**, Study LXXVI, doc.12, p.5, 2004.

O instituto está longe de ser uma solução confortadora. No complexo mundo em que se vive, não há tanta entidades com recursos para custear intervenções em processos judiciais. Por outro lado, há o risco do *amicus curiae* transformar-se num lobista processualmente qualificado, que procura influenciar a futura decisão judicial.

Todavia, tem a vantagem de permitir que o juiz busque ou aceite a colaboração de pessoas ou entidades tecnicamente preparadas, trazendo ao processo informações que as partes, muitas vezes, não possuem ou não desejam trazer.

Tendo em vista a prevalência no direito processual civil⁶¹² do princípio da demanda e seu corolário, o princípio dispositivo, que limita os poderes investigatórios do juiz, o instituto pode revelar-se um eficaz instrumento para evitar a edição de provimentos judiciais, descolados da realidade fática e sem a desejável efetividade.

Mesmo no direito norte-americano, o instituto passou por sensíveis mudanças. De início o *amicus curiae* intervinha nas ações em que a Administração Federal fosse parte para favorecer o interesse público em detrimento de interesses privados, questão que poderia ser resolvida pelo aperfeiçoamento da adequada representação judicial dos interesses públicos.⁶¹³

Posteriormente, doutrina e jurisprudência passaram a identificar e admitir a intervenção de particulares para a tutela de interesses privados, o que os levou a ser identificados como *amicus curiae litigante*.

O crescimento da admissão de entes e pessoas privadas fez com que se perdesse a mais importante característica original do instituto que era a sua imparcialidade. Na atualidade, assume-se no direito norte-americano que o *amicus curiae* é mais um 'interessado' na solução da causa.

Para fins de controle judicial das agências, foco central do presente trabalho, o que se preconiza é a generalização do instituto principalmente nos processos envolvendo questões regulatórias, nos quais o juiz necessita de informações e não pode ficar dependendo apenas de informações do perito judicial.⁶¹⁴

⁶¹² Sobre a adoção do princípio da demanda nos ordenamentos processuais civis da Europa, ver TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.78

⁶¹³ KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. 72 **Yale L. J.** 694, 1963.

⁶¹⁴ Vejam-se os precedentes a seguir transcritos, nos quais as informações das agências foram decisivas para permitir a conclusão judicial: STJ 2.^a Seção. **Conflito de Competência n.º 97359** (200801578988), Rel. Min. Sidnei Benetti, DJE 24.06.2009: Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE

3.2.6 *Contempt of court*

Um dos problemas frequentes no sistema judicial brasileiro é o descumprimento reiterado das decisões judiciais. A criatividade judicial tentou buscar soluções no ordenamento positivo que não se revelaram eficazes. Talvez seja esse o aspecto mais sensível que torna o processo de controle judicial das agências brasileiro mais sujeito a críticas.

No direito norte-americano como se constatou, nem sempre a decisão judicial implica na mudança completa do procedimento da agência. Os dirigentes podem optar por insistir na prática condenada judicialmente. Contudo raramente se observa o descumprimento da decisão no caso concreto.

No ordenamento processual civil brasileiro, a imposição de *astreintes* tem sido usada em larga medida nas ordens judiciais endereçadas aos órgãos públicos. O sistema recursal generoso, e a possibilidade de levar uma simples questão às mais altas cortes, contribuem para retirar a efetividade das decisões de primeiro grau, embora seja nítido que essa falta de efetividade das decisões é o maior problema a ser resolvido.

COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUÍZO ESTADUAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL QUE CONFRONTA COM RIO FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. De acordo com a Nota Técnica n.º 18/2005/NGI e a Resolução n.º 399 da Agência Nacional de Águas – ANA, o Rio Piracicaba, por banhar mais de um estado da Federação, é considerado federal, nos termos do artigo 20, III, da Constituição Federal. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal da 3.ª Vara de Piracicaba- SJ/SP. TRF 3.ª Região. **Apelação e Reexame Necessário n.º 1035448** (00074048920004036109), 5.ª Turma, Rel. Des. André Nekatschalow, CJ1 07.12.2011. Ementa: CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. USUCAPIÃO. RIO PIRACICABA. TERRENOS MARGINAIS. BENS DA UNIÃO. 1. Nos termos da Nota Técnica n.º 18/2005/NGI e da Resolução n.º 399, ambas da Agência Nacional de Águas - ANA, o curso principal da bacia do rio Piracicaba, compreendido pelos rios Piracicaba, Jaguari e Camanducaia, compõe a divisa entre os Estados de Minas Gerais e São Paulo. Assim, os trechos dos rios que fazem parte dos cursos principais das bacias que transpassam ou compõem limites estaduais, são de domínio federal (STJ, CC n.º 97359, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 10.06.09). 2. Assentado que o Rio Piracicaba é de domínio federal, seus terrenos marginais também pertencem à União, ex vi do inciso III do art. 20 da Constituição da República, que prevê serem bens da União, entre outros, os rios que banhem mais de um Estado e seus terrenos marginais. 3. Divergia-se quanto à possibilidade de os terrenos marginais integrarem o domínio de particulares, nas hipóteses em que concedido legítima e expressamente pela autoridade competente. Porém, o entendimento que prevalece atualmente é o de que o art. 20, III, da Constituição da República aboliu de modo expresso a dominialidade privada dos terrenos marginais (STJ. REsp n.º 763591, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.08.08 e REsp n.º 686.318, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.05.08). 4. Reexame necessário e apelações da União e Ministério Público Federal providos.

James Madison afirmava que as decisões judiciais, assim como a própria Constituição são barreiras de pergaminho.⁶¹⁵ Não resistem, obviamente, à força e somente se impõe na medida em que a sociedade esteja num estágio avançado de desenvolvimento.

Tal problema não se verifica no ordenamento norte-americano, que contém o instituto do *Contempt of Court* de maneira bem desenvolvida. O descumprimento de uma ordem judicial e mesma a crítica podem ser consideradas como desrespeito e sujeitar o autor a sanções de multa e prisão.

No âmbito civil, *contempt* ocorre quando uma pessoa desobedece uma ordem judicial.⁶¹⁶ O objetivo da *civil contempt* é não apenas fazer cumprir as ordens judiciais, mas também manter a confiança pública no sistema judicial, "já que a administração da justiça seria prejudicada se uma ordem de qualquer tribunal de justiça pudesse ser desconsiderada impunemente"⁶¹⁷.

Conforme antigos precedentes do direito inglês, *civil contempt* ocorre quando alguém voluntariamente desobedece uma ordem judicial. A prova do descumprimento deve ser levada perante o juiz e o recalcitrante pode ser multado, preso ou ambos. O objetivo da multa e da prisão não é punir, mas coagir o destinatário da ordem judicial a cumpri-la e, nos casos de prisão, o destinatário da ordem será libertado imediatamente quando a ordem for cumprida.⁶¹⁸

Nos casos cíveis (*civil contempt*), a desobediência intencional de uma ordem judicial deve ser provada para além de qualquer dúvida razoável, e a ordem em si

⁶¹⁵ "judicial decisions, like the Constitution itself, are nothing more than 'parchment barriers'. Both depend on a judicial culture that understands its constitutionally assigned role, has the courage to persist in that role when it means announcing unpopular decisions, and has the modesty to persist". (MADISON, James. **The Writings of James Madison, 1783-1787**. Ed. Gaillard Hunt. New York: G.P. Putnam's Sons, 1901. p.269 e 272).

⁶¹⁶ Ver o caso *Attorney General v. Times Newspapers Ltd* [1974] AC 273 (Disponível em: <<http://documents.ag.gov.fj/Contempt-Shameem.pdf>>).

⁶¹⁷ Para maior aprofundamento sobre instituto, em especial sobre as diferenças nos casos cíveis e criminais, ver: MILLER, Christopher J. **Contempt of Court**. Oxford University Press, 2000.

⁶¹⁸ *Attorney General v Leveller Magazine Ltd & Ors.* (*Civil contempt occurs when the contemnor wilfully disobeys a court order. This is also called indirect contempt because it occurs outside the judge's immediate realm and evidence must be presented to the judge to prove the contempt. A civil contemnor, too, may be fined, jailed or both. The fine or jailing is meant to coerce the contemnor into obeying the court, not to punish him, and the contemnor will be released from jail just as soon as he complies with the court order*).

deve ter sido clara e concisamente redigida, de modo que o desprezo fique bem evidenciado.⁶¹⁹

Quanto a extensão da restrição imposta, é clássica da lição de Lord Reid no sentido de que o instituto (*Contempt of Court*) não existe para proteger os interesses privados das partes mas para impedir interferências na administração da justiça. Portanto, deve ser aplicado na medida necessária para atingir o fim desejado pelo juiz, levando sempre em consideração os direitos que estão sofrendo limitação.⁶²⁰

3.3 CONTRIBUIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA PARA O CONTROLE JUDICIAL

O que pode ser objeto (*scope*) da revisão judicial constitui verdadeira obsessão dos estudiosos do direito administrativo, quando se trata de controle das decisões das agências.⁶²¹ No caso *United States v. Mead Corp*, considerado por alguns como o precedente mais importante da Suprema Corte sobre direito administrativo nos últimos anos, decidiu-se que a tolerância da Corte depende muito da formalidade procedimental que a agência adotou para editar sua decisão.⁶²²

Quando o Congresso deixa uma ambiguidade na lei que criou uma agência, presume-se que pretendeu deixar a critério da agência, dentro dos limites da interpretação razoável, a decisão de como a ambiguidade deve ser resolvida. Ao deixar a aplicação da lei a uma agência, em vez de aos tribunais, o Congresso realizou uma interpretação inicial e primária, que deve ser observada.⁶²³

⁶¹⁹ CONTEMPT OF COURT. Paper delivered by Madam Justice Shameem at the Attorney-General's Conference, December 2004} (Disponível em: <<http://documents.ag.gov.fj/Contempt-Shameem.pdf>>.

⁶²⁰ Lord Reid A-G v. *Times Newspapers Ltd*. [1974] AC 273, 294 H.L.: "*The law on this subject is and must be founded entirely on public policy. It is not there to protect the private rights of parties to a litigation or prosecution. It is there to prevent interference with the administration of justice and it should in my judgment be limited to what is reasonably necessary for that purpose. Public policy generally requires a balancing of interests which may conflict. Freedom of speech should not be limited to any greater extent than is necessary, but it cannot be allowed where there would be real prejudice to the administration of justice.*"

⁶²¹ STEPHENSON, Matthew C. The strategic substitution effect: textual plausibility, procedural formality, and judicial review of agency statutory interpretations. 120 *Harv. L. Rev.* 528 (2006).

⁶²² *United States v. Mead Corp.* 533 U.S. 218 (2001).

⁶²³ *United States v. Mead Corp.* 533 U.S. 218 (2001)

De certa forma, um controle muito intenso pode, na prática, acabar ou reduzir muito os poderes das agências. Por outro lado, a existência de um controle é pressuposto do regime democrático.⁶²⁴

O direito pretende conferir às agências liberdade suficiente de ação para atingir sua finalidade regulatória ou administrativa, mas simultaneamente quer assegurar que os direitos fundamentais (civil rights) estejam protegidos. A Lei do Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act) dispõe que os tribunais não devem se substituir às agências quando estas estão exercendo sua função discricionária garantida pela legislação.

A atividade dos tribunais deve se limitar a verificar se a atuação da agência ultrapassou os limites de suas atribuições; se foram observadas as normas processuais e as formalidades na elaboração da decisão; e se a decisão é manifestamente errada que pode ser afastada.

Os tribunais geralmente aceitam as apreciações fáticas feitas pelas agências mas podem decidir sobre a aplicação do direito sobre tais fatos. O exame judicial abrange todo o procedimento administrativo da agência e também deve considerar a especialização da agência sobre o tema.

Para alguns autores, os tribunais costumam respeitar mais as interpretações feitas pelas agências, quando resta demonstrado que tal conclusão é resultado de um procedimento formalmente bem elaborado.⁶²⁵

A Suprema Corte decidiu:

nós precisamos decidir se as regras processuais são 'jurisdicionais' e não se trata apenas de uma questão semântica, mas de considerável importância prática para juízes e litigantes. De acordo com o sistema adversarial (*adversarial system*), os tribunais são geralmente limitados pelas pretensões e argumentos trazidos pelas partes.⁶²⁶

⁶²⁴ Ver: BREYER, Stephen. Judicial Review of Questions of Law and Policy. 38 **ADMIN. L. REV.** 363 (1986); SCALIA, Antonin. Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law. 1989 **DUKE L. J.** 511 (1989); SUSTEIN, Cass R. On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action. **Duke Law Journal**, v.1989, p.522, 1989.

⁶²⁵ STEPHENSON, Matthew C. The strategic substitution effect: textual plausibility, procedural formality, and judicial review of agency statutory interpretations. 120 **Harv. L. Rev.** 529 (2006).

⁶²⁶ Sanchez-Llamas v. Oregon. 548 U.S. 331 356-357, (2006).

As cortes usualmente não formulam reivindicações e argumentos por si mesmas. Contudo, as cortes federais têm a clara obrigação de assegurar que as pretensões não ultrapassem o limite da sua jurisdição (*do not exceed the scope of their jurisdiction*) e, portanto, devem decidir questões jurisdicionais que as partes omitiram ou optaram por não apresentar.

As regras sobre competência podem também resultar em gasto de recursos judiciais e injusto prejuízo para as partes. Com esse propósito de eficiência e justiça, o sistema é repleto de normas exigindo que certas questões sejam apresentadas no momento certo.

3.3.1 Controle judicial e revisão judicial (*judicial control e judicia review*)

Para a abordagem do tema relativo ao controle judicial das agências, se faz necessário abordar três doutrinas ou teorias, interrelacionadas entre si e que envolvem ponderações sobre as vantagens de preservar ou não a capacidade decisória das agências em áreas complexas do conhecimento, que deve ser compatibilizada com a necessidade de solução rápida das disputas.⁶²⁷

Algumas cortes têm entendido que o exame judicial do abuso de autoridade de um administrador é melhor caracterizado como "controle judicial" (*judicial control*) e não revisão judicial (*judicial review*). A distinção estaria no fato da revisão judicial se referir ao exame feito pelo Judiciário quanto ao mérito da decisão administrativa, enquanto "controle judicial" examina o procedimento adotado pelo administrador ou à maneira utilizada para chegar à decisão, não obstante a decisão de mérito esteja fundada em prova material.⁶²⁸ Uma corte pode reformar e determinar nova decisão se houver falhas processuais.

Num precedente a corte classificou sua atuação mais como controle judicial do que propriamente *judicial review*. *Judicial control* é função relacionada a manter o administrador dentro de poderes legais e institucionais. Quando o administrador

⁶²⁷ GELPE, Marcia R. Exhaustion of Administrative Remedies: The Lesson from Environmental Cases. 53 **George Washington Law Review** 1 (1985).

⁶²⁸ BEEDLE, Norma J. Administrative law: veterans benefits. Judicial review on administrative procedural policies in light of the no review clause. HeinOnline. 42 **Missouri Law Review** 433 (1977).

exceder seus poderes o Judiciário tem o dever de exercer o controle para impor limites previstos na legislação própria.⁶²⁹

A distinção não apresenta utilidade prática. A evolução doutrinária e jurisprudencial demonstra que os tribunais vêm ampliando o escopo da análise das atividades das agências reguladoras. Mais importante, portanto, é delimitar as hipóteses em que as cortes não aceitam a intervenção judicial.

As doutrinas do prévio exaurimento (*exhaustion*), da jurisdição originária (*primary jurisdiction*) e da causa madura (*ripeness*) representam importante contribuição no que se refere ao relacionamento entre as cortes judiciais e as agências e à repartição de poderes decisórios entre esses órgãos estatais.⁶³⁰

3.3.2 Doutrina da jurisdição originária (*primary jurisdiction*)

A doutrina da jurisdição originária (*primary jurisdiction*) surge quando a parte pede à corte que decida uma questão que não envolve propriamente uma revisão judicial da ação administrativa, mas a adoção de uma medida diretamente pela corte. Essa doutrina entra em jogo quando a pretensão poderia ter sido originariamente ser apreciada por uma agência administrativa e a corte deve resolver se deixa à agência decidir primeiramente a pretensão, evitando apreciar a questão até que a agência o faça.

Não existe um critério fixo para aplicar a doutrina da jurisdição originária. Cabe verificar, em cada caso, se as razões para aplicá-la estão presentes.⁶³¹ Um dos seus fundamentos é evitar a possibilidade da corte decidir de maneira a interferir ou impedir a atividade regulatória federal conduzida pela agência.⁶³² Outro motivo, é a uniformidade de tratamento e interpretação da legislação federal que é alcançado

⁶²⁹ Siegel v. United States. 87 F. Supp 555 (E.D.N.Y 1949); Dismuke v. United States 297 US 167 (1936).

⁶³⁰ GELPE, Marcia R. Exhaustion of Administrative Remedies: The Lesson from Environmental Cases. 53 **George Washington Law Review** 1 (1985).

⁶³¹ Ver: Western Pacific, 352 U.S. at 64, 77 S.Ct. 161.

⁶³² DAVIS, Kenneth C.; PIERCE JR., Richard J. **Administrative Law Treatise**. 3.ed. New York: Aspen Law & Business, 1994. § 14.1, p.272.

quando se reconhece à agência a jurisdição originária (*primary jurisdiction*), permitindo-lhe uma primeira análise da matéria ou da controvérsia.⁶³³

Além disso, alguns fatores podem auxiliar a decisão judicial no objetivo de verificar se o caso deveria ser analisado primeiramente pela agência, especialmente quando à questão envolve matéria fática: a) se a questão está no cerne das atribuições institucionais delegadas pelo Congresso; b) se a *expertise* da agência é necessária para analisar questões intrincadas e aspectos técnicos e c) se, embora não vinculante, a manifestação da agência possa auxiliar a corte com elementos materiais.⁶³⁴

3.3.3 Exigência de prévio exaurimento dos recursos administrativos (*Doctrine of exhaustion of remedies*)

Outro aspecto a ser destacado quanto se analisa o controle judicial norte-americano é a exigência de prévio exaurimento da matéria no âmbito da agência como condição da revisão judicial, ao contrário do ordenamento jurídico brasileiro que não exige o exaurimento dos remédios administrativos.⁶³⁵

De um modo geral, pode-se afirmar que no direito norte-americano, a exigência da prévia utilização dos remédios administrativos (*The doctrine of exhaustion of remedies*) é tão antiga quanto o direito administrativo federal, embora tenha sido nos anos 50 que essa doutrina se desenvolveu e se firmou em muitos precedentes judiciais.⁶³⁶

⁶³³ Ver o caso *American Auto. Mfrs. Ass'n v. Massachusetts Dep't of Env'tl. Protection*, 163 F.3d 74 (1st Cir. Mass. 1998) decidido pela Corte Federal de Apelações do Estados Unidos para o 1.º Circuito. In: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/163/74/494280/> (acesso em 12.10.2012).

⁶³⁴ United States Court of Appeals, 1.º Circuito. *American Automobile Manufacturers Association, et al., plaintiffs, Appellees, v. Massachusetts Department of Environmental Protection*, defendant, Appellant. 163F. 3d 74 (1998). Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/163/74/494280/>. Nesse caso a Corte decidiu: não analisar a apelação, para permitir a agência a adoção de medidas, num prazo de 180 dias e apenas não havendo a decisão da agência deveriam as partes comunicar o tribunal que decidiria.

⁶³⁵ No caso *Darr v. Burford* (339 U.S. 200, 70 S. Ct. 587, 94 L. Ed. 761 [1950]) a Suprema Corte explica que a racionalidade por trás da exigência está relacionada à especialização, a experiência e *expertise* do pessoal da agência, acostumados a examinar e decidir casos semelhantes. Em alguns casos, a exaustão dos remédios administrativos, é uma regra de cortesia e deferência pela qual a Corte federal aguarda que outro órgão estadual se manifeste previamente antes de aceitar uma causa. (Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/200/>).

⁶³⁶ BERGER, Raoul. Exhaustion of administrative remedies. HeinOnline. 48 *Yale L. J.* 981 (1938-1939).

Essa doutrina exige que o interessado, que litiga com uma agência, percorra pacientemente os caminhos disponíveis dentro das agências antes de ingressar em juízo, exigência esta que evita a sobrecarga das cortes de justiça com questões que ainda não são propriamente litigiosas porque dependem da decisão final da agência.

A revisão judicial, o momento e os limites estão fixados na legislação que instituiu a agência, aí estando a razão do prévio exaurimento dos remédios.⁶³⁷

Quando o prévio exaurimento é aplicável, o tribunal pode revisar a ação administrativa apenas no momento e nos limites fixados pela lei que criou a agência.⁶³⁸ Essa doutrina exige que a parte num procedimento administrativo perante uma agência, aguarde o seu término e utilize todos os instrumentos administrativos processuais disponíveis, antes de buscar a revisão judicial da atuação da agência. A aplicação dessa doutrina se concentra, primordialmente, no controle do momento adequado (*timing*) da intervenção judicial em relação à atuação decisória da agência. Quando o legislador confere poderes jurisdicionais exclusivos a uma agência, impõe-se a aplicação dessa doutrina.⁶³⁹

O caso mais importante em matéria de prévio exaurimento da via administrativa data de 1938, é o caso *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp.*, quando a corte lembrou a regra há muito tempo estabelecida, segundo a qual ninguém está autorizado a buscar a intervenção judicial até que os remédios administrativos previstos tenham sido utilizados.⁶⁴⁰

⁶³⁷ DAVIS, Kenneth Culp. **Administrative law treatise**. 2.ed. San Diego: K.C. Davis, 1978. v.1. p.634.

⁶³⁸ BARON, Steven. Judicial Review of Administrative Agency Rules: A Question of Timing. 43 **Baylor L. Rev.** 139, 155 n.86 (1991).

⁶³⁹ Cf. Kenneth Culp Davis, uma agência tem jurisdição exclusiva quando a legislatura confere somente a ela a autoridade de decidir inicialmente uma disputa. (DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law Doctrines of Exhaustion of Remedies, ripeness for review, and primary jurisdiction*. **Texas Law Review**, v.28, p.168, 1949).

⁶⁴⁰ *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp.* 303 U.S. 41 (1938): "*the long-settled rule of judicial administration that no one is entitled to judicial relief for a supposed or threatened injury until the prescribed administrative remedy has been exhausted*". Resumo do caso: Um sindicato (*Industrial Union of Marine and Shipbuilding Workers of America*) apresentou perante a agência (*National Labor Relations Board*) uma reclamação contra a empresa Bethlehem Shipbuilding Corporation, Limited, que estaria utilizando práticas laborais injustas na sua sede de Quincy, Massachusetts, destinada ao comércio e distribuição de barcos, navios e equipamentos marítimos. A agência determinou uma audiência e a empresa recorreu ao Tribunal Federal (First Circuit of Appeals) que suspendeu o procedimento administrativo. A Suprema Corte entendeu que a corte federal não poderia ter impedido a atuação da agência, entre outros fundamentos porque não foram utilizados todos instrumentos administrativos disponíveis no âmbito da agência, que nesse caso, por disposição de lei, funcionava também como corte de primeira instância.

Em 1908, a Suprema Corte já afirmara que o direito à revisão judicial dependia de ter a parte demonstrado que utilizou os instrumentos disponíveis e empreendeu todo o esforço possível para evitar que uma lei inconstitucional fosse aprovada.⁶⁴¹

Contudo, o prévio exaurimento não é exigido se a parte questiona a constitucionalidade e a legalidade da legislação ou do ato regulatório expedido pela agência. Pode ser afastado, ainda, quando sua estrita observância possa causar dano irreparável ou quando a legislação é visivelmente inválida.

É o que ocorreu no caso *Patsy v. Board of Regents*, quando a Suprema Corte decidiu que o autor, que alegava discriminação na contratação para um emprego numa universidade estadual por motivos raciais e de sexo, estava dispensado do requisito de prévio exaurimento, pois do contrário, a legislação federal sobre direitos civis seria ineficaz.⁶⁴²

Finalmente, as cortes podem dispensar o prévio exaurimento dos remédios administrativos, quando estes forem inadequados ou possam causar dano irreparável. Num caso envolvendo demissão injusta do cargo, a Suprema Corte reconheceu o direito à revisão judicial, pois o autor estava aguardando há dez anos para ser ouvido pela agência.⁶⁴³

Há possibilidade, ainda, de previsão pelo legislador da cláusula que proíbe a revisão judicial (*no review clause*). Mesmo diante dessa proibição, as cortes têm

⁶⁴¹ U.S. Supreme Court. *Prentis v. Atlantic Coast Line Co.* 211 U.S. 210 (1908). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?friend=%3C%20riend%3E&navby=case&court=US&vol=211&invol=210&pageno=226>>.

⁶⁴² *Patsy v. Board of Regents* 457 U.S. 496, 102 S. Ct. 2557, 73 L. Ed. 2d 172 (1982). No mesmo sentido, em casos criminais a Suprema Corte autorizou o réu a litigar sem prévio exaurimento, pois a alegação era de violação do procedimento administrativo. Ver *McKart v. United States*, 395 U.S. 185, 89 S. Ct. 1657, 23 L. Ed. 2d 194 (1969).

⁶⁴³ Supreme Court. Estados Unidos. *Walker v. Southern Ry.*, 385 U.S. 196, 87 S. Ct. 365, 17 L. Ed. 2d 294 [1966]. Resumo do caso: Trata-se de ação buscando indenização por demissão imotivada e ilegal. Walker era bombeiro da ferrovia Southern Railway. Ingressou com ação judicial numa corte da Carolina do Norte, alegando demissão ilegal, que teria ocorrido em 29 de maio de 1957. A ação foi remetida à justiça federal de 1ª instância (*Federal District Court*) em razão das partes residirem em estados diversos. Após uma decisão favorável, a corte federal de apelações (*Court of Appeals for the Fourth Circuit*) decidiu que o autor deveria ter previamente exaurido os recursos administrativos disponíveis (*exhaust his administrative remedies*). A Suprema Corte reformou a decisão e determinou o processamento da causa. Embora fosse exigível o prévio arbitramento pela agência (*National Railroad Adjustment Board*), por força de acordo coletivo da categoria profissional, uma investigação feita anteriormente pelo Congresso levantou que os funcionários da ferrovia aguardavam por até dez anos, para obter uma resposta da agência quanto às suas reclamações laborais.

entendido que tais cláusulas não impedem a revisão judicial da atuação administrativa que tenha violado as regras processuais (*procedural due process*).⁶⁴⁴

Como se observa, a exigência de prévio exaurimento é muito próxima da doutrina da jurisdição originária (*doctrine of primary jurisdiction*). Esta última é igualmente aplicada quando a parte recorre ao Judiciário, mas deveria ter se dirigido previamente ao órgão administrativo. Está relacionada com o melhor relacionamento entre as cortes e as agências e se aplica principalmente quando a matéria se inclui na competência específica da agência. A corte mesmo que acolha o pleito, não irá ingressar no mérito da questão, pois está incluída na competência 'jurisdicional' de um órgão administrativo que deve previamente se manifestar.

Portanto, num caso típico de exigência de prévio exaurimento, a agência já praticou um ato, tomando uma decisão, cabendo à corte decidir se cabe a revisão judicial ou se a parte deveria ter esgotado os remédios administrativos existentes no âmbito da agência.⁶⁴⁵

Além da teoria da separação dos poderes, uma agência criada pelo Congresso deve ter asseguradas suas atribuições sem a indevida interferência do Judiciário. A exigência de prévio exaurimento pode se dar, ainda, por uma regra de cortesia da corte de apelação em relação à agência criada com objetivo específico.

⁶⁴⁴ *Plato v. Roudebush*.

Resumo do caso: Marion Plato, viúva de um veterano da II Guerra Mundial, requereu pensão após a morte de seu marido em 1973. O pedido foi aceito e passou a receber mensalmente seu benefício a partir de julho de 1973. Em 1974, o órgão administrativo (*Veteran's Administration*) tomou conhecimento de que a Sra. Plato estava separada de seu marido desde 1962, tinha tido um filho com outro homem. Com base nessas informações, prestadas pela própria viúva, a administração suspendeu o benefício e encaminhou carta notificando-a. A Sra. Plato recorreu judicialmente e a corte federal entendeu que a cláusula, que impedia revisão judicial, não afastava o controle judicial quando a controvérsia envolvia a constitucionalidade do procedimento da agência. No caso entendeu-se violado o direito constitucional de prévia audiência, garantido pelo *procedural due process*.

⁶⁴⁵ O caso *Wisconsin v. Metropolitan Council* (12 ENVTL. L. REP. (ENVTL. L. INST) demonstra como a *exhaustion doctrine* e a *primary jurisdiction* podem se sobrepor. Um órgão (*Metropolitan Council*) operava uma estação de tratamento de esgoto e despejava os efluentes no Rio Mississippi. Alguns habitantes de Wisconsin, residentes rio abaixo, reclamaram do alto nível de poluentes existentes no rio. Procurador Geral de Wisconsin acionou judicialmente a agência (*Minnesota Pollution Control Agency - MPCA*), buscando uma ordem que a proibisse renovar a licença de operação da estação de tratamento, sem que outras condições fossem impostas. A Corte negou a ordem por diversos fundamentos: primeiro porque entendeu que não havia questão federal e, segundo, porque a jurisdição originária pertencia à agência. A corte apontou que a ordem poderia ter sido obtida por meio de procedimento administrativo no âmbito da própria agência. Mas cabe notar que a ação já estava dirigida contra a agência, não sendo um caso típico de aplicação da *primary jurisdiction*. Por outro lado, o caso também difere de um caso típico de aplicação da doutrina do prévio exaurimento (*exhaustion*) porque o autor não pretendia rever uma determinação da agência, pois o procedimento administrativo ainda não havia encerrado. Isso demonstra a dificuldade de distinção entre as duas doutrinas.

As razões, apresentadas para defender o prévio exaurimento como condição de ação, podem ser assim sistematizadas: proteção da autonomia administrativa, preservação da separação dos poderes, economia judicial, evitar a ineficiência administrativa e permitir que a corte aproveite a instrução dos fatos feita anteriormente pela agência, limitar o objeto do controle judicial e assegurar a representação processual dos diversos interesses.⁶⁴⁶

Todas essas razões apresentam uma face dúplice e não justificam uma interpretação rígida que impeça o controle judicial. Apenas para exemplificar, a economia judicial, representada pela não repetição de atos probatórios já realizados pela agência, não justifica por si só a exigência de prévio exaurimento pois outros valores devem ser garantidos por um sistema processual.

Enfim, trata-se de uma regra que mantém a racionalidade inerente à repartição de poderes e à harmonia entre os órgãos estatais, além de evitar pronunciamentos conflitantes e desnecessários diante de uma questão ainda não examinada definitivamente no âmbito da agência.

Existem exceções à doutrina do prévio exaurimento. Uma parte com uma pretensão baseada em direitos civis⁶⁴⁷, pode ajuizar diretamente sua pretensão perante uma Corte federal.⁶⁴⁸ Em caso semelhante, de natureza criminal, a Suprema Corte aceitou examinar a alegação de violação do procedimento administrativo, num caso no qual o réu não exauriu os remédios administrativos disponíveis.^{649,650}

Finalmente, os tribunais também reconhecem uma exceção à teoria da exigência do exaurimento dos remédios (*exhaustion-of-remedies doctrine*⁶⁵¹) quando o remédio administrativo disponível for inadequado ou houver perigo de dano irreparável (***where administrative remedies are inadequate or would cause irreparable harm***). Num caso envolvendo uma demissão injusta do emprego, a Suprema Corte decidiu que o

⁶⁴⁶ GELPE, Marcia R. Exhaustion of Administrative Remedies: The Lesson from Environmental Cases. 53 **George Washington Law Review** 10/11 (1985).

⁶⁴⁷ Ou, de acordo com a terminologia adotada no Brasil, direitos fundamentais.

⁶⁴⁸ No caso *Patsy v. Board of Regents* (457 U.S. 496, 102 S. Ct. 2557, 73 L. Ed. 2d 172 (1982)), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o autor, que alegava preconceito (de raça e de sexo) na negativa de contratação para um emprego numa universidade estadual, não estava obrigado ao prévio exaurimento da via administrativa.

⁶⁴⁹ *McKart v. United States*, 395 U.S. 185, 89 S. Ct. 1657, 23 L. Ed. 2d 194 (1969).

⁶⁵⁰ Ver o caso *Darr v. Burford*, 339 U.S. 200, 70 S. Ct. 587, 94 L. Ed. 761 [1950]).

⁶⁵¹ DONNELLAN, Rebecca L. The Exhaustion Doctrine Should Not Be a Doctrine with Exceptions. **West Virginia Law Review**, v.103, p.361-386, 2001.

autor, que estava aguardando há dez anos por uma decisão da agência administrativa, deveria ser dispensado da exigência do prévio exaurimento da via administrativa.⁶⁵² Vale dizer, havia recurso administrativo mas a sua demora poderia colocar em risco a tutela do direito do autor, circunstância que motivou a decisão da corte.

No caso *Environmental Defense Fund, Incorporated, et al., v. Clifford M. Hardin, Secretary of Agriculture*, a Corte de apelações entendeu que, antes de deferir a medida solicitada, deveria ser oportunizada a apresentação, pelo órgão administrativo, das informações e das razões que fundamentaram a decisão.⁶⁵³

Por fim, a exigência de prévio exaurimento pode ser afastada se a parte provar a má-fé dos dirigentes ou dos funcionários da agência. Se o autor demonstrar que os dirigentes da agência são mentalmente insanos ou aceitam suborno, não se exige o prévio exaurimento dos recursos administrativos.

3.3.4 A teoria da causa madura (*ripeness doctrine*)

A "Teoria da causa madura"⁶⁵⁴ é essencial para evitar a sobrecarga dos tribunais com questões que ainda não configuram litígios ou disputas, diante da ausência da manifestação final da agência.⁶⁵⁵

⁶⁵² *Walker v. Southern Ry.*, 385 U.S. 196, 87 S. Ct. 365, 17 L. Ed. 2d 294 [1966]).

⁶⁵³ United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. - 428 F.2d 1093. *Environmental Defense Fund, Incorporated, et al., Petitioners, v. Clifford M. Hardin, Secretary of Agriculture, United States Department of Agriculture, Respondents, Izaak Walton League of America, Intervenor*. Resumo do caso: O transporte interestadual de pesticidas é regulado por legislação específica (*Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act - FIFRA*) que é aplicada pelo Secretário do Departamento de Agricultura. Diante da exigência, contida na lei, sobre as informações que deveriam estar nos rótulos, os autores, cinco associações de proteção ambiental, requereram ao Secretário o cancelamento do registro de todos os produtos contendo DDT. Diante da inércia do Secretário, os autores recorreram ao Tribunal de Apelações que se julgou competente mas determinou que o Secretário fornecesse à Corte os registros e informações necessárias ao julgamento da apelação. A Corte destacou: "De certa forma, a demora da administração equivale à recusa em agir, permitida a intervenção e a revisão judicial. O presente caso não permite à corte examinar se a causa estava madura, devendo a questão ser devolvida ao Secretário para primeiramente decidir a matéria ou explicar o atraso em decidir. Com base nas informações a serem fornecidas a corte estará em melhor posição para avaliar o impacto do atraso ou se é o caso de deferir a medida judicial requerida." p.18. (Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/428/1093/172873/>>. Acesso em: 12 mar. 2012).

⁶⁵⁴ No direito processual civil brasileiro, a teoria da causa madura é prestigiada no que se refere ao julgamento de recurso nos tribunais: Art. 515, § 3.º, do CPC: Art. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. ... § 3.º Nos casos de extinção do processo, sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questões exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

⁶⁵⁵ Ver *Bethlehem Steel Corp. v. EPA*, 669 F.2d 903,908 (3d Cir. 1982).

Um tribunal não deve revisar decisões administrativas que não estejam "maduras" (*ripe*), ou seja, que não estejam definitivamente encerradas de modo a garantir propriamente uma revisão.⁶⁵⁶ Essa teoria impõe o prévio questionamento, se uma agência já tomou uma decisão (praticou um ato) ou se ainda está analisando a matéria para fins de deliberação. Quanto a isso, esta teoria se relaciona diretamente com a teoria do prévio exaurimento, que exige que o autor tenha utilizado todos os instrumentos disponíveis para influenciar o processo decisório da agência.

No direito norte-americano, em alguns casos, o Congresso impõe, como requisito ao *judicial review*, a necessidade de prévia decisão da questão pela agência com possibilidade de recurso diretamente à Corte Federal de Apelação. Portanto, para que uma ação contra uma agência possa ser levada ao Judiciário federal é necessário que exista uma "controvérsia real, atual e digna de julgamento"⁶⁵⁷.

Como exemplo, costumam ser lembradas as disputas sobre o contrato de trabalho, nas quais legislação exige uma reclamação prévia perante a *National Labor Relations Board (NLRB)*. Apenas após a manifestação definitiva daquela agência, estão as partes legitimadas a apelar diretamente à corte federal respectiva.

A Teoria da causa madura tem maior aplicação quando as partes pretendem provimentos judiciais antes de uma legislação ou regulação ter sido aplicada. Os tribunais relutam ingressar em controvérsias abstratas a respeito de políticas administrativas.⁶⁵⁸

Entretanto, em alguns casos, as cortes aceitam examinar a pretensão se a questão apresentada for inteiramente ou substancialmente legal e se o adiamento da decisão, até a aplicação concreta da lei ou da norma regulatória puder produzir uma substancial dificuldade para a parte autora.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ Ver FUCHS, Ralph Follen. Prerequisites to Judicial Review of Administrative Agency action. 51 *IND. L. J.* 817, 859-911 (1976).

⁶⁵⁷ *Lake Carriers' Ass'n v. MacMullan*, 406 U.S. 498; 92 S. Ct. 1749, 32 L. Ed. 2d 257 (1972): (Para que uma corte federal aceite decidir um caso, deve estar presente uma controvérsia real e pendente, digna de ser solucionada) Tradução livre a partir original: *An actual, current controversy worthy of adjudication must exist before a federal court may hear a case. The court determines if a controversy between parties with adverse legal interests is of sufficient immediacy and reality to warrant judicial intervention.*

⁶⁵⁸ *Ruckelshaus v. Monsanto*, 467 U.S. 986, 104 S. Ct. 2862, 81 L. Ed. 2d 815 [1984].

⁶⁵⁹ *Pacific Gas and Electric Co. v. State Energy Resources Conservation & Development Commission*, 461 U.S. 190, 103 S. Ct. 1713, 75 L. Ed. 2d 752 [1983]).

Para aferir se a causa está madura, autorizando a intervenção do Judiciário, os tribunais geralmente submetem a questão ao "teste das duas etapas" (*two-part test*). Trata-se de um critério moldado pela Suprema Corte para verificar a viabilidade das ações questionando regulações federais, no caso *Abbott Laboratories v. Gardner*.⁶⁶⁰

Conforme expôs o Juiz Brennan, da Suprema Corte, os tribunais relutam em afastar as determinações administrativas a menos que estas surjam no contexto de uma causa 'madura' para revisão judicial.

A *rationale* da teoria da causa madura (*ripeness doctrine*) é evitar que os tribunais, com a eliminação prematura da adjudicação administrativa, possam se enredar em divergências abstratas sobre as políticas administrativas e também para proteger as agências da interferência judicial até que uma decisão administrativa seja formalizada.⁶⁶¹

Evita-se que os tribunais intervenham antes da matéria fática estar solidificada. Nos litígios envolvendo regulação ou decisões de uma agência administrativa, a causa não será considerada madura até a decisão da agência ter sido formalizada e seus efeitos sentidos pelas partes interessadas.⁶⁶²

⁶⁶⁰ Estados Unidos. Suprema Corte. *Abbott Laboratories v. Gardner* - 387 U.S. 136 (1967). **Resumo do caso:** O Comissário de Alimentos e Medicamentos, que exerce autoridade delegada pelo Secretário de Saúde, Educação e Bem-Estar, emitiu regulamentos exigindo que os rótulos e propagandas de medicamentos levem os nomes dos proprietários para as drogas ou os ingredientes e o "nome estabelecido" correspondente (designado pelo Secretário). Esses regulamentos foram projetados para implementar a emenda de 1962 a § 502 (e) (1) (B) da Lei de Alimentos, Medicamentos e Cosméticos Federal. Peticionários, fabricantes de drogas e uma associação de fabricantes, questionaram os regulamentos sobre o fundamento de que o Comissário excedeu sua autoridade. O juiz federal de 1.^a instância (*district court*) acolheu a pretensão e expediu a ordem suspensiva solicitada, sob o fundamento de que o escopo da lei não era tão amplo quanto ao dos regulamentos. A Corte Federal de Apelações reformou a decisão, sem alcançar o mérito, sustentando que a revisão judicial dos regulamentos não fora autorizada e estava fora da jurisdição do juiz de 1.^a instância e que, até aquele momento, nenhum "caso real ou controversia" existia. A Suprema Corte reformou a decisão e determinou o retorno do caso à Corte de Apelações para examinar o mérito da decisão de 1ª instância, qual seja, se o regulamento foi expedido além dos poderes do comissário. (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/136/case.html>>).

⁶⁶¹ *Abbott Laboratories v. Gardner* - 387 U.S. 136 (1967): "II- A further inquiry must, however, be made. The injunctive and declaratory judgment remedies are discretionary, and courts traditionally have been reluctant to apply them to administrative determinations unless these arise in the context of a controversy "**ripe**" for judicial the intricacies of the ripeness doctrine [Footnote 15] it is fair to say that its basic rationale is to prevent the courts, through avoidance of premature adjudication, from entangling themselves in abstract disagreements over administrative policies, and also to protect the agencies from judicial interference until an administrative decision has been formalized and its effects felt in a concrete way by the challenging." (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/136/case.html>>).

⁶⁶² Sobre o assunto ver ainda: BERGER, Michael M. The ripeness mess: Part I – Getting into State Court. American Law Institute/American Bar Association (ALI ABA) SB 14, **ALI-ABA** 155, Course of Study, 17 de outubro, 1996.

O primeiro critério consiste em verificar se a controvérsia é apta a receber uma decisão judicial, ou seja, se a causa apresenta uma questão de direito e não meramente uma questão de fato. Em segundo lugar, a Corte deve examinar qual o impacto a não intervenção judicial causará sobre as partes.

No caso *Abbott Laboratories v. Gardner*, a Suprema Corte examinou a validade da norma regulatória que exigia dos fabricantes de medicamentos que fizessem constar nos rótulos o nome genérico e o nome comercial da droga. Previamente verificou se a causa estava madura para o exame judicial, decidindo que a controvérsia deveria ser examinada porque a norma regulatória tinha um efeito imediato e um impacto oneroso no dia-a-dia dos autores da ação e que os autores estavam sujeitos à sanção, em caso de descumprimento da norma regulatória.

3.3.5 A doutrina do *Hard look* como reação da jurisprudência à captura regulatória

A atividade regulatória das agências envolve além de uma função concreta e adjudicatória, a edição de regras⁶⁶³, regulamentos, que podem eventualmente ser questionados perante os tribunais. A doutrina do *hard look standard of judicial review* está relacionada com esse exame pelos tribunais dos procedimentos adotados na edição de normas pelas agências. A Suprema Corte trata a atividade normativa das agências da mesma forma como trata a produção normativa feita pelo Legislativo. Contudo, a atividade normativa da agência é bem mais simples e menos formal do

⁶⁶³ Ver: *Whitman v. American Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457 (2001). A Suprema Corte basicamente abandonou a doutrina da não-delegação (*nondelegation doctrine*) afastando a decisão de uma Corte Federal que invalidara uma norma expedida pela agência, sob o fundamento de impossibilidade de delegação do Congresso em favor da agência. A indelegabilidade se aplica aos outros ramos do Governo (*Branch*), mas não às agências, que são criadas pelo Congresso e, portanto, podem receber poderes normativos do ente que as criou. **Resumo do caso:** A agência para controle da qualidade do ar (*Environmental Protection Agency's National Ambient Air Quality Standard NAAQS*) editou norma com objetivo de regular ozônio e partículas sólidas. A norma foi questionada por uma associação de transportadores rodoviários (*American Trucking Association*) e por outras empresas, além dos Estados de Michigan, Ohio e Virgínia Ocidental. A Corte Federal de Apelações de Washington (*The D.C. Circuit Court of Appeals*) decidiu que a delegação feita pelo Congresso em favor da agência era inconstitucional por afronta ao Artigo I, Seção I, da Constituição. *Whitman*, administrador da agência (NAAQS) recorreu à Suprema Corte.

que o processo legislativo. Quando muito, a legislação exige que a agência faça consultas ou audiências públicas antes de editar uma resolução.⁶⁶⁴

De acordo com a teoria da não delegação (*nondelegation doctrine*), o Congresso não pode delegar seu poder legislativo a outro ramo do governo.⁶⁶⁵ No entanto, a Suprema Corte tem interpretado que a indelegabilidade não impede o Congresso de repassar poder normativo às agências.⁶⁶⁶

A partir de 1970, o tribunal federal de apelações de Washington (*D.C. Circuit*) começou a demonstrar-se extremamente temeroso de que as agências tivessem sido capturadas⁶⁶⁷ pelos setores regulados, criando a *hard look doctrine*⁶⁶⁸, que dava poderes ao judiciário para invalidar as normas expedidas pelas agências, sob os mais diversos fundamentos, como por exemplo, por não ter a agência oportunizado aos interessados a participação na formação da norma, ou por não ter analisado as alternativas disponíveis.

A reação da Suprema Corte a essa amplitude do controle judicial não foi nenhum modelo de clareza, de modo que as regras que disciplinam o controle judicial da atividade normativa das agências são confusas e estão dispersas nas três decisões da Suprema Corte, tomadas nos últimos 25 anos.⁶⁶⁹

⁶⁶⁴ Ver MACEY, Jonathan R. Transaction Costs and the Normative Elements of the Public Choice Model: An Application to Constitutional Theory. 74 **VA. L. REV.** 471, 517 (1988). Macey defende que o legislador que pretende evitar polêmicas ou as pressões dos grupos de interesses, por meio de normas indeterminadas, delega grande parcela de discricionariedade às agências, liberando-se, também, da responsabilidade política e dos questionamentos quanto à eficácia, bem como do processo legislativo previsto na constituição.

⁶⁶⁵ Suprema Corte. Eua. *Touby v. United States*, 500 U.S. 160, 165 (1991); *Marshall Field & Co. v. Clark*, 143 U.S. 649, 692 (1892): "*That Congress cannot delegate legislative power to the President is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution.*"

⁶⁶⁶ *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457 (2001): A Corte decidiu que a delegação em favor das agências deve ser bem específica.

⁶⁶⁷ Sobre a teoria da captura, ver: WARREN, Matthew. Active Judging: Judicial Philosophy and the Development of the Hard Look Doctrine in the D.C. 90 **GEO. L. J.** 2599, 2601 (2002). (Quando o caso *Overton Park* foi decidido em 1971, muitos acreditavam que as agências há muito tempo não atuavam mais no interesse público porque tinham sido capturadas pelas indústrias e pelos interesses privados que elas deveriam regular).

⁶⁶⁸ Conforme Scott A. Keller, foi a Corte Federal de Apelações (*District of Columbia Circuit*) que criou a "*hard look doctrine*" na década de 70, sob o fundamento de revisar decisões arbitrárias e caprichosas. O autor critica a reação da Suprema Corte a esta doutrina, que teria fornecido pouca orientação às cortes inferiores, resultando uma obscura e arbitrária doutrina de controle judicial das agências, sem qualquer conexão com as doutrinas que tratam do controle da leis.

⁶⁶⁹ KELLER, Scott A. Depoliticizing Judicial Review of Agency Rulemaking. 84 **Washington Law Review** 6 (2009). Disponível em: <http://works.bepress.com/scott_keller/1>. Acesso em: 16 abr. 2010.

Para muitos autores, os padrões de exigência feitos pelos tribunais não estão amparados pela legislação aplicável, no caso, a Administrative Procedure Act (APA). Por outro lado, esses padrões judiciais de exigência são vistos como instrumentos pelo quais os tribunais podem garantir uma visão ampla do comportamento das agências.

A *hard look doctrine* pode ser vista como uma ampliação da interferência judicial ou um antagonismo em relação à atuação das agências, embora parte da doutrina a veja como apenas como um simples reflexo do crescimento do número de ações judiciais questionando ações das agências e da concepção judicial sobre a forma e a efetividade que o processo judicial deve ter. Essa teoria seria apenas o desenvolvimento de um modelo judicial de revisão das ações das agências em substituição a um modelo de revisão concebido pelo legislador.⁶⁷⁰

O próprio legislador, ao editar o código (*American Procedure Act*), determinou os parâmetros que a decisão judicial deveria utilizar, devendo afastar as decisões, ações e conclusões das agências que sejam consideradas arbitrárias, caprichosas, com abuso de discricionariedade ou em desacordo com a lei (denominado *arbitrary and capricious test*).⁶⁷¹

O exame judicial pode abranger as bases fáticas adotadas pela agência na sua atividade normativa. Contudo, após um "processo formal", decisório (*adjudication*) ou normativo (*rulemaking*), o mesmo código exige um teste diferente, chamado *substantial evidence test*.

No caso *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*⁶⁷² e *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, a

⁶⁷⁰ GARRY, Patrick. Judicial Review and the 'Hard Look' Doctrine. *Nevada Law Review*, v.7, n.1, 2006.

⁶⁷¹ American Procedure Act – APA: 5 § 706: SCOPE OF REVIEW. To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall: (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be (A) **arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law**; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; ...

⁶⁷² Suprema Corte. EUA. *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe* - 401 U.S. 402 (1971). Resumo do caso: De acordo com a legislação federal, o Secretário de Transportes, não deve financiar a construção de estradas que atravessem parques públicos, se houver uma rota alternativa. Se não houver alternativa, deve adotar todas as medidas possíveis para minimizar o impacto ao parque. Numa ação judicial, os autores (*Citizens to Preserve Overton Park*) alegaram que o Secretário violou a legislação, autorizando a construção de uma auto-estrada interestadual com seis pistas cortando um parque público em Memphis. Em abril de 1968, o Secretário anunciou o acordo com as autoridades locais, no sentido de autorizar a construção da estrada. Em setembro foi obtida a licença de construção dentro do parque. Em novembro de 1969, o Secretário anunciou a

Suprema Corte passou a autorizar padrões judiciais mais elevados do que aqueles exigidos pelo legislador (APA). No caso *Overton Park*, por exemplo, a corte afirmou que a revisão judicial de atos informais também deveria ser profunda e cuidadosa (*searching and careful*),⁶⁷³ o que revela um controle judicial mais detalhado do que o *arbitrary and capricious test*.

A partir do caso *Overton*, a corte passou a exigir que a agência mantivesse registros mesmo nos seus procedimentos informais e que suas decisões deveriam estar fundamentadas naqueles registros. De acordo com a legislação, essa exigência somente se aplicaria aos procedimentos formais de edição de normas (*rulemaking*) e de resoluções de disputas no âmbito da agência (*adjudication*).

No caso *Overton Park*, os documentos administrativos não continham explanação do motivo que levou o Secretário de Transporte a autorizar a utilização de recursos federais para construir uma autoestrada seccionando um parque público. Como o Secretário não indicou porque acreditava que não existia uma rota alternativa viável ou porque não seria necessário fazer adaptações para reduzir o dano ao parque, a Corte entendeu que a causa deveria ser reapreciada pela corte de apelações.⁶⁷⁴

aprovação final da estrada e do respectivo projeto. Nenhuma deliberação foi acompanhada de registros ou de verificações fáticas. Os réus apresentaram depoimentos perante o juiz de primeira instância, alegando que o Secretário havia tomado uma decisão fundamentada e os autores pediram a demissão do Secretário. Posteriormente as cortes federais de primeira e segunda instância entenderam que análise fática não era exigível e que simples depoimentos não poderiam servir de base para determinar se o Secretário excedeu seus poderes. A Suprema Corte reformou a decisão, determinando que a corte federal de primeira instância (*District Court*), em composição plena, revisasse a decisão do Secretário, tomando os depoimentos dos agentes públicos que participaram dos procedimentos. (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/402/>>. Acesso em: 05 mar. 2012).

⁶⁷³ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe* - 401 U.S. 402 (1971): Na opinião da Corte, o exame dos fatos não se destina apenas a determinar se o Secretário agiu com base na legislação. Há que se analisar se a tomada de decisão não foi arbitrária, caprichosa ou com abuso de discricionariedade. A corte deve decidir se a decisão está baseada em fatores relevantes e se houve um claro erro de julgamento por parte da autoridade. Embora esse escrutínio judicial deva ser detalhado e cuidadoso (*searching and careful*), o padrão de revisão é estreito, pois a corte não tem poderes de sobrepor seu julgamento ao julgamento da agência (*The court is not empowered to substitute its judgment for that of the agency*).

⁶⁷⁴ Para Scott A. Keller, a Suprema Corte errou ao ampliar o campo de análise judicial, pois deveria apenas determinar à agência que apresentasse uma explicação dos motivos, evitando as ambigüidades e fortalecimento decorrentes da doutrina do *hard look*. (KELLER, Scott A. *Depoliticizing Judicial Review of Agency Rulemaking*. 84 *Washington Law Review* 12 (2009)).

No caso *State Farm*⁶⁷⁵, julgado em 1983, a Suprema Corte solidificou a *hard look doctrine*, que exige dos tribunais uma análise mais profunda dos procedimentos informais, em relação ao anterior *arbitrary and capricious test*, recomendado pelo legislador no Administrative Procedure Act.

É uma teoria diretamente relacionada com a revisão judicial da atuação das agências. *Hard look doctrine* que diz respeito à amplitude e a profundidade do exame feito pelo Judiciário. Esta teoria tem previsão na própria lei⁶⁷⁶ e autoriza o controle judicial não apenas formal das decisões regulatórias mas também um 'exame material ou substantivo' para chegar-se à conclusão se a agência adotou ou não argumentos claros e lógicos na fundamentação de seus atos.

Para fazer essa análise, o juiz tem amplo campo para examinar a opção da agência em determinada matéria. A questão retorna ao ponto anterior, ou seja, decidir se a discricionariedade da agência deve ser substituída pela discricionariedade do juiz. A resposta não é simples, pois a sociedade e o mercado estão mais preocupados em resolver suas demandas mais prementes do que propriamente preservar uma teoria clássica de divisão dos poderes.

Em síntese, a *hard look review* exige que as agências se concentrem mais na justificação e fundamentação de suas regras.⁶⁷⁷ Conforme se tem observado, os tribunais geralmente evitam interferir nas decisões das agências, quando reste demonstrado que estas decisões resultam de um procedimento formalmente bem elaborado.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ Suprema Corte. EUA. *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* [Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins. - 463 U.S. 29 (1983)]. **Resumo do caso:** A lei (*National Traffic and Motor Vehicle Safety Act of 1966*) determina ao Secretário de Transportes a fixar padrões de segurança para veículos automotores. Esses poderes foram delegados a uma agência (*National Highway Traffic Safety Administration - NHTSA*), que revogou a norma que exigia cintos de segurança automáticos e *airbags* nos veículos produzidos a partir de 1982. A Corte de Apelações entendeu que a decisão da agência tinha sido arbitrária e caprichosa e que estava obrigada a fornecer razões claras e convincentes para sua decisão. A Suprema Corte decidiu que a agência foi muito rápida a negar os benefícios dos cintos de segurança automáticos, o que levou a corte a concluir que sua decisão não foi produto de uma decisão racional. A agência não teria levado em consideração a diferença essencial entre cintos de segurança automáticos e manuais. A Suprema Corte determinou o retorno do caso à Corte de Apelações para reexame.

⁶⁷⁶ *Hard Look Review*: conforme *Administrative Procedural Act – APA* (§ 706(2)(A) é a revisão judicial além dos fatos, por meio da qual a Corte examina se a decisão da agência está baseada em argumentos claros e lógicos (*is judicial review of matters beyond the facts. The Court is concerned about whether the agency has clear, logical arguments. Looks to substantive review*).

⁶⁷⁷ TILLER, Emerson; CROSS, Frank B. Modeling agency/court interaction. 120 *Harv. L. Rev. F.* 14 (2006).

⁶⁷⁸ STEPHENSON, Matthew C. The strategic substitution effect: textual plausibility, procedural formality, and judicial review of agency statutory interpretations. 120 *Harv. L. Rev.* 528 (2006).

Rossi não aceita a tese (*policy-effect thesis*) de que o controle judicial paralisa as decisões inovadoras das agências. O autor defende a revisão judicial e sustenta que os doutrinadores, que a pretendem afastar, se baseiam na onerosidade, imprevisibilidade e no caráter contramajoritário. No entanto, Rossi vê no controle judicial um instrumento de proteção aos valores da democracia participativa, sendo necessária uma mudança nos procedimentos decisórios das agências.⁶⁷⁹

Cabe destacar, por fim, que essa análise profunda da atuação da agência, estava originariamente ligada ao aspecto processual (*procedural hard look*), buscando garantir a participação efetiva dos interessados no processo decisório da agência. Um segundo aspecto, denominado *quasi-procedural hard look*, exige que a agência explicitamente as políticas públicas que pretende atingir com seus atos, seus fundamentos e o substrato fático que embasou a tomada de decisões. Exige ainda, que a agência analise as sugestões apresentadas pelo público e as razões de sua adoção ou rejeição. O terceiro aspecto, chamado *substantive hard look*, tem a ver propriamente com a rigorosa análise, em bases racionais, da política adotada concretamente pela agência.⁶⁸⁰

Como se observa, a jurisprudência se encarregou de criar instrumentos que permitissem um controle judicial não somente dos procedimentos formais no âmbito das agências, mas também da própria essência da norma ou da decisão final da agência.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ ROSSI, Jim. Redeeming Judicial Review: The Hard Look Doctrine and Federal Regulatory Efforts to Restructure the Electric Utility Industry. **Wisconsin Law Review**, p.763-837, 1994.

⁶⁸⁰ Para Scott A. Keller a Suprema Corte claramente rejeitou o *procedural hard look* in *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC, Inc.*, enquanto muitos ele e outros doutrinadores entendem que a mesma Corte aceitou *quasi-procedural e substantive hard look* no caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*. Neste último caso, mais do que adotar a *hard look doctrine*, a Suprema Corte apenas forneceu uma lista amorfa de critérios para invalidar os atos das agências. Finalmente no caso *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, Inc.*, a Corte criou uma válvula de escape para o caso *State Farm*. (KELLER, Scott A. Depoliticizing Judicial Review of Agency Rulemaking. 84 **Washington Law Review** 16 (2009)).

⁶⁸¹ Richard Stewart crítica a concepção atual do direito administrativo norte-americano de controlar a discricionariedade das agências, aumentando a participação do "público" no processo de tomada de decisões daqueles órgãos. Stewart argumenta que o processo administrativo não pode assumir o papel de substituto do processo político (*Surogate policial process*). O envolvimento dos grupos de interesse no âmbito das agências falha como estrutura geral para legitimar as ações discricionárias das agências. Stewart explica que até os anos 1970, a revisão judicial das decisões das agências era a forma de controle preferencial de controle, mas uma série de decisões judiciais passou a exigir a 'participação' do público como a melhor forma de melhor controlar a discricionariedade nos processos decisórios das agências. (STEWART, Richard. The Reformation of American Administrative Law. 88 **Harv. L. Rev.** 1667 (1975)).

Não somente a opção regulatória final é objeto de análise, mas igualmente as alternativas que foram deixadas de lado, as sugestões e críticas que foram apresentadas pelo público e a fundamentação⁶⁸² adotada, que revelam que o controle judicial é um eficaz instrumento que permite o controle desses órgãos que desempenham importantes tarefas na sociedade contemporânea.

3.4 PRECEDENTES IMPORTANTES

A rica experiência do direito americano no que se refere ao controle judicial das agências é espelhada nos precedentes⁶⁸³ e no intenso debate doutrinário sobre o assunto. A doutrina dos precedentes no direito anglo-americano é vasta. Embora o precedente possa ser revogado (*overruling*)⁶⁸⁴ nos casos de extrema injustiça ou o juiz possa deixar de aplicá-lo, demonstrando que o caso sob julgamento é diverso (*distinguish*), o uso dos precedentes é uma base indispensável para se saber o que é o direito e para aplicá-lo no caso concreto. Além disso, fornece um grau mínimo de certeza que permite aos indivíduos planejarem suas condutas.⁶⁸⁵

⁶⁸² No caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (ver nota 646 supra) a corte ressaltou que um decisão arbitrária e caprichosa seria: 1) aquela fundada em fatores não aprovados pelo Congresso; 2) a decisão que falha em não considerar um aspecto essencial do problema ou o avaliar mal; c) a decisão que não oferece uma explicação razoável ou que se inclina na direção oposta às provas apresentadas ou que se apresenta implausível que não pode ser considerada como fruto da *expertise* da agência.

⁶⁸³ Relativamente ao controle judicial, os precedentes são vários. A doutrina costuma utilizar como marco temporal a edição do *Administrative Procedure Act* em 11.06.1946 (código que regula o processo administrativo federal). Os precedentes da Suprema Corte, anteriores ao APA são *Skidmore v. Swift & Co.*, e *Armour & Co. v. Wantock*. Após o APA: *Citizens to Preserve Over-ton Park, Inc. v. Volpe*; *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*; *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*; *United States v. Mead Corp.*; e *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services*. (Cf. HEALY, Michale P. Reconciling Chevron, Mead, and the review of agency discretion: source of law and the standards of judicial review. 19 **GEO. MASON L. REV.** 4 v.19 (2011)).

⁶⁸⁴ Embora no caso *London Tramsways v. London City Council*, julgado em 1898, a House of Lords tenha decidido que não poderia revogar seus próprios precedentes (*overruling*), a *Supreme Court of the United Kingdom* que lhe sucedeu em 2009 admite a possibilidade de alterar sua orientação anterior (*overrule*). (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Ney York: Cambridge University Press, 2008. p.127).

Por meio do *distinguish* o juiz afasta a aplicação do precedente porque a controvérsia, que é apresentada pelas partes, é diversa ou porque os fundamentos fáticos tornam a questão jurídica diversa daquela contida no precedente.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p.126.

A importância da teoria da *stare decisis*⁶⁸⁶ que peculiariza os sistemas de *common Law* reside precisamente na obrigatoriedade de respeito ao precedente pelos tribunais. Essa vinculação se aplica tanto em nível vertical, pela obrigatoriedade das cortes e juízes seguirem a orientação da Corte superior, como em nível horizontal, espelhada na vinculação dos tribunais às próprias orientações anteriores.

Mesmo nos casos em que a cortes entendam ser necessária a revogação, a necessidade de estabilidade e previsibilidade tem um peso maior a favor da manutenção da orientação jurisprudencial. A revogação (*overruling*) se dá, nesses casos, com prévia notícia aos advogados nas próprias decisões que aplicam o precedente ultrapassado.⁶⁸⁷

Esse parece ser o traço mais relevante do sistema judicial anglo-americano. Mormente nas questões relativas ao relacionamento entre o cidadão e os órgãos estatais, como nos casos das agências reguladoras, se apresenta como um valor inestimável à segurança jurídica⁶⁸⁸, que é conferida ao cidadão pela estabilidade e previsibilidade dos provimentos judiciais.

Em junho de 1983, a Suprema Corte proferiu as duas mais importantes decisões de direito administrativo da década.⁶⁸⁹ Em 23 de junho, o caso *INS v. Chadha*⁶⁹⁰, um caso que envolveu a validade do veto congressual a uma decisão do

⁶⁸⁶ Sobre a doutrina do *stare decisis* ver: DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Ney York: Cambridge University Press, 2008; EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Havard University Press, 1998.

⁶⁸⁷ Cf. GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008. Essa técnica de sinalização prévia (*Technique of signaling*) da futura alteração do precedente permite aos cidadãos, empresas, advogados e até aos juízes de instâncias inferiores se familiarizarem com a provável e iminente alteração jurisprudencial.

⁶⁸⁸ Mais desenvolvimento sobre o tema em MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

⁶⁸⁹ Cf. MIKVA, Abner J. The changing role of judicial review. 38 **Admin. L. Rev.** 115 (1986).

⁶⁹⁰ *INS v. Chadha* - 462 U.S. 919 (1983). *Immigration and Nationalization Service v. Chadha*. Resumo do caso: Jagdish Rai Chadha é um indiano, nascido no Quênia e portador de passaporte britânico. Foi legalmente admitido no Estados Unidos em 1966 com um visto de estudante não-imigrante. A validade do visto expirou em 30 de junho de 1972 e em 11.10.1973 o Diretor da imigração (*Immigration and Naturalization Service INS*) ordenou a Chadha que apresentasse as razões de permanência além do prazo permitido. O Juiz de Imigração, em 25 de junho de 1974, ordenou a suspensão de deportação de Chadha, por entender que ele tinha direito à permanência. Havia residido ininterruptamente por mais de sete anos nos Estados Unidos, tinha bom caráter moral e poderia experimentar grandes dificuldades se fosse deportado. A legislação (*Immigration and Nationality Act*) autoriza ambas as casas do Congresso a invalidar ou suspender as ordens de deportação expedidas pelo Procurador Geral. A Câmara dos Deputados (*The House of Representatives*) decidiu, sem debate ou registro de votação, pela deportação de Chadha. A agência responsável (*Board of Immigration Appeals*) rejeitou o apelo, entendendo que não tinha poderes para declarar inconstitucional uma lei do Congresso. A Corte Federal de Apelações

Poder Executivo, que permitira a permanência no país de um estrangeiro, que deveria ser deportado.

Em 24 de junho do mesmo ano, a Suprema Corte decidiu o caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company*, que envolvia a validade da decisão do Departamento de Transporte que revogou a exigência de equipamentos de segurança em veículos automotores, reafirmando e explicando o papel do controle judicial no moderno esquema de administração estatal.

O caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*, julgado pela Suprema Corte em 1984, é considerado o divisor de águas em termos de controle judicial das agências reguladoras. Desde então, a jurisprudência vem tentando se adaptar aos novos desafios impostos pelos novos padrões de revisão judicial fixados naquele precedente.

Por outro lado, há um efeito adicional que é o maior cuidado das partes com as causas diante da possibilidade de um processo redundar num precedente que pode inviabilizar uma política pública conduzida por uma agência.

3.4.1 *The Chevron Test (Chevron two-step test ou Chevron Deference)*

O caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*,⁶⁹¹ é o mais significativo no que se refere à definição de padrões sobre a revisão judicial

(*Court of Appeals for the Ninth Circuit*) decidiu que a casa legislativa não tinha autoridade constitucional para ordenar a deportação de Chadha e que a legislação invocada (*Immigration and Nationality Act*) violava a teoria da separação dos poderes. A Suprema Corte entendeu que a previsão legal que permitia o veto congressual à suspensão de deportação era inconstitucional, confirmando a decisão da Corte de Apelações. O caso foi decidido juntamente com os casos *United States House of Representatives v. Chadha* and *United States Senate v. Chadha*.

⁶⁹¹ Estados Unidos. Supreme Court. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984). Resumo do caso: A questão central é política da agência de tratar globalmente, e não individualmente, as fontes emissoras de poluição de uma empresa. A agência reguladora (*Environmental Protection Agency EPA*), aplicando a legislação específica (*Clean Air Act*) expediu regulamentos que permitiam aos Estados autorizar a instalação de novos equipamentos nas indústrias já existentes, desde que, globalmente consideradas (*single bubble*), as emissões de gases tóxicos não aumentassem. Um Grupo de proteção ambiental (*Natural Resources Defense Council - NRDC*) apelou à corte federal de apelações (*Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*) que afastou a norma da agência por julgá-la contrária à lei, pois limitava-se a 'manter' a qualidade do ar existente e não 'melhorar', que seria o objetivo do Congresso. A Suprema Corte reformou a decisão e manteve a definição de fonte poluidora adotada pela agência, sob o fundamento de que o Congresso havia deixado à agência a complexa missão de acomodar dois objetivos: a redução da poluição atmosférica e o crescimento econômico. (Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=467&page=837>>. Acesso em: 06 jul. 2011).

das decisões das agências.⁶⁹² Trata-se de um caso indispensável para se determinar o grau de deferência⁶⁹³ que um juiz ou tribunal (*judicial deference*) deve dar à decisão de uma agência. Diante da importância do precedente, a doutrina passou a se referir à *Chevron Deference*, quando trata do caso..

Neste importante precedente, a Suprema Corte dos EUA, estabeleceu critérios (*Chevron Test*) para analisar quando a decisão técnica de uma agência deve ser respeitada. É um precedente no qual, de forma mais clara, a Suprema Corte articulou a *doctrine of administrative deference*. O precedente é tão importante que em decisões mais recentes a própria corte faz menção a *Chevron deference*.⁶⁹⁴

No caso *Chevron*, a Suprema Corte, em decisão escrita pelo Justice John Paul Stevens, manteve a interpretação feita pela agência (Environmental Protection Agency - EPA), entendendo que o Judiciário não estava autorizado a adotar seu próprio conceito de fonte poluidora.⁶⁹⁵

Para a Suprema Corte, a análise judicial deve ser feita em duas etapas, método que deu origem à expressão *Chevron two-step test* (prova da duas etapas *Chevron*): Primeiramente, a Corte deve decidir se o legislador foi preciso e direto sobre a matéria a ser regulada. Se a manifestação do Congresso foi clara e direta quanto à matéria, o assunto está encerrado. Não há margem para adoção de outra

⁶⁹² SUSTEIN, Cass R. *Chevron Step Zero*. 92 **VA. L. REV.** 187 (2006). ("*Chevron has become foundational, even a quasi-constitutional text – the undisputed starting point for any assessment of the allocation of authority between federal courts and administrative agencies*"). (Tradução livre: "o caso *Chevron* tornou-se fundamental, um texto 'quasi-constitutional', ponto de partida indiscutível para qualquer análise sobre a distribuição de autoridade entre as cortes federais e as agências").

⁶⁹³ *Judicial deference*: Pode ser traduzida como "grau de reserva", "grau de respeito" ou "grau de imutabilidade" que um juiz ou tribunal deve dar à decisão de uma agência.

⁶⁹⁴ Estados Unidos. Supreme Court. *United States v. Mead Corp.* - 533 U.S. 218 (2000). *Certiorari to the US Court of Appeal for the Federal Circuit No. 99-1434* (2001). Resumo do caso: A legislação (*Harmonized Tariff Schedule of the United States*) autoriza o Serviço de Alfândega dos Estados Unidos a classificar os produtos e fixar as alíquotas dos tributos de importação, de acordo com as regras editadas pelo Secretário do Tesouro. A Corte federal de apelações considerou que as cartas ou ofícios normativos não podem ser equiparados aos 'regulamentos alfandegários', destinatários da deferência judicial assegurada pelo caso *Chevron*. A empresa *Mead Corporation* importou agendas e livros de anotações e não se conformou com a classificação fiscal e com a alíquota aplicada. A Suprema Corte entendeu que a decisão da agência não merecia a 'deferência *Chevron*', pois não havia delegação do Congresso, implícita ou expressa, para que a agência expedir normas com força de lei.

⁶⁹⁵ "*The basic legal error of the Court of Appeals was to adopt a static judicial definition of the term 'stationary source' when it had decided that Congress itself had not commanded that definition.*"

solução. As agências e os tribunais devem assegurar a manifestação que foi veiculada de modo claro pelo legislador.⁶⁹⁶

Mas, se o Congresso foi ambíguo ou tratou da matéria apenas indiretamente, não cabe aos tribunais simplesmente impor sua opção. Devem as cortes de justiça, nesse caso, respeitar a decisão tomada pela agência. Diante do silêncio ou da ambiguidade com respeito a uma questão específica, a questão a ser respondida pela Corte é se a solução dada pela agência está fundamentada numa construção permitida pela legislação.⁶⁹⁷

Trata-se de um importante precedente no que diz respeito ao relacionamento, ao controle judicial das agências reguladoras. O *Test Chevron* ou *Chevron Two Steps Test* é um parâmetro que deve ser usado com sucesso, pois leva em consideração diversos aspectos importantes.

O precedente assegura, primeiramente, a manifestação do órgão de soberania popular. Se a opção do legislador está clara, não há espaço nem para a agência nem para o Judiciário tratarem do assunto. Contudo, mesmo diante de ambiguidade ou de omissão, os tribunais devem assegurar a manifestação do órgão técnico especializado. Não deve o juiz, desde logo, numa questão regulatória, intervir e editar a norma faltante. Deve dar primazia ao órgão regulador. Com isso assegura a racionalidade do sistema e evita a intervenção em áreas com muitas especificidades nas quais os desequilíbrios podem ser muito sensíveis.

⁶⁹⁶ Cf. EVENSEN, Elizabeth. Fifth Circuit Rejects EPA Rule Requiring State and Federal Agency Consultation as a Precondition for State Permitting Programs. HeinOnline. 19 **J. Land Resources & Envtl L.** 131 (1991): (*First the court looks whether "Congress has directly spoken to the precise question at issue". If so, the court must defer to congressional intent and the inquiry ends. If Congress did not address the question at issue, the next inquiry is "whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute"*).

⁶⁹⁷ *Chevron U.S.A. v. NRDC*, 467 U.S. 837, 842–843 (1984): 1) *First, always, is the question whether Congress has spoken directly to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court as well as the agency must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. ... If the Court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction of the statute. . . . Rather, 2) If the statute is silent or ambiguous with respect to the specific question, the issue for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute.*

A revisão judicial não fica de maneira alguma afastada. Veja-se, que na segunda etapa, o juiz verifica se a decisão da agência está devidamente fundamentada na lei, e se há autorização legal para a agência atuar. Apenas se houver uma decisão administrativa sem base legal é que a revisão judicial é cabível.

O caso *Chevron* tem sido apontado como um marco no *judicial review* norte-americano e vem sendo usado de maneira generalizada nas ações em que se questiona a decisão das agências.⁶⁹⁸

No caso *Christensen et al. v. Harris County et al. (Writ of certiorari to the United States Court of Appeals for The Fifth Circuit 98-1167*. Argued February 23, 2000- Decided May 1, 2000) a Suprema Corte reafirmou que "Chevron estabeleceu uma presunção de que as ambiguidades devem ser resolvidas (dentro dos limites da interpretação razoável) pela agência". A implausibilidade do Congresso deixar um assunto altamente significativo sem solução (e portanto 'delegando' sua resolução para a administração da agência) é seguramente um dos fatores a ser considerado para determinar se há ambiguidade (*MC! Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, 512 U. S. 218, 231 (1994), mas uma vez verificada a ambiguidade a consequência é aplicação do critério *Chevron*.⁶⁹⁹

O caso *Chevron* é um dos precedentes mais citados na doutrina norte-americana, quando se discute a relação agência e judiciário e a deferência que deve haver entre as duas instâncias. Por outro lado, a expressão *Chevron deference* tem sido

⁶⁹⁸ Contudo para alguns autores, entendem que o Caso *Chevron* teve pouco impacto na jurisprudência da Suprema Corte. Nesse sentido, MERRIL, Thomas W. *Judicial Deference to Executive Precedent*. 101 **YALE LAW JOURNAL** 969 (1992).

⁶⁹⁹ *Christensen et al v. Harris County et al.* 529 U.S. 576 (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/529/576/case.html>>). Nesse caso se discutia basicamente a possibilidade do empregador obrigar a compensação de horas extras para evitar o pagamento das mesmas. A partir da interpretação da legislação específica (*Fair Labor Standards Act of 1938 (FLSA)*), 29 U. S. C. § 201(0), os Estados podiam compensar as horas extraordinárias em lugar de efetuar pagamento em dinheiro. *Harris County* adotou a política de impor aos seus empregados uma escala de compensação de horários. Os petionários (*Sheriffs* do Condado) alegaram que a lei não permitia ao empregador obrigar a compensação, sem a existência de acordo. A corte de primeira instância acolheu a pretensão, reconhecendo a violação da lei. Em grau de apelação O tribunal do 5.º Circuito reformou a decisão, sustentando que a FLSA não tratava do tema e não proibia o condado de implementar sua política de compensação. A Suprema Corte manteve a decisão da Corte de Apelação. Destacou que o parecer da agência (Department of Labor) não merecia a *Chevron deference*. No caso, nada no regulamento da agência (Department of Labor) exigia que a política de compensação de horas estivesse incluída num acordo. Por outro lado, a deferência à interpretação de uma agência é garantida (*Auer v. Robbins*, 519 U. S. 452, 461) somente quando a linguagem do regulamento é ambígua, o que não verificava no caso).

utilizada para ressaltar a exigência de que as cortes judiciais respeitem a decisão das agências e a vontade do Congresso.

3.4.2 *Chevron steps zero: incertezas e enfraquecimento das agências*

Mais recentemente, a Suprema Corte colocou alguns limites na atuação das agências e, por consequência, autorizou uma maior intervenção judicial. Em três decisões recentes⁷⁰⁰ a Corte parece limitar o âmbito de ação de uma agência que recebe a *Chevron deference*, apenas às decisões das agências que têm "força de lei". Tratam-se dos casos *Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212 (2002), *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (1999).

O caso *Mead (United States v. Mead Corp.)*⁷⁰¹ suscitou mais controvérsias.⁷⁰² A nova doutrina, chamada por alguns como *Chevron step zero*⁷⁰³ tentou estabelecer a diferença entre 'uma regulação', editada com base no *Administrative Procedure Act*, que deve receber a *Chevron deference*, e uma simples carta (contendo a opinião de uma agência), que não impede a intervenção judicial.

Vale dizer, e isto é de suma importância, os atos das agências devem ser analisados e classificados a partir de seu objeto. Alguns atos são regulatórios, criam normas visando regular um mercado. Outros simplesmente são atos concretos da administração usual de qualquer organismo, não havendo razão para ser objeto de uma "deferência" por parte do Poder Judiciário.

Tal sistemática pode ser transplantada para o sistema brasileiro de controle judicial. Os atos regulatórios, dotados de certo nível de abstração, devem ser tratados

⁷⁰⁰ Isso ocorreu nos casos: *Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212 (2002); *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001) e *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (1999).

⁷⁰¹ Supreme Court. *United States v. Mead Corp.* - 533 U.S. 218 (2000). Certiorari to the US Court of Appeal for the Federal Circuit No. 99-1434 (2001). Resumo do caso: A legislação (*Harmonized Tariff Schedule of the United States*) autoriza o Serviço de Alfândega dos Estados Unidos a classificar os produtos e fixar as alíquotas dos tributos de importação, de acordo com as regras editadas pelo Secretário do Tesouro. A Corte federal de apelações considerou que as cartas (ofícios) mesmo normativas, não podem ser equiparadas aos 'regulamentos alfandegários'. A Suprema Corte manteve a decisão da corte, por entender que a manifestação da agência não merecia a 'deferência *Chevron*', pois não havia delegação do Congresso, implícita ou expressa, para que agência expedisse normas com força de lei.

⁷⁰² O Juiz Scalia, da Suprema Corte, teria previsto que o caso *Mead* produziria o caos nos padrões de revisão judicial das agências reguladoras. (Cf. BRESSMAN, Lisa Schultz. How *Mead* has Muddled judicial review of agency action. 58 **VAND. L. REV.** 1443, 1475 (2005).

⁷⁰³ Ver: SUSTEIN, Cass R. *Chevron Step Zero*. 92 **VA. L. REV.** 187 (2006).

de maneira diversa dos atos simplesmente administrativos. Uma resolução outorgando uma concessão de serviço público deve receber tratamento diferenciado de uma resolução, editada para regular um setor econômico. Os objetos são diversos e os níveis de concretude também o são.

No caso *Christensen v. Harris County*, a maioria afirmou que a *Chevron deference* deve ser aplicada às manifestações da agência que têm força de lei, enquanto o caso *Skidmore* se aplica aos atos menos formais, tentando estabelecer uma distinção para a questão da força de lei, contida no *Chevron step zero*.⁷⁰⁴

Uma simples correspondência do Departamento do Trabalho, veiculando uma opinião sobre a compensação de horas extras não merece a deferência judicial, afirmada no caso *Chevron*.

A *Chevron deference* não se aplicaria em três hipóteses: (1) a legislação é inequívoca, não havendo espaço para a interpretação administrativa; (2) nenhuma interpretação foi feita pelo pessoal da agência, responsável pela aplicação da legislação; ou (3) a interpretação não é uma manifestação oficial da agência, não sendo vinculante.⁷⁰⁵

Quando não há dúvida de que o Congresso pretendeu delegar à agência a autoridade interpretativa, aplica-se a deferência *Chevron*. Diante da ambiguidade da legislação, deve-se perguntar antes se o Congresso pretendeu que a ambiguidade fosse resolvida pela agência. O caso *Chevron* presume que essas ambiguidades devem ser resolvidas pela agência. A implausibilidade de ter o Congresso deixado

⁷⁰⁴ *Christensen v. Harris County*. Resumo do caso: O escritório do Sheriff do Condado de Harris, Texas (Harris County Sheriff's department), com a finalidade de reduzir o pagamento de horas extras aos seus funcionários adjuntos, instituiu um esquema obrigatório de compensação de horas extras. Edward Christensen e outros 128 autores alegaram que tinham o direito de compensar quando bem entendessem, pois a legislação (Fair Labor Standards Act) proibia a obrigatoriedade da compensação. O Departamento de Trabalho (United States Department of Labor) emitiu um parecer afirmando que a compensação obrigatória violava a legislação. A Corte de primeira instância (federal district court) decidiu favoravelmente aos autores, mas o Tribunal de Apelações (Court of Appeals) reformou o julgado, sob o fundamento de que a legislação não abordava esse assunto e, portanto, não proibia o condado de implementar uma política de compensação de horas extras trabalhadas. A Suprema Corte manteve a decisão da Corte de Apelações sob o fundamento de que pela legislação o empregador é livre para determinar que o empregador permaneça um tempo sem trabalhar. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/529/576/case.html>>. *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (2000).

⁷⁰⁵ *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (2000). *Opinion of Justice SCALIA* (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/576/case.html>>).

matérias relevantes para a agência decidir é seguramente um dos fatores a ser considerado para determinar se há ambiguidade.

No caso *Auer v. Robbins*, 519 EUA 452 (1997)⁷⁰⁶ se sustentou que a interpretação feita por uma agência de seu próprio regulamento deveria receber a deferência. Mas esta deferência *Auer* é garantida apenas quando a linguagem do regulamento é ambígua.

Quando o regulamento não é ambíguo, mas claramente permissivo, não se aplica essa deferência. Admitir deferência nesse caso, seria permitir à agência que criasse novo regulamento a pretexto de interpretar o regulamento já existente.

O Justice Stevens destacou: Quando bem considerada e observado de maneira consistente, o ponto de vista de uma agência, particularmente numa questão eminentemente técnica, deve merecer nosso respeito.⁷⁰⁷

Embora estabelecidos alguns parâmetros com os precedentes da Suprema Corte, a doutrina analisa a atividade e o posicionamento das cortes a partir da sua disposição, ou não, em respeitar a decisão das agências. Algumas cortes praticam a *categorical deference* (deferência categórica), que exalta e preserva a atuação dos órgãos do Poder Executivo, enquanto outras são consideradas como reveladoras de uma *categorical intervencionism* (intervencionista).⁷⁰⁸

É inegável que esses precedentes contribuíram para aumentar a confusão no que se refere ao controle judicial das agências.⁷⁰⁹ O caso *Mead* teria produzido verdadeiro caos no que se refere à extensão do controle e à formalidade dos procedimentos das agências, de modo que as cortes não sabem mais quando intervir

⁷⁰⁶ Estados Unidos. Supreme Court. *Auer v. Robbins*, 519 EUA 452 (1997) (*Certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit No. 95-897*. Resumo do caso: Policiais de Saint Louis acionaram o Comissário de Polícia buscando pagamento de horas extras com base na legislação aplicável (*Fair Labor Standards Act of 1938 - FLSA*). A Regulamentação do Secretário do Trabalho (*Secretary of Labor*) afastou essa possibilidade por se tratar de funcionários públicos que recebiam um valor fixo invariável. As cortes de primeira e segunda instância julgaram improcedente o pedido. A Suprema Corte manteve a decisão, entendendo que cabia ao Secretário do Trabalho expedir o regulamento com ampla liberdade.

⁷⁰⁷ *Christensen v. Harris County*, p.597 529 U.S. 576 (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/529/576/case.html>>).

⁷⁰⁸ MARGULIES, Peter. Judgind myopia in hindsight: Bives actions, national security decisios and the rule of law. HeinOnline. 96 *Iowa L. Rev.* 231 (2010 2011).

⁷⁰⁹ BRESSMAN, Lisa Schultz. How Mead has Muddled judicial review of agency action. *Vanderbilt Law Review*, v.58, p.1443-1475, 2005.

ou não.⁷¹⁰ Sua aplicação teria produzido, não apenas a diminuição da autoridade das agências mas também a incerteza sobre qual deve ser a revisão judicial adequada. Para alguns, a fixação do limite do controle judicial tornou-se uma atividade irritante.⁷¹¹

As oscilações entre intervenção judicial ou deferência (*intervention and deference*) produzem instabilidade, especialmente em áreas conflituosas, como por exemplo, a segurança nacional.⁷¹²

De qualquer maneira, os precedentes constituem importante diretriz para o aplicador do direito. Mesmo nos casos em que o ato de uma agência não mereça a *Chevron deference*, as suas "normas, interpretações e opiniões constituem um corpo de conhecimento e experiência que pode guiar os tribunais e as partes"⁷¹³. Essa é a conclusão de um antigo precedente datado de 1944: *Skidmore v. Swift & Co.*⁷¹⁴

3.4.3 Controle judicial e desregulação

A omissão da agência também pode ser objeto de controle judicial. Os impedimentos à revisão judicial da omissão das agências são mais doutrinários

⁷¹⁰ STEPHENSON, Matthew C. The strategic substitution effect: textual plausibility, procedural formality, and judicial review of agency statutory interpretations. 120 *Harv. L. Rev.* 528 (2006).

⁷¹¹ SUSTEIN, Cass R. Chevron Step Zero. 92 *VA. L. REV.* 187, 188 (2006).

⁷¹² MARGULIES, Peter. Judgind myopia in hindsight: Bives actions, national security decisios and the rule of law. HeinOnline. 96 *Iowa L. Rev.* 195 (2010 2011)

⁷¹³ *Skidmore v. Swift & Co.* 323 U.S. 134 (1944). (*We consider that the rulings, interpretations, and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control.*)

⁷¹⁴ Supreme Court. *Skidmore v. Swift & Co.* 323 U.S. 134 (1944). Resumo do caso: Sete empregados da fábrica de embalagens *Swift and Company*, propuseram ação com base na legislação de trabalhista (*Fair Labor Standards Act*) para receber, como horas extras, o tempo em que ficavam de sobreaviso numa espécie de brigada de incêndio e poderiam ser chamados a qualquer momento. A Corte federal de primeira instância (*District Court*) rejeitou a pretensão e a Corte de Apelação (*Circuit Court of Appeals*) confirmou a sentença, sob o fundamento de que as horas de sobreaviso não são horas de trabalho. A Suprema Corte reformou a decisão reconhecendo que 'as decisões, interpretações e opiniões do Administrador (Agência) embora não vinculem legalmente os tribunais, constituem um corpo de experiência do qual o tribunal e os litigantes podem adequadamente lançar mão para sua orientação. (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/323/134/case.html>>).

do que jurisprudenciais. No caso *Heckler v. Chaney*⁷¹⁵, a Suprema Corte decidiu unanimemente, pela primeira vez, que a recusa da agência em agir não está sujeita ao controle judicial. Trata-se de uma decisão sujeita à plena discricionariedade da agência.

As razões são muitas, como explica o Juiz Rehnquist:

Primeiro a decisão da agência em não agir envolve um complicado balanço dos fatores que estão inseridos na sua *expertise*. Depois, a agência não pode apenas decidir se a violação da lei ocorreu mas se os seus recursos devem ser utilizados nessa ou naquela violação. Uma agência em geral não pode agir em cada violação da lei. Por fim, a agência é muito mais equipada do que as cortes para trabalhar com as muitas variáveis envolvidas.⁷¹⁶

Como afirma o Juiz Abner J. Mikva, da Corte de Apelações do Distrito de Columbia,

Em grande medida, as agências reguladoras são como a Rainha no livro *Alice Through The Looking Glass*: elas tem de correr muito simplesmente para ficar no mesmo lugar. Conseqüentemente, as agências podem mudar de direção apenas para permanecer na mesma posição. Esta estratégia de desregulação por 'omissão ou inércia' pode ser chamada '*passive deregulation*', para distinguir da desregulação através de ação explícita da agência, que pode ser denominada '*active deregulation*'.⁷¹⁷

3.4.4 Revisão judicial e usurpação da competência originária das agências

No recente caso *American Eletric Power Co., Inc., et al v Connecticut et alt It*⁷¹⁸ o Justice Ginsburg destacou princípios elementares inerentes ao controle judicial das agências reguladoras. Primeiramente destacou a possibilidade de revisão judicial de

⁷¹⁵ Supreme Court. *Heckler v. Chaney* 470 U.S. 821 (1985). Resumo do caso: Prisioneiros condenados à pena de morte por meio de injeção letal, peticionaram à agência (*Food and Drug Administration FDA*) sustentando que as drogas que seriam utilizadas nas suas execuções não era aprovadas para uso humano e, portanto, violavam a legislação federal (*Federal Food, Drug and Cosmetic Act -FDCA*). Diante da recusa da agência em agir para aplicar a lei, os cidadãos ingressaram em juízo. A corte federal de primeira instância entendeu que a decisão da agência não estava sujeita ao controle judicial. A Corte de Apelações (*The Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*) reformou a decisão, entendendo que a recusa em iniciar um procedimento para verificar a violação da lei estava sujeito ao controle judicial e configura um abuso de discricionariedade. Por unanimidade, a Suprema Corte entendeu que não cabia revisão da decisão da agência, após explicar que o caso *Overton Park* era diverso porque não envolvia a recusa de uma agência em agir. A Suprema Corte afirmou sua posição no sentido de que a decisão de uma agência em não agir para aplicar uma lei, seja civil ou penal, está sujeita à absoluta discricionariedade da agência, sendo insuscetível de revisão judicial.

⁷¹⁶ Supreme Court. *Heckler v. Chaney* 482 U.S. 821 (1985).

⁷¹⁷ MIKVA, Abner J. The changing role of judicial review. 38 *Admin. L. Rev.* 115 (1986).

⁷¹⁸ *American Eletric Power Co., Inc., et al v Connecticut et alt It* 564 U.S. ___ (2011), Supreme Court of the United States.

qualquer matéria, mesmo que atribuída pelo Congresso a uma agência: proteção ambiental é uma área 'dentro do poder legislativo nacional', na qual uma corte federal pode preencher lacunas legislativas e, se necessário, adotar padrões federais.

A Suprema Corte reconheceu a existência de uma questão federal, com fundamento no caso *Milwaukee I* (*When we deal with air and water in their ambient or interstate aspects, there is a federal common law*)⁷¹⁹, mas adicionou que esse reconhecimento não significa que as cortes federais podem interferir amplamente e dispor sobre o assunto, devendo respeitar a legislação estadual até que o legislador federal disponha de modo diverso.⁷²⁰

O controle judicial foi garantido: A decisão da agência não escapa da revisão judicial. As cortes federais podem rever uma ação da agência, ou sua omissão, para aferir sua compatibilidade com a legislação adotada pelo Congresso.⁷²¹ Contudo, a primazia da atuação da agência (EPA) é assegurada. Revisão judicial não significa usurpação da competência que é assegurada ao órgão situado em outro ramo do poder:

Embora tenha reconhecido que a agência (*Environmental Protection Agency - EPA*) tinha se omitido no cumprimento de um dever, que seria o de expedir normas sobre emissão de carbono por usina hidrelétricas, a Suprema Corte não autorizou desde logo a edição da norma faltante pelo Judiciário, preservando a competência do órgão originalmente competente.

Concluiu que, apenas depois de editada a norma regulamentar pela agência, cuja obrigatoriedade se reconheceu, é que os litigantes poderiam voltar a invocar a revisão judicial para verificar a compatibilidade das novas disposições expedidas.⁷²²

O julgado preserva a competência da agência para regular a emissão dos gases tóxicos, mantendo, todavia, a possibilidade de revisão pelo Judiciário. Não

⁷¹⁹ *Milwaukee*, 406 U.S. at. 103.

⁷²⁰ *Recognition that a subject is meet for federal law governance, however, does not necessarily mean that federal courts should create the controlling law. Absent a demonstrated need for a federal rule of decision, the Court has take "the prudent course" of "adop [ting] the readymade body of state law as the federal rule of decision until Congress strikes a different accommodation"* (*American Eletric Power Co., Inc., et al v Connecticut et alt It* (564 US 7-8 (2011))).

⁷²¹ *American Eletric Power Co., Inc., et al v. Connecticut et alt It* 564 U.S. 13 (2011): "*EPAS's judgment, we hasten to add, would not escape judicial review. Federal courts, we earlier observed, can review agency action (or a final rule declining to take action) to ensure compliance with the statute Congress enacted*".

⁷²² "*If the plaintiffs in this case are dissatisfied with the outcome of EPA's forthcoming rulemaking, their recourse under federal law is to seek Court of Appeals review, and, ultimately, to petition for certiorari in this Court.*" (*American Eletric Power Co., Inc., et al v Connecticut et alt It* 564 U.S 13 (2011)).

autoriza, contudo, a atuação, desde logo, inaugural do Judiciário para substituir-se à atividade da agência.⁷²³

A justificativa para assegurar a primazia da agência especializada é a natureza complexa da atividade regulatória e os diferentes interesses e fatores que devem ser considerados pela agência especializada.⁷²⁴

Por outro lado, a expedição de norma reguladora exige que sejam levados em conta diversos fatores, não somente os interesses setoriais, regulados pela agência especializada, mas também aspectos que dizem respeito à "chamada regulação transversal", como a concorrência.

Finalizando a manifestação no caso *American Elec. Power Co v. Connecticut*, a Suprema Corte decidiu que a agência foi escolhida pelo Congresso para atuar como o 'primeiro regulador, e que a agência é seguramente melhor equipada para a tarefa do que o juiz atuando no caso concreto, decidindo caso a caso. O juiz federal não dispõe de recursos científicos, econômicos e tecnológicos que uma agência dispõe. (*Federal judges lack the scientific, economic and technological resources an agency can utilize in coping with issues on this order*).⁷²⁵

A decisão menciona, em *obiter dicta*, que os juízes não podem encomendar estudos científicos ou convidar grupos de peritos para consultoria, além de proferir um julgamento limitado pela técnica processual às razões e provas apresentadas pelas partes. Além disso, faltaria ao juiz de primeira instância a autoridade para fixar precedentes obrigatórios aos seus colegas, mesmo os da mesma Corte.⁷²⁶

⁷²³ "Indeed, this prescribed order of decisionmaking – the first decider under the Act is the expert administrative agency, the second, federal judges – is yet another reason to resist setting emissions standards by judicial decree under federal tort law." 564 U.S 13 (2011).

⁷²⁴ *American Electric Power Co., Inc., et al v Connecticut et al* 564 U.S 13 (2011). "The appropriate amount of regulation in any particular greenhouse gas-producing sector cannot be prescribed in a vacuum: as with other questions of national or international policy, informed assessment of competing interests is required. Along with the environmental benefit potentially achievable, our Nation's energy needs and the possibility of economic disruption must weigh in the balance".

⁷²⁵ 564 U.S 14, (2011):

⁷²⁶ 564 U.S 14 (2011): "Judges may not commission scientific studies or convene groups of experts for advice, or issue rules under noticed-and-comment procedures inviting input by any interested person, or seek the counsel of regulators in the States where the defendants are located. Rather, judges are confined by a record comprising the evidence the parties present. Moreover, federal district judges, sitting as sole adjudicators, lack authority to render precedential decision binding other judges even members of the same court".

Em suma, a revisão judicial não é um modo originário de regular as questões que estão submetidas por lei às agências.

3.4.5 A Suprema Corte americana e a discricionariedade da agências

No caso *Bethlehem Steel Corp. v. EPA*, 723 F.2d 1303 (7th Cir. 1983), o Juiz Posner destacou que os tribunais podem atuar para fazer prevalecer valores que o público aceita mas que a agência tenha recusado. A questão não é somente técnica. Uma agência pode ter sido dominada por uma facção política e não está autorizada a assegurar a essa mesma facção uma vitória que foi negada na 'arena legislativa', em razão dos esforços de outra facção. O tribunal deve assegurar a prevalência da opção política feita pela maioria do Congresso mas não fazer prevalecer apenas os interesses de um grupo que participou do debate legislativo.⁷²⁷

Num julgamento da Suprema Corte, o Juiz Rehnquist destacou que as agências não podem ser suficientemente responsabilizadas politicamente, o que recomenda que não se confie a elas decisões discricionárias.⁷²⁸ O princípio da não-delegação, conforme destaca o Justice Rehnquist, desempenha três importantes funções:

Como formulada e aplicada por este Tribunal, a doutrina *nondelegation* desempenham três funções importantes. **Primeiro**, e mais abstratamente, ela garante, de maneira a ordenar a administração governamental, que as escolhas importantes da política social são feitas pelo Congresso, o ramo do nosso governo mais sensível à vontade popular. Veja *Arizona v California*, EUA 373 546, 626 (1963) (Harlan, J., dissidente em parte); *United States v Robel*, 389 EUA 258, 276 (1976) (BRENNAN, J., concordando com o resultado). **Segundo**, a doutrina garante que, na medida em que o Congresso considera necessário delegar sua autoridade, ele fornece ao destinatário um "princípio inteligível", para orientar o exercício do poder discricionário delegado. Veja *JW Hampton & Co., contra Estados Unidos*, 276 dos EUA, em 409; *Panamá Refining Co. v Ryan*, 293 dos EUA, em 430. Em **terceiro**

⁷²⁷ United States Court of Appeals, Seventh Circuit. - 723 F.2d 1303 (1983). 723 F.2d 1303: *Bethlehem Steel Corporation, Petitioner, v. United States Environmental Protection Agency, Respondent. save the Dunes Council and Citizens for a Betterenvironment, Intervenor-respondents*. Tradução livre a partir da opinião de Posner: "The issue here is not a technical one at all. And where a statute strikes a political balance but administration of the statute is entrusted to an agency that may not embody that balance, it is dangerous to defer automatically to the agency's view. An agency that may be dominated by one faction in the legislative struggle that led to enactment of a compromise is not authorized to hand that faction a victory that was denied it in the legislative arena through the efforts of another faction. The court must enforce the compromise, not the maximum position of one of the interest groups among which the compromise was struck." (Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/723/1303/320068/>>).

⁷²⁸ Suprema Corte. *Industrial Union Dep't, AFL-CIO v. American Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607, 686-87 (1980) (Rehnquist, J).

lugar, e derivado do segundo, a doutrina garante que os tribunais encarregados de fiscalizar o exercício da discricionariedade legislativa delegada serão capazes de testar esse exercício em relação aos padrões verificáveis. Ver *Arizona v. Califórnia*, supra, em 626 (Harlan, J., em parte divergente); *American Power e Luz Co. v. SEC*, supra, em 106.⁷²⁹

Num outro caso, *Industrial Union Dept. v. American Petrol* a Suprema Corte manteve uma decisão do tribunal federal que negou os poderes discricionários da agência. A legislação (Occupational Safety and Health Act of 1970) delegou amplos poderes ao Secretário do Trabalho (Secretary of Labor) para fixar padrões de segurança e saúde no trabalho. A agência (Occupational Safety and Health Admissions - OSHA) responsável por exercer esta autoridade fixou os padrões e a Court of Appeals invalidou algumas exigências por entender que não estavam fundamentadas em elementos devidamente registrado nos procedimentos administrativos. A Corte concluiu que a OSHA excedeu sua autoridade por não ter recebido poderes discricionários para adotar padrões de segurança, criando um ambiente de trabalho totalmente livre de riscos, mas sem considerar os elevados custos necessários.⁷³⁰

Contudo, o exame da discricionariedade não pode ser feito de maneira global. Somente uma cuidadosa análise da legislação e dos precedentes, permite concluir se o congresso atribuiu ou não a uma agência específica poderes de adotar normas, com maior ou menor liberdade.

⁷²⁹ Tradução livre a partir do original: "As formulated and enforced by this Court, the nondelegation doctrine serves three important functions. First, and most abstractly, it ensures to the extent consistent with orderly governmental administration that important choices of social policy are made by Congress, the branch of our Government most responsive to the popular will. See *Arizona v. California*, 373 U.S. 546, 626 (1963) (Harlan, J., dissenting in part); *United States v. Robel*, 389 U.S. 258, 276 (1976) (BRENNAN, J., concurring in result). Second, the doctrine guarantees that, to the extent Congress finds it necessary to delegate authority, it provides the recipient of that authority with an [448 U.S. 607, 686] "intelligible principle" to guide the exercise of the delegated discretion. See *J. W. Hampton & Co., v. United States*, 276 U.S., at 409; *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S., at 430. Third, and derivative of the second, the doctrine ensure that courts charged with reviewing the exercise of delegated legislative discretion will be able to test that exercise against ascertainable standards. See *Arizona v. California*, supra, at 626 (Harlan, J., dissenting in part); *American Power & Light Co. v. SEC*, supra, at 106." (United States Court of Appeals, Seventh Circuit. - 723 F.2d 1303 (1983). 723 F.2d 1303).

⁷³⁰ Suprema Corte. EUA. *Industrial Union Dept. v. American Petrol. Inst.*, 448 U.S. 607 (1980) 448 U.S. 607. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=448&invol=607>. (Together with No. 78-1036, *Marshall, Secretary of Labor v. American Petroleum Institute et al.*, also on certiorari to the same court).

Um dos casos emblemáticos, é o caso Plato.⁷³¹ Neste caso, a Suprema Corte decidiu que o prejudicado pode recorrer à justiça contra a decisão de uma agência mesmo que a lei que a criou contenha a cláusula *no judicial review*.⁷³² Isso se dará nos casos em que a agência violar o devido processo legal (*due process of law*).⁷³³

No caso Plato decidiu-se que mesmo que um benefício tenha sido negado a um veterano, após ter sido exauridas as vias administrativas e judiciais, a ação pode ser novamente proposta com apresentação de novas provas (*new and material evidence*).

De uma forma crescente, tem-se reconhecido que a complexidade social e a rapidez com que as mudanças sociais ocorrem, expõem a fragilidade das estruturas políticas tradicionais na adoção de medidas com a qualidade e a velocidade necessárias. Tanto para o Legislativo⁷³⁴ como, no caso, a Administração Pública Direta sofrem esse impacto.

Portanto, a complexidade social está na base do fundamento teórico para autorizar as agências a expedir normas. Por outro lado, o Poder Judiciário também se sente autorizado a regular cada vez mais a vida social, incentivado pelos crescentes reclamos de efetivação dos direitos, previstos na Carta de 1988 e não concretizados, e pela insatisfação com o não atendimento das crescentes demandas sociais.⁷³⁵

Este debate sobre o ativismo judicial não é novo nos Estados Unidos. Principalmente na segunda metade do século XX, passou-se a questionar o crescente protagonismo dos juízes na tomada das decisões fundamentais da sociedade norte-americana.⁷³⁶

É constante e atual o debate sobre a autocontenção judicial (*self restraints*) e o ativismo (*judicial activism*) e seus fundamentos e riscos ao estado democrático.

⁷³¹ BEEDLE, Norma J. Administrative law: veterans benefits. Judicial review on administrative procedural polices in light of the no review clause. HeinOnline. 42 **Missouri Law Review** 433 (1977).

Ver também: COHEN, Amanda C. Sierra Club Environmental Litigation. **Harvard Environmental Law Review**, v.23, n.2, p.547, 1999.

⁷³² Tal cláusula é expressamente vedada ao legislador brasileiro diante do amplo acesso à tutela jurisdicional assegurado pela Constituição Federal no art. 5.º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷³³ GAINER, James Bradford. Legislative veto in Ohio: The Twilight Zone of Distinction. 9 **U. Dayton L. Rev.** 557 (1983-1984)

⁷³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. p.45

⁷³⁵ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1991. p.130.

⁷³⁶ GOVERT, Gary R. How many judges it takes to make a law: John Orth illuminates the History of judicial activism. **North Carolina State Bar Journal**, v.12, n.4, p.24-27, 2007.

Em outro precedente a Suprema Corte decidiu que "uma corte não pode substituir julgamento da agência pelo seu julgamento"^{737,738}.

3.5 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DAS AGÊNCIAS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

O desenho institucional das agências de terceira geração, criadas no anos 2000⁷³⁹, é mais forte. Entre essas novas entidades descentralizadas está a primeira agência detentora de poderes formais de licenciamento e competência para investigar o cumprimento de legislação nacional. Trata-se da *European Aviation Safety Agency*, responsável por licenciamento de aviões e da *European Chemicals Agency*, criada pela União Europeia para assegurar o desenvolvimento técnico e científico da regulação da indústria química.

No âmbito da Comunidade Europeia, a questão da revisão judicial em contraposição à discricionariedade técnica das agências tem sido amplamente debatida. O caso mais emblemático é o Caso Meroni.⁷⁴⁰ A Corte de Justiça da Comunidade

⁷³⁷ *Bowman Transp., Inc. v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*, 419 U.S. 281. Resumo do caso: Em 1969, a *Interstate Commerce Commission - ICC*, depois de regular procedimento que durou de 1966 a 1967, rejeitou a pretensão dos transportadores de obter certificação específica para transporte de produtos entre as regiões sudoeste e sudeste. Em 1971, a ICC, autorizou a emissão dos certificados para alguns transportadores e o assunto foi levado à justiça de primeira instância (*District Court*) que afastou a decisão da agência por entendê-la arbitrária e caprichosa (*arbitrary, capricious*) e sem base racional, de acordo com *Administrative Procedure Act*.

A Suprema Corte reformou a decisão, entendendo que uma corte não pode substituir o julgamento da agência pelo seu julgamento. (Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=419&invol=281>>).

⁷³⁸ BEATTY, David M. **Human rights and judicial review: a comparative perspective**. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994. p.345.

⁷³⁹ As novas agências européias são: *European Network and Information Security Agency* (ENISA, 2004), *European Centre for Disease Prevention and Control* (ECDC, 2004), *European Aviation Safety Agency* (EASA, 2002), *European Railway Agency* (ERA, 2004) e a *Community Fishery Control Agency* (CFCA, 2005).

⁷⁴⁰ Case 10/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA, v. High Auth. Of the European Coal & Steel Cmty.*, 1958 E.C.R. 53. (SAUER, Johannes. The accountability of supranational administration: The case of european union agencies. 24 **Am. U. Int'l L.** 429 (2008-2009).

No caso *Meronii*, the High Authority of the European Coal and Steel Community (ECSC) tinha criado um sistema para regular o mercado de sucata de metais. A aplicação das regras ficou a cargo de uma agência sediada em Bruxelas, sob a responsabilidade da High Authority. A Corte de Justiça da Comunidade Européia examinou o caso, trazido pela *Italian Steel Company Meroni* que se recusara a pagar a taxa incidente sobre a importação de sucata de ferro e devida ao fundo de equalização. A Corte reconheceu a possibilidade da transferência de poderes mas estabeleceu limites à delegação legislativa.

Europeia⁷⁴¹ decidiu, ainda, em 1958, a possibilidade de transferência de poderes mas simultaneamente limitou a discricionariedade nessa transferência: O Conselho não pode transferir mais do que recebeu de outros; não é possível delegar poderes com larga margem de discricionariedade.⁷⁴²

Mas a mesma jurisprudência tem estabelecido que

às agências não pode ser conferidos poderes para adotar medidas regulatórias gerais. Elas devem se limitar a tomar decisões individuais, sem poder genuinamente discricionário. Evidentemente a própria existência da agências e a natureza de suas decisões são justificadas pela natureza puramente técnica de suas decisões e pela ausência de influências políticas.⁷⁴³

Contudo, com a criação das chamadas agências de terceira geração e com a extensão de poderes que lhes foram atribuídos, os limites do caso Meroni parecem estar ultrapassados.

Martin Shapiro também destaca que a vantagem das agências é sua habilidade de atuar em níveis setoriais altamente técnicos, a crescente visibilidade que elas apresentam para os setores regulados (e em alguns casos à opinião pública) e a economia de custos que elas oferecem para os negócios. Para a Comissão Europeia a criação das agências é também uma maneira útil de concentrar as tarefas essenciais num único órgão.⁷⁴⁴

Especificamente sobre os limites da intervenção judicial, um precedente importante diz respeito à possibilidade do magistrado decidir afastando um parecer negativo da agência especializada sobre determinado medicamento.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ A organização institucional da Comunidade Europeia contam com a Court of Justice, General Court, antes chamada de Tribunal de 1ª instância, e o Civil Service Tribunal, encarregado das lides entre funcionários da comunidade e a Administração comunitária.

⁷⁴² 1958 E. C. R 53.

⁷⁴³ Communication from the Commission, *The Operating Framework for the European Regulatory Agencies*, at 5, COM (2002) 718 final (Nov. 12, 2002); also Commission White Paper on European Governance, supra note 81, at 24 (discussão sobre a criação de agências reguladoras autônomas e seus benefícios em relação ao processo regulatório tradicional). *A main advantage of using agencies is that their decisions are based on purely technical evaluations of very high quality and are not influenced by political or contingent considerations.*

⁷⁴⁴ SHAPIRO, Martin. The Problems of Independent Agencies in the United States and the European Union. 4 **J. EUR. PUB. POL'Y** 276, 282 (1997). (*stating that E.U. agencies have the huge advantage of not being in Brussels and not being the Commission; they aim to be viewed as "Europe-wide epistemic communities ... whose technical truths transcend politics"*).

⁷⁴⁵ Veja o Caso Albert Albrecht julgado em 2006 pela European Court of Justice.

As Cortes Europeias constantemente tem recusado decidir contra os pareceres da EMEA (Agency for the Evaluation of Medicinal Products, hoje, European Medicines Agency), fundando-se basicamente no ato da Comissão Europeia, embora as partes tenham desafiado essa jurisprudência, alegando que os pareceres da EMEA podem ser questionados e anulados com base no art. 263 do Tratado.⁷⁴⁶

O caso mais representativo na área de medicamentos é o de 2002. Neste caso (*Artegodan decision*), a Corte de Primeira Instância aceitou a demanda contra uma decisão negativa da Comissão e também decidiu que a efetiva revisão depende de análise, além dos aspectos puramente formais.⁷⁴⁷ Com isso a corte reconheceu a grande importância do parecer da agência e a necessidade da Comissão seguir esse parecer, a menos que apresente um elaborado arrazoado em contrário.

Trata-se de um importante reconhecimento do papel das agências, e por consequência, da legitimidade técnica das suas manifestações. No cerne da questão, está um posicionamento em favor da legitimidade técnica em detrimento da legitimação política.

O caso *Artegodan* demonstra também um nova forma de *accountability*⁷⁴⁸, que é a margem de consideração que as cortes de justiça europeias garantem em favor das agências.^{749,750}

O caso demonstra que, quanto maior o reconhecimento em favor da decisão da agência, menor o seu grau de responsabilização, ou seja, menor a possibilidade da Corte revisar a decisão de uma agência.

⁷⁴⁶ Official Journal of the European Union, C 83/162, 30.3.2010: Article 263 (ex article 230 TEC): *The Court of Justice of the European Union shall review the legality of legislative acts, of acts of the Council, of the Commission and of the European Central Bank, other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament and of the European Council intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. It shall also review the legality of acts of bodies, offices or agencies of the Union intended to produce legal effects vis-à-vis third parties.*

⁷⁴⁷ A Corte aceitou a demanda contra a decisão negativa da comissão e também decidiu que o questionamento exigia não somente o exame de questões formais, mas também do objeto das conclusões da agência (EMEA and the CPMP).

⁷⁴⁸ **Accountability** é um termo da língua inglesa, sem tradução exata para o português, que diz respeito à obrigação de agentes públicos (políticos ou administrativos) de prestar contas aos órgãos controladores ou aos seus eleitores (ou representados). Uma aproximação possível seria o termo responsabilização.

⁷⁴⁹ Case T-74/00, *Artegodan GmbH v. Comm'n*, 2002 E.C.R. 11-494, 197- 200 (declaring that any illegality in the CPMP's opinion will render the Commission's decision based on it unlawful). *Id.* 199, 201, 211, 220 (elaborating that in addition to evaluating the CPMP's opinion, the court must review whether the Commission has, in turn, exercised its discretion).

⁷⁵⁰ Case C-39/03 P, *Comm'n v Artegodan GmbH*, 2003 O.J. (C 202) 2 (dismissing the appeal of the European Commission against the judgment of the Court of First Instance).

Esse reconhecimento do papel da agência em grande parte decorre do contexto tecnológico em que atuam e também do risco regulatório, fatores que pressionam em favor do *judicial deference*⁷⁵¹ com objetivo de fortalecer o conhecimento científico (scientific expertise).⁷⁵²

Mantém-se o mesmo entendimento do caso *Chevron* em que a Suprema Corte do Estados Unidos justificou o respeito à decisão de uma agência com fundamento na especialização técnica e no controle democrático.⁷⁵³ É uma clara manifestação em favor de *administrative deference*.

O caso *Artegodan* indica que o Tribunal de Primeira Instância prestigia o "julgamento científico"⁷⁵⁴ da EMEA (atual European Medicine Agency) apenas de forma limitada, pois está implícito no compromisso da União Europeia o princípio da precaução aplicável também ao Estados membros.

⁷⁵¹ *Judicial deference* é uma doutrina que defende que os juízes, ao decidir seus processos, não devem frustrar a vontade do Legislador. É importante, sobretudo nos ordenamentos como do Reino Unido, onde falta uma Constituição escrita, com especial objetivo de limitar os poderes do Parlamento. Também nos Estados Unidos há manifestação dessa doutrina (*judicial deference*). No caso da lei de imigração, as Cortes Federais têm historicamente decidido em favor da autoridade do Congresso, prevista expressamente na Constituição. Caso *Fiallo v. Bell*. Supreme Court, 430 US 787 (1977). No caso *R (Kehoe) v Work and Pensions Secretary* [2005], Lord Hope decidiu que as cortes devem respeitar, em termos democráticos, a manifestação ponderada dos órgãos eleitos, quando procuram fazer a ponderação entre os direitos do indivíduo e as necessidades da sociedade. A crítica que se pode fazer em relação a esta doutrina é que ela defende simplesmente a obediência das cortes à vontade do Parlamento, uma clara manifestação da doutrina da Soberania do Parlamento.

⁷⁵² Ver: LINDSETH, Peter L. Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community. 99 **COLUM. L. REV.** 628 (1999). (*reciting an ECJ decision that prohibited the Commission from issuing decisions on scientific matters without consulting relevant scientific committees and arguing that such decisions grant too much power to politically unaccountable bodies*).

⁷⁵³ *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984): *deference to the statutory interpretation of an agency on the grounds of agency expertise and democratic accountability*.

⁷⁵⁴ Cf. LINDSETH, *op. cit.*, p.628: destaca que Corte de Justiça da Comunidade Européia proíbe a Comissão de expedir decisão em assuntos específicos sem consultar comitês científicos relevantes, adicionando que tais decisões conferem muito poder sem controle aos órgãos políticos (*such decisions grant too much power to politically unaccountable bodies*).

3.5.1 Solução de conflitos no âmbito da agência

Mais recentemente tem se delineado uma tendência de revisão judicial em dois estágios (*two steps system*). Tal solução foi utilizada na criação da EASA (*European Aviation Safety Agency*) em 2002.⁷⁵⁵

Primeiramente uma Câmara de Apelação da própria agência examina as razões dos prejudicados pela negativa de certificado de acesso de alguns produtos ao mercado (*airworthiness certificates*).⁷⁵⁶

Da decisão negativa dessa Câmara cabe apelação dirigida ao Tribunal de Primeira Instância. Esse sistema de solução de conflitos tem reduzido os números de recursos fora da agência e está sendo proposto para as agências novas que são criadas no âmbito da Comunidade Europeia, como é o caso da *European Chemicals Agency*.

A Corte de Justiça tem afirmado que é cabível a ação de anulação de uma decisão da agência (EASA), mas somente após o esgotamento dos recursos cabíveis no âmbito da agência.

A conclusão a que se pode chegar é que, de forma genérica, a *expertise* técnica é fundamento suficiente para garantir a prevalência de uma decisão de agência, mesmo quando contraposta com uma decisão de órgão político, legitimado pela soberania popular. Trata-se de importante conclusão, pois reconhece a agência como depositária de conhecimento científico que deve prevalecer.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ EASA - European Aviation Safety Agency.

⁷⁵⁶ AIRWORTHINESS CERTIFICATE é o CERTIFICADO DE AERONAVEGABILIDADE, documento que certifica que uma aeronave está em condições técnicas e de segurança para evoluir no espaço aéreo sujeito àquela autoridade. Embora não tenha nada a ver com acesso ao mercado, demonstra o grau de intervenção de uma agência numa determinada atividade econômica.

⁷⁵⁷ No Brasil, ver precedente sobre a influência da certificação aérea, emitida pela agência, nos contratos públicos: TRF 1.^a Região. **Agravo de Instrumento 20080100033882**, 5.^a Turma, Des. Fagundes de Deus, e-DJF 1 13.11.2009, p.153. Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA OBTENÇÃO DE MEDIDA ANTECIPATÓRIA COM VISTAS AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DE CONTRATO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO CURSO DO PROCESSO ORIGINÁRIO. 1. Em princípio, afigura-se juridicamente plausível a alegação de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de prestação de serviços de transporte aéreo de carga (celebrado com a ECT em abril/2005) - uma vez que a empresa ficou impossibilitada de operar as aeronaves que utilizava (Boeing 737-200), em virtude de comunicação do fabricante, em janeiro/2008, de que não expediria Boletim Técnico de Engenharia, por não ser economicamente viável realizar as modificações e consertos nos jatos daquele modelo até 23/12/2007, conforme exigido pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, por intermédio da DA (Diretriz de Aeronavegabilidade), emitida em dezembro/2003, levando-a a se utilizar outro tipo de aeronave (Boeing 727-200), de maior custo. Com efeito, é de

Outra conclusão importante é que as agências devem aperfeiçoar um mecanismo de revisão interna de seus atos. Especialmente nos casos dos atos regulatórios executivos, em que se rejeita o acesso de um agente econômico a um setor regulado, a melhor solução é exigir previamente o esgotamento dos recursos administrativos antes do ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário.

As demandas sociais não devem ser resolvidas pela via judicial. Ao contrário, são os agentes públicos do Poder Executivo os responsáveis originários pela busca do bem-estar social e que devem tomar medidas concretas na busca desse objetivo.

Concorda-se com a afirmação de Rodolfo Carmargo Mancuso quando defende que é preciso desconstituir a premissa de que a via judicial é o escoadouro natural de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita para que se possa ofertar uma resposta de qualidade: *justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível*.⁷⁵⁸

se reconhecer – conforme proclamado em pronunciamento técnico-jurídico da ECT, ao concluir pela procedência do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro – que houve tanto defasagem nos preços como imprevisibilidade na situação vivenciada pela empresa, porquanto, na qualidade de companhia aérea proprietária das aeronaves 737-200, tinha justa expectativa de que o fabricante (Boeing), a exemplo do que ocorreu em todas as outras situações similares, emitisse o Boletim de Serviço, documento este absolutamente imprescindível para que os detentores das aeronaves arroladas na Diretriz de Aeronavegabilidade empreendessem as medidas necessárias à manutenção dos equipamentos em operação. 2. Ausente, porém, prova inequívoca a respaldar a concessão da medida antecipatória da tutela recursal para a recomposição da equação econômico-financeira da avença, neste grau de jurisdição (CPC, arts. 273 e 527, III), dado ser evidente a necessidade de apuração de vários elementos técnicos e econômicos, por meios probatórios hábeis no âmbito da ação originária, a fim de se fixar os percentuais de reajustes devidos à TAF, o que ainda deverá ocorrer na fase instrutória. 3. Ademais, impossível aferir-se, com exatidão, nesta fase recursal, em que ordem ocorreu o desequilíbrio, de modo a identificar, initio litis, qual o percentual de defasagem que se verificou nos preços contratados, sendo, também por isso, inviável o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal. 4. Agravo de instrumento da TAF LINHAS AÉREAS S/A desprovido.

⁷⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.13.

CAPÍTULO 4

O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE CONTROLE DAS AGÊNCIAS

4.1 A TÉCNICA PROCESSUAL, PROCESSO JUSTO E APERFEIÇOAMENTO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

O acesso à justiça é um direito fundamental que compreende garantias formais e atividades materiais dos agentes responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, assegurada na Constituição. Em sentido formal, há de ser garantido a todos, sem qualquer tipo de discriminação, o acesso, livre e em condições de igualdade, ao órgão competente para tutelar os direitos subjetivos materiais lesados ou ameaçados (CF, art. 5.º, XXXV). Em sentido substancial, abrange todo e qualquer procedimento desenvolvido em juízo para proporcionar provimentos judiciais idôneos e efetivos para concretizar o direito material objeto do processo.⁷⁵⁹

O processo no Estado contemporâneo, não se limita a regular o acesso à justiça, em sentido formal, pois tem a missão de proporcionar a todos uma tutela *procedimental e substancial* justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um *processo justo*^{760,761} ao invés de fazer referência ao *devido processo legal*.⁷⁶²

⁷⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo: estudo em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n.29, p.87, mar./abr. 2009.

⁷⁶⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del 'giusto processo'**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004. p.278. O autor destaca que a garantia do *giusto processo* é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, direito ao contraditório, à independência e imparcialidade do juiz, ao processo *efetivo* com *duração razoável*, entre outras) "*che si compenetrano saldamente, come parte del tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo.*"

⁷⁶¹ PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2010. p.230/231.

⁷⁶² ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2.ed. Torino: Giappichelli, 1997. p.5: '*Nella nuova prospettiva post costituzionale, quindi, il problema del processo non riguarda soltanto il suo essere (id est: la sua concreta organizzazione secondo le leggi ordinarie vigenti) ma anche il suo dover essere (id est: la conformità del suo assetto positivo alla normativa costituzionale sull'esercizio dell'attività giurisdizionale).*

A sociedade descobriu o processo como fonte preferencial de efetivação dos direitos o que produz uma maior pressão sobre o aparelho judicial e uma frustração pela demora das respostas do Judiciário aos pleitos sociais cada vez mais detalhados.⁷⁶³

Por outro lado, a justiça brasileira passa por uma crise. Críticas aos membros do Judiciário e aos provimentos entregues pelo sistema judicial são frequentes. Há um quadro de profundo desalento com o Poder Judiciário.

4.1.1 Processo justo: a concepção de justiça como serviço público e a perda de legitimidade

Uma sociedade paternalista com nítido viés assistencialista⁷⁶⁴ e com uma democracia recente, ainda tende a ver o Estado como responsável privilegiado pelo

⁷⁶³ Conforme dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça: Ingressaram na *Justiça Estadual*, em 2010, 17,7 milhões de processos. [...] A soma entre o total de casos novos e o total de casos pendentes demonstra que, somente na Justiça comum, tramitaram cerca de 65,7 milhões de processos em 2010. Em 2010 tramitaram no 2.º Grau da Justiça Estadual 3,3 milhões de processos, dos quais 1,44 milhão já estavam pendentes de julgamento desde o final do ano anterior (43,6%) e 1,86 milhão ingressou durante o ano (56,4%). Na *Justiça Trabalhista* ingressaram 3,3 milhões de processos no ano de 2010. Além dos 3,3 milhões de processos que ingressaram em 2010, foram somados aproximadamente 3,3 milhões que já estavam pendentes nos anos anteriores. [...] Assim, aproximadamente 6,6 milhões de processos estiveram em tramitação no ano de 2010. No 2.º Grau de jurisdição ingressaram, em 2010, cerca de 560 mil processos (4% a mais que em 2009). Somando-se a esse montante os 245 mil casos pendentes, totalizam 805 mil processos em tramitação em 2010.

Na *Justiça Federal*: Durante o ano de 2010, 3,2 milhões de processos ingressaram nos *Tribunais Regionais Federais*. Por casos novos, deve-se entender o somatório dos processos ingressados no 2.º Grau, 1.º Grau (conhecimento e execução), Turmas Recursais, Juizados Especiais (conhecimento e execução) e Turmas Regionais de Uniformização. Em 2010, tramitaram na Justiça Federal cerca de 11 milhões de processos, o que significa um crescimento de apenas 0,18% em relação aos processos que tramitaram em 2009. Em 2010, 2,9 milhões de sentenças foram proferidas e baixados 3,4 milhões de processos. Em comparação com o ano anterior, o número de sentenças, que em 2009 era de 2,7 milhões, cresceu 6%. Em 2010, tramitou no 2.º Grau da Justiça Federal 1,4 milhão de processos. Deste total, 959 mil (68%), ingressaram antes de 1.º de janeiro 2010, não tendo sido baixados até esta data. Em relação aos dados de 2009, é perceptível uma redução de quase. (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2012).

⁷⁶⁴ Para Marcos Cintra, o assistencialismo foi adotado como política governamental: "Muitos economistas deram importantes contribuições para o combate à pobreza, contudo nunca se conseguiu produzir uma teoria geral do crescimento. Conseguiu-se apenas identificar alguns fatores determinantes para a geração de riquezas. Mas, o governo brasileiro acredita que encontrou a fórmula que uma profissão inteira vem procurando e ainda não achou. O caminho escolhido no Brasil para a superação da pobreza tem sido o do assistencialismo. O programa mais conhecido do País é o Bolsa Família, que transferirá em 2012 cerca de R\$ 18,7 bilhões para 13,6 milhões de famílias. Através de ações como essa a miséria pode ser minimizada no curto prazo, mas é imprescindível que a sociedade reflita a respeito da necessidade de se promover ajustes em todos os programas de assistência social [...] O Brasil ainda ignora esse clamor e confunde caridade, que é uma

atendimento de suas expectativas.⁷⁶⁵ Nesse contexto, a justiça não é a resultante da atuação de todos, mas um serviço público que deve ser entregue às partes e advogados sem que estes se sintam em medida mínima responsáveis por esse produto final.⁷⁶⁶

Rolf Stürner, após examinar as diferenças entre o processo civil norte-americano e processo civil europeu continental, concluiu que

o modelo processual americano é baseado na ideia de subsidiariedade da intervenção estatal nos litígios: apenas quando as partes não chegam a um resultado na fase de *pretrial discovery*, e isso ocorre num número bem pequeno de casos, haverá um julgamento, que, freqüentemente, não é feito por juízes profissionais mas por cidadãos eleitos como membros do júri.⁷⁶⁷

A estrutura do procedimento americano realça, a cada fase, a responsabilidade dos cidadãos na realização da justiça, enquanto o processo europeu continental revela a administração da justiça como uma responsabilidade do poder público, exercida de maneira mais autoritária e hierárquica.

virtude pessoal, com políticas eficazes de geração de renda, virtude pública rara entre nossos governantes." (CINTRA, Marcos. Pobreza e educação. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, v.11, 17 out. 2008. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5889/Pobreza_e_Educacao>. Acesso em: 21 mar. 2012.

⁷⁶⁵ Paradoxalmente, não obstante as críticas generalizadas ao serviço público ineficiente, é grande a procura por um cargo público. No instigante artigo sobre o tema, Leandro Vieira destaca: "Entretanto, em nosso país a cultura empreendedora cede lugar, cada vez mais, à cultura do funcionalismo público. Por aqui, empreender é apenas a saída para os menos inteligentes, para os mais necessitados, para aqueles que não têm condições de arrumar um emprego decente ou de passar em um concurso público. Está tudo errado. A carreira acadêmica não atrai os jovens em virtude dos baixos soldos e falta de reconhecimento profissional. O empreendedorismo não os atrai em virtude dos elevados riscos e das enormes dificuldades para se fazer negócios no Brasil. O resultado dessa equação é trágico: empaca-se o avanço da ciência e dos negócios, a oferta de empregos diminui, a economia estagna e mais e mais pessoas passam a almejar um posto nas instituições públicas, alimentando esse círculo vicioso." (VIEIRA, Leandro. **O ônus da cultura do funcionalismo público**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/o-onus-da-cultura-do-funcionalismo-publico/1383/>>. Acesso em: 28 set. 2010. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/o-onus-da-cultura-do-funcionalismo-publico/1383/>>. Acesso em: 28 set. 2010).

⁷⁶⁶ Para Alain Peyrefitte, que buscou complementar o raciocínio de Max Weber, sobre o protestantismo e o capitalismo, o progresso e o desenvolvimento de uma sociedade depende do "elo de confiança" entre os agentes sociais, que estimula a criatividade e a iniciativa, inviáveis num ambiente de regulamentação superprotetora, muitas vezes fundada na desconfiança generalizada. (PEYREFITTE, Alain. **A sociedade da confiança**. Tradução: Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2000. p.8).

⁷⁶⁷ STÜRNER, Rolf. Règles transnationales de procédure civile? Quelques remarques d'un européen sur un nouveau projet commun d l'American Law Institute et d'UNIDROIT. **Revue Internationale de Droit Compare**, n.4, p.845-865, 2000.

A ideia de justiça como serviço público⁷⁶⁸, prestado pelo Estado, permeia os ordenamentos que sofreram influência do direito europeu continental. Na doutrina brasileira vê-se nitidamente essa marca, especialmente para os autores que pregam a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional.⁷⁶⁹

Parte-se comumente da ideia de que a realização da justiça é uma tarefa a que se obrigou o Estado, e sendo o serviço judiciário um serviço público, cabe ao Estado ressarcir os danos advindos dos atos jurisdicionais emanados pelos magistrados, quantos estes forem lesivos a terceiros ou eivados de erro ou vício (dolo ou culpa do agente).⁷⁷⁰

Conforme a doutrina tem apontado, a justiça despertou para a importância de se legitimar pelos resultados, pela qualidade do serviço, pela responsabilidade de quem o presta, e não mais pelo simples respeito às formulas e pela independência dos magistrados.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ Essa dualidade é destacada por: CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. **RePro**, São Paulo, v.36, n.192, p.401, 2011: "Em consequência, a jurisdição não pode ser concebida apenas como uma função do Estado moderno dirigida à atuação do direito no caso concreto, mas também – e em primeiro lugar – como serviço público orientado à composição das controvérsias segundo a Justiça (ou seja, com a aplicação de critérios de julgamento objetivos e predeterminados)". TOALDO, Adriane Medianeira; TOALDO, Andréia Maria. A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional face À EC 45/2004 garantidora da duração razoável do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.202, p.184, dez. 2011: "Assim sendo, o Estado-Juiz na prestação jurisdicional deve realizar um serviço eficiente, célere, sendo responsabilizado pela demora na entrega da prestação jurisdicional".

⁷⁶⁹ Entre outros: COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da responsabilidade do estado por atos do juiz em face da Constituição Federal de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.30, n.118, p.99, abr./jun. 1993; SOUZA, José Guilherme. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.652, n.79, p.31, fev. 1990; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.20, n.59, p.39, nov. 1993; FLORES LENZ, Carlos Eduardo Thompson. Responsabilidade do estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.210, p.147, out./dez. 1997; NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999; RIGAUX, François. **A lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do estado decorrente dos atos jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.77, n.633, p.35, 1988; MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do estado: união "seguradora universal"? **Jus Navigandi**, v.4, n.45, set. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

⁷⁷⁰ LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=2318>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

⁷⁷¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão. A justiça em busca de uma nova credibilidade. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003. p.33.

Sem ingressar no polêmico debate sobre a possibilidade ou não de se responsabilizar o Estado por ato judicial, o fato é que permeia a mentalidade dos juristas da *civil law* a concepção de que o direito é uma questão de ideias, conceitos e erudição, estabelecido nas codificações e distribuído como um produto acabado pelos tribunais aos cidadãos.⁷⁷²

A concepção norte-americana, ao contrário, considera o direito como um meio de resolução dos conflitos dentro da sociedade, sendo, antes de tudo, um resultado da experiência prática e do senso comum, que constitui tarefa de toda a sociedade.⁷⁷³ Talvez resida aí a grande distinção entre os dois grandes sistemas.

Finalmente, há que se concordar com Stürner que o direito já vale pela metade, se é deixado de uma maneira exclusiva nas mãos dos tribunais.⁷⁷⁴ Os direitos dos cidadãos são somente esperanças e possibilidades, que nada significam se não há pessoas que lutem por sua realização, como estabelecido na tese fundamental de James Golschmidt publicada em 1925 (*Der Prozeß als Rechtslage*).⁷⁷⁵

Nessa medida, principalmente nas democracias recentes, é extremamente perigoso atribuir ao processo e ao Judiciário a tarefa de programar políticas públicas e realizar políticas de distribuição de rendas.⁷⁷⁶

⁷⁷² STÜRNER, Rolf. Règles transnationales de procédure civile? Quelques remarques d'un européen sur un nouveau projet commun d l'American Law Institute et d'UNIDROIT. **Revue Internationale de Droit Compare**, n.4, p.845-865, 2000.

⁷⁷³ HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law. Lecture I**. Disponível em: <<http://biotech.law.lsu.edu/books/holmes/claw03.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

⁷⁷⁴ STÜRNER, *op. cit.*, p.862 (*le droit est déjà à moitié perdu, s'il est remis d'une manière exclusive entre les mains des tribunaux*).

⁷⁷⁵ (O processo como situação jurídica). Deve-se a James Goldschmidt a definitiva formulação do caráter dinâmico do processo, com a conseqüente transformação da certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual.

⁷⁷⁶ Não sem razão, o debate na América hispânica, onde as democracias são recentes e episódicas, está polarizado entre o *ativismo processual* e o *garantismo*, conforme artigo de Glauco Gumerato Ramos (Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **MPMG Jurídico** – Publicação do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.4, n.18, p.8-15, out./nov./dez. 2009). O autor resume: "Em miúdos: 'garantismo' e 'ativismo' pretendem o mesmo, cada qual desde um respectivo ponto de vista, seja fortalecendo a 'jurisdição' (= ativismo), seja com o fortalecimento das regras que ordenam o 'processo' (= garantismo). Apesar da carga ideológica que possa estar por detrás de cada uma dessas posturas dogmáticas – eventual 'autoritarismo' na condução 'ativista' do processo pelo juiz, ou eventual 'liberdade' na condução do processo com observância irrestrita das garantias constitucionais – não se pode perder de vista que, no atual ambiente constitucional dos povos ocidentais, espera-se que o Poder Judiciário atue de modo a evitar lesão e ameaça de lesão a direitos sempre com a observância do devido processo legal. E é nessa perspectiva que se deve pensar e concretizar o processo civil. Não temos como fugir disso." (p.15).

Não há instrumentos de legitimação e validação das opções feitas pelos juízes, estando sempre presentes os riscos de escolhas não sujeitas à responsabilização social pela via da eleição. Embora seja sedutora a ideia do aparelho judiciário atuando como ramo do Estado que programa políticas e concretiza direitos em larga escala, em longo prazo, os instrumentos processuais podem não ser suficientes e eficazes para fazer frente às crescentes demandas sociais.

Por outro lado, a ideia de justiça como serviço público retira dos demais atores processuais a responsabilidade e a indispensável participação para que o processo seja eficaz e um instrumento adequado à pacificação social.

Embora seja notável o processo de desgaste das estruturas políticas tradicionais, não cabe ao Judiciário o papel de assumir tarefas para as quais não detém nem legitimidade nem instrumentos processuais adequados.

A solução de controvérsias é a função precípua da jurisdição mais do que identificar problemas sociais e tentar resolvê-los por meio do processo. O juiz examina o passado e o presente, espelhados na controvérsia que lhe foi trazida, e não futuro. O exame de fatos já ocorridos e sobre os quais há controvérsias, quanto ao enquadramento jurídico, deve ser a função precípua do magistrado e não o olhar no futuro, com preocupação sobre os objetivos sociais e a maneira de alcançá-los, tarefa que parece estar mais afeta à atuação dos representantes democraticamente eleitos.

4.1.2 Objeto do processo e limitações ao controle judicial da atividade regulatória

Um traço fundamental do processo civil europeu continental, presente também no processo civil brasileiro, é a prevalência do princípio da demanda. O autor deve especificar o objeto da sua pretensão, e em torno desta individualização giram vários institutos e condicionantes como, por exemplo, os limites de modificação da demanda, os limites objetivos da coisa julgada e a novação em grau de apelação.⁷⁷⁷

⁷⁷⁷ PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2010. p.277.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta que "o maior limite formal à atividade do órgão judicial é constituído pelo princípio da demanda, ou princípio dispositivo, em sentido próprio ou material"⁷⁷⁸.

O princípio dispositivo condiciona o provimento jurisdicional desde o seu momento inicial. O juiz também não poderá adotar como fundamento de sua decisão fato constitutivo diverso daquele invocado pelo autor, do contrário acaba por decidir sobre um direito diverso daquele que foi objeto do pedido de tutela jurisdicional.⁷⁷⁹

Mesmo numa ação envolvendo revisão judicial do ato ou omissão de uma agência, o juiz teria dificuldade de ampliar o âmbito de análise da questão regulada.^{780,781}

⁷⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de uma formalismo valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.293.

⁷⁷⁹ É a conclusão de RASCIO, Nicola. Note brevis sul "principio di non contestazione": A margine di una importante sentenza. **Diritto e Giurisprudenza**, v.117, n.1/4, p.78 e segs., 2002. (spec. 85-87).

⁷⁸⁰ O controle, pelo autor da demanda, do início e do término do processo civil bem como do escopo e natureza do provimento pedido é traço marcante dos ordenamentos processuais europeus. O processo civil inglês continua sendo governado pelos princípios dispositivo e da demanda, cabendo ao autor iniciar a ação e delimitar o objeto litigioso, embora a reforma processual de 1998 tenha quebrado um paradigma (*adversarial principle*) ao transferir para o juiz o poder de conduzir o processo para alcançar uma solução satisfatória do conflito com menor dispêndio de tempo, energia e custo. (Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Direito processual civil inglês**. In: _____. **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.226). Na **Alemanha**, o demandante pode formular as demandas que desejar contra a parte que quiser (*Dispositionmaxime* ou *Parteiprinzip*), não havendo regras de eficiência que o obriguem a formulá-lo de uma só vez contra todas as partes. O controle das partes sobre o processo civil chega a ponto de impedir a designação de audiência pelo juiz. (Cf. CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. **Direito processual civil alemão**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.20). Também no ordenamento processual civil da **Bélgica**, prevalece 'a regra da demanda' (*Le juge ne peut prononcer sur les choses non demandées – ne eat iudex ultra petita partium*). O autor, portanto, tem o monopólio da demanda. (Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.59). No ordenamento espanhol: a legislação processual civil manteve a feição dispositiva. Vigem o princípio da demanda, segundo o qual salvo raríssimas exceções, o juiz não pode instaurar o processo de ofício, mas apenas sob provocação do interessado, cabendo a este "delimitar o objeto litigioso", ou seja, o pedido e seus fundamentos fáticos, fixando assim, os limites da sentença. (Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Direito processual civil espanhol**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.83). Também no Código de Processo Civil francês, vigem o princípio da demanda e a delimitação do objeto litigioso é feito a partir das pretensões das partes, estando o juiz adstrito aos pedidos formulados, "devendo pronunciar-se sobre eles e apenas sobre eles (art. 5.º - princípio da adstrição e congruência)". (Cf. LEONEL, Ricardo Barros. **Direito processual civil francês**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.123). Na **Itália** o ordenamento acolhe expressamente o princípio da demanda, consoante o qual o poder de iniciativa processual pertence ao titular do direito que se pretende ver reconhecido judicialmente. (Cf. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Direito processual civil italiano**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.255). Em **Portugal** a demanda também depende da iniciativa das partes, embora as reformas de 1995/1996 tenham permitido e incentivado uma maior participação do tribunal na condução da causa e na busca da verdade

Esse é um elemento que provoca grandes questionamentos. Cabe exclusivamente às partes delimitar o "objeto litigioso" do processo. Nos mercados ou atividades sujeita a uma intensa regulação, em muitos casos, a parte pode desejar não afastar ou questionar totalmente uma resolução existente, porque entende mais conveniente uma regulação falha do que a sua inexistência.

A atuação num mercado regulado ou a prestação de um serviço público significa integrar um "grupo fechado", que atua num mercado cujo acesso é restrito. Daí porque não é conveniente o ataque total a uma norma da agência reguladora setorial que, em última análise, é a guardiã daquele ramo de atividade e a barreira que impede o ingresso de novos competidores.⁷⁸²

A depender exclusivamente do pedido deduzido pelo autor, a decisão judicial pode conduzir a desregulamentação de uma atividade. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que a profissão de jornalista é de livre acesso: "Portanto, em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e ao respectivo exercício profissional"⁷⁸³.

Sobretudo em sede da jurisdição constitucional, a amplitude dada pela parte não impede a produção de efeitos sobre todo o sistema. A parte pode estar buscando apenas a tutela de seu direito, mas o provimento judicial acarreta o afastamento das

material e pela justa composição do litígio. (Cf. COELHO, Gláucia Mara. Direito processual civil português. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.292).

⁷⁸¹ O caráter nitidamente individualista da doutrina processual italiana dá especial relevo ao princípio dispositivo (substancial), pelo qual constitui prerrogativa da parte delimitar o conteúdo da manifestação judicial. Ver: DEL CORE, Sergio. Il principio di non contestazione: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali. **Giustizia Civile**, v.54, Fasc. 2, parte 2, p.112-141, 2004.

⁷⁸² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1. p.62: "O processo não existe para promover a tutela jurisdicional, em benefício do demandante... A ação é apenas o poder de dar-lhe início e conduzi-lo até o fim, provocando a emissão do provimento jurisdicional;"

⁷⁸³ STF Pleno. **RE 511961/SP**, Rel. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009, Dje-213, d. 2.11.2009, p.13.11.2009. RTJ 213/605. Numa ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, questionou-se a exigência de diploma de curso superior de jornalismo, registrado no Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Julgando um recurso extraordinário contra acórdão que entendeu legítima a exigência, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela não recepção do art. 4.º, V, do Decreto-Lei n.º 972/1969, afastando, em consequência, a exigibilidade de diploma de nível superior para o exercício da profissão de jornalista.

normas regulatórias. O juiz pode, analisando a questão, decidir simplesmente que toda a resolução é ilegal porque a matéria somente pode ser tratada pela lei. A consequência é o afastamento da norma reguladora, não sendo, muitas vezes, o objetivo desejado pela parte autora, que não pretende que sua atividade caia no vácuo legislativo ou volte a ser regulado pelas incertezas e vicissitudes da atividade parlamentar.⁷⁸⁴

Sobre a relação entre o princípio dispositivo e o princípio da demanda no direito português, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico ensina:

Historicamente o princípio da demanda sempre se atrelou ao chamado princípio dispositivo, ao qual também se costumava vincular a exclusividade de iniciativa probatória pelas partes. Porém, desde o início do século passado, a doutrina italiana, na esteira da alemã, passou a distinguir ambos os fenômenos: o princípio da demanda, revela a disponibilidade das partes sobre o objeto do processo, enquanto o poder de iniciativa probatória, atendo-se à verificação dos fatos alegados pelas partes, atrela-se ao desempenho da própria função jurisdicional.⁷⁸⁵

O princípio da demanda, segundo o qual o poder de iniciativa processual pertence ao titular do direito subjetivo e conforme Giovanni Verde: é um princípio voltado à garantia de imparcialidade judicial, pois se o próprio juiz tomasse a iniciativa do processo, estaria comprometido – ainda que psicologicamente – com o desfecho que ele próprio teria concebido ao dar impulso processual.^{786,787,788}

⁷⁸⁴ Clèmerson Mèrlin Clève, na sua clássica obra, já ressaltava os desafios da atividade parlamentar na contemporaneidade. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000).

⁷⁸⁵ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Direito processual civil italiano. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.255.

⁷⁸⁶ VERDE, Giovanni. **Profili del Processo Civile 1**: parte generale. 7.ed. Napoli: Jovene, 2008. p.89-90.

⁷⁸⁷ Leonardo Grecco sumariza: "Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a **delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes** e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação. A esses acrescento agora a celeridade do processo, pois a litigiosidade é uma situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos que o juiz tem o dever de remediar com a maior rapidez possível (CPC, art. 125), especialmente após a introdução do novo inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. Acrescentaria também a garantia de uma cognição adequada pelo juiz, pois esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual." (GRECCO, Leonardo. Os atos de disposição

A dificuldade, portanto, em sede de controle judicial das agências, é compatibilizar os limites preconizados pelas partes e os imperativos de ordem pública, subjacentes à qualquer atividade estatal.

A parte-autora pode estar questionando apenas a interpretação dada pela agência a um determinado artigo de uma resolução editada, no exercício de sua atribuição regulatória. A parte não pretende anular ou afastar a resolução, pois a existência de regulação lhe interessa.⁷⁸⁹

Contudo, o juiz na análise da demanda, pode anular toda a resolução alegando vícios de competência, de conteúdo ou ainda de ilegalidade, impedindo futuras resoluções por parte da agência. A parte que pretende a atuação de um árbitro para interpretar as regras do jogo regulatório tem um provimento que simplesmente anula as mesmas regras.

Por outro lado, as chamadas razões de ordem públicas, ou matérias apreciáveis de ofício, autorizam a ampliação do objeto litigioso, trazendo riscos ao equilíbrio das atividades reguladas.

O que se preconiza, portanto, é a mitigação do princípio da demanda. O juiz pode ampliar o alcance em benefício das partes, podendo ampliar o polo passivo, quando verificar que o provimento final possa ser inócuo ou ineficaz em relação às partes apontadas na petição inicial.

O direito à tutela jurisdicional adequada, garantido pelo art. 5.º, XXXV, da Constituição supõe a existência e o desenvolvimento de um processo devido.⁷⁹⁰ Em

processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, p.11, out./dez. 2007. Disponível em: <www.revistaprocessual.com>. Acesso em: 29 abr. 2011).

⁷⁸⁸ Também no direito processual civil português "a demanda depende da iniciativa das partes, às quais compete instaurar o processo e 'delimitar o seu objeto'". (COELHO, Gláucia Mara. *Direito processual civil português*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.293).

⁷⁸⁹ Como já foi destacado, a regulação dificulta o ingresso de novos agentes econômicos no mercado, além de estabelecer padrões mínimos para o fornecimento de bens e serviços, o que é benéfico para quem já está dentro de um mercado.

⁷⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.90. O autor destaca os corolários do princípio do devido processo legal: isonomia, contraditório, direito à prova, igualdade de armas, motivação das decisões administrativas e judiciais, direito ao silêncio, direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se auto-incriminar, direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências, direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo, da presunção de inocência, direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal, direito à publicidade dos atos processuais, direito à razoável duração do processo, direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural, direito a juiz e tribunal independentes e

alguns casos, a eficácia do processo é questionada para efetivamente resolver os conflitos numa dimensão maior. Victor Abramovich e Christian Courtis questionam em que medida um mecanismo de solução de conflitos como o processo judicial, em que uma parte ganha e outra perde, pode resultar idôneo para resolver situações em que se confrontem numerosos interesses individuais e coletivos.^{791,792}

As categorias jurídicas da ciência processual, jurisdição, ação e processo, em consequência, não devem mais estar impregnadas desta visão privatista e dessa abstração de modo a dificultar formulações voltadas ao caráter instrumental e finalístico do processo, como instrumento de solução dos conflitos.⁷⁹³

O princípio dispositivo assegura à parte autora a prerrogativa de dispor da sua pretensão, não sendo viável ao juiz forçar a parte a prosseguir com a demanda, embora em muitos casos o interesse público recomende que se faça a análise do

imparciais, direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*.

⁷⁹¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução: Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p.160.

Concluem os mesmos autores: "O processo judicial – até aquele no qual se ventilam interesses coletivos – estrutura-se sobre a base de uma confrontação dialética entre duas partes antagônicas: resulta claro que este desenho diminui a capacidade para compor a totalidade dos interesses em jogo no conflito originário." (p.304).

⁷⁹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.77.

⁷⁹³ Em alguns casos, a propositura da ação e algumas medidas judiciais levam à agência a corrigir sua atuação mas caberá ao juiz por fim ao processo, embora com algumas dificuldades inerentes à dogmática processual e ao raciocínio subjacente ao binômio vencedor-vencido que permeia o processo civil: Como exemplo, tem-se o seguinte julgado Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. ATIVIDADES PORTUÁRIAS. LICENÇA. AÇÃO ORDINÁRIA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO. ART. 808 III DO CPC. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. IRRAZOABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. PRECEDENTE. 1 - Incabível a condenação das autoras em honorários advocatícios, pois pelo Princípio da Causalidade, é a ANTAQ e União Federal que deveriam arcar com o ônus. Nos autos principais, não houve pedido de desistência por parte das recorrentes nos termos do que dispõe o art. 26 do CPC, mas a perda superveniente do interesse em se prosseguir com a demanda em relação à ambas as rés (STJ. **REsp 36.919-3**, 6.^a Turma, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 31.8.93, DJU 11.10.93). 2 - Que quem deu causa ao ajuizamento da lide, bem como à extinção, foram as rés, as quais finalmente fizeram aquilo que já era para ter sido feito pelas vias normais, na época oportuna, sem que se precisasse acionar a máquina do Judiciário, sob pena de prejuízo às autoras. 3 - Segundo a Súmula 12 desta E. Corte, também em processo cautelar, a condenação em honorários advocatícios somente pode ocorrer se houver litígio, ou seja, resistência ao pedido formulado da peça vestibular, que se formaliza através da citação e da contestação. A relação processual, em relação à ANTAQ, não se aperfeiçoou eis que sequer houve citação tampouco contestação, não sendo, in casu, possível a sua condenação em honorários. 4 - Recurso das autoras parcialmente provido. Sentença reformada em parte. (TRF 2.^a Região. **Apelação Cível 365570** (200251010094216), 6.^a Turma Especializada. Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU 07.07.2009, p.126).

ato impugnado, por razões de interesse público, de ver expungidos do ordenamento aqueles atos com vício de forma ou de conteúdo.⁷⁹⁴

A maximização do princípio dispositivo não deve impedir que se alargue o espectro da demanda, mesmo quando seria desejável para solucionar e prevenir futuros litígios.⁷⁹⁵ Talvez esse princípio dispositivo deva sofrer temperamentos quando se trata de ação judicial impugnando resoluções das agências reguladoras, por vício de ilegalidade. Proposta a ação, deveria a mesma ser analisada quanto ao seu mérito. Em caso de desistência ou abandono, deveria o Ministério Público nela prosseguir como autor.⁷⁹⁶

Isso evitaria indesejáveis composições, que poderiam redundar na captura regulatória das agências pelo mercado, além de evitar futuras impugnações aos atos das agências. Seria, também, eficaz instrumento para dificultar a captura regulatória.⁷⁹⁷

⁷⁹⁴ Cabível, todavia, a advertência de Franco Cipriani sobre a liberdade sempre presente das partes chegarem a um acordo antes da sentença, que não é uma meta obrigatória do processo, mas uma das soluções possíveis, ao lado da conciliação ou da extinção. ("*Quando poi alle nave e alla sentenza di mérito come meta del processo, l'equivoco è evidente: mentre i passeggeri non possono mai scendere dalla nave in navigazione, le parti di un processo civile son sempre libere di trovare un accordo e di abbandonare la nave e il suo timoniere al loro destino. La sentenza di mérito, infatti, non è la meta obbligata del processo, ma uno dei possibili sbocchi del processo (gli altri sono la conciliazione e l'estinzione), neppure il più frequente, tant'è vero che neppure il 40% delle cause si conclude col giudicato...*"). (CIPRIANI, Franco. *Nel centenario del Regolamento di Klein*. In: _____. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.43).

⁷⁹⁵ No *Progeto Chiovenda* apresentado em 1920, após a propositura da demanda o princípio dispositivo cede lugar ao impulso oficial, conforme identificou Cipriani: "*farebbe sorgire nel giudice il potere-dovere di attivarsi per ricercare lè verità, per dirigere il processo al meglio e per avviarlo verso la soluzione piú giusta. Insomma, è l'Offizialmaxime che prende il posto della Parteidispositionmaxime.*" (CIPRIANI, Franco. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.17).

⁷⁹⁶ Para as hipóteses de suspeita de conluio entre autor e réu nas ações coletivas, Márcio Flávio Mafra Leal propõe a fiscalização do Ministério Público. (MAFRA LEAL, Márcio Flávio. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.215).

⁷⁹⁷ A doutrina cunhou a expressão '*captura*' para indicar o fenômeno em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para os setores empresariais regulados, perdendo sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passando a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A *captura* da agência se configura como mais uma distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais. Ver: JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.369/370. Ver também: KELLER, Scott A. Depoliticizing Judicial Review of Agency Rulemaking. 84 **Washington Law Review** 6 (2009). (este lembra que a *hard look doctrine*, que permite maior poder aos tribunais para interferir nas decisões das agências, foi uma reação da Corte Federal de Apelações de Washington (D.C. Circuit), partir dos anos 70, diante da preocupação com a captura das agências pelos setores regulados).

Por outro lado, há que se ter presente a observação de Antoine Garapon quanto à inclinação cultural dos países latinos em relação aos sistemas inquisitoriais, ao juiz justiceiro, que é valorizado mesmo quando transgrida a lei para atingir objetivos que a opinião pública considere importantes.⁷⁹⁸

No entanto, parece óbvio que a inércia da jurisdição deve ser mantida. Não seria aconselhável ao juiz iniciar processos mesmo quando as partes interessadas não o desejam. A estabilidade das relações jurídicas é o bem maior a ser buscado.

Por vezes, é preferível alguma incerteza quanto ao alcance de determinadas posições jurídicas, do que um litígio que amplie os espaços de controvérsia quanto ao alcance de um direito subjetivo.

Essa postura, de certa forma, favorece a estabilização do processo nas instâncias ordinárias, sendo razoável supor que muitos recursos especiais e extraordinários interpostos por órgãos públicos são motivados pelo interesse de levar as questões às cortes superiores, onde os julgamentos são feitos com uma ótica mais atenta aos impactos globais dos provimentos e ao interesse público.⁷⁹⁹

4.1.3 Necessidade de prévio exaurimento da instância administrativa

O interesse processual é evidenciado pelo binômio necessidade-adequação.⁸⁰⁰ Contudo, está generalizada a ideia sobre a impossibilidade de se exigir a prévia manifestação final da administração como condicionante do direito agir em juízo.

⁷⁹⁸ GARAPON, Atoine. El poder inédito de los jueces. In: VVAA. **Jueces y Derecho**. México: Editorial Porrúa, 2008. p.370.

⁷⁹⁹ Para uma distinção entre "razões de Estado" e "supremacia do interesse público" ver: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.364/367.

⁸⁰⁰ Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo: RT, 1987. p.299; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v.1. p.59, enfatizando: "O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual 'se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais'. Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio.[...] Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação".

O princípio basilar do acesso à justiça, assegurado constitucionalmente, garante a ação judicial para impedir lesão ou ameaça de lesão⁸⁰¹ e passou a ser interpretado de forma a garantir o amplo acesso, mesmo que a controvérsia não esteja suficientemente demonstrada. No caso das ações contra o Poder Público, passou-se a não exigir a resposta definitiva da Administração Pública.

A aversão ao prévio esgotamento da via administrativa tinha sua justificativa numa sociedade não-democrática, que restringia direitos e limitava as manifestações políticas. Em tal quadro, o acesso ao Judiciário deve ser garantido pelo menos formalmente, sendo arriscado exigir que o cidadão percorra a via administrativa, ela mesma oriunda de um arranjo institucional ditatorial.⁸⁰²

Formou-se, então, uma doutrina que dispensa o cidadão de esgotar a via administrativa, mesmo naqueles casos em que sequer inexistia um litígio instaurado entre a parte e administração. A jurisprudência inicialmente passou a entender que a ausência de resposta da Administração autorizava o ingresso em juízo: "a falta de solução, em prazo razoável, para o pedido de benefício, formulado no âmbito administrativo, investe o segurado de interesse de agir em juízo"⁸⁰³.

A Súmula 213 do antigo Tribunal Federal de Recursos pacificara o entendimento mais liberal: "O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária".

⁸⁰¹ A inafastabilidade da tutela jurisdicional é alçada à garantia constitucional no art. 5.º, XXXV ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). A Carta de 1967/1969, após a Emenda Constitucional n.º 7/77, no seu art. 153, § 4.º passou a autorizar o legislador a exigir o prévio esgotamento da via administrativa como condição de procedibilidade da ação cível. Na vigência da atual constituição, Nelson Nery Junior, destaca que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação tem como 'destinatário principal' o legislador mas atinge a todos indistintamente, no sentido de que ninguém pode impedir o jurisdicionado de ir à juízo deduzir sua pretensão. (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.174).

⁸⁰² A única exceção constitucional à regra da ampla inafastabilidade está presente no art. 217, § 1.º, que determina o esgotamento da via administrativa da justiça desportiva, antes de se recorrer ao Judiciário. (CF/88, Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] § 1.º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2.º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final. § 3.º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social).

⁸⁰³ TRF 4.ª Região. **Apelação Cível n.º 94.04.40632-5**, 5.ª Turma, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJ 10.01.96, p.413.

Na vigência da Carta de 1988, a Súmula 9 do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, reafirmou: "Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação".

O Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento adotou uma interpretação restritiva, que exigia pelo menos uma manifestação da Administração para que a ação fosse admissível:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. FALTA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. 1 - A ausência total de pedido na via administrativa, ingressando a segurada, diretamente, na esfera judiciária, visando obter benefício previdenciário (aposentadoria por idade), enseja a falta de uma das condições da ação - interesse de agir - pois, à míngua de qualquer obstáculo imposto pela autarquia (INSS), não se aperfeiçoa a lide, doutrinariamente conceituada como um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida. 2 - Recurso Especial conhecido e provido para extinguir o feito sem julgamento de mérito (art. 267, VI, do CPC). Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento.⁸⁰⁴

Posteriormente, aquele entendimento foi alterado. A 2.^a Turma do mesmo Superior Tribunal de Justiça proclamou ser admissível o ajuizamento da ação, mesmo que a parte autora não tivesse previamente requerido a manifestação da Administração:

Ementa: ...No tocante ao mérito, propriamente, a decisão agravada merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Isto porque o STJ pacificou o entendimento de que a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie judicialmente a concessão de seu benefício previdenciário. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁸⁰⁵

Contudo, recente julgado da mesma 2.^a Turma, impôs temperamentos ao seu precedente anterior, passando a exigir que o autor apresente, pelo menos, a prova de que pleiteou o reconhecimento de seu direito perante a Administração:

Ementa. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3.º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA. 1. Trata-se, na origem,

⁸⁰⁴ STJ. **Recurso Especial n.º 151818/SP** (1997/0073680-6), 6.^a Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Data da Decisão 10.03.1998, DJ 30.03.1998, p.166).

⁸⁰⁵ STJ. **AgRg no AREsp 139094/PR**, 2012/0025860-2, 2.^a Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08.05.2012.

de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação. 2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CF). Precedentes do STF. 3. O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. A necessidade da prestação jurisdicional exige a demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos. 4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa. 5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada. 6. A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR. 7. Recurso Especial não provido.⁸⁰⁶

A matéria não se encontra, todavia, pacificada. O Supremo Tribunal Federal recentemente decidiu que a matéria tem repercussão geral (RE 631.240/), estando pendente de julgamento. Tal circunstância revela o amplo acesso ao Judiciário mesmo antes da necessária manifestação da Administração Pública.

O exercício do direito de ação pode ser condicionado ao preenchimento de requisitos, mormente quando relacionado ao controle judicial dos atos do Poder Público. Neste sentido que o Código de Processo Civil estabelece condições para o exercício do direito de ação, incorporando a teoria eclética formulada por Liebman.⁸⁰⁷

Não obstante as fortes críticas, não seria de todo indesejável, no caso das agências reguladoras, exigir-se o prévio esgotamento da via administrativa. Primeiro porque, se trata de ato praticado por órgão independente ao qual se atribuiu uma competência regulatória, que compreende a edição de normas, a fiscalização e a resolução de conflitos entre os integrantes do setor regulado. Segundo, porque a

⁸⁰⁶ STJ. REsp 1310042/PR. 2012/0035619-4, 2.ª Turma, Rel. Herman Benjamin, DJe 28.05.2012

⁸⁰⁷ Quanto a este ponto, relevante a distinção feita por Nelson Nery Junior entre o direito de ação, que é um direito pessoal, onde deve estar presente o *interesse processual* e o direito de petição. Neste último, "não é preciso que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão ao seu direito, porque se caracteriza como direito de *participação política*, onde está presente o interesse geral no cumprimento da ordem jurídica." (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.177).

especialização e a setorização da atividade, recomenda que antes da apreciação judicial, a agência se manifeste especificamente sobre os pontos controvertidos, tornando a atividade judicial de controle muito mais eficaz. Em terceiro lugar, os dirigentes das agências são nomeados para um mandato, gozando de estabilidade, o que lhes garante independência decisória institucional.⁸⁰⁸

Por outro lado, não há que se falar em maior risco de lesão, pois a legislação específica sobre o processo administrativo está devidamente disciplinada, inclusive em nível constitucional, para afastar a lesão aos direitos dos cidadãos e pessoas jurídicas.

Ademais, numa sociedade democrática há que se emprestar a devida consideração e deferência aos atos oriundos dos poderes públicos, legislativos e executivos, pois também são destinatários das normas constitucionais protetoras.⁸⁰⁹

Atribuir-se apenas ao Judiciário a implementação dos direitos é concepção consentânea com uma visão autoritária, de justiça e de direito processual.⁸¹⁰

Veja-se que o direito brasileiro filiou-se ao sistema de controle judicial da Administração Pública, de perfil anglo-americano (unidade de jurisdição), não contemplando a via do contencioso administrativo (dualidade de jurisdição), o que não impede que se privilegie a via administrativa como método alternativo de solução de conflitos.

Tomando-se, como exemplo, o direito italiano fonte de acesso recorrente da doutrina processual brasileira, as controvérsias entre partes privadas são resolvidas

⁸⁰⁸ Com a edição da Lei n.º 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o impedimento e a suspeição passaram a ser expressamente previstos: "Art. 18. É impedido de atuar no processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participação ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro. [...] Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até terceiro grau."

⁸⁰⁹ A função de criar e estabilizar um sistema de direitos subjetivos deve ser exercida por todos os organismos estatais e não somente pelo aparelho judicial. A propósito do tema, Habermas salienta: "Em síntese, o Estado é necessário como poder organizado, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados". (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p.171).

⁸¹⁰ Franco Cipriani observa que a defesa de um processo civil publicístico e antiliberal é ponto comum no discurso do autoritarismo facista e esquerda comunista. (MONTERO AROCA, Juan. **I principii politici del nuovo proceso civile spagnolo**. Tradução: italiana de Bratelli Magrino, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. Prefácio de Franco Cipriani).

pela denominada justiça ordinária (*ordinary courts*)⁸¹¹, enquanto litígios entre partes privadas e o Estado ficam a cargo das cortes administrativas (*administrative courts*)⁸¹², tal como ocorre em outros países que seguem o modelo inspirado no direito administrativo francês.⁸¹³

Vicenzo Vigoriti destaca que o processo vive uma crise: "*il processo vive una crisi che è prima di tutto funzionale, e insieme anche strutturale, crisi dovuta a molte cause concorrenti, non facilmente superabili*"⁸¹⁴.

O autor constata, ainda, que o papel do processo civil não é mais aquele de ser a instância privilegiada e preferencial de decisões de controvérsias, constatando um crescimento da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, com proposta de revisão da Constituição, para inserir a previsão das autoridades independentes na Constituição italiana e prever um controle jurisdicional reduzido, no sentido de seus atos serem impugnáveis diretamente no Conselho de Estado, afastando a jurisdição dos demais órgãos de contencioso administrativo.⁸¹⁵

⁸¹¹ Sobre a distinção entre jurisdição ordinária (*ordinary courts*) e jurisdição administrativa (*administrative courts*) na Itália, ver DEL DUCA, Louis F.; DEL DUCA, Patrick. An Italian Federalism?: The States, its Institutions and National Culture as Rule of Law Guarantor. 54 **AM. J. COMP. L.** 799, 835 (2006).

⁸¹² A Constituição da República Italiana dispõe: "**Art. 103.** *Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi. La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge. I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze Armate.*" [...]

Art. 113 Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa. – grifou-se.

⁸¹³ DUCA, Louis F. del. **Introduction of Judicial Review in Italy:** Transition from Decentralized to Centralized Review (1948-1956). Successful Transplant Case Study. Disponível em: <<http://www.ialsnet.org/newsletter/articles/ConLaw/del%20duca.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011.

⁸¹⁴ VIGORITI, Vicenzo. Mito e realtà: processo e mediazione. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo, n.192, p.388, fev. 2011.

⁸¹⁵ VIGORITI, Vicenzo Mito e realtà: processo e mediazione. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo, n.192, p.389, fev. 2011.; FREGO LUPPI, Silvia A. **L'amministrazione regolatrice.** Torino: Giappichelli, 1999; MOINI, Giulio Titolo. Amministrazioni indipendenti e nuove forme di regolazione pubblica. **Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione**, p.47 e segs., 1999; VARRIALE, Giuseppe. Le amministrazioni indipendenti ed il principio di regolazione. **Nuovo Dir.**, p.249 e segs., 1998. Sobre a tendência de atribuir à Administração mais a tarefa de regulação do que de administração: FERRARA, Rosario. Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità? **Diritto Processuale Amministrativo**, p.323 e segs., 1999; GALLO, Carlo E. **Le fonti del diritto nel nuovo ordinamento regionale:** una prima lettura. Torino: Giappichelli, 2001. p.3 e segs.

Vigoriti destaca, ainda, que o processo civil, instrumentalizado por um órgão estatal, não é mais o modelo preferencial de solução de conflitos, salientando que no direito italiano, a exigência de prévia mediação, como condição de procedibilidade, e as ações de classe são as únicas novidades significativas dos últimos anos.⁸¹⁶

Quanto a este ponto, cabe ressaltar a significativa restrição ao acesso à justiça operada recentemente, com a exigência de prévio recurso à arbitragem como condição de acesso ao sistema judiciário em causas de direito privado.⁸¹⁷

Se medidas legislativas asseguram a participação de entes privados na solução de conflitos (mediação e arbitragem), por que não se exigir a prévia manifestação de um órgão estatal, jungido aos princípios constitucionais de nomeação e investidura de seus agentes e de sua atuação, sobre uma pretensão que a parte alega ser tutelada constitucionalmente?⁸¹⁸

A cláusula do devido processo legal⁸¹⁹, aplicável também ao processo administrativo (art. 5.º LV, Constituição Federal)⁸²⁰, a garantia de recorribilidade das

⁸¹⁶ VIGORITI, Vincenzo. Mito e realtà: processo e mediazione. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo, n.192, p.388, fev. 2011.

⁸¹⁷ ITÁLIA. Decreto Legislativo n.º 28, 4 marzo 2010. **Gazzetta Ufficiale** n.º 53, del 05 Marzo 2010: "*Art. 5 Condizione di procedibilità e rapporti con il processo 1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, e tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.º 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1.º settembre 1993, n.385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione e' già iniziata, ma non si e' conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6...*"

⁸¹⁸ Egon Bockmann Moreira lembra que, "no atual perfil constitucional, o processo administrativo "caracteriza-se como instrumento de garantia dos direitos individuais", não devendo ser vislumbrado unicamente como 'rito' ou 'procedimento' mas como 'instrumento de participação, proteção e garantia dos direitos individuais". (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.69 e segs.).

⁸¹⁹ Analisando a funcionalidade do devido processo legal, sob o aspecto substantivo e processual, Sergio Luís Wetzel de Mattos conclui que o devido processo legal, como direito fundamental processual, "deve ser concebido como direito fundamental a um processo justo, vale dizer, um processo legal e informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participem, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e, enfim voltado para obtenção de uma proteção judicial efetiva". (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **A funcionalidade do devido processo legal: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.335).

decisões administrativas (art. 56 da Lei n.º 9.784/99), sinalizam que o legislador constituinte não afastou por completo a possibilidade de reinstaurar o prévio exaurimento da via administrativa, como potencialmente, aliás, já havia feito no art. 5.º I da Lei n.º 1.533/51.⁸²¹

Os temperamentos feitos pelo Supremo Tribunal Federal⁸²², na súmula 429 e a edição da Lei n.º 9.784/99, servem de fundamento à viabilidade de uma interpretação que autoriza a exigência de prévio exaurimento dos recursos administrativos⁸²³, no âmbito da agência, antes de permitir o acesso ao controle judicial.⁸²⁴

⁸²⁰ Constituição Federal. Art. 5.º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁸²¹ A nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016/09) manteve a mesma redação do artigo 5.º, I, da antiga Lei 1.533/51, impondo no "Artigo 5.º. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;" Trata-se inegavelmente de uma flexibilização do princípio da inafastabilidade do controle judicial, instituída por uma (Lei 1.533/51) publicada cinco anos após a promulgação da Constituição de 1946, que igualmente assegurava a ampla apreciação judicial da lesão de direitos (art. 141, § 4.º, Constituição de 1946). A Carta de 1967, manteve a mesma amplitude. O Ato Institucional n.5/1968 passou a vedar o controle judicial dos atos praticados sob sua égide.

⁸²² No julgamento do Mandado de Segurança n.º 24.511, Rel. Min. Marco Aurélio, o STF reiterou: Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO – CARÊNCIA DA AÇÃO. Uma vez pendente recurso administrativo dotado de efeito suspensivo, como é o caso dos embargos declaratórios contra decisão do Tribunal de Contas da União – artigo 32, II e 34, § 2.º, da Lei n.º 8.443/92, mostra-se inadequada a impetração, a teor do disposto no artigo 5.º, inciso I, da Lei n.º 1.535/51 (STF Pleno. **MS 24511**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.10.2003, DJ 02.04.2004, p.2).

⁸²³ Analisando os problemas do processo civil italiano Franco Cipriani conclui que (aqueles) não se resolvem aumentando os poderes dos juízes mas aumentando os números de juízes. (*"Insomma, si riconosce che gli attuali problemi del processo civile italiano non si risolvono prendendosela com gli avvocati, né tanto meno aumentando i poteri del giudice, ma aumentando i giudici, ovvero, dal momento che i giudici onorari ci stavano e ci stanno, ripartendo razionalmente la competenza, come ai tempi del tanto vituperato vecchio código"*). (CIPRIANI, Franco. *Il contributo dei processualisti alla legislazione italiana (a946-1996)*. In: _____. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.162).

⁸²⁴ A possibilidade de compensação instituída pela Emenda Constitucional n.º 62/2009 vem sendo considerada como uma verdadeira "Execução Fiscal Administrativa", pois a Fazenda constitui unilateralmente seu crédito e pode, desde logo, obter a satisfação do mesmo subtraindo o valor do precatório devido ao contribuinte. Sobre o tema e concluindo pela inconstitucionalidade, ver os votos do Des. Otávio Roberto Pamplona, Relator no Agravo de Instrumento (TRF 4.ª Região. **Agravo de Instrumento 0036865-24.2010.404.0000**, 2.ª Turma) e na Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0036865-24.2010.404.0000 (TRF 4.ª Região, Corte Especial).

Por outro lado, o controle feito pela própria Administração sobre seus atos é mais amplo que o controle judicial. Conforme destaca Anna-Bettina Kaiser, ao criticar a eliminação da Ação de Impugnação Administrativa (*Widerspruchsverfahren*)⁸²⁵ no direito alemão:

Oficialmente se alega que a revogação do procedimento beneficia o cidadão, porque ele pode conseguir uma tutela jurisdicional mais rápida. Na realidade, o jurisdicionado perdeu com essa reforma: um procedimento de impugnação pela Administração é mais simples, *mais econômico* para o cidadão e principalmente por ele largamente utilizado: enquanto os tribunais, pelo princípio da separação dos poderes, podem examinar apenas a legalidade de uma decisão ou ato administrativo, a autoridade contra quem se propõe a impugnação pode examinar, além da legalidade, também a *conveniência*, isto é, realizar um *controle completo da discricionariedade*. Mas não apenas o cidadão, também a administração perdeu, na medida em que ela não tem mais a chance de repensar uma decisão por iniciativa do administrado. Os últimos perdedores da reforma são, finalmente, os tribunais administrativos. Estatísticas mostram que o número de ingressos de ações subiu, porque a função de alívio da carga, que o procedimento de impugnação administrativa tinha, foi suprimida.⁸²⁶

Essa constatação feita pela doutrina já fora reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na súmula 346 (A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos). Na súmula 473, editada ainda em 1969, o Tribunal foi mais esclarecedor ao declarar expressamente a maior amplitude da revisão pela própria Administração:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

De fato, o Poder Judiciário apenas anula um ato administrativo enquanto a Administração pode revogá-lo. Por outro lado, como foi destacado no capítulo anterior, no direito norte-americano, o prévio exaurimento dos remédios administrativos é medida

⁸²⁵ No direito alemão, quando se trata de um ato administrativo que acarrete ônus ao cidadão, ele não pode acionar imediatamente o Judiciário, devendo antes propor uma impugnação (*Widerspruch*) perante a própria autoridade prolatora (§ 68 da VwGO), que reexaminará a sua própria decisão, remetendo à autoridade imediatamente superior, caso resolva mantê-la.

⁸²⁶ KAISER, Anna-Bettina. Os princípios do processo administrativo-judicial na Alemanha. Tradução: Márcio Flávio Mafra Leal. **Cadernos do CEJ**, Brasília, n.26, p.64, 2010.

que permite o aperfeiçoamento dos procedimentos e amadurecimento institucional das agências reguladoras.

Longe de significar, por si só, fonte de insegurança jurídica e negação de direitos, a exigência de prévio exaurimento funcionaria como um filtro a facilitar a prévia resolução de controvérsias antes da indesejável solução processual.

4.1.4 Posterior alteração do pedido como instrumento de aperfeiçoamento regulatório

No que se refere ao controle judicial das agências reguladoras, em alguns casos a estabilidade regulatória pode exigir que o magistrado disponha sobre alguns aspectos não expressamente solicitados pelas partes.

Poderia se pensar num caso de regulação dos serviços de transporte interestadual de passageiros. Questiona-se determinada resolução que determina, por exemplo, a exigência de obrigatoriedade da utilização de cintos de segurança pelos passageiros, com previsão de multa a ser paga pela empresa, no caso de infração.

Partindo-se do princípio que determinada empresa questiona tão somente o dispositivo da resolução que prevê a imposição da multa, mas o magistrado conclui que a resolução, como um todo, viola o princípio da legalidade, a resolução simplesmente não poderia ingressar em tal matéria por violar a cláusula da reserva legal ou ainda, por estar impondo restrição desarrazoada.

Nesses casos, o juiz não se circunscreve ao pedido, sendo altamente recomendável que, desde logo, declare que a própria resolução não é instrumento normativo idôneo. Numa visão eminentemente privatista, a circunscrição ao pedido veiculado na inicial, afastaria a imposição da multa. A coisa julgada formada não irradiaria seus efeitos para os demais destinatários da norma.

Seria, portanto, necessário permitir alteração que generalizasse a medida. É claro que o contraditório e a ampla defesa deveriam ser assegurados. A agência deveria estar ciente e se defender da possibilidade de invalidação de sua norma. É inegável que a demanda teria resultado mais útil e mais pacificador se resolvesse, pelo menos em primeiro grau, a controvérsia implícita quanto a validade da resolução.

4.1.5 Respeito aos precedentes judiciais

A doutrina brasileira estuda o direito processual a partir de três institutos fundamentais: jurisdição, ação e processo.⁸²⁷

E a ideia da construção de uma lei para o caso concreto a partir do exercício do direito de ação e do debate processual entre os atores processuais, tem o seu lado idealístico de permitir ao cidadão, participar da formação da ordem jurídica.

Contudo, há que temperar essa tutela com a segurança jurídica que, embora postulada e amplamente pregada na tradição da *civil law* pela estrita aplicação da lei, carece de maior respeito aos precedentes, evitando soluções diferentes para casos absolutamente iguais, possibilidade afastada no *common law* pelo princípio inspirador do *stare decisis*.⁸²⁸

Relativamente ao controle judicial das agências, são notáveis os benefícios do respeito aos precedentes. Não somente, uma vinculação vertical⁸²⁹ entre os precedentes dos tribunais superiores, exigência da organização judiciária e imperativo de respeito ao caráter de uniformização da interpretação da lei federal e da preservação do conteúdo material da Constituição, mas igualmente, o respeito aos precedentes de outros tribunais.

Imagine-se um processo em que se discute uma política regulatória, ou uma norma técnica, em determinado tribunal federal. Após ampla participação das partes, conclui-se pela validade ou pela invalidade de norma da agência. Por razões de racionalidade, não seria admissível repetir-se a mesma ação, com mesmos questionamentos, em outro tribunal de mesmo grau hierárquico na estrutura judiciária.⁸³⁰

⁸²⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1. p.9.

⁸²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.101. O autor destaca que "advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juizes nas salas do *civil law*, além de não mais bastas, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo deveria abrigar igualdade de tratamento perante a lei." (p.101).

⁸²⁹ No Projeto de CPC, art. 882, inciso IV dispõe: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

⁸³⁰ Embora para Taruffo "o caso típico de aplicação do precedente se dá quando a sua direção é *vertical*, ou seja, quando o juiz sucessivo, que deve decidir um caso idêntico ou similar, encontra-se sob um grau inferior na hierarquia judiciária. Isso depende do fato de que, tradicionalmente, a

Embora os cânones processuais de acesso à justiça permitam, em tese, tanto à agência quanto às partes, a propositura de nova ação, por não haver tecnicamente a coisa julgada oponível às partes distintas, é inegável que o juiz pode aproveitar o material produzido, sobre os fatos e sobre a controvérsia jurídica, para solucionar a demanda.

E quanto a este ponto, incide a necessidade de publicização do processo, em detrimento de uma visão privatística do processo. Se outro órgão de jurisdição estatal, após um justo processo, chegou a uma conclusão sobre determinada atuação de uma agência, não há porque desconsiderá-la. Se mesmo em relação aos órgãos administrativos, costuma-se emprestar a presunção de legitimidade de seus atos, o mesmo deve ser aplicado às manifestações de outro órgão jurisdicional de mesmo nível.

Não há tecnicamente como obrigar uma agência a se curvar a uma orientação judicial, expedida num processo individual ou mesmo coletivo, mas essa conduta pode ser abandonada se os dirigentes perceberem nos tribunais, a tendência de não rediscutir matérias já julgadas.⁸³¹

Embora não se preconize a simples rejeição da demanda, em momento posterior, após a contestação, cabe ao juiz, sanear o processo e desde logo, indeferir a simples repetição de provas e outras providências que tenham sido anteriormente produzidas.

Para tanto, é importante o instituto do *distinguish*, que permite às partes demonstrarem que a demanda não foi, quanto ao objeto, proposta anteriormente.⁸³²

força do precedente se funda sobre a autoridade e sobre o respeito do órgão que emitiu a decisão. A este turno, autoridade e respeito se relacionam à posição do órgão: quanto mais elevado é o grau da corte que emite o precedente, mais respeitáveis são suas decisões. Por assim dizer, a força do precedente desce de alto a baixo: as verdadeiras 'cortes do precedente' são as cortes superiores, cujas decisões se impõem a todos os órgãos judiciários de grau inferior; depois vêm as cortes de apelação e assim segue descendo na escala judiciária." (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.199, p.148-149, set. 2011).

⁸³¹ Não será o legislador que determinará o respeito aos precedentes pois conforme lembram Cross e Harris, as regras sobre os precedentes estão baseadas na prática dos juízes. (CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 2004. p.225).

⁸³² Cabível igualmente o alerta feito por Michele Taruffo: "... a doutrina do precedente distingue entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Esta distinção pode ser difícil de traçar na prática, mas é fundamental para se fazer entender como, apenas por meio de referência direta aos fatos da causa, é que se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente. Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados

Por outro lado, cabe não perder de vista a necessidade da eficiência que deve presidir o processo civil. O Projeto de Código de Processo Civil, em tramitação na Câmara dos Deputados, prevê a necessidade do juiz observar o princípio da eficiência.⁸³³

E quanto ao conteúdo do princípio da eficiência, cabe lembrar o art. 8.º do projeto de Código de Processo Civil italiano, elaborado por Andrea Proto Pisani: "*Efficienza del processo civile*: é assegurado um emprego proporcional dos recursos judiciais em relação ao escopo da justa composição da controvérsia em um prazo razoável, tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros processos"⁸³⁴.

Não é razoável exigir que o sistema judicial se manifeste várias vezes sobre a mesma questão regulatória. Nos tribunais, caberia ao relator, verificando que há precedente de seu ou de outro tribunal, negar seguimento ao recurso.

É certo que o chamado precedente horizontal tem apenas uma força persuasiva⁸³⁵, relacionada mais à qualidade intrínseca das decisões do que a mecanismos comparáveis ao precedente.⁸³⁶

Além de alcançar a eficiência, a aplicação dos precedentes contribui para a pacificação social e para a estabilidade das relações jurídicas.⁸³⁷ A previsibilidade

como precedentes nas decisões dos casos sucessivos, já que não condicionaram a decisão do caso anterior. Esta distinção não é desconhecida no âmbito da nossa jurisprudência, mas não vem sendo aplicada com o necessário rigor: não é raro que os enunciados conttenham *obiter dicta*, já que quem formula o enunciado freqüentemente extrai do texto da sentença qualquer enunciação jurídica sem verificar se essa é a base efetiva da decisão;" (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.199, p.145-146, set. 2011. Nota omitida).

⁸³³ Projeto de CPC. Art. 6.º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

⁸³⁴ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. **RePro**, São Paulo, v.36, n.192, p.400, 2011. O autor destaca as vantagens do projeto italiano: a) contém determinação do escopo do processo civil: a justa composição das controvérsias em um prazo razoável; b) exige expressamente que o emprego dos recursos judiciais deva ser proporcional ao escopo; 3) salienta que a eficiência da composição de cada controvérsia não deve perder de vista a eficiência na gestão da massa dos processos.

⁸³⁵ Conforme Danilo Knijnik, a nova roupagem da nomofilaquia inclui muito mais que uma estabilização das decisões pela persuasão, pela racionalidade, pelo diálogo e pela inserção do balanceamento constitucional das questões processuais. (KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.102).

⁸³⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.199, p.149, set. 2011.

⁸³⁷ Por meio do precedente a corte superior exerce a '*nomofilaquia*'. Conforme nos ensina Danilo Knijnik: "Em seu sentido originário, a nomofilaquia foi identificada com a definição da interpretação exata, única e verdadeira. [...] Entretanto, fala-se, mais atualmente, numa nomofilaquia tendencial ou dialética, em lugar da tradicional ou formalista." (KNIJNIK, *op. cit.*, p.98/99).

dos julgamentos⁸³⁸ favorece a entronização de princípios e regras na prática social e empresarial, desestimulando a utilização do processo como instrumento escuso de alcance de benefícios econômicos pela via de incerteza produzida pela demora do juiz em resolver um litígio fictício.

Fictício porque uma das partes, desde logo, tem a ciência sobre a inviabilidade de sua tese mas diante dos benefícios inegáveis da demora judicial, opta pela instauração de um processo que lhe permitirá uma economia momentânea⁸³⁹, que poderá se efetivar se a demora do processo e as incertezas deles decorrentes convencerem a outra parte de que um mau acordo é preferível a uma demanda pendente.

A vinculação ao precedente⁸⁴⁰ não deve mais ser vista como apenas um imperativo de autoridade das decisões superiores pois a jurisprudência, como fonte de direito tem uma produção contínua e não-monopolizada, alterando-se benignamente (diversidade dinâmica) sendo permeável à influência das instâncias inferiores.⁸⁴¹

De todo desejável, mormente em questões regulatórias, que os precedentes sejam prestigiados como fator inegável da necessária estabilidade⁸⁴² e previsibilidade das decisões judiciais.

⁸³⁸ A massificação e a instabilidade das demandas, nos tempos atuais, tornaram a previsibilidade dos julgamentos a característica mais buscada no sistema judicial. (ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1988. p.2).

⁸³⁹ Para uma abordagem sobre a influência da economia na teorização do processo civil, Franco Cipriani lembra que o discurso de Franz Klein – autor do *Regolamento de 1895* ou ZPO austríaco – já se fundamentava em duas bases: o processo era um mal social (*male sociale*) e a lentidão do processo afeta a economia nacional. (CIPRIANI, Franco. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.33).

⁸⁴⁰ Rupert Cross e J. Harris lembram ser um princípio básico da administração da justiça que casos iguais devem ser decididos da mesma forma. (CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 2004. p.3).

⁸⁴¹ Conforme Danilo Knijnik: "Como foi visto, a jurisprudência envolve um desenvolvimento posterior da lei, de natureza criativa, em maior ou menor grau. Esse processo, também se viu, não é monopolizado por nenhum tribunal [...]." (KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.102).

⁸⁴² Com postura muito mais arrojada, Ricardo Barros Falcão Duarte preconiza simplesmente "que a verdadeira atribuição política dos tribunais superiores nos dias de hoje é legislar", lembrando a ampla aceitação social do poder regulamentar exercido pelo Judiciário em casos emblemáticos (definição do número de vereadores, verticalização das coligações partidárias, fidelidade partidária). (FERRAZ, Ricardo Barros Falcão. Motivação política no precedente judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.200, p.363, out. 2011).

4.1.6 Adaptação do procedimento à natureza da demanda: fungibilidade das formas

O processo como *instrumento* deve conformar-se (ajustar-se) às radicais transformações do direito material e às pretensões que se colocam diante da própria compreensão desse direito material, sob pena de frustrar-se como *instrumento* de realização daquele direito transformado, impedindo sua concretização.⁸⁴³

Quanto a este aspecto, no que diz respeito, ao controle dos atos da administração pública, a ênfase deve ser dada pelo juiz na preservação dos direitos⁸⁴⁴ e no exercício de sua competência de órgão de controle, a exemplo do que já registra nossa história judiciária com a chamada "Doutrina brasileira do Habeas Corpus, que alargou as hipóteses de cabimento daquela ação para proteger outros direitos individuais, além da liberdade de locomoção"⁸⁴⁵.

⁸⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. '**Amicus curiae**' no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.19.

⁸⁴⁴ Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira o formalismo processual deve assumir o significado de um formalismo-valorativo, com o sentido de que as formas processuais não devem ser tomadas como um fim em si mesmas, mas sim orientadas à efetiva tutela dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de uma formalismo valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.286).

⁸⁴⁵ Os processos que derem origem a essa doutrina que alargava as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* foram julgados em 1909, pelo Supremo Tribunal, em sede de recurso contra ordens denegadas pelo juiz federal (RHC 2.793, RHC 2.799) e em competência originária (HC 2.794, HC 2.797 e HC 2.990). O ato que se originou com o qual se voltavam as impetrações foi o decreto do Presidente da República, Nilo Peçanha, que alegando força maior, nos termos do art. 23 do decreto n.º 5.160, de 8 de março de 1904, dissolveu o Conselho Municipal e confiou ao Prefeito toda a administração da Capital Federal. No primeiro caso (RHC 2.793), o advogado Melchiades Mário de Sá Freire, teve indeferido habeas corpus pelo Juiz Federal da 1.ª Vara, e interpôs recurso ao Supremo Tribunal Federal, em favor de Thomaz Delfino e outros Intendentes eleitos para o Conselho Municipal do Distrito Federal, com a finalidade de garantir o acesso ao prédio do Conselho e ali exercerem suas funções. O Supremo, em 08.12.1909, por maioria, negou provimento ao recurso. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc2794>>. Acesso em: 25 fev. 2012).
 Todavia no *Habeas Corpus* n.2794, impetrado por Irineu Melo Machado, julgado em 11.12.1909, tendo como Relator o Min. Godofredo Cunha, a ordem foi concedida em favor de Manoel Corrêa de Melo e outros componentes do segundo grupo de Intendentes eleitos para o Conselho Municipal do Distrito Federal, a fim de garantir o ingresso dos pacientes no edifício do Conselho, para prosseguimento dos trabalhos e exercício de seus direitos decorrentes de diplomas. A ordem, concedida por maioria, permitiu o ingresso dos pacientes no edifício do Conselho, a fim de exercerem os direitos decorrentes de seus diplomas, reconhecida a ilegalidade e abuso de poder do decreto presidencial, que impedira o Conselho de compor-se e reunir-se, ao fechar-lhe o edifício. O Ministro Amaro Cavalcanti ao proferir seu voto anotou: "Na espécie dos autos, os pacientes provaram, e isto é público e notório, que foram eleitos intendentes, que muito legal e corretamente se reuniram sob a presidência do mais velho, para os trabalhos da verificação de poderes, quando foram tolhidos em sua liberdade de penetrar na sala do Conselho Municipal por um decreto manifestamente ilegal e inconstitucional. Ao juiz só se apresenta uma questão para decidir: o garantir, ou não, a liberdade de locomoção. Quanto ao mais, ao que pretendem fazer os pacientes, se lhes for

Como bem destacado por Judith Martins Costa, a multiplicação das leis, sua linguagem "múltipla e discordante, prolixa e ambígua, declamatória e programática", afasta-se do mito de uma linguagem unitária, matematizante, desenvolvida segundo regras de interpretação precisas que atuem para o intérprete, como critérios constantes e unívocos de leitura.⁸⁴⁶

Também Mancuso destaca a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar megacontrovérsias e necessidade de criação de mais instrumentos capazes de solver os conflitos relativos a direitos titularizados por um número expressivo de sujeitos ou indivisíveis quanto ao seu objeto.⁸⁴⁷

No âmbito da jurisdição constitucional, Gilmar Ferreria Mendes ensina que a "abertura estrutural da Constituição" afasta a ilusão alimentada pelo método hermenêutico clássico, de separar em departamentos estanques, os elementos fáticos e normativos envolvidos.⁸⁴⁸

Diante de tais perplexidades, não há como resistir à ideia de reconhecer maiores poderes ao juiz, como intérprete desse direito cada vez mais vago e generoso. A aparente insegurança que daí advém, parece estar compensada pela crença generalizada de uma sociedade que talvez, ingenuamente, acredita que o amplo rol de direitos anunciados na Constituição Federal de 1988 será efetivado por meio de um movimento judicial e processual.

garantida a liberdade de locomoção, a sua situação é perfeita, inquestionável e manifestamente legal. Por isso concedi o habeas corpus. Concedida a ordem, por maioria, para ser permitido o ingresso dos pacientes no edifício do Conselho, a fim de exercerem direitos decorrentes de seus diplomas". (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc2794>>. Acesso em: 25 fev. 2012).

⁸⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p.282

⁸⁴⁷ "Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da 'coletivização' dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5.o, XXI; LXX, 'b'; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.379-380).

⁸⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2.ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos, 1999.

Na mesma seara, a adaptação do procedimento é uma necessidade, desde que preservados os direitos inerentes ao processo justo, tal como desenhado na Constituição.

Exemplificativamente, veja-se a intrincada problemática da distinção entre questão de fato e questão de direito, necessária para balizar o juiz em diversos momentos processuais.

Danilo Knijnik lembra ser "impossível, impraticável e ilusório o corte proporcionado pelo critério fato e direito, ou, quando menos, o sentido tradicional que se assinou a tal dicotomia, a respeito de suas implicações específicas no âmbito do Recurso Especial"⁸⁴⁹.

Na mesma linha, Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁵⁰ e Cassio Scapinella Bueno destacam que "os momentos *fato* e *direito* da norma jurídica complementam-se e se interpenetram"⁸⁵¹.

A partir dessa constatação, Cassio Scapinella Bueno defende o instituto do *amicus curiae* ressaltando a necessidade de que "direito" e "fato" andem juntos, anotando também que não se pode esperar que o juiz saiba tudo. Tais constatações fazem com que o instituto do *amicus curiae* tenha a importante missão de contribuir para esclarecimentos dos fatos subjacentes às normas jurídicas e suas consequências práticas, atuando como um legitimador da produção de decisões jurisdicionais.⁸⁵²

Quanto a este aspecto, concorda-se com Fernando da Fonseca Gajardoni ao preconizar a maior liberdade procedimental, postura que não violaria o devido processo legal, pois a "segurança e a previsibilidade do sistema são garantidas pelo prévio conhecimento das regras do jogo e não pela rigidez do procedimento"⁸⁵³.

Enfim, o processo e os atos que integram o seu procedimento devem ser dirigidos e adaptados à solução do litígio a ele subjacente, sempre respeitando, por óbvio, os limites constitucionais inerentes à tutela constitucional do processo.

⁸⁴⁹ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.46.

⁸⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001. p.153.

⁸⁵¹ BUENO, Cassio Scapinella. **'Amicus curiae' no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.27.

⁸⁵² *Ibid.*, p.160.

⁸⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

4.1.7 Adaptação dos procedimentos. Embargos de declaração com efeitos infringentes

Além disso, em casos tais casos, é totalmente justificada a adaptação de instrumentos processuais. A produção em série de decisões, imposta pela massificação das demandas, produz insegurança jurídica e exige que alguns instrumentos processuais sofram adaptações, pondo de lado a tipicidade das formas processuais.

Em muitos casos, a doutrina⁸⁵⁴ já reconhece a possibilidade lógica de alteração da decisão, atribuindo-se aos embargos de declaração efeitos modificativos ou infringentes, em decorrência do afastamento da contradição e da obscuridade ou suprimento da omissão.

Mas é possível, ainda, dar aos embargos de declaração, efeitos atípicos, não para sanar obscuridade, contradição ou omissão, mas para conferir efeitos modificativos com intuito de corrigir falhas de julgamento, decisões contraditórias e desconsideração de precedentes vinculantes.

Não tem sido raros os casos de julgamentos conflitantes no mesmo tribunal e, em alguns lamentáveis casos, dentro do próprio órgão julgador⁸⁵⁵, em grande parte motivados pela elevada quantidade de processos pendentes, pela necessidade de agrupar feitos e padronizar decisões – numa verdadeira produção em série –, pela instabilidade da composição dos colegiados e pela superveniência de nova orientação das cortes superiores.

Uma turma julgadora pode aplicar uma orientação defasada. Um novo integrante⁸⁵⁶ do órgão julgador pode trazer entendimento pessoal discrepante do colegiado, sendo acompanhado sem atentar para orientação contrária anterior.

⁸⁵⁴ Cf. FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1.159.

⁸⁵⁵ Luiz Guilherme Marinoni lembra que "Decisões conflitantes a respeito de casos semelhantes, na verdade, não só expressam uma ordem jurídica destituída de coerência, mas também, mais especificamente, negação da previsibilidade e da confiança justificadamente depositada nos atos do Poder Público". (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.492).

⁸⁵⁶ Quanto a este tema, são notórios os prejuízos advindos do fim das férias coletivas nos tribunais. Os integrantes dos colegiados se afastam para suas férias em períodos distintos de modo que os órgãos fracionários dos tribunais funcionam boa parte do ano com composições aleatórias, com previsíveis mudanças de orientação jurisprudencial.

Cabível, portanto, emprestar aos embargos de declaração a amplitude necessária para garantir o valor maior da segurança jurídica, alcançado pela estabilidade da jurisprudência. Em todo caso, necessária a prévia intimação da outra parte para se manifestar, sob pena de violar-se o princípio do contraditório.

4.2 APERFEIÇOAMENTOS DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

4.2.1 *Amicus curiae*

A participação de terceiros nos processos judiciais é prática antiga no sistema de *common Law*.⁸⁵⁷ Trata-se da intervenção de um terceiro na solução de uma controvérsia que está sendo objeto de análise pelo magistrado.

Isabel da Cunha Bisch afirma que a institucionalização do *amicus curiae* no Brasil "é reflexo da judicialização da política e do desprestígio do Parlamento", adotando uma postura crítica ao lembrar que "a intervenção de tantos grupos de interesse pode, antes de favorecer a democracia, prejudicar a mesma"⁸⁵⁸.

Quanto a este risco de descompasso entre o processo civil e a realidade social, cabe lembrar sempre as críticas de Ovídio Baptista da Silva, acerca da "criação do mundo jurídico, um tanto quanto apartado do mundo real, tão presente em nossas concepções do direito", a seu ver "uma conseqüência do *racionalismo*, não sendo de se estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar essas 'verdades eternas' que prescindem de fatos"⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ Tema foi tratado anteriormente neste trabalho, em item específico no Capítulo relativo ao direito norte-americano, com destaque para a manifestação de Lord Salmon (*An amicus curiae is a non-partisan participant in proceedings, whose role is to provide information or assistance to the court on questions of law or fact. The court has a discretion whether to request such assistance. The present practice is to exercise this discretion in two main sets of circumstances (The circumstances are: Where the court considers that an important point of law has arisen in the proceedings, which for some reason may not be fully argued by the parties. Where one party is not represented (or perhaps not adequately represented) and the court considers that in fairness that party's case should be fully presented). Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd [1968] 2 QB 229, at 266F-G, per Salmon LJ*).

⁸⁵⁸ BISCH, Maria Isabel da Cunha. **O 'amicus curiae', as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americanas, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.159.,

⁸⁵⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.77.

Embora o processo civil, com seu marcante traço individualista procure enfocar a lide dentro dos limites preconizados pelas partes, alguns processos têm o condão de produzir efeitos que se irradiam para além desses limites.⁸⁶⁰ Essas possíveis consequências podem ser previstas e mensuradas a partir de informações prestadas ao juiz.

Por outro lado, diante da amplitude das matérias que são submetidas à jurisdição estatal, pode ocorrer, e ocorre com frequência, que o juiz não detenha informações importantes quer sobre um ramo específico do direito, quer sobre questões técnico-científicas que algumas partes não terão condições de debater e informar o juiz.⁸⁶¹

Mormente em questões regulatórias que envolvem, como se analisou anteriormente, a atuação de agentes econômicos, consumidores, usuários e órgãos reguladores, é necessário ter presente as complexidades inerentes a cada setor regulado e suas constantes transformações.

A morosidade da solução judicial pode ocasionar o desinteresse das partes na solução judicial das controvérsias, tendo em vista a dinamicidade que envolve alguns setores regulados e a capacidade de alguns setores mais evoluídos tecnologicamente de se adaptarem às demandas do mercado e dos consumidores.

Em outros casos, é evidente a assimetria de informações entre as partes, verificada, sobretudo, em litígios envolvendo concessionários de serviços públicos, em que o próprio fenômeno da avalanche de demandas permite às agências e às empresas alterar a estratégia processual, fazendo uso da prerrogativa processual de não trazer algumas informações ao processo.

⁸⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.14. O autor ressalta que a princípio, o marco norteador do sistema processual codificado se baseava na concepção segundo a qual, a função jurisdicional – e o processo como seu instrumento – se destinava a formular e fazer atuar a regra jurídica, em face de um suporte fático já ocorrido ou em vias de ocorrer. As modificações legislativas supervenientes, a partir de 1985, alteraram substancialmente o sistema processual, devendo concluir que o processo civil não mais se limita à prestação da tutela jurisdicional nas modalidades clássicas (tutelas de conhecimento, de execução e cautelar) nem se restringe a solucionar conflitos de interesses individualizados e concretizados.

⁸⁶¹ A natural dificuldade do juiz estatal em lidar com questões muito específicas, é uma das razões que levam alguns litigantes a optar pela solução arbitral, diante do temor de uma decisão genérica demais e desatenta às peculiaridades de alguns setores da economia. Sobre o tema, ver: FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1991. p.145.

Além disso, há que se considerar a altamente provável inferioridade técnica das partes no que se refere propriamente às soluções tecnicamente disponíveis, que impede que a parte insatisfeita formule adequadamente sua pretensão. Daí a importância de chamar ao feito terceiros, pessoas e entidades, dispostos a contribuir para o enriquecimento do debate judicial, sanando essas deficiências.⁸⁶²

Ademais, algumas informações científicas somente podem ser fornecidas por entidades especializadas, o que torna altamente recomendável a sua participação em alguns processos.

Marcos Paulo Veríssimo defende que o "aconselhamento técnico" já é possível a partir das normas existentes no Código de Processo Civil em vigor. O juiz pode lançar mão de peritos não somente para a "verificação passada de determinados acontecimentos" mas para formulação de "juízos prognósticos" tão comuns e necessários em matéria regulatória.⁸⁶³

Permite-se discordar. A conclusão a que chegou o autor, não se afeiçoa à prova pericial, tal como prevista no atual CPC. O juiz trabalha a partir de um litígio que lhe é submetido e deverá se manifestar sobre o pedido que a parte-autora formulou. Não há espaço para atividade consultiva prévia, pois os quesitos são formulados pelas partes e deferidos pelo juiz.

As limitações técnicas surgirão antes mesmo da fase instrutória, o que afasta a eficácia da solução preconizada pelo renomado autor e Conselheiro do CADE.

Surge como solução, o instituto do *amicus curiae*, de grande utilidade para permitir ao juiz vislumbrar aspectos técnicos, indispensáveis à solução da controvérsia, muitas vezes não trazidos pelas partes.⁸⁶⁴

⁸⁶² No caso *American Electric Power Co., Inc., et al v. Connecticut et alt.* (564 U.S 14 (2011), julgado pela Suprema Corte norte-americana, o Juiz Ginsburg expressou a opinião majoritária anotando que o juiz não pode contratar estudos científicos ou chamar grupos de especialistas para assessorá-lo, além de estar limitado pelas peças do processo e pelas provas trazidas pelas partes ("*Judges may not commission scientific studies or convene groups of experts for advice, or issue rules under notice-and-comment procedures inviting input by any interested person, or seek the counsel of regulators in the States where the defendants are located. Rather, judges are confined by a record comprising the evidence the parties present.*")

⁸⁶³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo Veríssimo. **Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil**. 2002. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p.228.

⁸⁶⁴ Danilo Knijnik ressalta que o discurso jurídico tem um caráter refratário e uma natural tendência ao subjetivismo, o que explicaria o desalento de alguns com o direito probatório. (KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.5).

No direito brasileiro, após a edição da Lei n.º 9.868/99, que trata dos meios processuais de controle de constitucionalidade, o instituto voltou a receber a atenção da doutrina e constar como fundamento de decisões judiciais.

Conforme magistério de José Miguel Garcia Medina, o instituto vem de encontro à ideia do *status activus processualis*, que assegura o direito de influir decisivamente na formação da solução jurisdicional de um problema, possibilitando a ampliação do número de participantes no processo, como forma de favorecer a democratização das decisões judiciais que inevitavelmente afetam a vida das pessoas, muitas vezes de maneira indireta.⁸⁶⁵

À semelhança do que ocorre com o assistente simples, o *amicus curiae* interfere em processo alheio, mas não se torna parte, a despeito de ter grande interesse no desfecho que será dado à causa.⁸⁶⁶

O instituto não é de todo novo no ordenamento processual civil brasileiro, embora o CPC de 1973 não o tenha adotado. Conforme destaca Rodolfo da Costa Manso Real, a função do instituto tem a ver basicamente com dois objetivos: a) auxiliar tecnicamente os órgãos do Poder Judiciário, em áreas de conhecimento específica e b) permitir a participação da sociedade nos processos que de alguma forma trarão repercussão social, especialmente nos casos que produzirão precedentes.⁸⁶⁷

Inicialmente o instituto foi previsto pelo legislador pátrio como forma de assessoramento do juiz, em questões técnicas.⁸⁶⁸

Apenas com a edição da Lei n.º 9868/99, é que o legislador passou a dar ênfase ao instituto como fator de ampliação da participação social no processo civil, corolário natural da forma de democracia direta, privilegiada na Constituição Federal.

⁸⁶⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. art. 50, nota VI, p.92.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, nota IV, p.91.

⁸⁶⁷ AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Conhecendo melhor o *amicus curiae*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al.* **Anuário de produção intelectual 2010**. Curitiba: Wambier e Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria, 2010. p.109.

⁸⁶⁸ Como forma de assessoramento do Poder Judiciário, a Lei n.º 6.616/78, que alterou a Lei n.º 6385/76, previa a possibilidade da Comissão de Valores Mobiliários – CVM intervir em processos judiciais com finalidade de "oferecer parecer ou prestar esclarecimentos". (Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias).

Cássio Scarpinella Bueno concorda que a intervenção do *amicus curiae* permite a maior participação social no exercício da atividade jurisdicional, mas ressalta que essa intervenção se destina a "contribuir com aprimoramento técnico da decisão judicial"⁸⁶⁹.

Na esteira de permitir a intervenção de terceiros em razão de sua especialidade técnica, o legislador inseriu na legislação que trata do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei n.º 8.884/94)⁸⁷⁰ a possibilidade de intervenção. Também o fez na legislação que autoriza a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI nas ações de nulidade de registro e outras formas de proteção da propriedade intelectual (Lei n.º 9.279/96)⁸⁷¹. A Lei n.º 10.259/2001, que trata dos Juizados Especiais Federais, permite a manifestação de "eventuais interessados" nos julgamentos de uniformização de jurisprudência.

O traço comum é sempre a possibilidade da intervenção de terceiro, com finalidade de trazer ao juiz a manifestação de órgão técnico especializado e embora o legislador faça menção à qualidade de assistente, a doutrina tem se manifestado no sentido de que se trata de intervenção como *amicus curiae*.⁸⁷²

Mais recentemente, a Lei n.º 9.469/97 autorizou a União e as pessoas jurídicas de direito público a intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, "nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza

⁸⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **'Amicus curiae' no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.215.

⁸⁷⁰ Lei n.º 8.884/94 (Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências): Art. 89. *Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.*

⁸⁷¹ Lei 9.279/96 (Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial): Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito. § 1.º O prazo para resposta do réu titular do registro será de 60 (sessenta) dias. § 2.º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros.

⁸⁷² Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**, São Paulo, n.117, p.12, set./out. 2004. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Conhecendo melhor o *amicus curiae*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al.* **Anuário de produção intelectual 2010**. Curitiba: Wambier e Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria, 2010. p.105. MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. art. 50, nota V, p.92.

econômica"⁸⁷³. A doutrina tem se manifestado no sentido de se tratar de verdadeiro caso de *amicus curiae*.⁸⁷⁴

A marca comum aos dispositivos é a possibilidade de uma intervenção justificada pelo acervo técnico da entidade interventora, que poderia auxiliar o juiz com os conhecimentos específicos. Tanto no caso da intervenção do CADE como do INPI, é visível o benefício de uma intervenção qualificada bem como a possibilidade de permitir ao órgão trazer informação, muitas vezes indispensáveis à formação do convencimento pelo juiz.

Sem a adoção do instituto, a entidade estaria irremediavelmente inserida num dos polos da relação processual, o que acarretaria, em alguns casos, a sujeição aos ônus da sucumbência. Em muitos casos, constata-se a resistência de alguns órgãos de participar do processo, justamente para evitar eventual condenação ou porque simplesmente não pretendem litigar, dada a inexistência de proveito do processo.

O instituto revela-se, ainda, fator de legitimação técnica das decisões judiciais. Muitas corporações têm optado pela solução de seus conflitos em outras instâncias,⁸⁷⁵ geralmente por temer as decisões judiciais que não consideram as peculiaridades de certos segmentos da vida social ou da atividade econômica.

Com a instituição do *amicus curiae*, o juiz pode convidar pessoas ou entidades a dar sua contribuição técnica, legitimando sua futura decisão em bases científicas, enriquecendo o debate com ampliação das informações que aportaram ao processo, trazidas pelo *amicus curiae*.

Admitindo-se que a atuação do Judiciário se legitima pela técnica em prol da tutela dos direitos e pela possibilidade de seu controle a partir da fundamentação de suas decisões, parece evidente que a ampliação do espectro de conhecimento do juiz contribui para essa legitimação.

Além da atuação do *amicus curiae* com vistas à contribuição técnica da entidade intervenientes, mas recentemente a doutrina e a práxis dos tribunais vêm

⁸⁷³ Lei n.º 9.469/97 (conversão da Medida Provisória n.º 1.561-6/1997): Art. 5.º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

⁸⁷⁴ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. '**Amicus curiae**' no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.218; CARNEIRO, Atos Gusmão. Da intervenção da União Federal como 'amicus curiae'. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n.111, p.251, jul./set. 2003.

⁸⁷⁵ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1991. p.149.

experimentando o fenômeno da intervenção do *amicus curiae*, mais como escopo de simplesmente envolver outros segmentos sociais, de modo a permitir sua participação no debate travado no processo. Não se trata de uma intervenção justificada por razões técnicas, mas simplesmente para permitir uma participação social na solução de alguns processos.

Isabel da Cunha Bisch lembra que, para fins didáticos, pode-se classificar em três as categorias de *amici curiae* que vêm atuando perante o Judiciário brasileiro, em especial perante o STF: a) organizações privadas que representam amplos segmentos, em defesa de direitos fundamentais; b) organizações profissionais, com especial destaque às entidades defensoras de interesse do funcionalismo público; c) órgãos públicos e unidades governamentais.⁸⁷⁶

Miguel Garcia Medina concorda com essa ampliação de intervenção do *amicus curiae*, não limitado às hipóteses previstas na norma jurídica, mas ligada à noção de "direito de participação procedimental", inerente ao Estado Democrático de Direito.⁸⁷⁷

Na Lei n.º 9.868/99, que trata do processo e julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o legislador adotou a nítida postura de ampliar a participação da sociedade no processo, em razão dos efeitos dele decorrentes.⁸⁷⁸ O mesmo se diga da manifestação de terceiros no julgamento da repercussão geral para o recurso extraordinário (art. 543-A, § 6.º, do CPC)⁸⁷⁹ e da "manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia", quando do julgamento do recurso especial representativo da controvérsia (art. 543-C, § 4.º, do CPC).

⁸⁷⁶ BISCH, Maria Isabel da Cunha. **O 'amicus curiae', as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americanas, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.123.

⁸⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. p.92.

⁸⁷⁸ Lei n.º 9.868/99, Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: Art. 7.º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1.º (VETADO). § 2.º **O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.**

⁸⁷⁹ Conforme observa Gilmar Ferreira Mendes, há na jurisprudência do STF "uma tendência à abertura do processo constitucional à participação de *amici curiae*, admitidos especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face do notório contributo que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa". (MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.118).

O art. 482, § 3.º do CPC, alterado pela Lei n.º 9868/99, passou também a admitir "a manifestação de outros órgãos e entidades", nos processos de controle difuso de constitucionalidade, no âmbito dos tribunais.

O instituto está também sendo generalizado em diversos ordenamentos. O Projeto de Regras de Processo Civil Transnacional contempla o instituto: Sempre que apropriado, qualquer pessoa ou organização pode apresentar uma petição escrita ao tribunal que contenha dados, informações, observações, análise jurídica, e outras considerações, que possam ser úteis para uma decisão justa e imparcial do caso. O Tribunal pode recusar tal proposta.⁸⁸⁰

Por fim, cabe ressaltar que Projeto de novo CPC, já aprovado no Senado Federal e em tramitação na Câmara dos Deputados, adotou expressamente o instituto ao fazer constar no Capítulo V, que trata da Intervenção de terceiros, a Seção I,

Do amicus curiae: Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação. Parágrafo único: A intervenção de que trata o 'caput' não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.⁸⁸¹

O instrumento já tem sido eficazmente utilizado pelos tribunais, em alguns casos que envolvem intrincadas questões regulatórias, com expressa referência a ele na fundamentação dos julgados.⁸⁸²

⁸⁸⁰ UNIDROIT 2004, Study LXXVI – Doc 12: 6. *Amicus Curiae Submission: Whenever appropriate, any person or organization may present a written submission to the court containing data, information, remarks, legal analysis, and other considerations, that may be useful for a fair and just decision of the case. The Court may refuse such a submission. The court may invite a nonparty to present such a submission. The parties must have an opportunity to submit written comment addressed to the matters in the submission before it is considered by the court.*

⁸⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC: críticas e propostas.** São Paulo: RT, 2010. p.315.

⁸⁸² Como exemplo o seguinte julgado do STJ: 1.ª Seção, Relator Min. Luiz Fux, Recurso Especial n.º 976836 (200701873706), DJE DATA:05/10/2010. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ÔNUS FINANCEIRO AOS USUÁRIOS. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA.

Há que se atentar, contudo, para o risco de desvirtuamento do instituto. O crescimento da admissão de entes e pessoas privadas fez com que, no direito norte-americano, se perdesse a mais importante característica original do instituto que era a sua "neutralidade"⁸⁸³, assumindo-se atualmente que o *amicus curiae* é um 'interessado' na solução da causa.

Considerando a amplitude da legitimação ativa para propositura de ações civis públicas e a ideia que inspira o instituto do *amicus curiae*, não é desarrazoado antever um desvirtuamento do instituto, com agentes econômicos utilizando ambos os instrumentos processuais para dificultar o acesso de concorrentes aos mercados regulados.

Não obstante, há que se reconhecer a extrema utilidade da admissão de pessoas ou entidades como *amicus curiae* na relação processual, como forma de ampliar as informações técnicas e a diversidade de abordagens jurídicas que influenciarão o convencimento do magistrado e a decisão judicial.

Eventuais abusos devem ser fiscalizados pelo Ministério Público e repelidos pelo Juiz que dirige o processo.

AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (*omissis*) 34. A ANATEL, como *amicus curiae*, manifestou-se no sentido de que a discriminação na fatura do valor atinente às contribuições para PIS e COFINS foi uma solução encontrada pela ANATEL para fazer face às variações do valor da tarifa, variações relacionadas com o regime jurídico do ICMS e essa prática não representa qualquer benefício para o prestador do serviço, nem prejuízo para o usuário, como afirmou a Agência Reguladora. (*omissis*) 40. A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), na sua função específica e intervindo como *amicus curiae*, esclareceu que a tarifa líquida de tributos que homologa não impede que nela incluam-se os tributos; salvo os de repasse vedado pela lei, como o Imposto de Renda e seus consectários, porquanto essa metodologia empregada visa a evitar que a Agência Reguladora imiscua-se na aferição da economia interna das empresas concessionárias, sendo certo que, de forma inequívoca, atestou a juridicidade do repasse econômico do PIS e da COFINS sobre as faturas de serviços de telefonia, consoante se colhe do excerto, verbis: "Com os argumentos assim ordenados e apoio na legislação supracitada, inexistente fundamento jurídico para a inconformidade da recorrente, pois cabível a transferência do ônus financeiro do PIS e da COFINS, bem como de tributos diretos, para o preço final da tarifa telefônica cobrada do contribuinte, por integrem os custos na composição final do preço."

⁸⁸³ Ver: HARRIS, Michael J. *Amicus curiae: friend or foe? The limits of friendship in American jurisprudence*. Lexis Nexis. 5 **Suffolk J. Trial & App. Adv.** 1 (2000); LOWMAN, Michael K. *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave*. 41 **The American University Law Review** 1243 (1992)

4.2.2 *Contempt of court* e cumprimento de decisões judiciais

Constitui postulado ético, imposto pelo sistema normativo, o princípio da proteção à boa fé objetiva. Trata-se de uma 'norma de conduta que impõe àqueles que participam de uma relação jurídica um "agir pautado pela lealdade"⁸⁸⁴.

O art. 14, do CPC procurou criar o dever específico das partes "cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final", caracterizando sua inobservância como "ato atentatório ao exercício da jurisdição" e sujeitando o responsável à multa não superior a 20% do valor da causa.

O projeto de CPC trata do tema no art. 66, mantendo basicamente a mesma previsão, adicionando que o valor da multa deverá ser imediatamente depositado em juízo e pode ser cobrada cumulativamente com as multas pelo descumprimento da obrigação de pagar e de fazer.

Conforme José Miguel Garcia Medina, a multa prevista no artigo 14 tem caráter punitivo e é devida ao Estado, sendo aplicada após a prática do ato atentatório à dignidade da Justiça nisso distinguindo-se das multas coercitivas, previstas nos arts. 461, 461-A e 475-J que são devidas ao exequente.⁸⁸⁵

No projeto de Código de Processo Civil, o art. 5.º ao lado de assegurar o "direito de participar ativamente do processo", prevê a "cooperação entre as partes e destas com o juiz, fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência". O art. 8.º, do Projeto repete o que seria um dever das partes de colaborar na identificação das questões de fato e de direito.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: arts. 389/420. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Tomo 2. p.33.

⁸⁸⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. comentário ao art. 14, nota V, p.54.

⁸⁸⁶ Projeto de CPC. Art. 5.º As partes têm o direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência. Art. 8.º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Inobstante a validade por assim dizer social da colaboração⁸⁸⁷, é certo que não se deve perder de vista que o processo pressupõe um litígio, uma lide, enfim uma controvérsia que as partes não lograram resolver por si próprias. Buscaram a tutela judicial justamente porque, ou não chegaram a um termo comum ou simplesmente não desejam resolver, eis que a administração dos prazos é conduta que não causa estranheza num sistema atingido pela "tríade cancerígena"⁸⁸⁸: morosidade judicial, esgotamento da capacidade judicante do Judiciário e omissão do Poder Legislativo.

A litigiosidade generalizada e a morosidade judicial demonstram que a colaboração não é efetivamente uma postura que se espere num processo judicial, ousando-se divergir da ideia de que estaria esta colaboração subjacente ao direito fundamental ao processo justo, assegurado na Constituição.⁸⁸⁹

A emergência de reclamos sociais e críticas cada vez mais contundentes ao Poder Judiciário, a ênfase da Ordem dos Advogados numa advocacia ativa, libertária e no mesmo patamar do juiz, a criminalização das condutas pelo Ministério Público como forma de fazer valer suas teses, são indícios razoáveis de que o processo está mais para uma "guerra", como pretendia James Goldschmidt^{890,891} ou ainda, como "giocco" como queria Calamandrei⁸⁹², do que um ambiente de colaboração e cooperação.

⁸⁸⁷ Sobre a colaboração ver: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p.72.

⁸⁸⁸ A expressão (tríade cancerígena) é de Ricardo de Barros Falcão Duarte, embora paradoxalmente o autor pareça defender o ativismo judicial como postura eficaz de combate aos males antes apontados. (FERRAZ, Ricardo Barros Falcão. Motivação política no precedente judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.200, p.363, out. 2011).

⁸⁸⁹ Conforme preconiza Daniel Mitidiero (*op. cit.*).

⁸⁹⁰ Na concepção de James Goldschmidt, em 1925, (*Der Prozeß als Rechtslage – Processo como situação jurídica*), o processo é descrito como uma verdadeira "batalha" em que o vencedor desfruta de situações vantajosas pela simples conquista, independente de ter ou não direito. O processo é o direito numa condição dinâmica: o que era direito subjetivo transforma-se em mera possibilidade (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativa (de obter o reconhecimento do direito) ou perspectiva (de uma sentença). (GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral del processo**. Barcelona: Labor, 1936). Ver também: LOPES JÚNIOR, Aury. A incompreendida concepção de processo como 'situação jurídica': vida e obra de James Goldschmidt. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/02_2009_2_nov_fev_23_48pp.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2010).

⁸⁹¹ Nas palavras de James Goldschmidt: "quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde". (GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2004. p.49).

⁸⁹² CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: **Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti**. Padova: Cedam, 1950. v.2. p.487.

Há que se concordar com Luís Correia de Mendonça quando afirma que, "somente por utopia ou ingenuidade se pode querer tornar o processo um alegre passeio pelo jardim que as partes percorrem de mãos dadas na companhia do juiz"^{893,894}.

Esse é um problema central a ser resolvido. Para que o controle judicial das agências seja eficazmente desempenhado, é necessária a completa entrega da prestação jurisdicional com o efetivo cumprimento do provimento judicial.

Os limites impostos pelo processo e o recorte da situação fática que nele se espelha, não favorece a adoção de uma solução global capaz de alterar, *per se*, a atuação da agência.

Além disso, não é raro o fenômeno de ordens contraditórias emitidas por órgãos jurisdicionais diversos, que levam os dirigentes das agências, com justa razão, a adotar uma postura de manter a política de atuação, até que a jurisprudência se uniformize, o que pode ensejar a propositura de mais demandas. A existência de vários órgãos judiciais e a distribuição no vasto território nacional também são fatores que não favorecem a alteração do padrão de comportamento da agência.

Especificamente no caso brasileiro, uma agência federal pode optar por aguardar a manifestação dos cinco tribunais regionais federais ou até mesmo dos tribunais superiores, antes de decidir alterar sua forma de atuação. A solução passa pela própria concepção do papel que o Judiciário⁸⁹⁵ deva ter na vida das instituições e na

⁸⁹³ MENDONÇA, Luís Correia. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord). **Proceso civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p.400.

⁸⁹⁴ Adolfo Alvarado Velloso em seus escritos lembra que o processo é uma guerra sem armas e não "um alegre passeio de contedores de mãos dadas pelo parque". (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Garantismo procesal contra actuación de ofício**. Valência: Tirant lo Blach, 2005. p.98).

⁸⁹⁵ Para alguns, o risco autoritário de um Judiciário intervencionista seria mitigado pela concepção de um "procedimentalismo deliberativo" que transforma o processo judicial numa arena política, conforme se vê no texto de Marcio Renan Hamel: "Com isso, voltamos à questão inicial do presente texto: o Poder Judiciário deve 'ser' espaço ou 'criar' espaço? Aqui reside a compreensão de criar um projeto de Constituição de um Estado realmente Democrático de Direito. Nesse contexto, o direito e o Poder Judiciário assumem importante papel, qual seja, de assegurar procedimentos democráticos de participação, pois a teoria do discurso conta com a política, de um lado, e com o direito, de outro, uma vez que a comunicação se dará pela mediação discursiva por meio do direito, ao que Habermas denomina de *medium* do direito. A proposta de uma democracia procedimental não pode ser articulada sem a plena participação do direito, o qual irá assegurar o aspecto deliberativo da política. Um dos propósitos do procedimentalismo democrático é ressaltar a legitimidade do controle jurisdicional da Constituição, além de imprimir o aprimoramento da gênese de construção democrática das leis. A superação do receituário neoliberal, em prol de maior justiça social, cidadania e fortalecimento democrático dependem de procedimentos democráticos contundentes, cuja efetivação pode ser trabalhada a partir da Teoria do Discurso, onde o Direito assume o importante papel de garantir os meios procedimentais de participação democrática na gênese democrática das leis, garantindo a legitimidade do direito oriundo da

formulação das políticas públicas. O grau de acatamento das agências, em relação às decisões judiciais desfavoráveis, é matéria que refoge aos objetivos do presente trabalho, mas é possível buscar algumas conclusões na experiência norte-americana no que diz respeito aos precedentes e à convivência entre as agências e os juízes.

Deve-se exigir das autoridades administrativas uma mudança de postura no que diz respeito ao cumprimento das ordens judiciais e da utilização do processo como anteparo à concretização de direitos e pagamento de débitos.

Tratando da execução forçada no direito processual alemão, Karl-Peter Sommermann salienta que a execução individual e coletiva contra a Fazenda Pública tem lugar em alguns poucos casos, pois a Administração, em geral, cumpre as decisões judiciais. Atribui tal postura à tradição e a ideia que faz de si o Estado de Direito alemão e à cultura administrativa dominante, de que

A estrita vinculação da Administração à lei, que representa um princípio fundamental do Direito Constitucional e que influencia de modo marcante a formação do serviço público, compreende também a obrigação legal de cumprir as decisões dos tribunais.⁸⁹⁶

Igual raciocínio deveria ser comum no direito brasileiro. De fato, após o provimento judicial, o cumprimento efetivo da ordem pelo destinatário, passa ser assunto da sua responsabilidade pessoal, com a correspondente responsabilidade civil do Estado, com possibilidade de ação regressiva contra o servidor culpado.

Nessa medida, o fortalecimento de decisões judiciais é necessário para tornar mais efetiva de um lado, a repartição de competências previstas na constituição e a solução dos litígios num prazo razoável.^{897,898}

modernidade." (HAMEL, Marcio Renan Hamel. Judicialização da política: um ensaio sobre o procedimentalismo deliberativo na jurisdição constitucional brasileira. **Direito e Práxis**, v.1, n.1, p.162, 2010).

⁸⁹⁶ SOMMERMAN, Karl-Peter. A execução forçada por quantia certa contra a fazenda pública no direito alemão. Tradução: Luis Greco. **Cadernos do CEJ**, Brasília, n.23, p.115, 2003.

⁸⁹⁷ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Viera. Anotações acerca do 'Contempt of Court' no direito norte-americano. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.192, p.129, fev. 2011. Para os autores: "Apesar das críticas, relacionadas a eventuais abusos cometidos por alguns juízes, vem sendo utilizado desde os primórdios do *common law* para garantir o cumprimento das ordens judiciais, garantindo que o Judiciário seja de fato um Poder efetivo do Estado".

⁸⁹⁸ O brocardo romano *fiscus semper idôneos successor sit et solvendo*, lembrado por Ulpino no Digesto (Livro III, 5, 2) parece não ter integral aplicação no direito brasileiro, a julgar pelas sucessivas emendas constitucionais tratando de parcelamento de precatórios e da insolvência de alguns entes da administração.

4.2.3 Processo padrão ou incidente de resolução de demandas repetitivas

Embora o poder estatal seja uno, é exercido de forma divisível, com as funções distribuídas por órgãos diversos. Tais funções podem ser agrupadas de forma sistematizada em três grandes grupos: jurisdição, legislação e administração pública, embora alguns autores preconizem a existência de outras atividades não enquadráveis nessa fórmula tripartida.⁸⁹⁹

O pensamento dominante nos dias atuais, até como garantia institucional do Estado de Direito, defende a atribuição dessas diferentes atividades a diferentes grupos de órgãos estatais, razão pela qual é relevante identificar a jurisdição no quadro das atividades estatais.⁹⁰⁰

Considerando o papel desempenhado pela agência, em especial a expedição de normas abstratas, que em geral se aplicam a todo o território nacional⁹⁰¹, é altamente recomendável que se evite a proliferação de demandas. Quer do ponto de vista da segurança jurídica, quer do ponto de vista do setor regulado, ou até mesmo dos dirigentes das agências, há necessidade de harmonizar os provimentos judiciais.

Não é desejável que, uma vez adotada uma resolução, a agência receba dezenas ou centenas de decisões, em sentido contrário. A solução seria, então, o cômputo das decisões favoráveis ou desfavoráveis, por um critério majoritário? Parece que não.

A melhor solução deve partir do Judiciário para que estabilize os procedimentos. A proliferação de demandas, ademais, prejudica a defesa da agência.

Uma das mais saudadas inovações do projeto de novo Código de Processo Civil, aprovado pelo Senado Federal e pendente de apreciação na Câmara dos Deputados, é o "Incidente de resolução de demandas repetitivas".

⁸⁹⁹ *"L'errore che inficia tal corrente ricostruzione dogmatica é dúplice. Nella dottrina della divisione dei poteri, propugnandosi il costante accoppiamento fra um tipo di attività e determinati organi indipendenti, ciascuna categoria (legislazione, giurisdizione, amministrazione) risulta appunto contraddistinta dal contenuto e dal soggetto indissolubilmente uniti e ad essa pertinenti in esclusiva. Senonchè, come ognuno constanta, l'inscindibile unione di tali due elementi (contenuto e soggetto) non è riprodotta negli ordinamenti moderni, e comunque nel nostro dove sovente l'uno compare senza l'altro: il che impedisce in ogni caso di assumerla come distintivo di categorie positive."* (FAZZALARI, Elio. **La giurisdizione volontaria**. Padova: Cedam, 1953. p.240).

⁹⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.152, p.37, out. 2007.

⁹⁰¹ Como já se destacou no presente trabalho, no ordenamento brasileiro tem-se pelo menos 10 agências reguladoras federais e diversas agências estaduais e municipais.

O instituto foi criado com inspiração no direito alemão⁹⁰² e tem início com a identificação de processos que contenham a mesma questão de direito que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para que sejam julgados conjuntamente.

Conforme a exposição de motivos: "O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes". É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de habeas corpus. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente.

No Código de Jurisdição Administrativa alemão (*Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO*) há previsão de escolha de um caso padrão ou caso modelo (*Musterverfahren*) que será decidido quando o tribunal verificar a existência de mais de vinte casos, sendo os demais processo suspensos.

O Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão (*Musterverfahren*) foi introduzido naquele ordenamento em 16.08.2005 pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, abreviada de KapMuG).

⁹⁰² Conforme consta da Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Processo Civil: "Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes."

O escopo do Procedimento-Modelo, classificado como *não representativo*⁹⁰³, foi estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo.^{904,905}

Cabe ressaltar, contudo, que o instituto tem prazo certo de duração (2010) e não se trata de medida generalizada, sendo aplicável somente na tutela do investidores do mercado de capitais.

Na doutrina, entende-se que sua previsão é bem intencionada, embora se duvide da eficácia para atenuar a carga de trabalho da jurisdição.⁹⁰⁶ Cabral lembra que esses problemas teóricos⁹⁰⁷ e práticos são observados nos procedimentos de tutela coletiva denominados representativos, com o formato da substituição processual, fazendo alguns ordenamentos jurídicos ao redor do mundo voltarem os olhos para as chamadas ações de grupo, procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas.

⁹⁰³ Nos *procedimentos representativos* a legislação processual autoriza pessoas ou entidades a postular, em nome de uma coletividade afetada, a proteção dos direitos transindividuais, mediante a técnica da legitimação extraordinária. Portanto, a legitimidade *ad causam* é assegurada a alguém que pode não estar em contato direto com a comunidade ou grupo de pessoas, titulares do interesse que se quer tutelar judicialmente.

⁹⁰⁴ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.147, p.132, maio 2007.

⁹⁰⁵ Para um amplo estudo das ações coletivas na atualidade ver: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p.178. (A simplificação do procedimento para julgamento de demandas repetitivas não implica o desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para obtenção da tutela do direito pelos interessados. Para promover esses objetivos em especial, talvez fosse o caso de insistir no aperfeiçoamento do nosso sistema de tutela coletiva dos direitos – na linha das *'class action'*).

⁹⁰⁷ Antonio do Passo Cabral aponta as dificuldades científicas da tutela coletiva mediante os processos do tipo representativo: "Não obstante os interesses relevantes na efetividade da tutela coletiva, sistemas automaticamente inclusivos e as técnicas de legitimidade extraordinária, além de dificultarem o exercício de faculdades processuais, promovem um rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais. **A condução do processo por um ente estranho à coletividade pode esconder dissidências dentro da classe, vilipendiando a liberdade individual** de talvez milhares de pessoas com opiniões divergentes, que poderiam inclusive ter adotado estratégia processual diversa se tivessem ajuizado demandas individuais. Em suma, é uma disciplina discrepante do **princípio dispositivo, o devido processo legal** e o **pluralismo** que deve nortear o contraditório moderno, compreendido como a ampla capacidade de influir, condicionar a decisão estatal expressa na sentença." (CABRAL, *op. cit.*, p.127).

Rolf Stürner, após discorrer sobre a Lei dos processos-modelo dos investidores de capital (*Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz*), destaca que não se renuncia à concepção de que se trata de processos individuais reunidos, introduzindo apenas a novidade de uma 'decisão modelo' a ser proferida pela instância mais alta. "Alguns processos ficam suspensos, nenhum processo é decidido"⁹⁰⁸.

Em conclusão, Stürner adverte: "Para os colegas brasileiros que cogitam um incidente de resolução demandas repetitivas, talvez seja interessante analisar o sucesso desse processo alemão. Ele não é muito animador"⁹⁰⁹. Se pretender garantir, nos processos-modelo, o contraditório de todas as partes que tiverem suas ações individuais suspensas, eles se tornarão muito lentos e complicados. Se tais processos forem acolhidos apenas para elaboração de enunciados jurídicos não vinculantes, sempre haverá espaço para *distinguishing*⁹¹⁰, além de seus efeitos uniformizadores e de celeridade serem questionáveis. A *ratio* dos tribunais, por meio da aplicação de uma jurisprudência consolidada, não pode se substituir à legislação.⁹¹¹

Não obstante a crítica doutrinária, a medida será muito importante para resolver importantes questões regulatórias a carga das agências e que seguidamente são levadas em milhares de feitos aos tribunais.

Trata-se de instituto que deve ser acolhido, embora seja criticável a disposição do Projeto que fixa o prazo máximo para sua decisão. Tais limitações temporais não costumam ser cumpridas, mormente diante da necessidade de compatibilizar diversas garantias processuais das partes, prerrogativas institucionais do Ministério Público, Defensoria Pública e dos Advogados.

⁹⁰⁸ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafrá. In: **Seminário Brasil-Alemanha**: Pontes de Miranda (2010; Recife-PE). Brasília: CJF, 2010. p.45.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p.47.

⁹¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni ensina: "Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com a decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que o *common law* conhece como *distinguished*, isto é a diferenciação do caso que está para julgamento." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.65).

⁹¹¹ STÜRNER, *op. cit.*, p.45.

De um modo geral, contudo, a medida pode ser extremamente útil para reduzir o prazo e a incerteza jurídica produzida pela massificação de demandas.⁹¹² Por fim, concorda-se com Cabral: É enorme a utilidade de um procedimento como o *Musterverfahren* alemão, que permite a tratativa coletiva de questões comuns a muitos processos, pacificando-as de maneira única para todas as causas, sem os malabarismos teóricos típicos das ações coletivas.⁹¹³

4.2.4 Ênfase na tutela dos direitos coletivos

O processo coletivo pode ser um instrumento de excelência para o controle judicial das agências reguladoras. Associações, sindicatos e partidos podem contar com mais uma instância e ver suas demandas analisadas e formalmente reconhecidas. Perdida uma batalha no Parlamento, resta a via do questionamento judicial. A generosidade do texto constitucional ampliou as possibilidades de exame pelo juiz, mormente num sistema de controle difuso, da atividade do legislador e de suas escolhas políticas.

As ações coletivas são vistas ora como a possibilidade ampliar o acesso ao Judiciário, ora como solução para a crise provocado pela explosão do número de demandas.

Contudo, mesmo as ações coletivas estão ainda numa fase de aperfeiçoamento. A tutela coletiva de direitos no Brasil é uma realidade e ganhou espaço e identidades próprios, podendo-se falar num subsistema do processo coletivo.⁹¹⁴

Entre os anos de 2005 e 2007 foram elaborados dois anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, com intuito de sistematizar a tutela dos direitos transindividuais. O primeiro, datado de 2003, foi elaborado no âmbito do curso de

⁹¹² Para Antonio do Passo Cabral, "Já existe, com base legal, incidente de coletivização de questões comuns que estejam à base da fundamentação de pretensões individuais, ou seja, um típico instrumento processual de tratativa coletiva sem as ficções representativas das ações coletivas. Trata-se do incidente previsto no art. 14 da Lei 10.259/2001, cabível para uniformizar interpretação da lei federal em face de divergência entre Turmas Recursais sobre certas questões de direito material." (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.147, p.144, maio 2007).

⁹¹³ Cf. CABRAL, *loc. cit.*

⁹¹⁴ Sobre o tema veja a magisral obra de ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.253.

pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP), sob a coordenação dos Professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. O segundo foi elaborado, sob a orientação do Prof. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, pelos alunos de pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UESA).⁹¹⁵

Cabe o lembrete feito por Débora Fernandes:

há que se verificar de que forma os institutos atinentes à relação entre demandas, formulados com base em uma perspectiva individualista do direito processual, podem ser aplicados às demandas coletivas – para verificar de que forma a pendência e o julgamento dessas ações influenciam nas demandas coletivas sobre o mesmo tema.⁹¹⁶

Em virtude da flexibilização das regras relativas à legitimidade ativa, indispensável para permitir a tutela dos interesses transindividuais, é que os elementos da demanda relevantes para a aferição da relação entre demandas individuais e coletivas – e mesmo entre diversas demandas coletivas – passaram a ser somente os elementos objetivos: causa de pedir e pedido.⁹¹⁷

A influência dos processualistas italianos no desenvolvimento do direito processual brasileiro é notável, sendo reconhecida sua decisiva influência na gênese da chamada 'Escola Processual de São Paulo'⁹¹⁸. Desde a vinda de Enrico Túlio Liebman ao Brasil na década de 1940, o estudo dos autores italianos passou a ser via obrigatória para todos aqueles que pretendem se lançar ao estudo e à pesquisa na seara do direito processual.

⁹¹⁵ Ver: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p.18.

⁹¹⁶ FERNANDES, Débora Chaves Martines. Relação entre demandas individuais e coletivas: "Projeto cadernetas de poupança – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul" – uma análise de caso. **Revista de Processo**, São Paulo, n.201, p.320, 2011.

⁹¹⁷ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.185-186

⁹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1. p.8.

Daí a importância e a quase obrigatoriedade em qualquer tema processual de se perquirir qual o estado da arte no direito processual italiano. Autores italianos são conhecidos e citados comumente em muitos trabalhos científicos por autores brasileiros.⁹¹⁹

Para Michele Angelo Lupoi, professor da Universidade de Bologna, nos últimos vinte anos uma onda de reformas mudaram a face do direito processual civil italiano.⁹²⁰ O autor identifica que o legislador italiano não seguiu uma estratégia na sua tarefa reformadora, optando por uma reforma aos pedaços (*patchwork approach*), tocando os mais diferentes institutos e partes do código.

O mesmo autor pontua, que as reformas são motivadas pela necessidade de reduzir a longa duração dos processos na Itália, mas o legislador abordou o problema a partir de um encantamento: o tempo de duração de um processo poderia ser reduzido pela simples intervenção nos mecanismos processuais, sem considerar a necessidade de uma reforma radical e estrutural na estrutura e gerenciamento do Judiciário.⁹²¹

Com propriedade destaca o autor que, de fato, as mudanças nos mecanismos processuais não são suficientes para reduzir a morosidade na solução dos litígios e diminuir o acúmulo de processos nos tribunais, especialmente porque as disputas ainda são resolvidas em bases individuais e o tempo que o juiz necessita para proferir sua decisão não pode ser reduzido por lei.⁹²²

⁹¹⁹ Apenas para exemplificar, entre os autores italianos citados no Brasil: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 749 ss.; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 77; CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico di prova*, Ristampa, Milano, 1992, 25, in nota 19; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, 340; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 88. COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 471; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile*, Milano, 1991, 131; MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino 1991, 68; Id., *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino 1995, § 8; TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, in BORRÉ; CASTELLANO; PROTO PISANI - RICCI - TARUFFO, *La riforma del processo civile - Linee fondamentali*, Milano 1991, 27 ss., spec. 31; RAMPAZZI, *Comparsa di risposta*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, Torino 1992, 125. E su questa base si è affermata la sufficienza della contestazione generica ai fini della "presa di posizione" di cui all'art. 167, 1.º comma. ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, 385 ss.; Id., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991, 67 ss.; TARZIA, *Lineamenti*, cit., 133 ss.; LUISO (CONSOLO-SASSANI), *La riforma del processo civile*, Milano 1991, 101; MANDRIOLI, *Corso*, cit., II, § 8 testo e nota 5; COMOGLIO, voce *Istruzione e trattazione nel processo civile* in *Digesto Civ.*, X, Torino 1993, 232; BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli 1994, 125; Id., *Le preclusioni*, cit., 277 ss; VACCARELLA; CAPPONI; CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino 1992, 82 ss.; TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 80-81.

⁹²⁰ LUPOI, Michele Angelo. **Recent developments in italian civil procedural law**. Disponível em: <http://unibo.academia.edu/MicheleAngeloLupoi/Papers/665628/Recent_developments_in_Italian_civil_procedure>. Acesso em: 13 jan. 2011. p.1.

⁹²¹ *Ibid.*, p.2.

⁹²² *Ibid.*, p.3.

Outros autores analisaram as recentes reformas, embora com viés extremamente crítico.⁹²³ Lupoi sumariza as inovações: A necessidade de contestação específica pelo réu dos fatos que fundamentam a pretensão do autor⁹²⁴; a proibição de decisão surpresa pela Corte; custas processuais; restrições de acesso à Suprema Corte; introdução das *astreintes* no ordenamento jurídico italiano; procedimento sumário de cognição; mediação; conciliação e *class action*.

Relativamente à *class action*, a adoção do instituto no direito italiano se fez com as previsíveis resistências e adaptações, mesmo depois da legislação ter sido votada e aprovada.⁹²⁵ A redação atual, em vigor a partir de 10 de Janeiro de 2010, não é propriamente uma ação de reparação coletiva (*collective redress*), controlada por associações e comitês, mas uma *class action* no sentido próprio, que pode ser proposta individualmente por consumidores.

⁹²³ Ver: BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile* (un primo commento della legge n.º 18 giugno 2009, n.69), in www.judicium.it; BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009, 32 ss; BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli 2009, 35; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in Foro it. 2009, V, 268 ss.; CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, Riv. arb. 2009, 55 ss.; CONSOLO e DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile, La riforma del 2009*, Milano 2009, sub art. 115; RICCI G.F., *La riforma del processo civile*, Torino 2009, 39 ss.; SASSANI, *Commento all'art. 115*, in SALETTI e SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino 2009, 66 ss.

⁹²⁴ A nova redação do art. 115, do CPC italiano, prevê que o réu tem o ônus de contestar especificamente os fatos alegados pelo autor que entendem não ser verdadeiros. Não desincumbindo desse ônus, o juiz tomará os fatos como não contestados, dispensando o autor do ônus de prová-los. Ver: DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in Giust. Civile, 2009, II, p.275; TEDOLDI, A., *La non contestazione del nuovo art. 115 c.p.c.*, Riv. Dir. Proc., 2001, 76; SASSANI, B. *L'onere della contestazione*, www.judicium.it; CARRATA, Antonio. *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in Revista Famiglia i Diritto, v.6, a.2010, p.571/578.

⁹²⁵ Michele Angelo Lupoi lembra: "depois de longa discussão científica e debates políticos, a denominada "action for collective redress" (ação de reparação coletiva) foi introduzida pela Lei n.º 244 de 24 de dezembro de 2007, no art. 140Bis do Código do Consumidor. A previsão original basicamente dava às associações e Comitês, incluídos num especial cadastro governamental, legitimidade para ajuizar processos coletivos visando a proteção dos direitos do consumidor. A versão original do art. 140Bis deveria entrar em vigor meses depois mas a oposição de setores políticos e econômicos, levou primeiramente a um adiamento da vigência e por fim a uma alteração do instituto. De fato, grandes empresas, bancos e companhias de seguro, estavam particularmente preocupadas com as conseqüências que a tutela coletiva (*collective redress*) pudessem trazer aos seus negócios. Enfim, a versão original nunca chegou a entrar em vigor e um novo governo aprovou um versão completamente nova para o art. 140bis do Código do Consumidor, por meio da Lei n.º 99 de 23 de julho de 2009." (LUPOI, Michele Angelo. **Recent developments in italian civil procedural law**. Disponível em: <http://unibo.academia.edu/MicheleAngeloLupoi/Papers/665628/Recent_developments_in_Italian_civil_procedure>. Acesso em: 13 jan. 2011).

A nova ação visa proteger direitos individuais homogêneos dos consumidores e usuários, como uma alternativa não-mandamental pode ser utilizado por integrantes de uma classe, mesmo com intuito de ver reconhecida a responsabilidade, obter reparação judicial pelos danos sofridos e restituições (*restitutions*).^{926,927}

A crítica que se faz ao legislador italiano é sua pouca inclinação a uma visão coletiva dos instrumentos de proteção e organismos legitimados, com a adoção de um modelo que abandonou o interesse público para abraçar uma dimensão de matriz individualista, centrado na capacidade de condução de consumidores individuais danificados, ou melhor, na atuação do advogado, impulsionado por um *altruísmo individualista*.^{928,929}

Ao analisar as tendências do direito processual alemão, Rolf Stürner mostra-se cético quanto às possibilidades das ações coletivas afirmando: "Pode-se quase dizer que as *class actions* preenchem, em parte, a função de um placebo social. Elas

⁹²⁶ Art. 140 – bis. Azione di classe. 1. *I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.*

2. *L'azione tutela:a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.* 3. *I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione...*

⁹²⁷ "In other words, in the Italian class action, only individual rights having a homogeneous nature for all the members of a class of consumers or users may be protected, leaving collective or superindividual interests outside of the scope of application of Art. 140bis. Moreover, it is believed that the new provision does not create new rights but only provides a new remedy to protect existing rights and claims." (LUPOLI, Michele Angelo. **Recent developments in italian civil procedural law**. Disponível em: <http://unibo.academia.edu/MicheleAngeloLupoli/Papers/665628/Recent_developments_in_Italian_civil_procedure>. Acesso em: 13 jan. 2011. p.16).

⁹²⁸ FIORIO, Paolo. L'azione di classe nel nuovo art. 140 Bis e gli obiettivi di deterrenza e di acesso alla giustizia dei consumatori. In: **Il Caso.it**, Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi, documento n.º 1722009, p.2, 23 out. 2009. Disponível em: <<http://www.ilcaso.it/opinioni/172-fiorio-23-10-09.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

⁹²⁹ A expressão *individualistico altruismo* se deve a Taruffo (Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI (a cura di). **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Torino, 2003. p.65).

se prestam – em linguagem militar – não para um ataque de artilharia, mas como um fuzil com efeito pontual"⁹³⁰.

Stürner salienta ainda que "class actions duram muito tempo e raramente terminam em sentença, e, sim, em mais de 95% dos casos, acabam em acordos que abordam a questão de maneira muito diversa da situação jurídica posta"⁹³¹.

Não obstante as críticas e a descrença nos instrumentos de tutela coletiva de direitos, no que se refere às questões regulatórias, deve o juiz brasileiro dar preferência aos processos coletivos, como forma favorecer provimentos judiciais que atinjam o maior número de pessoas, contribuindo para a estabilidade das relações jurídicas e para a redução da litigância individual que pode comprometer o adequado funcionamento do sistema judicial.

Por constituir um subsistema dentro do processo civil, as ações coletivas permitem maior flexibilidade no alcance de soluções, muitas vezes sem os limites impostos pela dogmática tradicional.

4.2.5 Identidade de ações e o cadastro de ações contra agências

Efetivamente um dos problemas da decisão é que, podem existir diversas ações sobre os mesmos assuntos, espalhadas pelo país afora. A agência poderá receber ordens contraditórias, vinda de juízes diferentes, de tribunais diferentes.

Mesmo a existência de um cadastro nacional de ações civis públicas⁹³² não teria o condão de resolver esse inconveniente. No máximo serve de notícia a um juiz que aquele assunto ou matéria está sendo objeto de questionamento.

⁹³⁰ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafra. In: **Seminário Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda** (2010; Recife-PE). Brasília: CJF, 2010. p.47.

⁹³¹ *Ibid.*, p.48.

⁹³² A ampliação da informação é um das propostas para equacionar os problemas decorrentes da relação entre as demandas individuais e coletivas. O Projeto de Lei n.º 5.139/2009, cria o "Cadastro de Processos Coletivos" e o Projeto de Código de Processo Civil prevê um "Registro Eletrônico" que reúna as informações sobre todas as ações coletivas pendentes. "Art. 931. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro."

Uma das soluções viáveis, para se evitar provimentos judiciais conflitantes, seria a adoção de um sistema de informações, público e de fácil acesso, a cargo da agência, que possibilitasse ao juiz obter dados acerca de ações semelhantes em curso contra a agência.

A demora da solução judicial pode ocasionar o desinteresse das partes na solução judicial das controvérsias, tendo em vista a dinamicidade que envolve alguns setores regulados e a capacidade de alguns setores, mais evoluídos tecnologicamente, de se adaptar às demandas do mercado e dos consumidores.

4.3 AUTOLIMITAÇÃO JUDICIAL E ATIVIDADE REGULATÓRIA

Na há consenso sobre o papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira. No julgamento da ADI n.º 4029/DF, o Min. Luiz Fux, relator, destacou:

Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto.⁹³³

No que se refere ao controle judicial dos órgãos reguladores, a exagerada intervenção pode constituir um fator de desequilíbrio e intranquilidade no setor regulado.⁹³⁴

⁹³³ STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4029/DF**, Rel. Luiz Fux, *Informativo STF* n.658, Brasília, 12 a 16 de março de 2012. (Na Ação Direta de Inconstitucionalidade se questionou a juridicidade da Lei Federal n.º 11.516/07, que criou nova entidade autárquica, denominada Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), quer por vícios no processo legislativo quer por inconstitucionalidade material por ter vulnerado e fracionado o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), afrontando, assim, o art. 225, § 1.º, da Constituição, no qual está previsto o dever do Estado de proteger o meio ambiente; além disso, haveria violação aos princípios da proporcionalidade e da eficiência pela criação de nova entidade, aumentando o gasto público, sem que se observe a melhoria na execução da atividade administrativa em relação aos serviços que já eram prestados pelo IBAMA. O Supremo declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5.º, caput, e 6.º, caput e parágrafos 1.º e 2.º, da Resolução n.º 1 de 2002 do Congresso Nacional, mas preservou a higidez de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até aquela data, inclusive da Lei Federal n.º 11.516/07, impugnada naquela ação. Quanto às demais, deverá o Congresso dar cumprimento ao disposto no art. 62, § 9.º, da Constituição, sendo vedada a apreciação pelo Plenário sem o prévio parecer da comissão mista de Deputados e Senadores.)

⁹³⁴ Na doutrina italiana, Alfredo Macchiati e Aldo Magnoni identificam o controle judicial dos órgãos reguladores independentes como sendo muito fácil e muito demorado (*troppo 'facili' e troppo lunghi*) e fundado num modelo que privilegia a 'garantia' à 'efetividade', com reflexos negativos

Nas relações privadas, eventuais efeitos negativos demoram para ser sentidos enquanto a intervenção na atividade regulatória produz efeito quase imediato tendo em vista a rápida adaptação dos setores reguladores.

A ideia central do presente trabalho é que os juízes e tribunais devem, como regra, evitar a interferência nas decisões das agências, tendo presente, que esses órgãos receberam uma delegação do legislador para o desempenho de uma função relevante, qual seja, organizar e velar pela observância de normas necessárias para um adequado desempenho das atividades econômicas relevantes.⁹³⁵

Portanto, não cabe ao Judiciário formular as políticas públicas nem as diretrizes regulatórias dos órgãos. É evidente, que nos tempos atuais, cada vez mais se pede a intervenção judicial e se relativiza o papel das instâncias de representação popular. Questiona-se, sem maiores pudores, até mesmo decisões que antes constituíam esfera privativa dos parlamentares.⁹³⁶

Cabe lembrar, que a "reserva do possível" e a "reserva de consistência" limitam necessariamente a intervenção judicial nas atividades dos outros poderes, a primeira decorrência da óbvia limitação dos recursos econômicos e a segunda, ligada à necessidade de limitar a intervenção judicial àquelas hipóteses em que houver argumentos fortes em favor da atuação na seara política.

Portanto, não basta a origem como critério legitimador. As agências têm a missão de regular, mas podem ter suas decisões questionadas e analisadas sempre que se mostre que a finalidade não será alcançada pelas decisões que estão sendo tomadas.⁹³⁷

sobre as escolhas dos operadores e sobre os custos de regulação. (MACCHIATI, Alfredo Macchiati; MAGNONI, Aldo. *Quale governance per le autorità indipendenti? U'Analisi economica delle leggi istitutive. Quaderni de Finanza*, Roma, n.41, p.51, set. 2000.

⁹³⁵ A menção à atividade econômica *lato sensu* engloba tanto a atividade econômica prestada pela iniciativa privada e regulada pelo Estado como a prestação de serviços públicos, que podem ser prestados indiretamente por meio de particulares. A regulação abrange os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito. Conforme Eros Grau os serviços públicos nada mais são que atividades econômicas que o Estado submeteu a um regime de direito público por razões de interesse público e coesão social. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.39).

⁹³⁶ Como exemplo, pode-se citar a prática de incluir como réus nas ações de improbidade por malversação de recursos públicos até mesmo o parlamentar que apresentou a emenda para que a verba fosse incluída no Orçamento Geral (CPI do Orçamento. Congresso Nacional).

⁹³⁷ Pode-se constatar facilmente nos dias atuais esse fenômeno de relativização de legitimidade que Jacques Chevalier denominou "desmistificação do eleito". (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.127).

Pede-se que o Judiciário intervenha em questões e afaste as opções feitas pelos órgãos de representação popular. Nesse quadro a sociedade quer participar da formação das regras jurídicas e se vale de ações coletivas para criá-las. Um novo Poder Judiciário parece estar surgindo, embora em muitos casos mais preocupado em buscar a legitimação pela atuação que agrada a opinião pública do que simplesmente aplicar o direito posto pelas instâncias normativas formais.⁹³⁸

O exercício do controle judicial não implica o afastamento da competência originária da agência, devendo o juiz evitar a simples adoção de uma medida. Ao contrário, como regra, a postura deve ser semelhante a de uma corte de cassação⁹³⁹, devendo o juiz reenviar o assunto à agência, apontando apenas as regras procedimentais que tenham sido violadas.⁹⁴⁰

⁹³⁸ Autores denunciam o que chamam de "golpe de Estado dos juízes", que protegidos pela inamovibilidade e pela "irresponsabilidade", procuram impor sua supremacia, substituindo o político pelo judiciário, produzindo uma regressão democrática. (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.211).

⁹³⁹ Franco Cipriani, discorrendo sobre a *Corte di Cassazione* italiana explica: "*La Corte di cassazione era giudice del diritto e non anche de fatto. Essa se limitava a controllare che il giudice di merito avesse bem giudicato. Se reputava che il giudice avesse violato la legge o l'avesse male interpretata, non giudicava nel merito, ma cassava, annullava la sentenza...*" (CIPRIANI, Franco. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.13).

⁹⁴⁰ Com esse entendimento, reformou decisão que interferiu diretamente na atividade regulada para autorizar o exercício de atividade: Ementa: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. O JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL PELO COLENDO STJ PÔS TERMO À PRETENSÃO DO REQUERENTE, QUANDO CONCLUIU PELA VEDAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO DE SUBSTITUIR-SE À ADMINISTRAÇÃO PARA AUTORIZAR, CONCEDER OU PERMITIR, AINDA QUE EM CARÁTER PRECÁRIO, A EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL, EM RAZÃO DA DEMORA NA RESOLUÇÃO DE PLEITOS ADMINISTRATIVOS. CASSAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. 1. Hipótese em que se determinou através da presente medida cautelar, liminarmente, às requeridas, no caso, a Socicam Administração Projetos e Representações Ltda e a União Federal, representada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, o fornecimento incontinenti e imediato de Box para venda de passagens à empresa requerente Expresso Praiano Ltda, ao fundamento de que a empresa requerente obteve o direito de explorar a linha rodoviária Fortaleza(CE)/Grossos(RN), através de liminar proferida na ação Cautelar n.º 94.0002324-3; 2. O Colendo STJ, em 27/06/2006, ao apreciar o Recurso Especial n.º 408.825-CE, interposto pela União Federal na Ação Declaratória, concluiu, à unanimidade, por dar provimento ao mesmo, ao fundamento de que "não pode o Poder Judiciário substituir a Administração para autorizar, conceder ou permitir, ainda que em caráter precário, a exploração de serviço de transporte coletivo interestadual, em face da demora do Poder Executivo em decidir pleito administrativo sobre a questão"; 3. Considerando que o julgamento da Ação Declaratória pelo Colendo STJ entendeu pela ausência do direito do ora requerente de explorar a linha Icapuí(CE)/Mossoró(RN) via Grossos(RN), afastado encontra-se o *fumus boni juris* necessário à concessão da liminar anteriormente concedida, no caso para viabilizar o fornecimento de Box para venda de passagens, a ser utilizado pela empresa ora requerente, e atendendo que a decisão liminar proferida no presente recurso perdura até a presente data, deve a mesma ser cassada, incontinenti; 4. Medida Cautelar improcedente. (TRF 5.ª Região. **Medida Cautelar n.º 1923** (200481000025666), 2.ª Turma, Rel. Des. Petrucio Ferreira, DJ 16.08.2007, p.158).

Do contrário, pode facilmente o juiz assumir, ele próprio, o lugar da autoridade reguladora, que exige continuada vigilância e tomada de decisões diante da dinamicidade das atividades econômicas e da prestação dos serviços públicos.

A preservação das atribuições das agências permite uma decisão estatal com base na *expertise* acumulada pela agência, contribuindo também para fortalecer a legitimidade das decisões judiciais que não devem interferir em setores, nos quais as complexidades não podem ser trazidas para o processo.

Essa postura pode ser criticada⁹⁴¹, mas contribui para que os demais órgãos estatais assumam suas responsabilidades na busca do bem comum e na efetivação dos objetivos e valores apontados na Constituição.

Por outro lado, o processo, enquanto método de solução de controvérsia, não parece ser o instrumento mais adequado para, a um só tempo, resolver os litígios, tutelar direitos e criar normas gerais.

4.3.1 Opções regulatórias e intervenção judicial

O controle judicial que se preconiza não diz respeito ao mérito dos atos administrativos regulatórios, mas às formalidades adotadas na preparação do ato ou violação de direitos fundamentais. O Poder Judiciário apenas anula uma decisão administrativa mas não a substitui por outra, de sua lavra.⁹⁴² Esse é um princípio fundamental, corolário da separação dos poderes, embora mais recentemente alguns juízes venham se substituindo à Administração e adotando medidas concretas, criando um verdadeiro "governo dos juízes".

⁹⁴¹ B. Schwartz aponta que os juízes limitam o exame judicial como forma de resolver rapidamente seus casos ("*judges invoke the doctrine of limited scope of review to help them dispose of cases quickly and thereby alleviate calendar pressures*"). (SCHWARTZ, Bernard. **The economic regulation of business and industry**: a legislative history of U.S. Regulatory agencies New York and London: Chelsea House Publishers, 1973. v.1. § 204, p.580).

⁹⁴² A temática não se limita ao Brasil. No caso *Amin v. Entry Clearance Officer, Bombay*, [1983] 2 AC 818, [1983] 2 All ER 864, [1983] 3 WLR 258, julgado no Reino Unido: Court of Appeal (England and Wales), 5 June 1981, decidiu-se "*Judicial review is concerned not with the merits of a decision but with the manner in which the decision was made ... Judicial review is entirely different from an ordinary appeal. It is made effective by the court quashing an administrative decision without substituting its own decision, and is to be contrasted with an appeal where the administrative tribunal substitutes its own decision on the merits for that of the administrative officer.*" (Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b63014.html>>. Acesso em: 23 mar. 2011).

Veja-se o exemplo das ações judiciais para obtenção de medicamentos. O cidadão recorre à Justiça contra decisão administrativa que lhe negou um medicamento e obtem do juiz uma ordem para que o medicamento seja fornecido.

O relacionamento entre as agências e os tribunais tem características próprias e traços que o diferencia dos demais casos de controle da Administração. Primeiramente, as agências são estruturas especializadas que dominam um ramo do conhecimento e geralmente não aceitam sem maiores resistências a intervenção do juiz.

Em importante estudo sobre o tema, Robert J. Hume destaca os impactos que as decisões judiciais produzem no comportamento dos dirigentes das agências.⁹⁴³ Depois de exaurir os recursos processuais existentes, uma agência pode aceitar a decisão judicial em relação aos autores, mas recusar a aplicar como precedente para outras situações semelhantes. Em suma, a decisão judicial pode não ter impacto na atuação institucional da agência e nas suas políticas.⁹⁴⁴

Essa prática, associada aos limites processuais do processo individual, limitado pelo princípio dispositivo, revela uma das dificuldades marcante do controle judicial das agências reguladoras.

Davis conclui que o meio adequado, para alcançar um mecanismo de governo justo e eficaz, é ignorar a análise teórica e se concentrar em métodos práticos de limitar, estruturar e controlar o poder discricionário.⁹⁴⁵

É muito mais difícil convencer uma corte a invalidar uma lei do que convencer essa corte a invalidar um ato administrativo. Embora as cortes se sintam desconfortáveis por afastar em lei, porque nesta reside uma manifestação do legislador, não relutam em questionar e afastar uma ação administrativa.

Kenneth C. Davis destaca que talvez a maior mudança no sistema legal do século XX foi o tremendo crescimento do poder discricionário e que a questão chave

⁹⁴³ HUME, Robert J. **How Courts Impact Federal Administrative Behavior**. New York, London: Routledge, 2009. p.5.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p.8.

⁹⁴⁵ DAVIS, Kenneth Culp. **Administrative law treatise**. 2.ed. San Diego: K.C. Davis, 1978. v.1. p.114: "*the appropriate means for achieving a fair and effective governmental mechanism is to ignore theoretical analysis and to concentrate on practical methods for confining, structuring, and checking discretionary power*".

para um sistema administrativo justo e eficaz repousa na utilização adequada da discricionariedade administrativa.⁹⁴⁶

Trata-se de uma intervenção na atividade do Poder Executivo, com inegáveis consequências orçamentárias e administrativas. O juiz ingressa diretamente no mérito do ato pois, em tese, caberia à autoridade administrativa licenciar ou não um medicamento, concedê-lo ou não. Mas o juiz não respeita essa decisão e a substitui por outra decisão estatal, positiva, concreta. Em suma, substitui a vontade do administrador.⁹⁴⁷

A decisão se afasta e muito da clássica divisão de poderes. Trata-se de uma decisão executiva, concreta, que interfere até mesmo nos gastos públicos. O juiz força o agente estatal a realizar gastos sem indicar de onde devem vir os recursos. Como as decisões judiciais vêm sendo mantidas pela maioria do Supremo Tribunal Federal, vê-se que se está criando uma versão brasileira da separação dos poderes, o que tem consequências no controle judicial.

A delimitação do objeto processual é questão de suma importância em qualquer processo. O legislador brasileiro, na reforma promovida em 2002, passou a dar relevo à necessidade de delimitar os pontos controvertidos.⁹⁴⁸ Trata-se de momento

⁹⁴⁶ DAVIS, Kenneth Culp. **Administrative law treatise**. 2.ed. San Diego: K.C. Davis, 1978. v.1. p.114, (note 2, §2:12): "*The key to a fair and effective administrative system lies in the appropriate utilization of administrative discretion*".

⁹⁴⁷ STF. **AI 616551 AgR/GO**, 2.^a Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 23.10.2007, DJe-152, 30.11.2007, DJ 30.11.2007, p.92. EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N.º 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. 2. Incidência da Súmula n.º 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida". 3. Agravo regimental a que se nega provimento. No mesmo sentido, o **RE 393175 AgR/RS**, 2.^a Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.12.2006, DJ 02.02.2007, p.00140, EMENT VOL-02262-08 PP-01524.

⁹⁴⁸ Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei n.º 10.444, de 7.5.2002). Da Audiência Preliminar. Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei n.º 10.444, de 7.5.2002). § 1.º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei n.º 8.952, de 13.12.1994). § 2.º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, **o juiz fixará os pontos controvertidos**, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei n.º 8.952, de 13.12.1994). § 3.º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2.º. (Incluído pela Lei n.º 10.444, de 7.5.2002). (sem grifos no original).

importante, pois o princípio da eventualidade exige das partes que se acautelem alegando fatos centrais e periféricos, bem como todos os argumentos possíveis.

A identificação do cerne da controvérsia constitui um momento de suma importância e que desafia a capacidade do magistrado, que não deve se perder no emaranhado de argumentos⁹⁴⁹, trazidos nas diversas peças processuais e nos incidentes.

É clássica na praxe judiciária, a dificuldade do juiz que despacha os processos apenas a partir da análise da última folha, ficando impedido de ter uma visão global que lhe daria melhores condições de orientar o procedimento, com vistas a chegar ao termo final.

O desenvolvimento dos atos processuais, as decisões interlocutórias, os recursos e a sucessão de incidentes, muitas vezes acarretam um impasse processual ou mesmo uma substancial alteração do objeto processual, que serão constatados pelo juiz apenas no momento da sentença. Nesses casos, o juiz deverá estar atento para evitar julgamento extra petita.

Em outras hipóteses, o tribunal pode se adiantar e permitir uma ampla discussão do tema, em sede de agravo, quando o deveria não perder de vista que a causa está em primeiro grau e eventual decisão que fira o mérito, estará antecipando uma cognição em via imprópria, violando o contraditório, ampla defesa e também o duplo grau.

O projeto de CPC, aprovado no Senado Federal e atualmente na Câmara dos Deputados, manteve a necessidade de fixar os pontos controvertidos, adicionando

⁹⁴⁹ Para o "procedimentalismo", o fator de legitimação da decisão judicial é a participação das partes no processo. Ver: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.198: para quem o processo "é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração da decisão participada". O processualista mineiro ressalta ainda: "No quadro do exercício do Poder Jurisdicional, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução argumentativa no processo da situação de aplicação, e, por outro, da determinação argumentativa de qual, entre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto. Mas não só por isso. A argumentação jurídica, através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada, está submetida à garantia processual de participação, em contraditório, dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais do discurso de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional". (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.3, n.5-6, p.165, 2000).

que o objeto de tal delimitação tem em vista a produção das provas.⁹⁵⁰ Efetivamente os pontos controvertidos são de natureza interpretativa e de natureza fática. Para o saneamento do processo importa delimitar os fatos que devem ser provados eis que a controvérsia sobre interpretação ou sobre a norma aplicável é inerente à própria atividade jurisdicional.

Novamente, ao iniciar a audiência de instrução o juiz deve fixar os pontos controvertidos, após ouvir as partes.⁹⁵¹ Também no tribunal, cabe ao relator do processo fazer um relatório sobre os pontos controvertidos.⁹⁵² Nesse último caso, não se trata de pontos controvertidos unicamente sobre matéria fática mas sobre a própria controvérsia renovada no recurso, seja ela relativa à interpretação dos fatos e das provas ou sobre a própria interpretação e aplicação do direito.

Extrai-se, portanto, que o legislador esteve atento à necessidade de uma metodologia no julgamento, cabendo ao juiz não perder de vista o objetivo do processo que é resolver a controvérsia não sem antes delimitar no que consiste esta controvérsia.

O projeto de CPC, no seu artigo 852, manteve a atribuição do relator mas preferiu a dicção mais ampla: "cabendo-lhe fazer exposição dos pontos controvertidos sobre os quais versar a causa"⁹⁵³.

Em tempos de ativismo judicial é previsível que questões vão surgindo no curso do processo e o magistrado seja tentado a inovar a questão controvertida, o

⁹⁵⁰ Cf. Projeto de CPC. Art. 354. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses das seções deste Capítulo, o juiz, declarando saneado o processo, delimitará os pontos controvertidos sobre os quais deverá incidir a prova, especificará os meios admitidos de sua produção e, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p.323).

⁹⁵¹ CPC. Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.

⁹⁵² CPC. DA ORDEM DOS PROCESSOS NO TRIBUNAL. Art. 547. Os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à secretaria verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição. Parágrafo único. Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau. (Incluído pela Lei n.º 10.352, de 26.12.2001). Art. 548. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio. Art. 549. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu "visto". Parágrafo único. **O relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso.** (sem grifos no original).

⁹⁵³ Cf. MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p.475. "Art. 852. Distribuídos, os autos serão submetidos imediatamente à apreciação do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu 'visto', cabendo-lhe fazer **exposição dos pontos controvertidos sobre os quais versar a causa.**"

que acarreta uma superposição de demandas. Principalmente no cumprimento das antecipações de tutela, a marcha processual sofre consideráveis atrasos por conta, muitas vezes, de uma verdadeira lide secundária que tem origem no cumprimento do provimento antecipado.

Nesse sentido, registre-se o precedente que reconheceu expressamente a discricionariedade técnica como fator legitimador da atuação da Agência Nacional de Saúde (ANS), num caso de reajustes das mensalidades dos planos de saúde:

EMENTA: SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA. AGRAVO INTERNO. REAJUSTE DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE FIRMADOS ANTERIORMENTE À LEI N.º 9.656/98. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. 1. Considerados o alto interesse público envolvido, os efeitos prospectivos da medida, os riscos e resultados que conclusões açodadas possam ocasionar – desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar –, deve ser deferido o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento. 2. Lesão à saúde e à ordem pública administrativa caracterizada, com a interferência na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, respaldada em discricionariedade técnica. 3. Agravo Interno não provido.⁹⁵⁴

Cabe ao juiz não descuidar da lide principal e determinar os atos necessários e a instrução, ao mesmo tempo em que fiscaliza, a partir das informações das partes, o cumprimento das ordens judiciais.

Sobretudo em sede de tutela antecipada, a suspensão da decisão de uma agência provoca impacto sobre todo o setor regulado, invertendo a presunção de validade que milita em favor dos órgãos públicos. As dificuldades probatórias e a morosidade inerentes a tais processos, recomendam o prestígio à decisão da agência.

4.3.2 Imparcialidade judicial e atuação regulatória das agências

Há que se concordar com Luis Fernando Nardelli quando afirma ser necessário por de lado a concepção francesa antiga, emergente do Código de Processo Civil napoleônico de 1806, do figurino inerte e passivo do juiz, do juiz bonifrate ou autômato que ficava à mercê do impulso das partes, postura que decorria "do conceito

⁹⁵⁴ STJ. Corte Especial. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e Sentença, AgRg na SLS 163/PE, n.º 2005/0128970-7**, Rel. Ministro Edson Vidigal, j. 19.12.2005, DJU, 27.03.2006, p.133.

individualista, privatístico do processo, pois se considerava a relação processual negócio jurídico de interesse exclusivo das partes, do qual poderiam dispor a bel-prazer"⁹⁵⁵.

No processo civil moderno exige-se o juiz atuante, que assegure um processo justo e equânime. Alcalá-Zamora⁹⁵⁶ classificava os juízes em: juiz espectador, juiz ditador e juiz diretor.

Tudo parece indicar que o legislador processual civil brasileiro optou pelo juiz diretor.⁹⁵⁷ Mitidiero concorda que cabe ao juiz a direção do processo, mas adiciona que essa direção, em atenção ao modelo cooperativo⁹⁵⁸, deve ser paritária no diálogo e assimétrica na decisão da causa⁹⁵⁹.

Espera-se que a atuação judicial seja imparcial⁹⁶⁰, na condução do processo e na solução do litígio.⁹⁶¹ As partes têm natural expectativa de que o juiz decida a causa a partir de um método que leve em consideração os argumentos trazidos pelas partes. A exigência de fundamentação permitirá aos destinatários conhecer as razões que levaram o juiz a decidir. Quais os argumentos foram aceitos e quais

⁹⁵⁵ NARDELLI, Luiz Fernando. **Inspeção judicial**. São Paulo: LEUD, 2007. p.123.

⁹⁵⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estúdios de teoria general de processo**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1972. Tomo 2. p.226.

⁹⁵⁷ CPC. Art. 125: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes."

⁹⁵⁸ Para aprofundar o estudo sobre colaboração processual ver: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p.72 e segs.

⁹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC**: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010. p.87.

⁹⁶⁰ Para definir essa atuação do juiz como sujeito imparcial, que atua a vontade concreta da norma, a doutrina italiana alude a *estraneità, terzietà, assoggettività*. (MITIDIERO, Daniel; MONTESANO, Luigi. **La tutela giurisdizionale dei diritti**. 2.ed. Turim: Utet, 1994;. RICCI, Gian Franco. **Principi di diritto processuale generale**. 2.ed. Turim: Giappicheli, 1998. p.4-11).

⁹⁶¹ Conforme C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder, as distinções entre o processo e o processo legislativo podem se assim sistematizadas: No processo judicial: 1) participação das partes e do juiz; 2) audiência aberta e balanço dos argumentos; 3) decisão de um juiz imparcial; 4) sentença aplicável ao caso individual (conforme precedentes, especialmente nos casos de revisão judicial); 5) verificação de fatos e de regra relevante (aplicada como a "única solução correta"). No processo político (legislativo), verifica-se: 1) presença de várias partes; 2) barganhas e compromissos a portas fechadas; 3) princípio da maioria; 4) edições de regras gerais para orientar as futuras decisões; 5) alocação de valores econômicos e políticos para a "solução política possível". (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995. p.3).

foram refutados. Enfim, espera-se que a decisão resulte de um processo 'neutral'⁹⁶², no sentido de estar sujeito apenas a questões técnico-jurídicas e não movido por preferências políticas. Os dois princípios fundamentais de justiça processual são: ninguém pode ser o juiz de sua própria causa (*Nemo iudex in causa sua*) e o juiz deve ouvir a outra parte (*Audi alteram partem*).⁹⁶³

É certo que esse postulado da imparcialidade judicial não é aceito sem maiores considerações. Diversos aportes doutrinários têm preconizado maior interferência judicial na implementação de políticas públicas e uma maior flexibilidade do Judiciário para tentar corresponder aos reclamos da sociedade e da opinião pública. Muitas decisões, sobretudo do Supremo Tribunal Federal têm revelado uma notável tendência de decidir mais como órgão implementador de políticas do que como puro intérprete da Constituição.⁹⁶⁴

Nesse particular, algumas opiniões vão em sentido contrário. Gilmar Ferreira Mendes, tratando da judicialização do direito à saúde, lembra que na maioria dos casos, a intervenção judicial não decorre da omissão legislativa em matéria de políticas públicas, mas em "razão de necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas, não se cogitando de interferência judicial em âmbito de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas"⁹⁶⁵.

Na doutrina estrangeira, notadamente nos Estados Unidos, se admite que as decisões judiciais, em sede de controle de constitucionalidade, são frutos diversos fatores, dentre os quais podem ser destacados os atributos pessoais, as preferências

⁹⁶² "Le valutazioni delle Autorità indipendenti non possono infatti essere 'neutrali', perché non possono essere impersonali e oggettive: per questo la 'neutralità' è delle Autorità, è una loro qualificazione soggettiva: le loro decisioni sono neutrali perché decisioni di un soggetto neutrale e non perché oggettivamente tali." (CORLETTI, Daniele. *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*. In: CAVALERI, P.; DALLE VEDOVE, G.; DURET, P. (Coord.). **Autorità indipendenti e agenzie: una ricerca giuridica interdisciplinare**. Padova: Cedam, 2003. p.118).

⁹⁶³ *McInnes v Onslow-Fane* [1978] 1 WLR 1520, 1530.

⁹⁶⁴ Conforme Ernani Rodrigues de Carvalho, a judicialização no Brasil é favorecida pela presença das seguintes condições: democracia, separação dos poderes, direitos políticos, uso dos tribunais pelos grupos de interesse, uso dos tribunais pela oposição e inefetividades das instituições majoritárias para atender as demandas sociais. (CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, p.5, 2004).

⁹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.72.

políticas, a pressão dos colegas, a busca de boa reputação do tribunal e a lealdade à autoridade que nomeou o juiz.⁹⁶⁶

A influência desses fatores varia de acordo com as diversas teorias sobre o controle judicial. Um formalista puro não admite que os atributos pessoais ou preferências ideológicas⁹⁶⁷ tenham influência decisiva no comportamento judicial. Em sentido oposto, alguns não reconhecem a doutrina e as instituições como capazes de restringir eficazmente as preferências pessoais.⁹⁶⁸

Para a corrente do *Principal-agent model*, os controles intra-corte (*intra-court*) bem como a concorrência entre poderes na interação governamental são os maiores limitadores aos avanços ideológicos do magistrado.⁹⁶⁹ Portanto, a fase de recrutamento judicial é importante traço distintivo quando se pretende analisar o controle judicial. Nas Supremas Cortes se verifica essa multiplicidade.⁹⁷⁰

⁹⁶⁶ "(1) personal attributes, 2) attitudes (including policy preferences in the relevant dimensions), 3) peer pressure and intra-court interaction (a natural pressure for consensus and court reputation; a common objective for the constitutional court to achieve supremacy over competing political and judicial powers), and 4) party politics (loyalty to the appointer) within a given constitutional and doctrinal environment (for example, more or less formalist)". (GAROUPA, Nuno; GREMBI, Veronica Grembi; LIN, Shirley Ching-ping. Explaining constitutional review in new democracies: the case of Taiwan. HeinOnline. 20 **Pac. Rim L. & Pol'y J.** 1 2011).

⁹⁶⁷ Sobre preferências pessoais do juiz nos julgamentos ver: Frank H. Easterbrook, *What's So Special about Judges?*. 61 U. COLO. L. REV. 773 (1990); Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Some Thing Everybody Else Does)*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993) [hereinafter Posner, *What Do Judges and Justices Maximize?*]; Richard A. Posner, *Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 1259 (2005) [hereinafter Posner, *Judicial Behavior*]; Laurence Baum. *What Judges Want. Judges' Goals and Judicial Behavior*, 47 POL. RES. Q. 749 (1994); Frederick Schauer, *Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior*, 68 U. CtN. L. REV. 615 (2000).

⁹⁶⁸ EPSTEIN, Lee; GEORGE, Tracey E. On the Nature of Supreme Court Decision Making. 86 **Am. POL. Sci. REV.** 323 (1992); CAMERON, Charles M.; LAX, Jeffrey R. Lax. Bargaining and Opinion Assignment on the U.S. Supreme Court. 23 **J. L. ECON. & ORG.** 276 (2007).

⁹⁶⁹ Ver também: Lee Epstein, Jeffrey Allan Segal & Harold J. Spaeth, *The Norm of Consensus on the U.S. Supreme Court*, 45 Am. J. POL. Sc'. 362 (2001); Brian Goff, *Supreme Court Consensus and Dissent: Estimating the Role of the Selection Screen*, 127 PUB. CHOICE 367 (2006); JOHN HENRY MERRYMAN & ROOFLIO PgRez-PERDomo, *THE CIVIL LAW TRADITION* (Stanford Univ. Press 2007) (discussing pressure for consensus in the civil law tradition).

⁹⁷⁰ Sobre a Suprema Corte nos diversos países ver: **Japão**: J. MARK RAMSEYER & ERIC B. RASMUSEN, *MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE: THE POLITICAL ECONOMY OF JUDGING IN JAPAN* (Univ. of Chicago Press 2003); J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *The Case for Managed Judges: Learning from Japan after the Political Upheaval of 1993*, 154 U. PA. L. REV. 1879 (2006). **No Canadá**, ver Benjamin Alarie & Andrew Green, *Should They All Just Get Along? Judicial Ideology, Collegiality, and Appointments to the Supreme Court of Canada*, 58 UNIV. NEW BRUNSWICK L. J. 73 (2008); Benjamin Alarie & Andrew Green, *Policy Preference Change and Appointments to the Supreme Court of Canada*, 47 OSGOODE HALL L. J. 1 (2009). **Na Austrália**, see Paresh Kumar Narayan & Russell Smyth, *Hail to the Chief! Leadership and Structural Change in the Level of Consensus on the High Court of Australia*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 399 (2004). Paresh Kumar Narayan & Russell Smyth, *What Explains Dissent on the High Court of Australia? An Empirical Assessment Using a Cointegration and Error Correction*

Esse raciocínio pode ser transposto para o controle judicial das agências reguladoras. Embora o recrutamento dos juizes de primeira instância seja feito com base no concurso de provas e títulos⁹⁷¹, o acesso aos tribunais permite um filtro político, quer no que se refere às promoções por merecimento, quer no que se refere a nomeações do chamado quinto constitucional.⁹⁷²

A insistência em levar o maior número de feito aos tribunais superiores tem uma concepção implícita de que as cortes superiores são mais sensíveis às razões de Estado, aos argumentos de preservação do sistema e ao, sempre presente, argumento de manutenção do equilíbrio orçamentário e fiscal.⁹⁷³

Approach, 4 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 401 (2007). **Na Alemanha**, ver Martin R. Schneider, *Judicial Career Incentives and Court Performance: An Empirical Study of the German Labour Courts of Appeal*, 20 EUR. J. L. & ECON. 127 (2005); GEORG VANBERG, THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REVIEW IN GERMANY (Cambridge Univ. Press 2005). **Na Itália**, ver Albert Breton & Angela Frascini, *The Independence of the Italian Constitutional Court*, 14 CONST. POL. ECON. 319 (2003); Nadio Fiorino, Fabio Padovano & Grazia Sgarra, *The Determinants of Judicial Independence: Evidence from the Italian Constitutional Court (1956-2002)*, 163 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 683 (2007). **Na França**, see RAPHAEL FRANCK, WHEN JUDGES RULE ON THE VALIDITY OF ELECTIONS, ARE THEY PARTISAN? AN EXAMINATION OF THE DECISIONS OF THE FRENCH CONSTITUTIONAL COURT, 1958-2005 (2008) [hereinafter FRANCK, WHEN JUDGES RULE]; Raphael Franck, *Judicial Independence under a Divided Polity: A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959-2006*, 25 J. LAW, ECON. & ORG. 262 (2009). **Em Portugal**, ver Sofia Amaral Garcia, Nuno Garoupa & Veronica Grembi, *Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: the Case of Portugal* (July 7, 2008) (U. Ill. L. & Econ. Res. Paper No. LEO8-2.), available at <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=156281> (last visited Nov. 16, 2010) [hereinafter Garcia, Garoupa & Grembi, 2008]; Sofia Amaral Garcia, Nuno Garoupa & Veronica Grembi, *Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: the Case of Portugal*, 6 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 383 (2009) [hereinafter Garcia, Garoupa & Grembi, 2009]. **Na Espanha**, ver Nuno Garoupa, Fernando Gomez Pomar & Veronica Grembi, *Judging under Political Pressure: An Empirical Analysis of the Constitutional Review Vote in the Spanish Constitutional Court* (2009) (unpublished mimeograph, on file with authors).

⁹⁷¹ Constituição Federal: Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: Art. I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, **mediante concurso público de provas e títulos**, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

⁹⁷² Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz lembra que o instituto foi consagrado a partir da Carta de 1934. (FLORES LENZ, Carlos Eduardo Thompson. O quinto constitucional nos tribunais estaduais. *Revista Jurídica*, n.121, p.3, 1987).

⁹⁷³ Sobre o tema, Supremo Tribunal Federal decidiu que "entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental das pessoas, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último." STA 223-AgR/PE, Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello, Informativo STF n.502, 14-18.04.2008.

Não é sem razão que o ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente o instituto da suspensão de sentença e de liminar.⁹⁷⁴ Reconhecendo a necessidade de certos instrumentos de preservação de governabilidade, concentrou o legislador, na figura do presidente das cortes de justiça, a possibilidade de suspensão de julgados, para evitar grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas. Vale dizer, o juiz deve estar preocupado com a solução do litígio a partir dos princípios e normas assecuratórios do direito em relação ao qual se pede a tutela. As eventuais consequências laterais devem ser examinadas, no momento e instrumento próprios, pelos presidentes dos tribunais. Num plano maior, caberá então às instâncias judiciais próprias, examinar a eventual lesão a economia pública.⁹⁷⁵

4.3.3 Preservação do equilíbrio regulatório

A atuação judicial deve estar atenta ao equilíbrio existente no setor regulado e à eficácia decorrente da atuação da agência. As intervenções devem ser pontuais, para obrigar a agência a observar as regras do jogo⁹⁷⁶ e a tutelar direitos fundamentais materiais, eventualmente inobservados pelos atos administrativos.

⁹⁷⁴ A suspensão de sentença ou liminar é instituto previsto na Lei n.º 4.348/64 (Art. 4.º) e mantido na Lei n.º 12.016/2009, que trata do Mandado de Segurança individual ou coletivo: "Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.". Sobre a natureza jurídica dos pedidos de suspensão ver: VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. São Paulo: RT, 2005. p.46 e segs.

⁹⁷⁵ No julgamento da Suspensão de Liminar 228, o Supremo Tribunal Federal não acolheu o argumento de violação do princípio da legalidade orçamentária e da cláusula de reserva do financeiramente possível, "diante da expressa determinação constitucional de primazia na formulação de políticas sociais econômicas nessa área (de saúde), bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva". (MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.74).

⁹⁷⁶ Sobre o devido processo judicial e administrativo (art. 5.º, LIV, da Constituição), ver: Egon Bockmann Moreira (**Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007), sobre a existência de verdadeiro processo administrativo tutelado constitucionalmente e Nelson Nery Júnior (**Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.292), sobre o conteúdo e alcance dos princípios da motivação das decisões judiciais e administrativas.

O processo judicial, como instrumento de solução dos litígios, tem suas limitações metodológicas. A natureza da tutela pedida, o objeto possível num processo e os limites subjetivos do provimento expedidos ao final, quando se trata de uma intervenção em ato regulatório, podem criar um desequilíbrio, quando não desorganizar e inviabilizar a atuação do órgão regulatório.

Os precedentes jurisprudenciais demonstram a preocupação do Judiciário com a manutenção do equilíbrio dos mercados regulados, assegurando, além das competências próprias das agências, a preservação da livre concorrência. Veja-se o julgado do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ANATEL. APLICAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS À BRASIL TELECOM S/A POR PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA DE PREÇOS. PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE DO ATO. 1. Em face de representação apresentada pela EMBRATEL, a ANATEL, no exercício de sua atribuição legal e do seu poder de polícia, aplicou medidas preventivas em desfavor da BRASIL TELECOM S/A por prática anticompetitiva de preços, ato esse que se reveste de legitimidade, uma vez que, ao restringir a iniciativa privada, o fez com o perceptível afã de proteger a livre concorrência e fazer prevalecer o interesse coletivo. 2. **Visualização de aparente dano à concorrência** no setor de telecomunicações, tendo em vista que a EMBRATEL, podendo se beneficiar dos mesmos descontos oferecidos pela BRASIL TELECOM S/A às demais operadoras, terá condições de praticar preços mais reduzidos em seus serviços, aumentando, assim, a competitividade no setor e estimulando uma redução geral dos preços oferecidos nos serviços de telecomunicações, o que, pelo menos em tese, gera benefícios aos consumidores (CF, art. 170, inciso V). 3. Inviável a apreciação, nesta via recursal, do pedido da BRASIL TELECOM S/A de concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo em trâmite no CADE, porquanto: a) o mandado de segurança originário dirige-se apenas contra ato do Presidente do Conselho Diretor da ANATEL, não estando em causa eventual ato emanado do CADE; e b) a análise da pretensão deduzida no recurso possui abrangência limitada ao quanto decidido na decisão agravada. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.⁹⁷⁷

O debate não se limita ao direito brasileiro. Em todos os ordenamentos que contêm entes regulatórios independentes, se coloca a questão da possibilidade de

⁹⁷⁷ TRF1. **Agravo de Instrumento n.º 200301000244580**, 5.^a Turma, Rel. Juiz Antonio Claudio Macedo da Silva, DJ 18.06.2004, p.55.

revisão judicial e dos seus limites. No direito norte-americano, o tema é amplamente estudado e foi objeto de dezenas de casos julgados pela Suprema Corte.^{978,979}

Em muitos casos, a existência de uma agência regulatória setorial⁹⁸⁰ é benéfica e traz segurança jurídica para agentes econômicos que atuam no setor e para os consumidores e usuários de serviços públicos, que também são diretamente afetados pela interpretação de normas e pelos regulamentos das agências.

O juiz deve então ser criterioso ao intervir na atividade regulatória evitando, a pretexto de assegurar direitos, afetar a cadeia econômica, trazendo intranquilidade ao público. Em certos casos, a simples suspensão de normas em relação a alguns agentes econômicos afetam a concorrência e os custos dos bens e serviços.⁹⁸¹

O reconhecimento e aceitação das decisões das agências pelo público, chamada na doutrina alemã de *Akzeptanz*⁹⁸², é reflexo subjetivo no público, entre usuários e cidadãos, da correção e do acerto da decisão das agências.⁹⁸³

⁹⁷⁸ Como se observa, a discussão onipresente nas questões regulatórias é se o Judiciário pode rever decisão de uma agência e qual o limite dessa revisão. O Código que regula o procedimento administrativo nos Estados Unidos garante a revisão judicial à parte que for afetada pela decisão de uma agência (The Administrative Procedural Law, section 702: "*allows court review for any person who is adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute*").

⁹⁷⁹ Dentre outros precedentes, pode-se citar o caso *Association of Data Processing Service Organizations v. Camp* (397, US 150, 90 S. Ct. 827, 25 L. Ed. 2d 184 (1970), no qual a Suprema Corte decidiu que para o autor obter a análise de seu pleito judicial, duas questões devem ser respondidas afirmativamente: alegou uma lesão de fato ("*injury in fact*"); o interesse a ser protegido está assegurado na legislação ou na Constituição?

⁹⁸⁰ Faz-se a distinção entre regulação setorial feita por atividades (telecomunicações, energia, transportes, combustíveis, medicamentos) e a regulação transversal que abrange toda a atividade econômica e busca garantir a concorrência, o meio ambiente e os direitos do consumidor. Para uma distinção entre regulação setorial e regulação da concorrência ver: MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. **Concorrência e regulação**: a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação sectorial. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

⁹⁸¹ Para exemplificar, veja-se o caso das autorizações judiciais para funcionamento de postos de combustíveis, que permite a atuação de empresas sem as exigências de qualidade e com custos reduzidos, o que desequilibra a concorrência no setor. O mesmo se verifica com as autorizações judiciais de novas linhas de transporte de passageiros estaduais e interestaduais.

⁹⁸² SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe**: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1998. p.79.

⁹⁸³ CERULLI IRELLI, Vincenzo. Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti". In: BASSI, Franco; MERUSSI, Fabio, CARDI, E. (Coord.). **Mercati e Amministrazioni indipendenti**. Milão: Giuffrè, 1993. p.1: "**Akzeptanz** è il riflesso soggettivo, nel pubblico, nell'insieme degli utenti o dei cittadini – come disponibilità ad accettare, riconoscimento, sensazione di 'legittimità' e di giustizia, identificazione – di una serie di punti nodali prima di tutto dell'organizzazione (della legittimazione della struttura agente basata su elementi strutturali e organizzativi: la composizione, elettiva, rappresentativa, professionale, di competenza riconosciuta, di prestigio); poi del procedimento (partecipato, trasparente, condiviso, conosciuto e spiegato, non alieno e imposto); e infine del contenuto di merito degli atti o decisioni (tecnicamente e socialmente giustificati, oltre che formalmente motivati, condivisibili nella sostanza per condivisione dei valori che li ispirano e degli interessi che difendono o realizzano)."

Os precedentes norte-americanos⁹⁸⁴ vistos anteriormente também apontam para necessidade de *judicial deference*, como critério de atuação judicial que respeite o conhecimento acumulado pela agência, evitando a substituição da decisão da agência, salvo quando arbitrária e caprichosa.

No caso brasileiro, igualmente, se propõe que as decisões das agências sejam tratadas com a mesma deferência.⁹⁸⁵ Não cabe ao juiz substituir-se ao órgão regulador para fixar um padrão de comportamento ou expedir uma norma técnica reguladora.⁹⁸⁶

Incabível ademais, a determinação para que uma agência aja ou deixe de agir, o que revelaria uma indevida intervenção na esfera de atuação própria da agência.

A intervenção judicial não afasta os problemas estruturais das agências. A doutrina tem sido sensível à preservação da esfera de autonomia das agências. Giovanna Mayer, ao tratar da regulação portuária, defende o aumento dos poderes da agência setorial (Agência Nacional dos Transportes Aquaviários – ANTAQ) para que obtenha a eficiência a partir de uma regulação baseada nas tarifas e na busca da qualidade dos serviços.⁹⁸⁷

⁹⁸⁴ EUA. Supreme Court. **American Electric Power Co., Inc., et Al. v. Connecticut et al.** (564 US 2011): *It is altogether fitting that Congress designated an expert agency, here, EPA, as best suited to serve as primary regulator of greenhouse gas emission. The expert agency is surely better equipped to do the job than individual district judges issuing ad hoc, case-by-case injunctions. Federal judges lack the scientific, economic and technological resources an agency can utilize in coping with issues order.*

⁹⁸⁵ Conforme conclusão de Sérgio Guerra: "O juiz não deve perscrutar a interpretação prospectiva do regulador, pois os impactos sistêmicos do ato regulatório ultrapassam a competência técnica jurídica do magistrado. Transferir a função de interpretação dos conceitos fluidos para o Poder Judiciário representa transpor a discricionariedade regulatória técnica da agência reguladora para os peritos judiciais". (GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p.367).

⁹⁸⁶ Nesse sentido, a seguinte decisão: Ementa: MEDICAMENTO. NÃO COMERCIALIZADO NO BRASIL. NÃO APROVADO PELA ANVISA. GARANTIA DE FORNECIMENTO. NÃO IMPUGNAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO. SOPESADA CONFORME O CASO. AQUISIÇÃO INTERNACIONAL. Imprescindível considerar o fato da inexistência do medicamento em território nacional, suficiente para o tratamento do agravado, eis que não aprovado pela ANVISA. Ou seja, a aquisição deve observar as condições orçamentárias e normas de compra, merecendo ser temperado o valor da multa. A União não pode ser exorbitantemente penalizada por cumprir as normas de compra internacional de medicamento sem eficácia comprovada pela ANVISA. Fixo a multa em R\$ 50,00, nos termos do pedido. Ademais, afasto o bloqueio na conta da União, eis que de nada adianta garantir verba para compra de medicamento inexistente. Mantida, assim, a condenação ao fornecimento. (TRF4. **Agravo de Instrumento n.º 200904000414480**, Rel. Nicolau Konkel Júnior, DE 24.02.2010).

⁹⁸⁷ MAYER, Giovanna. **Regulação portuária brasileira**: uma reflexão sob a luz da análise econômica do direito. 2009. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/21807/Giovanna%20Mayer%20Dissertac;jsessionid=533C278C35D7A719A34AD71C2F87A9E3?sequence=1>>. Acesso em: 03 ago. 2011. p.148.

Veja-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se discute a pretensão do Ministério Público Federal de condenar os réus Agência Nacional do petróleo (ANP), União Federal e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a exercer, de maneira regular, seu mister institucional, coibindo os abusos verificados no segmento de distribuição de combustível.⁹⁸⁸

É evidente que a existência ou não de um fato, que fundamentou a decisão da agência, pode ser questionado judicialmente. A parte pode, sim, demonstrar que uma situação fática ocorreu ou ocorreu de forma diversa, o que evidencia a ilegitimidade da decisão administrativa.

Quanto a este ponto, não deve ser acolhida simplesmente a dificuldade da prova⁹⁸⁹, por se tratar de setor regulado e complexo. Para tanto, entende-se, que o juiz deva estar assistido por técnicos igualmente competentes, que permitam fundamentar um provimento que afaste a decisão técnica da agência.

Não se preconiza, contudo, a perícia judicial como fundamentadora de decisão regulatória para o futuro, pois em larga medida a atividade judicante e o processo judicial por consequência se voltam para situações já ocorridas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu expressamente, como dever do Judiciário, a deferência técnica administrativa, como fundamento suficiente para respeitar a decisão tomada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), num caso envolvendo o valor de uso de rede móvel na interconexão entre as diversas operadoras de telefonia:

[...]

5.9. Mantendo a incidência da principiologia acima já declinada (**princípios da isonomia, da eficiência e da deferência técnico-administrativa**), parece incongruente, a esta altura, manter a liminar nos termos em que deferida quando a agência reguladora do setor de telecomunicações já fixou o VU-M que entende cabível – ainda que no âmbito da arbitragem "GVT vs. Vivo".

[...]

⁹⁸⁸ STJ. **Recurso Especial n.º 650892** (200400458332), 2.^a Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 13.11.2009, RT 893/189. Decisão unânime.

⁹⁸⁹ Danilo Knijnik adverte que a "idéia de ônus dinâmico não afasta, *per se*, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma *probatio diabolica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.." (KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.178/179).

6.4. **Em matéria eminentemente técnica**, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível – cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo –, e, na espécie, a cautela possível é apenas promover o redimensionamento da tutela antecipada aos termos do Despacho Anatel/CAI n.º 3/2007. 7. Recurso especial parcialmente provido apenas para, reconhecendo a violação ao art. 462 do CPC e parcial ofensa ao art. 273 do mesmo diploma normativo, adequar o VU-M pago pela GVT à TIM àquele estipulado pela Anatel no Despacho n.º 3/2007, da CAI - revendo, pois, a liminar apenas nesta extensão.⁹⁹⁰

Em outro julgamento, outro órgão julgador do mesmo Superior Tribunal de Justiça, entendeu ser possível ao Judiciário substituir-se à agência reguladora, no caso a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), adotando decisão que se ajuste à vontade da lei, embora no precedente citado não o tenha feito por entender que o caso concreto revelava ser hipótese reservada à discricionariedade da agência.

[...] 4. As circunstâncias fáticas podem reduzir a margem de discricionariedade do administrador, ou até eliminá-la, de modo que, quando este age em desconformidade com a finalidade legal, é possível ao Poder Judiciário substituí-lo e tomar a decisão que se ajusta à vontade da lei, sem que isto constitua violação do princípio da separação dos Poderes. 5. In casu, todavia, há dúvidas insuperáveis quanto à legalidade da atuação do agente público na escolha dos critérios que definiram o conceito de área local, e que permitiu, no caso dos autos, que localidades diversas, ainda que dentro do mesmo município, **em razão de fatores técnicos e econômicos**, pudessem sofrer tarifação de ligações interurbanas. 6. **É na dúvida, na zona onde não se pode emitir um juízo de certeza, que reside o mérito do ato administrativo discricionário e que cabe ao administrador público**, e somente a ele, agir para encontrar o caminho que melhor atenda à finalidade legal. Sendo assim, na situação dos autos, ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a configuração das "áreas locais", **o Tribunal de origem invadiu seara atribuída à administração pública, atitude esta que ultrapassou os limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes e violou as disposições da Lei n.º 9472/97.**⁹⁹¹

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, contudo, em julgado mais recente, entendeu ser viável o ingresso no *mérito* administrativo, em casos em que resta demonstrado que a *regulação* não foi utilizada adequadamente pela agência para *promover políticas públicas, proteger hipossuficientes, garantir a otimização do*

⁹⁹⁰ STJ. **Recurso Especial n.º 1171688/DF** (2009/0242534-7), 2.^a Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 01.06.2010, DJe 23.06.2010.

⁹⁹¹ STJ. **REsp 973686/PR** (2007/0183785-0), 2.^a Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 30.09.2009.

funcionamento do serviço concedido ou mesmo assegurar o 'funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produtor como principalmente para o consumidor/usuário':

[...]

2. Nas ações judiciais em que se discute delimitação de área urbana que autorize a cobrança de tarifa interurbana, deve a Anatel atuar como litisconsorte passiva necessária. Precedentes do STJ.
3. Ao Poder Judiciário não é vedado debater o mérito administrativo. Se a Administração deixar de se valer da regulação para promover políticas públicas, proteger hipossuficientes, garantir a otimização do funcionamento do serviço concedido ou mesmo assegurar o "funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produtor como principalmente para o consumidor/usuário", haverá vício ou flagrante ilegalidade a justificar a intervenção judicial.
4. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu, com base na prova dos autos, que o Município da Lapa pertence à Região Metropolitana de Curitiba em virtude de conurbanidade, "não apenas em termos urbanísticos mas também administrativos e sobretudo econômicos, comungando da movimentação regional". A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.⁹⁹²

Reconhecendo expressamente a discricionariedade técnica como fator legitimante da atuação da Agência Nacional de Saúde (ANS), num caso de reajustes das mensalidades dos planos de saúde:

EMENTA: SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA. AGRAVO INTERNO. REAJUSTE DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE FIRMADOS ANTERIORMENTE À LEI N.º 9.656/98. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. 1. Considerados o alto interesse público envolvido, os efeitos prospectivos da medida, os riscos e resultados que conclusões açodadas possam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, deve ser deferido o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento. 2. Lesão à saúde e à ordem pública administrativa caracterizada, com a interferência na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, respaldada em discricionariedade técnica. 3. Agravo Interno não provido.⁹⁹³

O que se observa da análise dos precedentes é a deferência judicial em relação às decisões tomadas pelas agências, embora com a cautela, verificada em

⁹⁹² STJ. **REsp 1176552/PR** (2010/0009662-9), 2.^a Turma, Rel. Min. Hermann Benjamin, j. 22.02.2011, DJe 14.09.2011.

⁹⁹³ STJ, Corte Especial. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e Sentença, AgRg na SLS 163/PE, n.º 2005/0128970-7**, Rel. Ministro Edson Vidigal, j. 19.12.2005, DJU 27.03.2006, p.133.

alguns julgados⁹⁹⁴, de reservar-se ao Judiciário o exame caso a caso, a legitimidade da discricionariedade técnica empregada. Essa delimitação da intervenção judicial é salutar, pois vem de encontro ao fundamento primeiro da própria concepção das agências reguladoras.

A intervenção judicial sem maiores cautelas, além de questionável sob o ponto de vista da legitimidade, pode transformar o juiz no regulador da atividade, com previsíveis desequilíbrios, decorrentes das limitações do processo judicial e da falta de informações relevantes para a tomada de uma decisão adequada.

De maneira geral, a primeira barreira à revisão judicial é justamente os limites orçamentários e fiscais. Juízes e tribunais se recusam a assumir responsabilidades por gastos ou por opções políticas.

Prevalece a ideia que fundamenta todas as teorias liberais sobre o governo, que as funções e os poderes estatais devem ser mantidos separados e distintos.⁹⁹⁵

No estudo comparativo feito por David M. Beatty, constatou-se que os tribunais reconhecem que os Poderes do governo, que são eleitos, detém a última palavra quando se trata de decidir quanto dos recursos da comunidade devem ser gastos com educação, moradia e saúde do seu povo, e quanto deve ser gasto para aliviar o sofrimento daqueles que se encontram em situação de pobreza ou extrema privação de meios.⁹⁹⁶

A formulação de políticas públicas (a agenda governamental) e a administração dos recursos públicos são as tarefas principais do legislativo e do executivo. A eleição dos seus membros confere, com o mandato político, a opção do povo sobre as

⁹⁹⁴ TRF 1.^a Região. **Apelação em MS n.º 200434000112784**, 6.^a Turma, Rel. Des. Souza Prudente, e-DJF1 26.10.2009, p.146. Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. RESOLUÇÃO N.º 52/2002. NAVEGAÇÃO DE LONGO CURSO. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE LICENÇA. 1. Compete à ANTAQ, no exercício da competência que lhe foi atribuída por meio da Lei n.º 10.233/2001, expedir os atos normativos necessários ao desempenho da sua atividade, tais como o estabelecimento dos requisitos necessários à concessão de licença para navegação de longo curso. 2. A exigência de que a empresa que pleiteia a concessão de licença para navegação de longo curso detenha um capital mínimo e seja proprietária da embarcação não é desarrazoada, tendo em mira a segurança dos usuários, bem como a garantia de ressarcimento de eventuais prejuízos que possam sofrer em razão de deficiência do serviço.

⁹⁹⁵ BEATTY, David M. **Human rights and judicial review**: a comparative perspective. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994. p.349.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p.38: "...all of the courts recognize that the elected branches of government have the ultimate authority to decide how much of a community's resources will be spent educating, housing and healing its people and how much will be set aside to alleviate the suffering of those facing conditions of poverty and extreme privation."

políticas a implementar e sobre a utilização ser dada aos recursos públicos. Pelo menos essa é a concepção que está na essência da separação dos poderes, adotada nas constituições modernas.

No ordenamento brasileiro, juízes não são eleitos ou escolhidos em razão de suas concepções políticas ou sociais. A tarefa que se espera deles é aplicar o direito e não inová-lo ou revisá-lo.⁹⁹⁷

Há que concordar-se, portanto, com David M. Beatty, quando destaca que o papel do judiciário é garantir que todas as leis e ações oficiais tomadas em nome do Estado devem ir de encontro a duas medidas básicas de justiça distributiva e igualdade formal.⁹⁹⁸

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade⁹⁹⁹ impõem deveres sobre "como" os eleitos devem agir quando forem transformar sua plataforma política em lei; não sobre o que sua plataforma e seus programas devem ser.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁷ Marcio Renan Hamel ressaltou o matiz autoritário da judicialização da política: "Com a adoção de tal rol de direitos fundamentais, as constituições republicanas passam a ser entendidas como o *locus* da própria realização da cidadania. Em relação ao contexto brasileiro, que aqui interessa ao debate, quer por incapacidade política quer por limitação orçamentária, os direitos fundamentais penam ainda no Brasil, pois a sua realização depende, muitas vezes, da interferência direta do Poder Judiciário no âmbito da política, ocorrendo o que, cotidianamente, se tem convencionado chamar de 'politização do Judiciário' e de 'judicialização da política' em uma, talvez, hipertrofia do Judiciário frente à política, que pode de certa forma se converter em um risco para a democracia contemporânea, ante o crescimento demasiado do Poder Judiciário." (HAMEL, Marcio Renan Hamel. *Judicialização da política: um ensaio sobre o procedimentalismo deliberativo na jurisdição constitucional brasileira*. **Direito e Práxis**, v.1, n.1, p.150, 2010).

⁹⁹⁸ BEATTY, David M. **Human rights and judicial review: a comparative perspective**. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994. p.349 ("*the role of the third branch of government is to guarantee that all laws and official action taken in name of the state must meet what are, in effect two very basic measure of distributive justice or formal equality*").

⁹⁹⁹ No exame dos atos regulatórios, a razoabilidade é frequentemente o critério central no desempenho da decisão do juiz. Veja-se o precedente: Ementa. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. RESOLUÇÃO N.º 52/2002. NAVEGAÇÃO DE LONGO CURSO. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE LICENÇA. 1. Compete à ANTAQ, no exercício da competência que lhe foi atribuída por meio da Lei n.º 10.233/2001, expedir os atos normativos necessários ao desempenho da sua atividade, tais como o estabelecimento dos requisitos necessários à concessão de licença para navegação de longo curso. 2. A exigência de que a empresa que pleiteia a concessão de licença para navegação de longo curso detenha um capital mínimo e seja proprietária da embarcação não é desarrazoada, tendo em mira a segurança dos usuários, bem como a garantia de ressarcimento de eventuais prejuízos que possam sofrer em razão de deficiência do serviço. (TRF 1.ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança n.º 200434000112784**, 6.ª Turma, Rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 26.10.2009, p.146).

¹⁰⁰⁰ BEATTY, *op. cit.*, p.349 ("*For the most, the principles of rationality and proportionality impose duties on how those elected to govern must 'act' in translating their politics plattaform into law; not on what the content of ther policies and programmes should be*").

O mesmo se diga relativamente à atuação regulatória. O órgão regulador e o setor regulador buscam um equilíbrio econômico que assegure lucros em alguns casos, ou, quando se trata de serviços públicos, um equilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessões.

Embora deva o juiz levar em consideração a necessidade de manter esse equilíbrio, quando examina as medidas regulatórias expedidas pelas agências, não deve estar atrelado a essa referência quando profere uma decisão sobre a validade ou não de uma decisão técnica. Pode, quando muito, "limitar ou prostrar no tempo sua decisão" fixando um prazo para a adaptação dos envolvidos.

Essa solução já é utilizada em sede de controle de constitucionalidade, quando a Suprema Corte limita os efeitos de suas decisões. Tal medida também deve ser utilizada pelo magistrado quando examina a validade dos atos das agências.

4.3.4 Ausência de atuação da agência e as recomendações do Ministério Público

Em muitos casos, a opção regulatória idealizada pela agência é exatamente não intervir. A atuação precipitada ou sem maiores informações pode acarretar malefícios maiores do que a simples omissão da agência e, nessa hipótese, o controle judicial pode se deparar com as recomendações do Ministério Público.

A questão exige solução adequada, pois o destinatário de ordens ou comunicações estatais não pode ser afetado por incertezas. Nesse particular, verifica-se a perplexidade, espelhada na jurisprudência, com o exato alcance das *recomendações*, expedidas pelo Ministério Público em determinadas situações. Qual a natureza jurídica: sugestão? Ameaça velada de futura ação penal ou de improbidade administrativa? Opinião lançada preventivamente, mesmo sem ouvir as partes envolvidas?

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o assunto já foi enfrentado, no seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RECOMENDAÇÕES. 1. As questões submetidas ao Tribunal *a quo* foram suficiente e adequadamente apreciadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível, não se vislumbrando violação ao art. 535 do CPC. 2. A faculdade conferida ao Ministério Público de emitir recomendações decorre do cumprimento

de sua missão institucional de zelar pela proteção aos serviços públicos, aos serviços de relevância pública, bem como aos direitos constitucionalmente assegurados cuja defesa lhe cabe. 3. Previsão expressa do art. 6.º da LC n.º 75/93. 4. Agravo regimental desprovido.¹⁰⁰¹

Contudo, o anúncio de medidas de natureza penal, como forma de forçar o atendimento da recomendação, tem sido repellido pela jurisprudência, admitindo-se a impetração de *habeas corpus*:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RECOMENDAÇÃO EXPEDIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMEAÇA DE PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. 1. O Ministério Público Federal pode "expedir recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis" (LC n.º 75/93 - art. 6.º, XX), mas a tomada de medidas coercitivas, em função do eventual descumprimento da recomendação, impescinde de ordem judicial. 2. Configura constrangimento ilegal, passível de correção por habeas corpus, a recomendação que, expedida para a emissão de conta telefônica detalhada, acena com a possibilidade, mesmo velada, de prisão em flagrante do agente, acaso não cumprida a providência. 3. Concessão da ordem de habeas corpus.¹⁰⁰²

Quanto à natureza jurídica, a jurisprudência tem entendido que se trata de medida de caráter nitidamente pedagógica e preventiva¹⁰⁰³, mero anúncio de futura

¹⁰⁰¹ STJ. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 762440** (200501049564), 3.ª Turma, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJR 17.12.2010.

¹⁰⁰² TRF 1.ª Região. **Habeas Corpus n.º 200301000199314**, 3.ª Turma, Relator Des. Olindo Menezes, DJ 12.09.2003, p.158.

¹⁰⁰³ Nesse sentido o seguinte julgado do TRF 2.ª Região, 5.ª Turma Especializada, Relator Des. Luiz Paulo S. Araujo Filho, Apelação em Mandado de Segurança, 53857 (200252020094356), DJU 22.02.2010, p.141: Ementa: ADMINISTRATIVO. SOCIEDADES COOPERATIVAS. INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. RECOMENDAÇÃO FEITA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LICITUDE. 1. Ao Ministério Público é atribuída a tarefa constitucional de "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e do interesse sociais e individuais indisponíveis" (art. 127 da Constituição Federal), bem como a função de promover o inquérito civil (art. 129, III, da Carta Constitucional). Já a Lei Complementar n.º 75/93, em seu art. 6.º, autoriza o Ministério Público do Trabalho a instaurar inquérito civil público e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores, e lhe atribui o poder específico de expedir recomendações. 2. É lícita a expedição de recomendação, promovida pelo Ministério Público, para tutelar direitos dos trabalhadores brasileiros, porquanto formalmente autorizada pelas normas que orientam a atuação da aludida instituição, sendo medida de caráter nitidamente pedagógico e preventivo, que possibilita ao seu destinatário reavaliar a sua intenção inicial de contratar determinada prestadora de serviços. 3. Apelação e remessa necessária, tida por realizada, providas, para denegar a segurança.

ação judicial, embora majoritariamente se entenda cabível o mandado de segurança¹⁰⁰⁴ para questionar o ato:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATO PRATICADO PELA AUTORIDADE INDIGITADA COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Insurgindo-se a impetração contra recomendação emanada do Ministério Público, no sentido de que o Município promova inspeção sanitária nas dependências e instalações do impetrante (Frigorífico), e requerendo o trancamento do procedimento administrativo instaurado pela autoridade indicada como coatora, não há falar em ilegitimidade passiva ad causam. 2. Da recomendação (ou de seu não cumprimento), apesar de não ter caráter impositivo, podem advir conseqüências para o seu destinatário, como o ajuizamento de ação para responsabilização das autoridades competentes, como expressamente consignado no ato impugnado. 3. Sentença reformada. 4. Apelação provida.^{1005,1006}

¹⁰⁰⁴ Sobre o tema, ver: ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo. 2008. Tese (Doutoramento) - Faculdade de Direito - UFMG, Belo Horizonte, 2008.

¹⁰⁰⁵ TRF 1.^a Região. **Apelação em Mandado de Segurança 2008380200268699**, 6.^a Turma, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1, 30.05.2011, p.92.

¹⁰⁰⁶ Não obstante, alguns julgados têm afirmado que "A simples notificação não tem aptidão para afetar direito dos impetrantes". Ver: TRF 1.^a Região. **Apelação em Mandado de Segurança n.º 200034000257911**, 5.^a Turma, Rel. Des. João Batista Moreira DJ 08.03.2007, p.99. Ementa: ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. PROCEDIMENTO INQUISITÓRIO. IRREGULARIDADE DE CONTAS. RECOMENDAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS. NOTIFICAÇÃO A MUNICÍPIOS PARA RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE CARGA DECISÓRIA. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS. OPORTUNIDADE PARA O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. 1. O ato contra o qual se insurgem os impetrantes é um ofício do Diretor de Programas da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, dizendo que, atendendo a determinação do Ministério Público Federal/Procuradoria da República no Estado do Paraná, ficavam notificados "no sentido de ressarcir a União Federal, através do Fundo Nacional de Saúde, conta-corrente n.º 170500-8, Agência 3602-1, do Banco do Brasil S/A, através de Guia de Depósito Identificada do citado Banco com aposição do Código 25700125901-993-X, em conformidade com os valores e orientações constantes do Demonstrativo de Débito" anexados. 2. Pelo mesmo ofício, foi encaminhada cópia do "Relatório relativo ao Inquérito Civil Público n.º 01/95, elaborado pela supracitada Procuradoria" e informado que o pagamento deveria ser efetuado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados do efetivo recebimento da notificação, sob pena de "instauração da competente Tomada de Contas Especial, em cumprimento ao recomendado no artigo 84 do Decreto-Lei 200, de 25/05/67, e artigo 148 do Decreto 93.872, de 23/12/86". 3. O mandado de segurança destina-se à proteção de direito líquido e certo e, no caso, não há "direito de não ser notificado" a ressarcir certa importância sob pena de instauração de processo de tomada de contas especial. 4. A simples notificação não tem aptidão para afetar direito dos impetrantes. Configurou oportunidade para que, se fosse o caso, recolhessem voluntariamente as importâncias indicadas, evitando processo de tomada de contas. 5. O inquérito civil público, como a própria denominação indica, é um procedimento inquisitório, de investigação, no qual não se tomam medidas coercitivas; destina-se apenas à apuração de fatos. 6. Havendo indícios de irregularidades, os quais não podem ser afastados no âmbito do mandado de segurança, não é possível impedir a instauração de processo de tomada de contas, no qual, aliás, será dada aos impetrantes a pretendida oportunidade de defesa. 7. Negado provimento à apelação.

MANDADO DE SEGURANÇA. RECOMENDAÇÃO EXARADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1.A não intervenção do Ministério Público Federal em 1ª instância como custos legis, muito embora se consubstancie em irregularidade, não enseja a anulação da sentença, se não ficou evidenciado prejuízo. Na hipótese, o ato inquinado de ilegal foi praticado por Procuradora da República, que apelou da sentença concessiva de segurança. Em segundo grau, o Representante do Ministério Público Federal no Tribunal exarou parecer. A irregularidade advinda do fato de o Ministério Público Federal não ter exarado parecer em 1.º grau restou sanada, portanto. 2.Recomendação expedida pelo Ministério Público, com fundamento no art. 6.º, XX, da lei complementar 75/93., é ato enunciativo de efeito concreto, com poder coercitivo sobre seus destinatários, passível portanto de ser impugnada por mandado de segurança. 3.Na hipótese, a recomendação impugnada violou o direito à livre associação sindical, previsto no art. 8.º, I, da Constituição Federal. 4.Apelação e remessa a que se nega provimento.¹⁰⁰⁷

Contudo, há julgados entendendo que não há interesse a legitimar a demanda:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL OBJETIVANDO A AVERBAÇÃO DE EMBARGO AMBIENTAL JUNTO ÀS MATRÍCULAS DE IMÓVEIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. 1. Havendo interesse Federal em jogo, legítima é a intervenção do Ministério Público Federal. 2. A recomendação do Ministério Público Federal não é uma determinação, mas sim uma orientação de conduta para o orientado. Logo, este não está obrigado ao seu atendimento. 3. Não estando a parte autora sob ameaça de restrições ou penalidades, não há interesse de agir, pois ausente a efetividade da recomendação, devendo, pois, ser extinta a demanda sem o exame do mérito, fulcro no art. 267, I, IV e VI do CPC.^{1008,1009,1010}

Questão interessante é a possibilidade de incluir o Ministério Público no polo passivo da demanda, tendo em vista a pretensão de questionar a recomendação

¹⁰⁰⁷ TRF 2.ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança 37026** (200002010556481), 1.ª Turma, Rel. Des. Simone Schreiber, DJU 05.12.2002, p.177.

¹⁰⁰⁸ TRF 4.ª Região. **Apelação e Reexame Necessário n.º 200872080025929**, 4.ª Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, DE 28.09.2009.

¹⁰⁰⁹ No mesmo sentido, entendo pela falta de interesse de agir, ver o voto do Des. Marcio Antonio Rocha. *Ementa*. ADMINISTRATIVO. RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA CONCRETA A DIREITOS. IMPUGNAÇÃO JUDICIAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1. Não estando a parte autora sob a ameaça concreta de qualquer restrição ou penalidade, não há interesse de agir, pela ausência da efetividade da recomendação. (TRF4. **Apelação Cível 200570000277162**, 4.ª Turma, Rel. Des. Márcio Antonio Rocha, DJ 14.06.2006, p.428.)

¹⁰¹⁰ Na mesma orientação: TRF 5.ª Região. **Apelação Cível n.º 361845** (200384000132205), 4.ª Turma, Rel. Des. Marcelo Navarro, DJ 28.07.2008, n.º 143, p.213: (As recomendações feitas pelo Ministério Público, nos termos da Lei Complementar n.º 75/93, não tem efeito coercitivo, não se justificando a intervenção judicial para promover a suspensão ou a anulação das referidas sugestões).

expedida e obter sua invalidação. No precedente encontrado, entendeu-se pela falta de interesse e também pela ilegitimidade passiva do Ministério Público:

Ementa [...]. Diferentemente do que sucede com as providências elencadas no art. 8.º da Lei n.º 75/2005 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), **as recomendações expedidas pelo Ministério Público**, com fundamento no art. 6.º, inciso XX, da Lei Complementar n.º 75/2005, **não impõem o cumprimento obrigatório por parte de seus destinatários**. Precedentes: TRF5, AC 361845/RN, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, Quarta Turma, julgado em 17/6/2008, DJ 28/7/2008, p. 213; TRF4, AG 2005.04.01.056544-7, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 23/08/2006. 2. **O Ministério Público não detém legitimidade para figurar no polo passivo de ação civil pública ajuizada por município contra entidade ambiental estadual, unicamente em razão de ter expedido recomendação para a cassação de licenças ambientais**, seja porque não configurada qualquer das situações excepcionais em que se admite a atuação do parquet na condição de réu, seja porque, em matéria de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), a legislação em vigor apenas confere ao Ministério Público e demais entes a legitimação ativa. [...].¹⁰¹¹

Em outros casos, ao contrário, se analisou a recomendação e se considerou abusiva a sua expedição:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AMPLIAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE BRASÍLIA. LICENÇA DE INSTALAÇÃO EXPEDIDA PELO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. PARALISAÇÃO DA OBRA E APREENSÃO DE MÁQUINAS. ILEGALIDADE. 1. Afigura-se ilegal e abusiva a conduta da autoridade impetrada que, tendo recebido Termo de Recomendação expedido pelo Ministério Público para "averiguar a possível prática de crimes ambientais" em decorrência da construção da segunda pista do Aeroporto Internacional de Brasília, determina a paralisação da obra e a apreensão de máquinas e equipamentos, mesmo diante da apresentação da licença de instalação do empreendimento e na dúvida sobre a incidência da obra em área de preservação ambiental. 2. Correta, assim, a sentença concessiva da segurança, que se confirma. 3. Remessa oficial desprovida.^{1012,1013}

¹⁰¹¹ No mesmo sentido: TRF 5.ª Região. **Agravo de Instrumento 82315** (200705000719982), 1.ª Turma, Rel. Des. Rogério Fialho Moreira, DJE 15.01.2010, p.181.

¹⁰¹² TRF 1.ª Região. **Remessa 'Ex Officio' em Mandado de Segurança n.º 200234000384281**, 6.ª Turma, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, DJ 08.11.2004, p.61.

¹⁰¹³ TRF 5.ª Região. **Remessa Ex Officio n.º 92817** (200481000220657), 3.ª Turma, Rel. Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJ 27.03.2008, p.1061. n.59. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÕES. VALIDADE. As recomendações expedidas pelo Ministério Público Federal só se justificam quando a serviço de interesse cuja tutela esteja legalmente confiada àquele órgão. - Não cabe ao Ministério Público Federal recomendar conduta que apenas sirva à proteção de interesses individuais disponíveis.

Por outro lado, sob a ótica do destinatário da recomendação, a adequação voluntária da conduta não contribui para a segurança jurídica pois, em muitos casos, não evita a futura controvérsia judicial, significando, no máximo que a empresa ou cidadão está livre da persecução empreendida por um órgão estatal.¹⁰¹⁴

Como se observa, a existência de diversas fontes estatais cumprindo suas funções institucionais e expedindo ordens e recomendações, por vezes conflitantes, revelam a imprescindibilidade do controle judicial para garantir a segurança jurídica, mormente em casos em que não se tenha a exata noção dos contornos e consequências das ordens expedidas.

4.3.5 A gestão dos processos como fator de equilíbrio regulatório e segurança jurídica

A alta litigiosidade verificada no Brasil e a massificação de demandas tornam necessárias algumas medidas de administração dos passivos pendentes de solução. Além da busca de medidas puramente processuais, se faz necessário um controle constante do acervo de processos e das matérias aguardando decisão.

¹⁰¹⁴ TRF 1.^a Região. **Agravo de Instrumento 20051000130964**, 5.^a Turma, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, DJ 16.12.2005, p.85. Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. TRANSPORTE AÉREO DE CARGAS. REDE POSTAL NOTURNA. ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE RECONHECERAM A LEGALIDADE DO CERTAME. RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO QUANTO AO EXAME DA LEGALIDADE DOS ATOS PRATICADOS NA LICITAÇÃO. SOBREPOSIÇÃO DE LINHAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A CONTRATOS EXISTENTES. IMPROCEDÊNCIA. TÉRMINO DA VIGÊNCIA. RENOVAÇÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. PRETENSO DIRECIONAMENTO DO PROCESSO LICITATÓRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DA RPN. APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADOS DE MATRÍCULA E DE AERONAVEGABILIDADE. LEGALIDADE. 1. A decisão agravada indeferiu pedido de antecipação de tutela que objetivava a suspensão do início da execução de contratos administrativos firmados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, em virtude da Concorrência 006/2004/CEL/AC, que objetivam a prestação de serviços de transporte aéreo de cargas, referente à Rede Postal Noturna - RPN. 2. Não prospera a argumentação de que a Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União vislumbrou irregularidades na licitação, porquanto o TCU julgou improcedente a representação formulada pela ora agravante (Acórdão 2.106/2004), bem como negou provimento ao pedido de reexame interposto (Acórdão 241/2005). 3. **A recomendação expedida pelo Ministério Público Federal no sentido de que fosse suspensa a licitação não vincula o Poder Judiciário quanto ao exame da legalidade dos atos perpetrados pela ECT na condução do certame. [...]**

Isso permite ao juiz, escolher os processos que mereçam solução prioritária. A manifestação judicial, acerca de uma questão regulatória, pode impedir que uma agência persista numa prática que poderá gerar centenas ou até milhares de litígios.

Essa gestão de casos deve ser objeto de formação específica nos currículos das escolas de magistratura, pois inevitavelmente os critérios de escolha dos casos devem estar à disposição das partes, pois podem ser questionados nos órgãos de superposição judicial administrativa (Corregedorias, Conselho Nacional de Justiça - CNJ e Conselho da Justiça Federal - CJF, dentre outros).

Não se trata de prática corrente¹⁰¹⁵ eis que a tendência é dar-se preferência aos casos mais antigos ou até, naturalmente, àquelas matérias de maior predileção do magistrado.

Além dessa gestão dos processos, sobretudo a doutrina norte-americana¹⁰¹⁶ também se volta para a necessidade do juiz administrar os casos "individualmente", como forma de evitar despesas desnecessárias e atrasos na solução dos processos.

Efetivamente, embora o foco tradicional da doutrina seja na sentença como ato final e tipicamente judicial, é razoável admitir que muitos atos processuais praticados automaticamente não favorecem a economia processual. Sobretudo em tempos em que se proclamam as "maravilhas" dos processos eletrônicos, pode-se vislumbrar um descuido com a análise do processo a partir das suas fases.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁵ GENSLERI, Steven S. Judicial case management: caught in the cross fire. HeinOnline. 60 **Duke L. J.** 688 (2010-2011). O autor defende o uso "agressivo" dos poderes judiciais para limitar a *discovery* e assumir o controle do caso antes que as "coisas fujam do controle", acarretando gastos e atrasos evitáveis na solução dos casos.

¹⁰¹⁶ Schwarzer e Hirsch ressaltam que uma pequena quantidade de tempo despendida com a gestão de um caso, pode evitar o dispêndio de tempo e de dinheiro, para as partes e mesmo para os tribunais. Afirmando, ainda, que o juiz mais assoberbado com numerosos processos é o que mais necessita adotar medidas de administração de casos. (*A small amount of a judge's time devoted to case management early in a case can save vast amounts of time later on. Saving time also means saving costs, both for the court and for the litigants. Judges who think they are too busy to manage cases are really too busy not to. Indeed, the busiest judges with the heaviest dockets are often the ones most in need of sound case-management practices*). (SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. **The elements of case management: a pocket guide for judges**. 2.ed. Washington: Federal Judicial Center, 2006. p.65).
(*ABSTRACT For thirty years, the Federal Rules of Civil Procedure have relied on active judicial case management to combat undue cost and delay. The complaints about cost and delay have not gone away, but few blame the case-management rules for that.*)

¹⁰¹⁷ Charles R. Richey, *Rule 16 Revisited: Reflections for the Benefit of Bench and Bar*, **139 F.R.D.** **525, 527 (1992)** ("[D]evoting a small amount of time to early case management can save a great deal of time as the case proceeds. The judges who believe they do not have time to manage their cases are, in fact, too busy not to manage them").

Muitos atos serão praticados desnecessariamente pois o processo eletrônico transfere, de certa forma, a gestão processual para um sistema informatizado.

No processo está contida uma relação jurídica processual¹⁰¹⁸, estabelecida entre as partes e o Estado-Juiz, conforme teoria majoritariamente aceita, com base na original formulação de Oskar Von Büllow.¹⁰¹⁹

O processo é uma relação jurídica que não se identifica com as relações jurídicas privadas que constituem o objeto da controvérsia judicializada. Nessa relação jurídica todos os integrantes têm direitos e obrigações. O juiz detém poderes¹⁰²⁰ para exercício de suas funções jurisdicionais e para que possa prestar a jurisdição. Tem também obrigações. Igualmente, as partes detém prerrogativas e obrigações. A relação processual é triangular (*judicium est actum trium personarum*) e liga o autor, o réu e o juiz.¹⁰²¹

A ideia de controle dos órgãos administrativos a partir do processo impõe uma peculiaridade a esta relação jurídica processual. As partes buscam resolver o litígio, a partir da defesa de suas interpretações do direito material aplicável ao caso.

¹⁰¹⁸ Cabe referir, embora não seja objetivo do presente trabalho, que existem diversas teorias que procuram analisar a natureza jurídica do processo. Agrupam-se as diversas teorias em dois grandes grupos: As privatistas ou contratualistas (Teoria do Processo como relação contratual e Teoria do Processo como quase-contrato) e as publicistas (Processo como Serviço Público, Processo como Instituição, Processo como Relação Jurídica e Processo como Situação Jurídica). A teoria da relação processual corresponde à tradicional concepção do direito como relação entre dois ou mais sujeitos regulados pelas regras jurídicas. A teoria da instituição corresponde à concepção institucional do direito e, finalmente, a teoria do procedimento corresponde à concepção normativa do direito.

¹⁰¹⁹ Cintra, Grinover e Dinamarco destacam as principais críticas dirigidas à teoria da relação jurídica processual: a) baseia-se na divisão do processo em duas fase com a crença de que na primeira apenas se comprovam os pressupostos processuais e na segunda se examina o mérito, o que nem para o direito romano é verdadeiro; b) o juiz tem obrigações no processo, mas inexistem sanções processuais ao seu descumprimento; c) as partes não têm obrigações no processo, mas estão simplesmente num estado de sujeição à autoridade do órgão jurisdicional. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.304).

¹⁰²⁰ Sobre os poderes do juiz ver: RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. **Jurisprudência brasileira**, Curitiba, v.169, p.41-50, 1993.

¹⁰²¹ A Teoria do processo como situação jurídica, formulada por James Goldschmidt (*Der Prozess als Rechtslag*), não nega propriamente a teoria da relação processual, mas a concepção de relação processual como laço que estabelece *direitos e deveres* entre as partes e o juiz. Existem possibilidades ou necessidade de praticar atos tendo em vista o êxito final. Portanto, ampliada a ideia de relação processual para abranger também a categoria do poder jurídico e do ônus, então as duas teorias praticamente coincidem.

Em certos casos, as partes podem avaliar os riscos da demanda e optar por um acordo. No caso de uma agência reguladora, seria legítimo deixar de analisar os vícios dos seus atos, privilegiando a solução do litígio individual?

O princípio da ação ou da demanda reserva à parte a iniciativa de provocar o exercício da jurisdição, sendo a primeira manifestação de exercício do direito de ação. Conforme destaca Medina, a outra face do princípio da demanda, é o princípio da inércia da jurisdição, positivados ambos nos arts. 2.º e 262 do Código de Processo Civil, mas também estão a eles ligados os princípios da correlação entre o pedido e a sentença e o princípio do impulso oficial.¹⁰²²

Daí porque, mesmo em casos em que seria extremamente salutar ampliar o objeto para prevenir futuras demandas, é preferível manter-se o juiz adstrito ao princípio da demanda¹⁰²³ porque a pacificação é o escopo magno da jurisdição¹⁰²⁴ e a consecução desse objetivo é a razão de existir do sistema processual, com suas normas e seus órgãos jurisdicionais.

De qualquer sorte, a seleção de demandas¹⁰²⁵, estabelecidas nos dispositivos legais recentes, criaram uma possibilidade concreta do magistrado escolher os casos prioritários para julgamento, o que revela uma certa mitigação do princípio da demanda.¹⁰²⁶

¹⁰²² MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. p.26.

¹⁰²³ Código de Processo Civil. Art. 2.º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

No projeto de novo CPC: Art. 2.º O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.

¹⁰²⁴ No clássico manual de *Teoria Geral do Processo*, Cintra, Grinover e Dinamarco, lembram que a moderna doutrina aponta outros escopos do processo: escopo social, escopo político e escopo jurídico. O primeiro representado pelo caráter educativo acerca dos próprios direitos e dos direitos de terceiros; o segundo pela preservação da liberdade e pela participação política e o terceiro representado pela atuação concreta do direito. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.30).

¹⁰²⁵ Conforme art. 543-B, do CPC "quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal..."; " § 1.º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até pronunciamento definitivo da Corte." No art. 543-C há igual disposição relativamente aos recursos para o Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰²⁶ Conforme Franco Cipriani desde o Regulamento de Klein de 1895, "*Il giudice, dunque, no si limita a giudicare, ma amministra e gestisce il processo dall'inizio alla fine. Egli, a tale scopo, è 'munito dilarghi poteri discrezionali', con la conseguenza che non è piu, come negli ordinamenti liberali, um 'burattino che si può muovere solamente se lè parti lo tirano per il filo' ma il 'diretore', 'il timoniere, il rappresentante professionale del bem comune', colui al quale il legislatore affida il delicatissimo compito di assicurare che nel processo, 'istituto di diritto pubblico', siano soddisfatti, insime con gli interessi dei privati, anche 'i più alti valore sociali'". (CIPRIANI, Franco. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.30/31).*

Marinoni critica essa seleção aleatória de demandas preconizando que deveria ser respeitada a lógica do desenvolvimento natural dos processos, com julgamento do primeiro caso a chegar ao tribunal superior.¹⁰²⁷

Contudo, no caso de controle judicial das agências o mais adequado parece ser uma gestão processual, a partir da importância e do espectro de influência do provimento judicial que vier a ser ofertado.

4.3.6 Massificação de demandas e seleção judicial dos processos: julgamento preferencial das ações contra atos regulatórios das agências

A massa de demandas exige que o magistrado seja, além de um bom jurista, um razoável administrador de processos. É cada vez mais frequente a existência de assessorias que auxiliam os juízes em todos os graus de jurisdição, com o frequente risco de verdadeira delegação de jurisdição.

O atual sistema processual, aí incluído o microsistema de defesa dos interesses transindividuais, ainda não fornece respostas eficientes para o dilema da proliferação das demandas individuais sobre um mesmo tema, tampouco prevê meios factíveis de vinculação do destino das demandas individuais ao destino das ações coletivas.¹⁰²⁸

A quantidade de processos e a necessidade de manter um mínimo de produção para evitar a completa falência do sistema, impõe algumas práticas de gestão, que leva a se dizer no cotidiano do foro, que "o juiz decide mas não julga". A classificação dos casos pendentes, as prioridades legais, a prioridade para exame de tutela de urgência, o alargamento dos casos de cabimento de embargos de declaração, são algumas das consequências da massificação.

Exige-se, portanto, maior diligência do magistrado no controle dos processos que estão sob seus cuidados e a instituição de mecanismos que permitam selecionar causas e identificar urgências.¹⁰²⁹

¹⁰²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.495.

¹⁰²⁸ FERNANDES, Débora Chaves Martines. Relação entre demandas individuais e coletivas: "Projeto cadernetas de poupança – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul" – uma análise de caso. **Revista de Processo**, São Paulo, n.201, p.352, 2011.

¹⁰²⁹ Para uma análise de caso sobre gestão da massificação das demandas ver: FERNANDES, *op. cit.* A autora conclui ser contrária ao direito, a determinação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de suspender todas as ações individuais sobre expurgos das cadernetas de poupança em benefício da demanda coletiva ajuizada pela Defensoria Pública, e a conversão *ex officio* das mesmas ações em liquidação de sentença coletiva.

O legislador cria preferências legais de julgamento, em alguns casos mais atento às pressões de classe do que às exigências de uma prestação jurisdicional que garanta a segurança jurídica e a efetividade dos direitos.¹⁰³⁰ Ultrapassadas as preferências legais, há que se atentar para as metas fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁰³¹ e pelas Corregedorias.¹⁰³²

Solucionados esses casos que reclamam prioridade, o ideal é que o magistrado voltasse a atenção para as ações coletivas,¹⁰³³ embora, por compreensíveis razões¹⁰³⁴ são os processos individuais que são mais bem instruídos e cujos advogados acompanham mais de perto, favorecendo uma solução prioritária.¹⁰³⁵

¹⁰³⁰ Apenas para exemplificar, nos termos do Estatuto do Idoso, entre o processo de um idoso milionário buscando a repetição do imposto de renda pago a maior e a causa de um jovem que questiona os juros do crédito educativo, o juiz está legamente obrigado a julgar a causa do idoso.

¹⁰³¹ O Conselho Nacional de Justiça tem fixado metas quantitativas de julgamento, numa tentativa de reduzir o estoque de processos pendentes de julgamento nos juízos e tribunais.

¹⁰³² As Corregedorias também têm sugerido o exame de casos relevantes, como por exemplo as ações civis públicas por improbidade administrativa.

¹⁰³³ Em alguns casos, a ação civil pública pode contribuir para esclarecer qual a autoridade regulatória competente: Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESPACHO DO MINISTRO DE TRANSPORTES. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. SUPRESSÃO DE ATRIBUIÇÕES DO DNER. LEI 10.233/2001. CRIAÇÃO DA ANTT E DO DNIT. DIREITOS DIFUSOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE DE AGIR. 1. Ação civil pública que objetiva a declaração de nulidade de despacho do Ministro dos Transportes e a determinação para que o DNER desempenhe atribuições legais de fiscalização, autorização, controle e registro dos transportadores rodoviários de bens perde o objeto por superveniente alteração legislativa, que, tendo como parâmetro legal o art. 178 da Constituição Federal/88, redistribuiu as funções, originariamente de competência daquele órgão (DNER), a outros entes criados pela Lei 10.233/2001 (ANTT e DNIT), sem qualquer prejuízo dos direitos difusos que o Ministério Público Federal visa proteger na referida demanda. 2. O provimento pleiteado, que constitui o pedido imediato do Autor - sentença declaratória e mandamental -, desapareceu no curso da lide, porquanto houve a dissolução da organização administrativa sobre a qual se fundamentava o pedido, sem que tenha ao mesmo tempo havido qualquer prejuízo à coletividade, pois as funções contra cuja extinção o MPF se volta não foram suprimidas, apenas passaram a ser realizadas por outros entes estatais, com fundamento em outros dispositivos legais. 3. Processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC). Apelação do DNER e remessa oficial prejudicadas. (TRF 1.^a Região. **Apelação Cível n.º 199901001189817**, 6.^a Turma, Rel. Juiz Moacir Ferreira Ramos, DJ 27.11.2006, p.83).

¹⁰³⁴ Antonio do Passo Cabral lembra com propriedade que a "a substituição processual permite que alguns entes postulem em favor de uma coletividade dispersa geograficamente, da qual, muitas vezes, sequer possuem notícia de todos os integrantes. Determinados órgãos do Estado, como o Ministério Público, legitimados ao ajuizamento de ações coletivas, muitas vezes não estão próximos dos fatos como as associações, sindicatos e outros entes da sociedade civil, em contato direto e por vezes diário com os membros da comunidade envolvida". (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.147, p.125, maio 2007).

¹⁰³⁵ Deborah Hensler critica a utilização de ações coletivas no sistema judicial norte-americano, apontando que tais ações desafiam os valores individuais que estão no coração do sistema judicial tradicional, que enfatiza o *due process* individual e repousa na solução individual de litígios envolvendo danos pessoais e patrimoniais. (HENSLER, Deborah R. **Revisiting the monster**: new myths and realities of

De qualquer maneira, embora existam algumas manifestações doutrinárias preconizando a legitimação das partes preferencialmente ao Ministério Público¹⁰³⁶, deve ser lembrado que as ações coletivas podem se tornar um empreendimento muito mais focado nos ganhos do advogado-empresendedor do que propriamente na reparação do dano ou no direito do indivíduo ou da classe, tal como acontece no direito norte-americano.¹⁰³⁷

A legitimação para a tutela coletiva é ampla mas não traz as necessárias compensações financeiras aos seus patronos. Em alguns casos dificuldades relacionadas à prova. Em alguns casos processos envolvendo questões intrincadas que demandariam atividade exclusiva somente para um processo.

Segue daí, quase como corolário lógico, que diversos obstáculos devam ser enfrentados pelo juiz. É o impulso oficial que deve prevalecer.

Por outro lado, a ampliação das possibilidades de antecipação da tutela gera inegavelmente um fenômeno: obtida a liminar que antecipa um provimento, passa o juiz a ser o único interessado em seguir na condução processo para obter o provimento definitivo. Em alguns casos, a demora na conclusão do processo de conhecimento torna praticamente irreversível a situação fática, gerada pela tutela que foi antecipada.

A causa deve estar madura para julgamento. Essa é uma lição recolhida no direito norte-americano. No direito brasileiro, a legislação processual prevê as fases do procedimento e encerrada a instrução, deve o juiz proferir sua sentença. Ocorre que o fato de terem sido formalmente ultrapassadas as fases do procedimento não significa que materialmente o processo esteja pronto para receber o julgamento. Não raras vezes se observam as baixas em diligências. O juiz determina, quase que

class action and other large scales litigation. Disponível em: <<https://www.law.duke.edu/journals/djcil/downloads/DJCIL11P179.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2011. p.212).

¹⁰³⁶ Conforme levantamento de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o Ministério Público figura como autor em 60% das ações ajuizadas no Estado do Rio de Janeiro. (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.192).

¹⁰³⁷ Deborah Hensler destaca ser generalizada a crença de que os advogados são os principais beneficiários nas *class actions* de reparação de danos, lembrando situações em que os "autores" recebem cheques de poucos dólares ou até centavos enquanto os advogados recebem milhões, o que contribui para aumentar a controvérsia sobre esse tipo de ação. (HENSLER, Deborah R. **Revisiting the monster**: new myths and realities of class action and other large scales litigation. Disponível em: <<https://www.law.duke.edu/journals/djcil/downloads/DJCIL11P179.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2011. p.199).

automaticamente, a conclusão. Quando não o faz, a Corregedoria aponta atraso. Então o mais fácil é deixar o exame para o momento da sentença.

Quando o juiz vai examinar o caso, então verifica que falta esclarecer esse ou aquele ponto, falta corrigir a autuação, falta regularizar a representação. Enfim, falta sanear o processo.

Cabe ao magistrado, atento à necessidade de separar os processos, identificar dentre os seus centenas ou milhares de casos, quais merecem prioridade na tramitação e solução. Não há um critério legal específico mas, por analogia poder-se-ia aplicar analogicamente o critério estabelecido pelo legislador para caracterizar a repercussão geral, que é a existência de questão relevante do ponto de vista econômico, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.¹⁰³⁸

Pode-se aplicar o mesmo critério para dar preferência aos casos em que envolvem atos das agências reguladoras, principalmente aqueles processo que questionem atos normativos, que afetam prestadores de serviços, usuários de serviços públicos e consumidores.

Com os necessários temperamentos, pois a tutela individual é garantia constitucional do processo, poder-se-ia aplicar o dispositivo em comento, pois foi concebido justamente para filtrar os casos de acesso ao Supremo Tribunal Federal¹⁰³⁹.

Veja-se o caso da tarifa básica mensal da telefonia, que motivou a propositura de milhares de ações judiciais e era cobrada com fundamento na autorização da agência setorial (Anatel). Supondo-se que uma ação judicial houvesse questionado a resolução e num tempo razoável tivesse sido decidida, se evitaria a propositura de milhares de ações.

¹⁰³⁸ Com publicação da Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006, foi alterado o Código de Processo Civil, para nele inserir os artigos 543-A e 543-B, regulamentando assim o § 3.º do art. 102, da Constituição Federal. Consta do art. 543-A, do CPC. "O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1.º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."

¹⁰³⁹ Sobre o ativismo judicial na seleção de demandas ver: CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário: entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2006. São Paulo: RT, 2005. p.153-165.

Dado o protagonismo das agências nas relações de consumo e de serviço público não é desarrazoado propor que as ações, envolvendo atos de regulação (executivos e normativos), sejam julgadas preferencialmente, diante do largo espectro de influência que a decisão possa assumir.

Esse tratamento preferencial pode ser dispensado às ações coletivas¹⁰⁴⁰, em razão da natureza do direito que veiculam, mas também àquelas ações individuais que podem servir de alerta às agências sobre a pontencialidade do advento de uma avalanche de ações.¹⁰⁴¹

O processo envolvendo decisões ou questionando opções feitas pelas agências deve merecer redobrada atenção do magistrado. Este é um desafio para o magistrado brasileiro da atualidade. Centenas ou até milhares de feitos são distribuídos a cada ano, muitos deles idênticos quanto ao objeto. Para fazer frente a esse desafio há uma tendência das instâncias de administração judicial darem ênfase à rapidez na solução dos processos o que faz surgir uma verdadeira "linha de produção" de sentenças.¹⁰⁴²

4.4 POSTURAS JUDICIAIS NO CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.4.1 Evitar decisões contraditórias proferidas em processos individuais

As peculiaridades do sistema de *civil law*, tal como a inexistência de sistema vinculativo de precedentes, dá ensejo a fenômenos de difícil absorção pela sociedade, tal como o fato de juízes adotarem decisões variadas e por vezes antagônicas para demandas análogas que, por razões diversas, vêm a transitar em julgado. Pessoas

¹⁰⁴⁰ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes lembra que, por uma questão lógica, os conflitos individuais devem ser resolvidos individualmente, enquanto os litígios essencial ou acidentalmente coletivos precisam contar com a possibilidade de uma solução metaindividual. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. p.32).

¹⁰⁴¹ Como exemplo veja-se o caso das tarifas de energia. A ANEEL em atitude pioneira e louvável buscou solucionar a questão com reuniões e esclarecimentos.

¹⁰⁴² O Conselho Nacional de Justiça tem estabelecido metas quantitativas de julgamentos que devem ser proferidos a cada ano. As Corregedorias têm intensificado sua atuação e exigido cada vez mais a solução rápida dos litígios.

com situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado.¹⁰⁴³

Aluísio Castro Mendes vê nas ações coletivas uma função decisiva na tarefa de eliminar essas disfunções, por concentrar a resolução de lides no processo coletivo, eliminando assim a possibilidade de soluções singulares contraditórias.¹⁰⁴⁴

Ovídio falando do paradigma racionalista, destaca, ainda, que "O conceitualismo que sustenta pensamento dogmático na ciência processual, alimenta-se dessas vertentes doutrinárias. Ele é a grande barreira oposta à criação jurisprudencial do direito, conseqüentemente à hermenêutica"¹⁰⁴⁵.

Na exposição de Motivos do Anteprojeto de novo Código Civil consta no Livro IV: "A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia"¹⁰⁴⁶.

A solução legislativa apontada não resolverá o problema, cabendo ao juiz do processo adotar medidas, em cada caso concreto, para evitar decisões conflitantes.

4.4.2 Atuar para evitar o descumprimento da decisão judicial

O provimento jurisdicional é a manifestação típica do Estado-Juiz. Após a apresentação da demanda, veiculando uma pretensão, a parte contrária se manifesta. Após os atos de accertamento quanto aos fatos, o juiz profere sua decisão. É um método consagrado e arraigado na cultura, embora a práxis brasileira demonstre

¹⁰⁴³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. p.35.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p.36.

¹⁰⁴⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.84

¹⁰⁴⁶ A doutrina se apressa a pontuar que, embora necessária a padronização decisória para fazer frente à litigiosidade repetitiva, não deve haver simples repetição mecânica de julgados, formados mediante poucos debates em poucos recursos escolhidos para análise pelos Tribunais Superiores. Ver: NUNES, Dierle. A litigância de interesses públicos e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. **Revista de Processo RePro**, São Paulo, n.199, p.81, set. 2011. O autor sugere as premissas para a utilização de padrões decisórios (precedentes): a) esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como padrão decisório; b) integridade da reconstrução histórica sobre a aplicação da tese ou do instituto no tribunal; c) estabilidade decisória dentro do tribunal (*stare decisis* horizontal); d) aplicação discursiva do precedente pelos órgãos judiciais inferiores (*stare decisis* vertical); e) fixação e separação da *ratione decidendi* e *obiter dicta* da decisão; f) Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e revogação (*overruling*) do precedente. (p.81/82).

que a regra é o processo como técnica de administração de prazo. A começar pelo Poder Público, que utiliza todos os recursos até finalmente cumprir a decisão de órgão do seu próprio sistema estatal. Quando a condenação envolve pagamento de quantia, o sistema constitucional consagrou a técnica do pagamento mediante precatório que, embora salutar do ponto de vista de igualar os credores, não garante o pagamento, como demonstram as sucessivas emendas constitucionais instituindo verdadeiras moratórias em favor da Fazenda Pública.¹⁰⁴⁷

O que seria razoável esperar dos órgãos estatais seria a aceitação das decisões judiciais, utilizando-se, no máximo, o duplo grau, um recurso de revisão que traria maior celeridade e maior segurança jurídica.

Por outro lado, a superposição quase automática de instância extraordinária e especial revela uma certa irracionalidade do sistema. Se a própria Fazenda Pública recorre de maneira contumaz, porque esperar que o cidadão se conforme com decisões judiciais sem esgotamento. Para o observador externo a mensagem que é extraída da conduta processual do Estado-litigante é: esgote todos os meios recursais disponíveis porque o sistema não é confiável e os benefícios obtidos com a morosidade são certos.

Há ainda uma lógica perversa. A máquina judiciária estatal é morosa na solução dos conflitos e o Poder Público, encarregado de manter essa estrutura se beneficia de sua própria ineficiência.

A verticalização de muitas questões, ou seja, a concentração de decisões nos órgãos da cúpula do Judiciário é um recurso cada vez mais usado. Uma solução seria aumentar a efetividade das decisões de primeiro grau. Como fazer isso? Deve-se recorrer à mesma lógica que incentiva o adiamento das soluções: adotar sanções econômicas para os litigantes que insistirem em recorrer mesmo diante de uma decisão judicial.

¹⁰⁴⁷ Constituição Federal. Atos das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 30, de 2000).

A jurisdição decide conflitos no caso concreto, com efeito *inter pars*. Direito não se limita apenas à lei, logo, direito pode ser criado pela jurisdição. Contudo, "não podemos sobrevalorizar a importância desse direito judicial, porque o legislador pode operar, a qualquer momento, uma 'alteração' da situação jurídica existente, através da criação de normas jurídicas"¹⁰⁴⁸. No sistema anglo-americano vigora o realismo legal (*law is what the courts wil do*). No sistema continental, ao contrário, o costume judicial não é fonte de direito, embora influencie, não raras vezes, a formação de um direito consuetudinário.¹⁰⁴⁹

Por outro lado, não são raros os casos de descumprimento das decisões judiciais ou de demora na adaptação da conduta por parte das agências, e órgãos públicos em geral. Para fazer frente a essa lamentável prática se propõe, de *lege ferenda*, a imposição de multa ao dirigente da agência que deixar de cumprir a determinação judicial, após o esgotamento dos recursos ordinários.

Dada a semelhança no que diz respeito ao número de agências, à vastidão territorial e à amplitude permitida pelo modelo de *judicial review*, é viável a circulação de institutos e soluções entre os dois sistemas processuais.

A adoção de medida semelhante ao *Contempt of Court* dos sistemas de *common law*¹⁰⁵⁰ não seria de todo indesejável, mormente porque não se admite o descumprimento das decisões judiciais pelos órgãos do próprio Estado, sobretudo na realidade processual brasileira, bastante generosa no que se refere ao cabimento de recursos em diversas instâncias de revisão e parcimoniosa ao permitir a suspensão de provimento judicial (liminar ou sentença), por razões de governabilidade.

O ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente o instituto da suspensão de sentença e de liminar.¹⁰⁵¹ Reconhecendo a necessidade de certos instrumentos de preservação de governabilidade, concentrou o legislador, na figura do presidente

¹⁰⁴⁸ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito administrativo** (Verwaltungsrecht). Tradução: António Francisco de Souza. 11.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v.1. p.355.

¹⁰⁴⁹ WOLFF; BACHOF; STOBBER, *loc. cit.*

¹⁰⁵⁰ MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of court, civil and criminal. 43 **Col. L.R.** 780 (1943).

¹⁰⁵¹ Previsto na Lei n.º 4.348/64 (Art. 4.º) e mantida na Lei n.º 12.016/2009, que trata do Mandado de Segurança individual ou coletivo: "Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição."

das cortes de justiça, a possibilidade de suspensão de julgados, para evitar grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas. Vale dizer, a autoridade dirigente de órgão público tem à disposição instrumento eficaz para levar ao conhecimento do Judiciário razões de interesse público que recomendem o não cumprimento de ordem judicial.¹⁰⁵²

Portanto, a conduta recalcitrante deve ser tratada com mais severidade, preconizando-se a aplicação de multas (*astreintes*) não ao órgão destinatário da ordem judicial, pois implicaria na socialização da penalidade, mas ao dirigente com competência para praticar o ato regulatório ou suspender a sua aplicação. Devem ser ressalvadas, contudo, as hipóteses, não raras, de ordens judiciais endereçadas a quem não detém atribuição ou poderes para recebê-las e cumpri-las.

4.4.3 Delimitar o objeto litigioso e buscar a economia processual

Conforme visto anteriormente, os atos de regulação expedidos pelas agências podem ser classificados em três categoriais: a) atos de regulação normativa; b) atos de regulação executiva e c) atos de regulação judicante.¹⁰⁵³

A classificação é útil para que o juiz antevêja o grau de dificuldade da causa na primeira apreciação da petição inicial de ação contra ato de agência reguladora. A parte autora pode estar se voltando apenas contra um texto normativo, uma resolução da agência, que exigirá apenas a solução de matéria de direito, sendo desnecessária produção de provas, como no precedente a seguir transcrito:

AGÊNCIAS REGULADORAS – ANP – GLP – REDUÇÃO DE QUOTA – PORTARIA MINFRA N.º 843/90 – IDENTIFICAÇÃO DE FABRICANTES DE BOTIJÕES – INEXISTÊNCIA DE ARBITRARIEDADE. Demanda proposta em 1997, pouco antes da criação da ANP, que objetivava atacar o ato administrativo que reduziu a cota de gás de cozinha da Autora, distribuidora do setor, sob a alegação de não cumprimento das normas regulamentares. A Portaria MINFRA n.º 843/90, que, à época do ajuizamento da ação, cuidava da atividade de distribuição de GLP, continha preceitos que

¹⁰⁵² No julgamento da Suspensão de Liminar 228, o Supremo Tribunal Federal não acolheu o argumento de violação do princípio da legalidade orçamentária e da cláusula de reserva do financeiramente possível, "diante da expressa determinação constitucional de primazia na formulação de políticas sociais econômicas nessa área (de saúde), bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva". (MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.74).

¹⁰⁵³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

evidenciavam preocupação constante com a identificação do fabricante dos botijões, e a origem das aquisições, tendo em vista a proteção do consumidor e do interesse público. A Apelada foi intimada para demonstrar o cumprimento de tal exigência, mas o fez apenas em parte, daí resultando a redução de sua quota de GLP. É incorreta a tese de aplicação da norma apenas para os futuros botijões. Não houve afronta ao princípio da razoabilidade. Não há que se falar em quebra de isonomia. Se a medida foi aplicada à Apelada, mas não a todas as outras distribuidoras, o correto é exigir a sua aplicação às demais, através dos meios que o ordenamento confere, e não procurar se eximir, com base na igualdade de tratamento. Sentença reformada. Apelação provida.¹⁰⁵⁴

A parte autora pode estar apontando apenas uma omissão da agência reguladora, como no caso seguinte:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE OBTER REGULAMENTAÇÃO QUE PERMITA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. VIA ADEQUADA. IRRAZOABILIDADE DE NEGATIVA DE REGULAÇÃO. DIREITO DE COMERCIALIZAR ÁGUA DESSALINIZADA SEM REGISTRO NA ANVISA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A via do mandado de segurança é adequada quando se trate de tema de direito, sem necessidade de prova, cuja solução se busca pela simples análise das normas aplicáveis a fato incontroverso. 2. A comercialização de água para consumo humano depende de prévia análise e registro na ANVISA, não existindo direito líquido e certo de se furta ao controle dessa instituição, gerando risco para a saúde e a vida. 3. A ANVISA, por sua vez, não pode simplesmente se negar a cumprir seu dever de regulamentar e examinar produto novo que surge no mercado. Considerando a novidade do produto e as providências necessárias segundo a própria ANVISA, fixa-se o prazo razoável de um ano para elaboração do regulamento e análise do produto da Apelante, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00. 4. Apelação provida em parte.¹⁰⁵⁵

O mesmo se dá quando a parte impugna um auto de infração lavrado pela agência, mas o faz apenas sob os aspectos formais, ou seja, não nega o substrato fático que deu origem à imposição da penalidade. Limita-se a apontar vícios de forma, de competência ou de interpretação da norma que fundamenta a punição. Veja-se o caso seguinte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANVISA. LEI N.º 6.437/77. EMPRESA DE AVIAÇÃO CIVIL. TRANSPORTE DE PASSAGEIRO DA COLÔMBIA PARA O BRASIL SEM O ATESTADO DE VACINAÇÃO CONTRA FEBRE AMARELA. INFRAÇÃO SANITÁRIA. CONTRADITÓRIO.

¹⁰⁵⁴ TRF 2.^a Região – TRF2. **Apelação Cível 330017**, 6.^a Turma, Rel. Des. Fed. Guilherme Couto, DJU 05.02.2009, p 126, unânime.

¹⁰⁵⁵ TRF 1.^a Região. **Apelação em Mandado de Segurança n.º 200934000179612**, 6.^a Turma, Rel. Juiz Cesar Augusto Bearsi, e-DJF1 21.02.2011, p.59.

NOTIFICAÇÃO. OBSERVÂNCIA. RECURSO ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA DE DIRETOR DA AUTARQUIA. VIOLAÇÃO AO ART. 13 DA LEI N.º 9.784/99. 1. Há previsão legal da autuação realizada pela fiscalização da autarquia, pois a conduta da impetrante, empresa de aviação civil, de transportar passageiro da Colômbia para o Brasil sem o atestado de vacinação contra a febre amarela (item 1, inciso I, da Portaria n.º 28/93 da ANVISA) configura infração sanitária sujeita a multa e outras penalidades, com previsão no art. 10, inciso XXIII, da Lei n.º 6.437/77. 2. A própria impetrante junta documento comprovando autuação e sua notificação para defesa, que não foi exercitada no tempo e modo. Contraditório oportunizado. 3. O ato de delegação de competência ao Diretor LUÍS CARLOS WANDERLEY LIMA para julgar recursos administrativos contra decisões finais da Gerência de Consultoria e Contencioso Administrativo-Sanitário da Procuradoria da ANVISA, em processos administrativo-sanitários nos termos da Lei n.º 6.437/77, por meio da Portaria n.º 275 da ANVISA, amparado pelo Decreto n.º 3.029/99, fere o art. 13 da Lei n.º 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), norma de hierarquia superior, que dispõe não ser objeto de delegação a decisão de recursos administrativos. 4. Apelação parcialmente provida para declarar a nulidade da decisão administrativa que julgou o recurso administrativo interposto pela impetrante, eis que proferida por autoridade incompetente.^{1056,1057}

¹⁰⁵⁶ TRF 1.ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança n.º 200334000095143**, 8.ª Turma, Rel. Juiz Cleber José Rocha, e-DJF1 04/12/2009, p.760.

¹⁰⁵⁷ Sobre exame do ato sob o aspecto da validade formal, veja-se também o seguinte julgado: TRF 5.ª Região. **Agravo de Instrumento n.º 101401** (200905000957117), 3.ª Turma, Rel. Des. Fed. Maximiliano Cavalcanti, decisão unânime, DJE 10/06/2011, p.251. EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE NATUREZA ADMINISTRATIVA COM BASE EM PORTARIA DA ANP. POSSIBILIDADE.PREVISÃO EM LEI. 1. Agravo de Instrumento interposto contra decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pelo Autor/Agravado para suspender a exigibilidade do crédito tributário, com a conseqüente exclusão do CADIN e suspensão da Execução Fiscal n.º 2004.81.00.016703-5, uma vez que a penalidade de multa imposta pela ANP/Agravante tem fundamento, apenas, em uma Portaria. 2. Rejeição da preliminar de inadequação da via eleita, uma vez que a jurisprudência há muito consolidou o entendimento segundo o qual o manejo da exceção de pré-executividade presta-se para impugnar execução de título executivo que não se reveste das qualidades de liquidez, certeza e inexigibilidade, desde que aferível ex officio. 3. Segundo a doutrina dominante, as agências reguladoras, pela própria formação de seus técnicos, detêm legitimidade para a interpretação de termos fluidos e imprecisos previstos nas normas gerais e setoriais, também chamada de discricionariedade técnica. 4. O art. 238, da CF/88, foi regulamentado pela Lei 9.478/97, que instituiu a ANP com competência para a edição de atos normativos secundários com a finalidade de cumprir sua missão institucional, a saber, fiscalizar e regular o mercado de combustíveis. 5. Malgrado o auto de infração refira-se exclusivamente à Portaria MME n.º 009/1997, que dispõe sobre a atividade de Revendedor Varejista de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, a infração é prevista na Lei n.º 9.847/99, cujo art. 3.º, I, estabelece pena de multa àquele que "exercer atividade relativa à indústria do petróleo, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, sem prévio registro ou autorização exigidos na legislação aplicável". 6. Hipótese em que também não merece prosperar a alegação de que a Lei n.º 9.847/99 é posterior à data da lavratura do auto porque se trata de conversão de Medida Provisória, cuja primeira edição (n.º 1.670) data de 24.6.1998, portanto, antes da autuação (de 28.12.1998). 7. Agravo parcialmente provido.

Mas a parte autora pode estar se insurgindo contra a aplicação de multa por alegada inexistência da conduta lesiva¹⁰⁵⁸ e, nesse caso, a tarefa do juiz pode exigir a instrução da causa com todos os desafios inerentes:

AÇÃO ORDINÁRIA. ANVISA. INFRAERO. AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Não há que se falar, no caso em tela, na ocorrência da prescrição da ação punitiva da administração pública, uma vez que, desde a ciência da lavratura do auto de infração, a ANVISA deu andamento ao processo administrativo para sua apuração, não tendo este, no seu decorrer, permanecido paralisado por tempo suficiente para dar ensejo à consumação do prazo prescricional. 2. Não merece ser acolhida a tese de nulidade do processo administrativo devido à não observância do devido processo legal (contraditório e ampla defesa). O documento de fl. 176 revela ter a INFRAERO tomado ciência do auto de infração contra si lavrado em 15/02/01, ato pelo qual foi notificado de que teria o prazo de 15 dias para apresentar defesa ou impugnação. 3. Se a INFRAERO deixou de se manifestar sobre os fatos descritos no auto de infração foi por desídia de sua parte, e não, como pretende, por não ter a ANVISA lhe possibilitado o exercício do seu direito de defesa. 4. De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, foi constatada a seguinte irregularidade: presença de depósito irregular de resíduos sólidos – "bota fora" – localizado a céu aberto na área verde localizada próxima à rotatória da Rodovia Santos Dumont, conforme registrado no Termo de Visita n.º 005/01. 5. A INFRAERO não logrou êxito em comprovar não ter sido ela a responsável pela acumulação dos resíduos, nem tampouco a alegação de que "no contrato de áreas verdes a empresa contratada efetuava o corte de grama e acumulava o mesmo sobre o gramado já limpo, para recolher em ato subsequente, assim, não havia 'acúmulos' decorrentes da INFRAERO, logo, não sendo a ANVISA ciente deste procedimento, presumiu-se tratar de 'bota fora' a céu aberto, procedendo assim à lavratura do AIS n.º 073/01, deixando inclusive de considerar que trata-se de área cercada de chácaras" (fl. 06). 6. Não havendo nos autos qualquer prova capaz de elidir a presunção de legitimidade que milita em favor do ato administrativo, não se vislumbra qualquer irregularidade capaz de gerar a nulidade do auto de infração sanitária e da multa aplicada. 7. Apelação a que se dá provimento.¹⁰⁵⁹

A mesma exigência de fundamentação, por óbvio, se faz presente. Contudo por envolver exame de matéria fática, o juiz deve indicar qual o modelo de constatação utilizou para fundamentar sua decisão.

¹⁰⁵⁸ TRF1. **Agravo de Instrumento – 200301000058875**, 6.^a Turma, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 22.09.2003 p.106. COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGENTE MARÍTIMO. INFRAÇÕES SANITÁRIAS. RESPONSABILIDADE. 1. Não havendo, a um primeiro exame, prova da existência de nexo de causalidade entre a atuação do agente marítimo e as infrações ensejadoras dos autos lavrados pela ANVISA, confirma-se a decisão agravada que suspendeu a exigibilidade das multas. 2. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento.

¹⁰⁵⁹ TRF3. Apelação Cível 1671384 00115089220074036105, 3.^a Turma, Rel. Des. Federal Cecilia Marcondes, CJ120.01.2012.

Conforme o magistério de Danilo Knijnik na experiência judiciária brasileira, não se tem o hábito de previamente indicar o modelo de constatação utilizado na decisão judicial, devendo o juiz, como questão prévia e capítulo essencial do julgamento, enunciar o modelo de constatação pelo qual formará o juízo de fato, submetendo-o ao contraditório e à discussão das partes.^{1060,1061}

Relativamente aos processos envolvendo atos das agências reguladoras, cabe a advertência de que, em muitos casos, a utilização do modelo de mera preponderância é inadequado. Em alguns casos, a constatação de infrações pelas agência pode ter consequências criminais para os agentes econômicos apontados como responsáveis.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA POR TRANSPORTE SEM AUTORIZAÇÃO DE VIAGEM. 1. O Decreto 2.521/98 regulamenta as disposições da lei 8.987/95 e a imposição de penalidades nele previstas não infringe o princípio da reserva legal. Improcedência do pedido de condenação da ré para impor obrigação de não fazer consistente na abstenção de aplicação de penalidade de multa e de apreensão de veículos de propriedade da empresa transportadora. 2. No caso em exame não se reconhece a ilegalidade da autuação fiscal, por transporte irregular de passageiros, em virtude de não ter a empresa transportadora comprovado ter autorização para a realização da viagem – sob a modalidade de fretamento. O documento juntado aos autos não fora expedido pela ANTT e não está assinado por autoridade competente para autorizar a realização da viagem especial. Improcedência do pedido de anulação de auto de infração. 3. Nega-se provimento ao recurso de apelação.¹⁰⁶²

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – MANDADO DE SEGURANÇA – ÁGUA MINERAL: COMPOSIÇÃO (FLUORETO) – DESCARACTERIZADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, 128 E 460 DO CPC – RECURSO PROTRELATÓRIO E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – MULTAS AFASTADAS. 1. O Colegiado, ao rejeitar os embargos de declaração, implicitamente afastou a alegação de julgamento extra petita.

¹⁰⁶⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.32.

¹⁰⁶¹ Conforme ensina o autor: "Existem dois modelos de constatação fundamentais extremos, dos quais se pode partir e aos quais se agrega um terceiro, de natureza intermediária, formando-se uma estrutura de três modelos, quais sejam, o juízo de fato formado a partir de uma *preponderância de provas*, de uma *prova clara e convincente* (intermediário) e de uma *prova além da dúvida razoável*. Em ordem decrescente de grau probabilístico, o primeiro consiste na chamada prova além da dúvida razoável. É o que vigora no processo penal. Em outro extremo está a preponderância de provas, empregado, via e regra no processo civil." (*Ibid.*, p.37).

¹⁰⁶² TRF1. **Apelação Cível - 200338000691869**, 15.^a Turma, Rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, e-DJF1 26.10.2011, p.70: A Turma Suplementar, por unanimidade, negou provimento à apelação.

Inocorrência de violação dos arts. 128 e 460 do CPC, porque ao Tribunal, após a reforma da sentença que reconheceu a inconstitucionalidade da lei municipal, foram devolvidas todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1.º do CPC), tendo a liberdade ainda para aplicar ao caso concreto as normas que entendesse pertinentes (*iura novit curia*). 2. Embora não tenha havido manifestação expressa no acórdão recorrido sobre os dispositivos da Lei 9.782/99, que criou a ANVISA, reconheceu sua competência e a vigência da Resolução RDC 54, o que afasta a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Hipótese dos autos que demandaria a interposição de recurso especial pela alínea "b" do permissivo constitucional (competência do STJ transferida ao STF por força da EC 45/2004), porquanto necessário o cotejo da legislação local em face da legislação federal. 4. Multas afastadas diante do teor da Súmula 98/STJ. 5. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.¹⁰⁶³

Portanto, deve o juiz evitar a ampliação do objeto litigioso, mas, quando verificar que esse efeito é inevitável deverá ampliar igualmente a oportunidade da atuação das partes, indicando, desde logo, o modelo de constatação de provas a ser utilizado.

4.4.4 Diligências informativas, apresentação de memoriais e audiência às partes

É fato notório que, principalmente nos tribunais, os advogados, na preparação para o julgamento, apresentam memoriais e pedem audiência para expor suas razões individualmente.

A medida parece salutar, mormente se considerada a massificação de demandas e a avalanche de processos, adicionando-se que as pautas de julgamentos incluem centenas de processos.

Esta é a maior crítica que se faz aos tribunais superiores: que eles estariam decidindo determinados casos por motivação política. Tal crítica, contudo, não procede. Retirando obviamente os casos das ingerências ilícitas nos julgamentos¹⁰⁶⁴, o que

¹⁰⁶³ STJ. RESP 200501153419, RESP - RECURSO ESPECIAL – 766521, 2.^a Turma, Rel. Eliana Calmon, DJ 03.10.2005 p.00233.

¹⁰⁶⁴ Em todos os julgamentos a decisão é tomada após a intervenção de diversos fatores. As partes, o Ministério Público, terceiros interessados, *amicus curiae*, além dos auxiliares diretos do juiz (serventuários, meirinhos, peritos). A influencia por eles exercida é legítima e tanto que é regulada pelo direito processual civil, quer sob o aspecto da forma, quanto do momento e até mesmo quanto aos argumentos que podem ou não ser utilizados (preclusão lógica, temporal ou consumativa).

ocorre no âmbito de um processo judicial é uma debate em torno de uma tese sendo que as partes pretende convencer o magistrado do acerto de sua tese. As peças processuais, a manifestação orais, a produção de provas, são instrumentos com os quais as partes e outros atores processuais procuram influenciar o juiz.¹⁰⁶⁵

Principalmente no caso de questionamento de decisão das agências em que potencialmente podem ser afetados outros prestadores ou fornecedores, bem como, o usuário, como de resto a política regulatória setorial, é útil, e muitas vezes necessário, o fornecimento de dados adicionais ou informações sobre o alcance e as consequências da decisão. O pensamento dominante no Superior Tribunal de Justiça é pelo direito do advogado ser recebido pelo juiz do processo.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁵ Não menos polêmica é a praxe, muitas vezes salutar, dos advogados pedirem audiência ao juiz de primeiro grau ou ao Relator no tribunais para expor pessoalmente suas razões ou requerer providências urgentes. A Lei n.º 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia): Art. 7.º São direitos do advogado: VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada.

¹⁰⁶⁶ STJ. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 18.296/SC** (2004/0075074-1), 1.ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, j. 28.08.2007, DJ 04.10.2007, p.170. Julgamento unânime. Participaram do julgamento os Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki. EMENTA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FIXAÇÃO DE HORÁRIO PARA ATENDIMENTO DE ADVOGADOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 133, DA CF, 35, IV, DA LOMAN, E 7.º, VIII, DA LEI 8.906/94. CONFIGURAÇÃO DE ATO ILEGAL E ABUSIVO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. 1. No caso dos autos, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra a Portaria 1/2003, editada pelo Senhor Juiz de Direito da Vara de Família do Foro Regional do Continente da Comarca de Florianópolis/SC, que fixou horário para o atendimento das partes e de seus advogados, excepcionando os casos emergenciais e advogados oriundos de outras Comarcas do Estado e de outras Unidades da Federação. O Tribunal de origem denegou a ordem por ausência de direito líquido e certo. 2. É evidente a ilegalidade e inconstitucionalidade da portaria expedida pelo magistrado em primeiro grau de jurisdição, que limitou o exercício da atividade profissional ao determinar horário para atendimento dos advogados. Especificamente sobre o caso examinado, é inadmissível aceitar que um juiz, titular de vara de família da Capital Catarinense, reserve uma hora por dia para o atendimento dos advogados, os quais, em razão das significativas particularidades que envolvem o direito de família, necessitam do efetivo acesso ao magistrado para resolver questões que exigem medidas urgentes. Assim, a afirmação do Tribunal de origem de que "a alegação de violação ao direito do livre exercício é pueril" não é compatível com a interpretação constitucional e infraconstitucional sobre a questão. 3. O art. 133 da Constituição Federal dispõe: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.". A redação da norma constitucional é manifesta no sentido da importância do advogado como elemento essencial no sistema judiciário nacional. Como figura indispensável à administração da justiça exerce função autônoma e independente, inexistindo dependência funcional ou hierárquica em relação a juizes de direito ou representantes do Ministério Público. 4. Por outro lado, o art. 35, IV, da LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), estabelece os deveres do magistrado, entre os quais a obrigação de "tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência". Dispõe o art. 7.º, VIII, do Estatuto da Advocacia, ao relacionar os direitos do

A decisão, embora fundada em sólidos precedentes e em textos de lei, cria certas desigualdades na medida em que pode ocorrer que apenas uma das partes procure o magistrado e apresente pessoalmente seus argumentos, havendo, assim, uma inegável disparidade. A solução mais adequada seria oportunizar também a oitiva da outra parte, mas tal providência pode produzir ainda mais demora na solução.

Por outro lado, é necessário destacar que, sob o aspecto da ética, tem-se preconizado que os magistrados evitem "as comunicações sem a oitiva da outra parte", como corolário do princípio da imparcialidade, que integra os valores preconizados pela publicação das Nações Unidas sobre a conduta judicial.¹⁰⁶⁷

Regimentos Internos dos Tribunais, têm obrigado as partes a apresentarem uma via dos memoriais entregues ao juiz para ser arquivada na Secretaria do órgão julgador, com a visível intenção de tornar transparentes os argumentos e os meios de convencimento que são levados ao juiz.

advogado: "Dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada.". A interpretação da legislação infraconstitucional é clara ao determinar a obrigatoriedade de o magistrado atender aos advogados que o procurarem, a qualquer momento, o que é reforçado pela prerrogativa legal que permite ao advogado a liberdade necessária ao desempenho de suas funções, as quais não podem ser mitigadas por expedientes burocráticos impostos pelo Poder Público. 5. A negativa infundada do juiz em receber advogado durante o expediente forense, quando este estiver atuando em defesa do interesse de seu cliente, configura ilegalidade e pode caracterizar abuso de autoridade. Essa é a orientação do Conselho Nacional de Justiça que, ao analisar consulta formulada por magistrado em hipótese similar, estabeleceu a seguinte premissa: "O magistrado é SEMPRE OBRIGADO a receber advogados em seu gabinete de trabalho, a qualquer momento durante o expediente forense, independentemente da urgência do assunto, e independentemente de estar em meio à elaboração de qualquer despacho, decisão ou sentença, ou mesmo em meio a uma reunião de trabalho. Essa obrigação constitui um dever funcional previsto na LOMAN e a sua não observância poderá implicar em responsabilização administrativa." (destaque no original). 6. Na lição do ilustre Ministro Celso de Mello, "nada pode justificar o desrespeito às prerrogativas que a própria Constituição e as leis da República atribuem ao Advogado, pois o gesto de afronta ao estatuto jurídico da Advocacia representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inaceitável ofensa ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado." (STF - MS 23.576 MC/DF, DJ de 7.12.1999). 7. Sobre o tema, os seguintes precedentes desta Corte Superior: RMS 15.706/PA, 2.^a Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 7.11.2005, p.166; RMS 13.262/SC, 1.^a Turma, Rel. p/acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 30.9.2002, p.157. 8. Provimento do recurso ordinário.

¹⁰⁶⁷ Cf. NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução: Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. p.65: "A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.". No item 64: "Comunicações sem a oitiva da outra parte deve ser evitadas: O princípio da imparcialidade geralmente proíbe comunicações privadas entre os membros da corte e qualquer das partes, seus representantes legais, testemunhas ou jurados. Se a corte recebe tais comunicações privadas é importante assegurar que a outra parte seja completa e prontamente informada, tudo registrado como de costume." (p.71).

A mera aparência de parcialidade é suficiente para anular uma decisão judicial, como fixado num importante precedente dos tribunais ingleses. Como pontuou Lord Chief Justice Hewart, da *King's Bench division*, não apenas deve ter sido feita a justiça, como deve também parecer que a justiça foi feita.¹⁰⁶⁸

O precedente foi recentemente aplicado pela Câmara dos Lordes, no caso Pinochet¹⁰⁶⁹, determinando-se a anulação de parte do processo por ligações de um juiz com a Anistia Internacional.

Portanto, há duas orientações aparentemente conflitantes. No direito e na *práxis* brasileira há o reconhecimento do direito do advogado de ser recebido pelo juiz, a qualquer momento, segundo dicção legal. Por outro lado, tão importante como o primeiro, há postulado de ética judicial, espelhado na exigência de imparcialidade e aparência de imparcialidade, que recomenda que se evite o contato entre o juiz e as partes, fora das hipóteses previstas na legislação processual.

Os contatos, mesmos oficiais, mas não previstos nos procedimentos podem dar a aparência de que uma parte teve mais oportunidade de apresentar seus argumentos ao magistrado, nos diversos níveis de jurisdição, o que isso violaria o devido processo legal. Os momentos de participação de todos os atores processuais estão detalhadamente previstos e tratados no Código de Processo e na legislação correlata.

De qualquer maneira, em tempos de grandes questionamentos da postura judicial e de alegações de influências indevidas, deve o juiz, por cautela, lançar registro no processo sobre as audiências concedidas às partes e seus procuradores, bem como, as informações, pareceres técnicos e memoriais que tenha recebido.

¹⁰⁶⁸ *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* ([1924] 1 King's Bench 256, [1923] All ER 233: "... *that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.*" Esse caso constitui um importante leading case inglês sobre imparcialidade dos juízes. Em 1923, McCarthy, um motociclista se envolveu num acidente de trânsito, que resultou numa ação penal contra ele por direção perigosa perante à Magistrates Court. Não era do conhecimento dele (réu) e de seu advogado, que o Secretário do Juiz era membro da firma dos advogados que tinham previamente ajuizado a ação civil de indenização, que deu origem à ação penal. McCarthy foi condenado criminalmente. Vindo a tomar conhecimento das ligações do secretário do juiz, requereu a nulidade de sua condenação. Os juízes do caso alegaram, sob juramento, que a decisão de condenar o réu, foi tomada sem qualquer consultar ao servidor da justiça. Trata-se de precedente famoso por estabelecer o princípio de que a mera aparência de parcialidade é suficiente para anular uma decisão judicial.

¹⁰⁶⁹ Judgment - in *Re Pinochet*. House of Lords, 15.01.1999, Lord Browne-Wilkinson. (Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2011).

Assim procedendo, além de dar aplicação ao princípio da publicidade processual, que constitui uma garantia para as partes e um freio no exercício de um poder, do qual é tão fácil abusar, contribuindo para intensificar a responsabilidade social e neutralizar os vínculos hierárquicos e o espírito de corpo.¹⁰⁷⁰

Ademais, diante da complexidade das questões regulatórias a cargo das agências e das consequências que podem derivar do provimento jurisdicional, é recomendável a postura de maior receptividade do magistrado quanto ao recebimento de informações, desde que assegurado o mesmo tratamento à outra parte e ao Ministério Público.

4.4.5 Especialização de órgãos julgadores e arbitragem

Veja-se que, em alguns setores, os agentes econômicos privados preferem submeter suas controvérsias à decisão arbitral. Dentre os motivos apontados para que se prefira a decisão arbitral tem-se: o sigilo, a possibilidade de escolher de mútuo acordo um especialista na matéria, o custo do procedimento e, por fim, a possibilidade de rápida solução.

Nesse sentido, Vincenzo Vigoriti salienta que a mediação é a única novidade significativa no direito processual italiano, ressaltando a crise de criatividade do processo civil.¹⁰⁷¹

Efetivamente, o processo judicial sofre uma crise de credibilidade, sobretudo no que se refere às questões que envolvam o domínio de conhecimentos complexos.¹⁰⁷² Embora se trate de uma tarefa que o Estado chama a si, impedindo a autotela, em

¹⁰⁷⁰ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.122.

¹⁰⁷¹ VIGORITI, Vincenzo. Mito e realtà: processo e mediazione. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo, n.192, p.388396, fev. 2011.: "*il ruolo del processo non è più quello centrale della giustizia civile, o per meno no lo è più indiscutibilmente, nella stessa misura in cui lo era anche solo pochi decenni fa. In tutti gli ordinamenti di vértice del mondo occidentale, il processo statale ha cessato di costituire sede privilegiata di decisione delle controversie civili, ruolo che viene adesso progressivamente assunto dagli istituti di ADR (Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie/ Alternative Dispute Resolution), la cui irresistibili ascisa è il frutto, e insieme la causa scatenante, della crisi funzionale e sttrutturale del processo.*"

¹⁰⁷² Um dos fatores apontados por Cross & Harris para o prestígio dos juízes e de seus julgamentos no direito inglês é justamente o fato dos juízes ingleses serem recrutados dentre experimentados membros da advocacia, ao contrário de outros sistemas, como o francês, em que os juízes são "relativamente jovens e inexperientes", e recrutados para uma carreira no serviço público. (CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 2004. p.13).

muitos casos, o resultado não é satisfatório. A morosidade acarreta custos significativos, além de ser fator de insegurança jurídica.

Cabe observar, também, que cada vez mais as partes não têm certeza sobre quem vai julgar o seu processo. Peculiaridades relativas às carreiras da magistratura e do Ministério Público produzem grande variação na composição dos órgãos julgadores, circunstância que também é gera intranqüilidade e insegurança jurídica.

Por outro lado, a gama de recursos cabíveis, garantias asseguradas aos litigantes e a impossibilidade de obter julgamento preferencial, faz com que as partes, quando podem, optem pelo juízo arbitral. Com isso, garantem, ao mesmo tempo, uma decisão por um árbitro conhecido e num prazo fixado de comum acordo.

Além disso, a arbitragem tem as virtudes da informalidade, celeridade e sigilo, este último de vital importância em questões regulatórias, que podem afetar a confiabilidade dos prestadores de serviço. Adiciona-se, ainda, a possibilidade do árbitro decidir por equidade. E o mais importante, a decisão é fornecida por um técnico qualificado, especializado na área do litígio e que conta com a confiança recíproca das partes.

As resistências à arbitragem decorrem da desconfiança em relação à independência dos árbitros e do temor de se diminuir a cogência da ordem jurídica. Além desses aspectos, ela teria utilização restrita às hipóteses em que as partes estão em nível de igualdade.¹⁰⁷³

De qualquer forma, diante do alto grau de litigiosidade verificado na sociedade brasileira, não deve ser afastada nenhuma forma de solução alternativa de conflitos.

Cabe lembrar, *en passant*, que uma das razões da falta de prestígio dos precedentes judiciais pode ser a inexperiência ou falta de qualificação do julgador, ao lado do grande número de julgamentos proferidos, o que traz consigo a implícita conclusão de que ninguém pode julgar bem tantos casos.

Carlos Alberto Carmona conceitua 'arbitragem' como "meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem

¹⁰⁷³ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafra. In: **Seminário Brasil-Alemanha**: Pontes de Miranda (2010; Recife-PE). Brasília: CJF, 2010. p.48.

intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial"¹⁰⁷⁴.

No que se refere à arbitragem em matéria administrativa, poder-se-ia objetar que a "indisponibilidade do interesse público", viga-mestra do regime jurídico-administrativo, seria o argumento principal a desautorizar a admissão do meio arbitral de soluções de conflitos envolvendo contratos firmados com a Administração.

A admissão da arbitragem não implica, por si só, o comprometimento do interesse público, a submissão aos interesses particulares ou a sua disponibilidade, sendo perfeitamente admissível que as partes lancem mão do instituto para solucionar conflitos originados da prestação de serviços regulados ou da interpretação das normas editadas pelas agências.¹⁰⁷⁵

Uma solução para o problema da insuficiência técnica do julgador pode ser a especialização de órgãos julgadores, com competência para questões regulatórias. Tanto em primeiro grau como na instância recursal a prática quotidiana pode trazer benefícios semelhantes àqueles que motivaram a criação das agências.^{1076,1077}

Além disso, a especialização permite que o juiz acompanhe a evolução da política regulatória de cada setor regulado, o que facilita a pré-compreensão de muitos aspectos relacionados ao objeto litigioso.

¹⁰⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/1996. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.51.

¹⁰⁷⁵ Nesse sentido, Gustavo Henrique Justino de Oliveira admite a arbitragem e a transação em matéria administrativa, especialmente naqueles casos em que a matéria de direito público esteja sujeita às faculdades discricionais da Administração Pública. (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.592/593).

¹⁰⁷⁶ Conforme Moreno Molina, os argumentos clássicos em favor das agências reguladoras independentes são: 1) Imparcialidade resolutória; 2) Experiência e técnica decorrente da especialização; 3) Colegialidade dos órgãos diretivos; 4) Continuidade da política pública desenvolvida pela agência; 5) Isolamento da política partidária e 6) Incapacidade das estruturas administrativas tradicionais para os desafios modernos da atividade regulatória. (MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p.176).

¹⁰⁷⁷ Marcos Paulo Veríssimo também aponta a especialização como uma solução para "o problema da incapacidade técnica do órgão judiciário". (VERÍSSIMO, Marcos Paulo Veríssimo. **Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil**. 2002. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p.247).

Explica-se: Se os advogados das partes, representantes do Ministério Público e magistrados estão rotineiramente decidindo questões de um mesmo setor regulado, estarão mais aptos a objetivar a discussão, com estabelecimento imediato dos pontos controvertidos, economizando tempo e favorecendo uma decisão rápida.

Da mesma forma, se uma agência é costumeiramente refratária aos comandos judiciais e persiste na conduta, já considerada judicialmente ilegítima, os atores processuais podem perceber rapidamente essa prática e propor soluções coletivas, por intermédio do Ministério Público ou da Defensoria, ou ainda das associações legitimadas. O mesmo se aplica às empresas que atuam no setor regulado optando pela prática de ignorar ou descumprir normas regulatórias.

Em suma, a especialização contribui para a troca de conhecimentos e para a formação de uma experiência comum entre os atores processuais, que traz benefícios quer para à qualidade da decisão, quer para à celeridade processual.

4.4.6 Alteração voluntária da conduta administrativa e perda do objeto

Ao mesmo tempo em que o magistrado deve atuar decisivamente para buscar o cumprimento de suas decisões, deve levar em consideração a atuação resiliente da agência, quando se trata de emitir o provimento final ou de extinguir o processo, por perda do objeto, face à superveniente mudança de postura do órgão regulador.

Há que ser feita a distinção entre os casos de pronta alteração da postura da agência, diante da simples notícia de demanda judicial ou de revisão administrativa dos procedimentos, do cumprimento da decisão judicial determinando a suspensão do ato, pois nesta hipótese, não há que se falar em perda de objeto.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁸ Sobre a incoerência de perda de objeto em caso de cumprimento de ordem judicial, é ilustrativo o seguinte julgado: TRF 1.^a Região. **Apelação Cível 200134000300488**, 5.^a Turma Suplementar, Rel. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo, e-DJF1 24.08.2011, p.416. Ementa. Ementa. DIREITO ECONÔMICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEFESA DA CONCORRÊNCIA. CONSULTA AO CADE. PROCEDIMENTO NÃO OBSTATIVO DE APURAÇÃO, PELA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DE CONDUTAS POTENCIALMENTE INFRINGENTES À ORDEM ECONÔMICA. PROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO E DA REMESSA OFICIAL. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Os provimentos judiciais são de cumprimento obrigatório, sendo, portanto, descabida a tese de perda superveniente de interesse da União com base na afirmação de que a autoridade coatora aceitou e cumpriu voluntariamente a determinação contida na sentença de anulação do Processo Administrativo n.º 08012.000890/2001-11, instaurado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. 2. Como afirma a jurisprudência, "o cumprimento da sentença, nos termos nela determinados, não implica a perda do objeto do presente mandamus". De fato, "a satisfação de liminar ou de sentença ainda não transitada em

Em casos de alteração voluntária do modo de proceder, ou de simples revogação do ato impugnado, cabe ao juiz evitar a imposição de ônus sucumbenciais, concitando as partes à postura conciliatória, necessária à estabilidade das relações sociais.

Mais uma vez, cabível a lição de Rolf Stürner quando destaca que, embora no processo civil alemão as partes determinem os fatos e os meios de prova, o sucesso decorre do papel atribuído ao juiz de imprimir rápida tramitação e evitar surpresas nas decisões por meio de advertências. É esse diálogo entre o tribunal e as partes que explica o grau de eficiência jurídica.¹⁰⁷⁹ E arremata: "se a reforma brasileira prever a condução do processo pelo juiz, associando-a com o aprofundamento do dever do juiz em dialogar, estará ela no caminho certo"¹⁰⁸⁰.

4.4.7 Mudança de orientação jurisprudencial e modulação de efeitos

Conforme exposição de motivos do Projeto de CPC/2010, encampou-se, expressamente o seguinte princípio: uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões

julgado não conduz à extinção do processo ao extremo de se reconhecer a prejudicialidade dos recursos voluntário e oficial", afinal, "a jurisdição não acaba antes do trânsito em julgado da sentença de mérito" (STJ Primeira Seção. **EREsp 238877/SC**, Rel. Min. José Delgado, DJ 04.03.2002, p.174; **AMS 2003.34.00.036041-6/DF**, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, 5.ª Turma, e-DJF1 29.10.2009, p.528). 3. O cerne da questão está em se averiguar se o julgamento da Consulta n.º 0060/00, decorrente da conversão do Ato de Concentração n.º 08012.010080/98-52, impede a instauração de Processo Administrativo pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. 4. O instituto da "Consulta" segundo a revogada Resolução n.º 18/94 do CADE, permitia a "qualquer interessado, inclusive os órgãos públicos federais, estaduais, municipais e demais entidades públicas" consultar o CADE "sobre matéria de sua competência" (art. 1.º). O art. 3.º, fundamento adotado pela relatora do Ato de Concentração n.º 08012.010080/98-52 para proceder à conversão do feito em "Consulta", dispõe que "a conduta objeto da consulta poderá versar sobre prática em tese ou em andamento". 5. Os atos submetidos à Secretaria de Direito Econômico, na instauração de Averiguação Preliminar para apurar a existência de condutas infringentes à ordem econômica, foram atos concretos decorrentes das normas do acordo de auto-regulamentação das relações comerciais e éticas entre anunciantes, agências e veículos administrado pelo CENP, e não o próprio acordo em tese, objeto de análise pelo CADE nos autos da Consulta n.º 0060/00, do que se conclui pela não violação à coisa julgada administrativa. 6. Ademais, o art. 11 da revogada Resolução n.º 18/94 do CADE assinalava que as respostas proferidas em Consultas pelo Plenário não possuíam efeito vinculante sobre outros processos. Especialmente tratando-se de outras circunstâncias, ainda que relativas à mesma concentração, não poderia aquela Consulta obstar apreciação de Ato de Concentração. 7. Provedimento do recurso de apelação da União e da remessa oficial para denegar a segurança vindicada.

¹⁰⁷⁹ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafra. In: **Seminário Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda** (2010; Recife-PE). Brasília: CJP, 2010. p.44.

¹⁰⁸⁰ STÜRNER, *loc. cit.*

recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações, anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam novamente decididas à luz da nova compreensão. Isso porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso.

Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: "A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas"; "Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".

A medida é salutar principalmente num quadro de alta litigiosidade, pois permite a atuação preventiva dos advogados no aconselhamento das partes.

4.4.8 Inspeção judicial como aproximação entre direito e fato: os efeitos nocivos das novas tecnologias

A prova se destina a convencer da verdade. Pontes de Miranda defendia sua natureza extraprocessual.¹⁰⁸¹

A motivação permite às partes controlar se as razões e provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão. Seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e provas trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão.¹⁰⁸²

¹⁰⁸¹ Pontes de Miranda. "As provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato (tema probatório), que se há de provar. Não só têm por fim convencerem juízes, nem só se referem a enunciados de fato que se fizeram perante juízes". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo 3. p.404).

¹⁰⁸² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p.43.

Conforme dispõe o art 131, do CPC¹⁰⁸³, vige no ordenamento brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado, também chamado de 'persuasão racional do juiz'. Para alguns, o legislador situou-se entre o sistema da prova legal (ou tarifada) e o sistema da íntima convicção (em que o juiz julga de acordo com seu convencimento, baseado em quaisquer elementos, inclusive extrajudiciais). No ordenamento brasileiro, o juiz é livre para decidir, mas terá de valer-se das provas carreadas aos autos.^{1084,1085}

Cumprir destacar a lição de Danilo Knijnik, para quem os institutos de direito probatório ora pendem para uma dimensão demonstrativa, ora para uma persuasiva, conforme as necessidades: "regulação do procedimento probatório pede para o demonstrativo enquanto que o controle do juízo do fato e da fundamentação tende para o modelo persuasivo"¹⁰⁸⁶.

O princípio do livre convencimento tem seu custo.¹⁰⁸⁷ O sistema da prova tarifada fornecia segurança ao eliminar a arbitrariedade do juiz, adotando um critério de racionalidade nos atos de accertamento do substrato fático.¹⁰⁸⁸

A doutrina tem salientado que o livre convencimento não significa um convencimento propriamente 'livre'.^{1089,1090} A valoração da prova é livre, tendo o juiz

¹⁰⁸³ CPC. Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

No Projeto de CPC: Art. 259. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.

¹⁰⁸⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p.45.

¹⁰⁸⁵ Conforme Michele Taruffo, a distinção entre modelo 'demonstrativo' ou 'persuasivo' somente se justifica para fins didáticos, não existindo tais modelos em formas puras. São tendências, não havendo modelo unitário e antinômico. (TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. **Rivista Diritto Processuale**, Milano, v.45, n.2, p.444, apr./giug. 1990).

¹⁰⁸⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.11.

¹⁰⁸⁷ NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974. p.6.

¹⁰⁸⁸ Echandia assinala que "(ele) representou um avanço transcendental na administração da justiça e no ordenamento jurídico geral dos Estados, aos desalojar os meios bárbaros e fanáticos que caracterizavam esse último processo [...], de maneira que, no aspecto histórico, a tarifa legal merece todo tipo de elogios e ninguém pode negá-lo, sem demonstrar crassa ignorância." (ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Zavalia, 1974. p.88).

¹⁰⁸⁹ Cf. Knijnik: "Assim, respondendo à questão de saber se a livre convicção do juiz é livre, concluímos, como Fernández, que 'não parece muito própria a definição da convicção como livre, pois aos órgãos jurisdicionais não se concedem margens subjetivas." (KNIJNIK, *op. cit.*, p.19).

¹⁰⁹⁰ Para Marinoni e Mitidiero, "valoração da prova não confunde com o convencimento judicial. O que existe entre as duas é um nexó teleológico". (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p.59).

que apontar nos quais elementos se apoiou. É o sistema da livre valoração motivada, também conhecido como sistema da persuasão racional da prova.

Quando o juiz é chamado a examinar uma questão envolvendo direito regulatório, acerca de atividade regulada ou serviço público, a inspeção judicial pode ser de grande utilidade.

O vetusto praxista Lobão já destacava: "Não há princípio mais trivial no Foro, como ser a Vistoria uma prova superlativa, a melhor do mundo e superior a todas as provas, convincente das feitas por testemunhas, por documentos, e ainda capaz de destruir uma Sentença passada em julgado"¹⁰⁹¹.

A inspeção judicial ou exame judicial se distingue do exame pericial. É o exame feito diretamente pelo juiz de uma coisa material^{1092,1093}, embora seja fácil constatar que se trata de um instrumento probatório em franco desuso, talvez em face da massificação das demandas e da necessidade de uma verdadeira "linha de produção de sentença e acórdãos"¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹¹ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa. Tratado das vistorias *apud* RIBEIRO, José Silvestre. **Resoluções do conselho de estado**: secção de contencioso administrativo. Coligidas e explicadas. Lisboa: Imprensa Nacional, 1856. Tomo 5. p.33.

¹⁰⁹² Moacir Amaral Santos lembra: "Vê-se assim, que a vistoria apresentava os caracteres da *inspeção judicial* ou *exame judicial* - para distinguir de *exame pericial*, obra exclusiva de peritos - a que os italianos denominam *accesso giudiziale*, os franceses *descente aux lieux*, os espanhóis *inspección personal del juez*, os alemães e austríacos *inspección*." (SANTOS, Moacir Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1. p.138/139).

¹⁰⁹³ Em alguns julgados, têm-se dado prevalência à prova pericial em detrimento da inspeção judicial: Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INDEFERIMENTO DA PROVA ORAL. PRESCINDIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. APREENSÃO DE VEÍCULO JULGADA ILEGAL. DANOS CARACTERIZADOS. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. 1.- Não implica cerceamento de defesa o indeferimento de prova oral e da inspeção judicial quando a documental e a pericial são suficientes para o deslinde da causa, devendo o juiz indeferir as diligências que julgar inúteis ou procrastinatórias, nos termos do art. 130 do CPC. [...]. (TRF4, **APELREEX 5000100-64.2010.404.7114**, 3.^a Turma, por maioria, Rel. p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, DE 28.02.2012).

¹⁰⁹⁴ A expressão "linha de produção" vem sendo utilizada, diante da fixação de metas quantitativas que devem ser alcançadas por juízes e tribunais. Expressando uma visão crítica, o Min. Ari Pargendler, Presidente do Superior Tribunal de Justiça afirma: "Fixação de metas para o magistrado, como se o Judiciário fosse uma linha de produção ou uma empresa, é uma visão equivocada e distorcida da atividade judicial" [...] "Na medida em que o juiz começa a ser um gerente, uma unidade de produção, na visão do CNJ, ou seja, o que vale é o número de processos que ele assina, não o que ele faz, só o que ele assina, esboroa-se, dilui-se, turva-se sua função maior, seu múnus. Veja-se aqui mesmo, no Tribunal, dá-se como exemplo da evolução do Judiciário o fato de que, usando um Iphone, o juiz, mesmo estando em Hong-Kong, pode de lá fazer a chancela eletrônica de suas decisões, assinar votos, distribuir processos etc. Para mim isso não é evolução, mas um perigo para o Judiciário. A assinatura virtual é um perigo para o Judiciário; o juiz assina sem sequer ver o que está chancelando." (Entrevista publicada em: **Justiça@ – Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, v.2, n.15, set. 2010. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/revista_eletronica_justica/setembro10/index.html>. Acesso em: 05 abr. 2012).

Por outro lado, as demandas de massa envolvem matéria de direito que não demandam análise de fatos. A inspeção judicial parece estar mais ligada a uma fase em que o trabalho judicial era artesanal. Agora com o processo eletrônico, de eficácia duvidosa na medida em se limita a digitalizar velhas praxes, cada vez mais se estará dando ampla prevalência às soluções eletrônicas, o que de certa forma, conduz a uma terceirização da decisão judicial.¹⁰⁹⁵

Nessa medida, devem ser privilegiadas formas processuais que exijam a participação física e direta do juiz na prática de atos processuais. Conforme dispõe o Código de Processo Civil no seu artigo 440, o juiz pode, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoa ou coisa, a fim de esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.^{1096,1097}

A inspeção judicial poder ser direta ou indireta.¹⁰⁹⁸ Quando o objeto for inspecionado diretamente pelo juiz, mesmo que auxiliado por técnicos, a inspeção é direta. Quando o juiz fizer o exame da coisa ou pessoa por meio de um especialista que lhe transmite as conclusões imediatamente, a inspeção é indireta.

Vicente de Paula Ataíde Júnior propugna o que chama radicalização da inspeção judicial, defendendo sua realização *initio litis*:

¹⁰⁹⁵ Sobre os impactos das novas tecnologias na Administração da Justiça, ver: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Dario Almeida Passos de (Coord.). **Direito e administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006. Também: TESSLER, Marga Inge Barth. A nova gestão no judiciário. **Revista IBRAJUS - Poder Judiciário e Administração da Justiça**, Curitiba, 2008.

¹⁰⁹⁶ No Projeto de CPC, foi mantida a mesma redação: Art. 463. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

¹⁰⁹⁷ Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a previsão do artigo 441, do CPC (Ao realizar a inspeção direta, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos) trata de uma 'inspeção indireta' que não substitui nem se iguala à prova pericial. "A essência da distinção deve ser buscada na *forma* como se procede à prova. Se o exame indireto (feito pelo perito) reveste-se da formalidade natural à prova pericial – com elaboração de um laudo, formulação de quesitos etc – há verdadeira prova pericial. Ao contrário, quando a análise é realizada *imediatamente*, sem a necessidade das formalidades *próprias* à prova pericial, a hipótese será de *inspeção indireta*. Note-se que, na inspeção judicial (direta ou indireta), a característica da prova é a apreciação *imediate* do fato pelo juiz – ainda que por intermédio da avaliação realizada por um técnico -, enquanto na prova pericial o essencial está na análise técnica realizada." (ARENHARDT, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.5. Tomo 2. (arts. 342 a 443), p.613/614).

¹⁰⁹⁸ Rosenberg lembra que "inspeção judicial é a percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades e circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com litígio". (ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJE, 1955. v.2. § 177).

poderá ser determinada antes da apreciação das medidas liminares, como inspeção preliminar útil, inclusive, para a fixação do estado das coisas, quando deferida a liminar, facilitando a verificação de eventual descumprimento da ordem; havendo notícia de descumprimento da medida, o juiz inspecionará o local para se certificar da ocorrência, fixando o *dies a quo* da incidência da multa diária, ou mesmo estabelecendo outra medida executiva apta para garantir a tutela do bem jurídico.¹⁰⁹⁹

Antonio Carlos Araujo Cintra lembra que a inspeção é tomada na sua acepção mais ampla, indicando a percepção judicial por qualquer dos sentidos, seja visão, a audição, o olfato, o tato, o paladar, pois não há razão para limitá-la ao significado etimológico mais restrito.^{1100,1101}

Conforme dispõe o Código de Processo Civil no seu artigo 440, o juiz pode, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoa ou coisa, a fim de esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.¹¹⁰²

O Código de 1939 não fazia referência à inspeção embora a doutrina majoritária sempre tenha entendido que o "exame judicial", como preferia Moacir Amaral Santos não era rejeitado pelo sistema processual.^{1103,1104}

¹⁰⁹⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Em busca da oralidade perdida: radicalizando a inspeção judicial. In: HIROSE, Tadaaqui; SOUZA, Maria Helena Rau de (Org.). **Curso modular de direito processual civil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. p.253.

¹¹⁰⁰ CINTRA, Antonio Carlos Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.4. p.241.

¹¹⁰¹ Lamentavelmente, em tempos de terceirização da atividade judicial, até a inspeção judicial pode ser feita por terceiro. A Lei n.º 9.099/95, que trata dos juizados especiais, prevê no seu art. 35 que a inspeção judicial, pode ser feita pelo juiz ou 'por pessoa de sua confiança que lhe relatará informalmente o verificado'. Sobre o tema, ver: SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderlei. A produção de provas e o poder criador do juiz no juizado especial federal. **Revista Escola da Magistratura Federal da 5.ª Região**, n.3, p.157, mar. 2002.

¹¹⁰² No Projeto de CPC, foi mantida a mesma redação: Art. 463. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

¹¹⁰³ Moacir Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e comercial*, p.139: "No sistema pátrio ao juiz, como dirigente do processo (Código, art. 112) e com poder de determinar as diligências necessárias à sua instrução (Código, art. 117), nada obsta tornar para si o encargo de ocularmente conhecer as pessoas, coisas ou lugares objeto do exame ou cujo conhecimento sirva para melhor avaliação dos fatos da causa. E isto poderá fazer assistido ou não de peritos".

¹¹⁰⁴ Na posição oposta, ou seja, pela impossibilidade da perícia no ordenamento então vigente (Código de 1939), figuram Lopes da Costa e Jorge Americano para quem o sistema do código não previa o exame judicial não sendo lícito utilizá-lo como meio probatório. (AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1958. v.1. p.546; LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro**: código de 1939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947. v.2, n.323.

Pontes de Miranda¹¹⁰⁵, comentando o Código de 1939, chegou a defender a necessidade da presença do juiz nas perícias, apontando como fundamento o princípio de imediatidade, pensamento que foi confrontado por Moacir Amaral Santos.¹¹⁰⁶

No Projeto de novo CPC, não foram introduzidas grandes inovações. Foi mantida em essência a mesma disciplina do CPC de 1973. A matéria é tratada na seção VII, arts. 463 a 466. Foi retirada a palavra "direta" contida no art. 441, em vigor, que causava algumas confusões na doutrina.¹¹⁰⁷ Com efeito, a expressão "inspeção direta", fazia com que a doutrina passasse a distinguir entre a inspeção direta, feita pelo juiz com auxílio de peritos e a inspeção indireta – distinta da prova pericial – feita por técnicos, que repassavam suas impressões ao juiz.

Doutrina e jurisprudência estabeleciam clara distinção entre a inspeção indireta e a perícia, bem como, sobre a inspeção direta com auxílio de peritos e a prova pericial.

Embora não seja muito utilizada na práxis forense atual, o certo que a inspeção pode abreviar a solução de muitos litígios. Em muitos casos evitará custos de elaboração de laudos periciais. Em outros, afastará dúvidas ou controvérsias fáticas que podem ser singelamente afastadas. Em outros casos, ainda, podem ser o elemento indutor de uma conciliação pois não é de todo desconhecido que muitas vezes a administração dos prazos processuais é uma das estratégias da defesa. A presença do juiz no local dos fatos e a pronta constatação da existência ou não dos fatos, pode desde logo, eliminar pontos de controvérsia e facilitar a identificação do ponto nodal da questão. As partes, os advogados presentes, os auxiliares do juiz e o próprio magistrado, estarão reunidos.

Além de ser mais uma oportunidade de debate entre as partes, a inspeção é instrumento de prova útil para fornecer mais elementos de convicção ao magistrado. Concorda-se com Luis Fernando Nardelli, quando preconiza a maior utilização

¹¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v.2. p.260.

¹¹⁰⁶ Para Moacir Amaral Santos a inspeção ocular, pela qual o juiz sobre os fatos importantes para solução da causa era chamada de 'vistoria', compreendia qualquer exame presidido pelo juiz. (SANTOS, Moacir Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1. p.139).

¹¹⁰⁷ Projeto CPC: Art. 464. *Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos.*

dessa modalidade de prova, destacando a inexistência de hierarquia entre os meios de prova.¹¹⁰⁸

Enfim, deve-se privilegiar a práticas de atos processuais que permitam a aproximação das partes e do juiz do objeto litigioso, como forma de permitir uma solução mais consentânea com uma realidade muitas vezes não vislumbrada porque inviável de ser retratada no processo eletrônico.

¹¹⁰⁸ "Em que pese se pouco utilizada pelos juízes, sobretudo à conta do acúmulo de serviço, da lufalufa diária do fórum, é benemérita de acolheita, a todas as luzes, a inclusão da inspeção judicial no Código de Processo Civil. Além de não existir hierarquia entre as provas, são hábeis para provar a verdade dos fatos todas as fontes de prova captadas ou aplicadas por meio lícitos (CPC, art. 332 e CF, art. 5.º LV)." (NARDELLI, Luiz Fernando. **Inspeção judicial**. São Paulo: LEUD, 2007. p.225).

CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, a intervenção direta na economia deixou de ser a opção preferencial dos governos ocidentais, reservando-se ao Estado a função regulatória, com objetivo de aliar eficiência econômica, qualidade na produção de bens e prestação de serviços com preservação dos direitos fundamentais.

A criação das agências reguladoras no Brasil decorre dessa opção estatal de atribuir a regulação econômica às entidades especializadas autônomas e tecnicamente independentes, como escopo de atuar eficazmente na ordem econômica, evitando os vícios constatados na regulação tradicional e preservando os direitos fundamentais, aí incluídos a livre iniciativa e a livre concorrência.

A principal vantagem da regulação, por meio de agências, reside na fundamentação puramente técnica de suas decisões e na ausência de influências político-partidárias no processo regulatório.

A regulação por agências é fenômeno generalizado no mundo contemporâneo e suas atribuições não se limitam à edição de normas ou à fiscalização de seu cumprimento, caracterizando como atividade altamente interventiva que, em muitos casos, condiciona até mesmo o ingresso e a permanência dos agentes econômicos nos mercados e atividades reguladas. Abrangem, ainda, a fixação de padrões de qualidade dos produtos e serviços essenciais.

No ordenamento jurídico pátrio, constatou-se que a expressão "agência reguladora independente", diferentemente do conceito legal, revela uma categoria aberta que comporta entidades com características não uniformes mas que têm, como traço comum, poderes regulatórios e autonomia de atuação. Portanto, para fins de controle judicial, deve ser privilegiado um conceito ontológico que equipara às agências reguladoras, órgãos como o Banco Central do Brasil (BACEN), o Conselho Administrativo de Defesa da Ordem Econômica (CADE) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), além dos conselhos de autorregulamentação profissional.

O processo regulatório, a cargo das agências, afeta de maneira ampla as liberdades asseguradas aos agentes econômicos e os direitos dos usuários e consumidores, interferindo no mercado, na prestação de serviços públicos, substituindo a vontade dos particulares e reduzindo as suas opções para atingir finalidades, além

de, no caso brasileiro, enfrentar a difícil tarefa de assegurar a livre iniciativa num mercado refratário à livre concorrência e tradicionalmente protegido pelo fenômeno do monopólio e pelas benesses estatais.

Nesse quadro de grande protagonismo das agências reguladoras na vida social é necessário aperfeiçoar os mecanismos de controle, em especial, o controle judicial que tem o escopo de assegurar a tutela dos direitos sociais e econômicos, garantidos pelo ordenamento jurídico e afastar os riscos de desvirtuamento, inerente a qualquer órgão ou atividade estatal com prerrogativas de poder, tais como o *déficit* democrático, de excesso de poderes, a captura regulatória e até mesmo a ineficiência sistêmica.

Assim como o controle judicial das políticas públicas ensejou a chamada "judicialização da política", o controle judicial da atividade regulatória pode conduzir a uma "judicialização da atividade regulatória" (regulação judicial), com a indesejável consequência de o juiz substituir-se ao regulador e provocar desequilíbrios em setores altamente sensíveis.

O que se pretendeu demonstrar com o presente trabalho é que, por meio do processo judicial, os interessados afetados pela má atuação dos órgãos reguladores podem obter do Poder Judiciário a anulação dos atos lesivos, assegurando a proteção de seus direitos, mas sem retirar dos órgãos reguladores a atribuição originária e privativa de atuar decisivamente nos setores regulados.

O controle judicial não deve ser instrumentalizado para abolir a atividade regulatória nem para impedir a atuação dos particulares na prestação de serviços públicos (como concessionários, autorizatários ou permissionários), bem como, como forma de proteger agentes econômicos indesejosos de atuar num mercado, que nos termos da Constituição econômica, deve ser regido, entre outros, pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

O controle judicial das agências reguladoras pode ser instrumento eficaz de mediação de conflitos regulatórios, entre setores regulados e entre agências. Tomado o conflito regulatório como fenômeno que ocorre quando dois ou mais órgãos estatais se dispõem a exercer sua atividade sobre um setor da economia, o controle judicial pode proteger o destinatário das ordens conflitantes e decidir, ao menos em sede de tutela de urgência ou aparência, qual regulação deve prevalecer num caso concreto.

A tese defendida no presente trabalho é que o processo civil brasileiro tem instrumentos suficientes e pode fornecer as soluções necessárias e eficazes para adequada tutela dos direitos individuais e coletivos, quando contrapostos à atuação regulatória dos órgãos estatais.

O processo civil, tendo abandonado o viés privatista, está em constante evolução para permitir cada vez mais o foco na tutela, relativizando a feição individualista. A garantia constitucional da razoável duração do processo concretiza a ideia de que a segurança deve ceder lugar à efetividade reclamada pela 'sociedade com pressa', conforme expressão usada por Teori Zavascki.¹¹⁰⁹

O processo coletivo tem um potencial ainda inexplorado de possibilitar ao cidadão e às empresas o questionamento de resoluções dos órgãos reguladores, evitando uma verdadeira explosão de demandas individuais e facilitando a uniformização da jurisprudência, sem os inconvenientes das decisões em processos individuais que, em razão da técnica processual individual, podem ser conflitantes contribuindo para o desgaste da confiabilidade na justiça.

Não obstante as críticas e a descrença nos instrumentos de tutela coletiva de direitos, no que se refere às questões regulatórias, deve o juiz brasileiro dar preferência aos processos coletivos, como forma favorecer provimentos judiciais que atinjam o maior número de pessoas, contribuindo para a estabilidade das relações jurídicas e para a redução da litigância individual que pode comprometer o adequado funcionamento do sistema judicial.

Por constituir um subsistema dentro do processo civil, as ações coletivas permitem mais flexibilidade no alcance de soluções, muitas vezes sem os limites impostos pela dogmática tradicional.

No que se refere à atuação judicial, a postura que parece mais adequada, diante do sistema judicial desenhado pelo constituinte em 1988, é a autocontenção judicial, devendo o juiz manter-se dentro do perfil de equidistância das partes no processo, assumindo uma postura o "mais imparcial possível" e decidindo com base na metodologia peculiar às ciências jurídicas.

¹¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.12.

Os conflitos sociais nem sempre deságuam no judiciário e nem sempre serão solucionados por meio de demandas judiciais. Assumir a tarefa de manter sozinho a paz social implica ingressar numa zona conflituosa para a qual o judiciário não está preparado nem detém legitimidade.

O controle judicial das agências deve considerar, portanto, os dois vetores importantes e decisivos no sistema constitucional brasileiro, a tutela dos direitos assegurados pelo constituinte e a construção de uma sociedade livre, da qual a ordem econômica é base fundamental, condicionante e limitadora da regulação econômica estatal.

Não seria desarrazoado pensar numa solução que impusesse ao procedimento, após o transcurso de determinado limite temporal, o julgamento prioritário, a redução pela metade dos prazos para prática dos atos e a vedação à distribuição de novos casos, como comunicação aos órgãos dirigentes.

O trabalho examinou os traços distintivos fundamentais entre os sistemas jurídicos tendo constatado que, enquanto no sistema europeu continental o juiz dirige o processo, a colheita da prova e as tentativas de conciliação, no chamado *Anglo-American Adversary System*, as partes e seus advogados têm um papel instrutório destacado, revelando uma feição mais democrática e que conduz a uma maior confiabilidade na justiça.

Essa maior participação do advogado dá uma unidade ao sistema, ao contrário do sistema de *civil law*, onde as partes e advogados se sentem mais como credores de um serviço estatal que deve ser prestado de maneira eficiente, mas sem a co-responsabilização do usuário desse serviço.

As agências devem aperfeiçoar um mecanismo de revisão interna de seus atos. Especialmente nos casos dos atos regulatórios executivos, em que se rejeita o acesso de um agente econômico a um setor regulado, a melhor solução é exigir previamente o esgotamento dos recursos administrativos antes do ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário.

O procedimento administrativo é mais econômico para o cidadão e permite um controle mais amplo do ato administrativo, pois a autoridade pode examinar não apenas a legalidade do ato ou decisão, mas também a conveniência e oportunidade. Com o ingresso prematuro em juízo, a Administração perde a chance de repensar sua decisão a partir da impugnação do cidadão.

Por outro lado, uma sociedade paternalista, com nítido viés assistencialista, com uma democracia recente, ainda tende a ver o Estado como responsável privilegiado pelo atendimento de suas expectativas. Nesse contexto, a justiça não é uma construção de todos mas um serviço público que deve ser entregue às partes e advogados, sem que estes se sintam em medida mínima responsáveis por esse produto final.

A aversão ao prévio esgotamento da via administrativa tinha sua justificativa numa sociedade não-democrática, que restringia direitos e limitava as manifestações políticas. Em tal quadro, o acesso ao Judiciário deve ser garantido pelo menos formalmente, sendo arriscado exigir que o cidadão percorra a via administrativa, ela mesma oriunda de um arranjo institucional ditatorial.

Não obstante as fortes críticas, seria desejável, no caso de controle judicial dos atos das agências reguladoras, exigir-se o prévio esgotamento da via administrativa. A especialização do órgão, a atuação setorial e a estabilidade dos dirigentes representam fatores que permitem uma decisão imparcial e tecnicamente fundamentada. Ademais, atribuir-se apenas ao Judiciário a implementação dos direitos é concepção mais identificada com uma visão autoritária de justiça e de direito processual.

Relativamente ao controle judicial das agências, são notáveis os benefícios do respeito aos precedentes. Preconiza-se não somente, uma vinculação vertical aos precedentes dos tribunais superiores, mas uma maior atenção aos precedentes de outros órgãos judiciais de mesmo nível.

A vinculação ao precedente não deve mais ser vista como apenas um imperativo de autoridade das decisões superiores, pois a jurisprudência, como fonte de direito, tem uma produção contínua e não-monopolizada, alterando-se benignamente (diversidade dinâmica) sendo permeável à influência das instâncias inferiores.

O processo como *instrumento*, deve conformar-se (ajustar-se) às radicais transformações do direito material e às diversas posturas que se colocam diante da própria compreensão desse direito material, sob pena de frustrar-se como *instrumento* de realização daquele mesmo direito transformado, frustrando, a realização daquele direito.

Uma das soluções viáveis, para ser evitar provimentos judiciais conflitantes, seria a adoção de um sistema de informações, público e de fácil acesso, a cargo da

agência, que possibilitasse ao juiz obter dados acerca de ações semelhantes em curso contra a agência.

Deve o juiz dar preferência aos processos coletivos, como forma favorecer provimentos judiciais que atinjam o maior número de pessoas, contribuindo para a estabilidade das relações jurídicas e para a redução da litigância individual que pode comprometer o adequado funcionamento do sistema judicial.

A ideia central do presente trabalho é que os juízes e tribunais devem, como regra, evitar a interferência nas decisões das agências, tendo presente, que estes órgãos receberam uma delegação do legislador para o desempenho de uma função relevante, qual seja, organizar e velar pela observância de normas necessárias para adequado funcionamento do mercado.

Portanto, não cabe ao Judiciário formular as políticas públicas nem as diretrizes regulatórias dos órgãos. É evidente que nos tempos atuais cada vez mais se pede a intervenção judicial e se relativiza o papel das instância de representação popular. Questiona-se, sem maiores pudores, até mesmo decisões que antes constituíam esfera privativa dos parlamentares.

De qualquer sorte, a seleção de processos preconizada por dispositivos legais recentes, quando possibilitam ao magistrado selecionar casos para julgamento, revela em certa medida uma forma indireta de mitigar o princípio da demanda.

Solucionados esses casos que reclamam prioridade, o ideal seria que os magistrados voltassem a atenção para as ações coletivas, embora, por compreensíveis razões sejam os processos individuais que são mais bem instruídos e cujos advogados acompanham mais de perto favorecendo uma solução prioritária.

A partir da experiência colhida no direito norte-americano (*ripeness doctrine*) se preconiza maior atenção do julgador brasileiro no encerramento da instrução, pois o fato de terem sido formalmente ultrapassadas as fases do procedimento não significa que materialmente o processo esteja pronto para receber o julgamento.

Dado o protagonismo das agências nas relações de consumo e de serviço público, não é desarrazoado propor que as ações envolvendo atos de regulação (executivos e normativos), sejam julgadas preferencialmente, diante do largo espectro de influência que a decisão possa assumir.

A especialização dos órgãos judiciais para o julgamento de questões regulatórias pode ser uma medida eficaz, pois a experiência está inserida no discurso que

fundamenta as decisões, como um vetor que permite ao intérprete maior abertura aos argumentos. Como, cada vez mais, o fundamento do discurso jurídico prático e científico, é baseado não na interpretação, mas na argumentação, fica evidenciado o papel crescente da experiência, o que recomenda a criação de órgãos judiciais especializados.

A especialização de órgãos julgadores, com competência para questões regulatórias, tanto em primeira instância como em grau recursal, pode trazer benefícios da estabilidade jurisprudencial e da previsibilidade, indispensáveis em sede de controle judicial das atividades dos órgãos reguladores.

Nos casos envolvendo regulação econômica, é possível, ainda, dar aos embargos de declaração, efeitos atípicos, para conferir efeitos modificativos com intuito de corrigir falhas de julgamento, decisões contraditórias e desconsideração de precedentes vinculantes.

Nas demandas envolvendo questões regulatórias, a inspeção judicial deve ser um meio de prova preferencial, pois, em tempos de processo eletrônico e de massificação de demandas, pode, sem custos adicionais significativos, permitir o contato direto do juiz com os elementos fáticos da causa, além de oportunizar a aproximação das partes e facilitar a fixação de pontos comuns que dispensarão provas, a partir da constatação direta feita por todos.

REFERÊNCIAS

ABEL, Richard L. **American lawyers**. New York: Oxford University Press, 1986.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução: Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Review**, v.113, n.3, p.633-729, jan. 2000.

ADEODATO, João Maurício. As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n.2, p.8-29, 2007.

_____. **A retórica constitucional**: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.20, n.59, p.5-48, nov. 1993.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estúdios de teoria general de processo**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1972. Tomo 2.

ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. Una defensa de la fórmula de Radbruch. **Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.5, p.75-96, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 3.ed Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALFINI, James J.; GABLE, Jarrett. The Role of the Organized Bar in State Judicial Selection Reform: The Year 2000 Standards. 106 **DICK. L. REV.** 683, 701 (2002).

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Garantismo procesal contra actuación de ofício**. Valência: Tirant lo Blach, 2005.

_____. **Sistema Procesal**: Garantía de Libertad. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1988.

_____. Ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral. **RePro**, São Paulo, v.36, n.200, p.367-400, out. 2011.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Conhecendo melhor o *amicus curiae*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al.* **Anuário de produção intelectual 2010**. Curitiba: Wambier e Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria, 2010. p.104-115.

AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles of transnational civil procedure**. New York: Cambridge University Press, 2006.

AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1958. v.1.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionale della giustizia civile**: il modelo costituzionale del processo civile italiano. 2.ed. Torino: Giappichelli, 1997.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo. 2008. Tese (Doutoramento) - Faculdade de Direito - UFMG, Belo Horizonte, 2008.

AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. Uma análise constitucional do direito de ação no processo civil brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v.10, p.183-201, 2006.

ARAUJO, Fernando Borges. **A tragédia dos baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.

ARENHARDT, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2007. v.11. p.436-437.

ARENHARDT, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.5. Tomo 2.

_____. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.2.

ARONSON, Ori. Out of many: military comissions, religious tribunals, and the democratic virtues of court specialization. *HeinOnline*. 51 **Va. J. Int'l L.** 231 (2010-2011).

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: RT, 1989.

_____. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001.

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Em busca da oralidade perdida: radicalizando a inspeção judicial. In: HIROSE, Tadaaqui; SOUZA, Maria Helena Rau de (Org.). **Curso modular de direito processual civil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. p.225-256.

ATALIBA, Geraldo. Liberdade e poder regulamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.17, n.66, p.37-49, abr./jun. 1980.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: o desafio da regulação na experiência brasileira. **Actualidad en el Derecho Público – AeDP**, Buenos Aires, v.8, n.18/20, p.61-73, jan./dez. 2002.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Viera. Anotações acerca do 'Contempt of Court' no direito norte-americano. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.192, p.129-178, fev. 2011.

BARON, Steven. Judicial Review of Administrative Agency Rules: A Question of Timing. 43 **Baylor L. Rev.** 139, 155 n.86 (1991).

BARRA CARACCILO, Luciano. **Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA**. Torino: Giappichelli, 1997.

BARRIONUEVO FILHO, Arthur; LUCINDA, Cláudio Ribeiro. Teoria da regulação. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do setor público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.47-71.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: Ltr, 2011.

BEATTY, David M. **Human rights and judicial review: a comparative perspective**. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: RT, 2002. p.39-42.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEECH, Amy J. Extends to Agencies to Foreign Governments Affecting Commerce and Operating within the United States. 42 **Albany Law Review** 341 1977-1978.

BEEDLE, Norma J. Administrative law: veterans benefits. Judicial review on administrative procedural polices in light of the no review clause. HeinOnline. 42 **Missouri Law Review** 433 (1977).

BERCOVICI, Gilberto. Concepção material de serviço público e estado brasileiro. In: TORRES, Heleno Claudio (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartin Latin, 2005. p.61-78.

BERGER, Michael M. The ripeness mess: Part I – Getting into State Court. American Law Institute/American Bar Association (ALI ABA) SB 14, **ALI-ABA** 155, Course of Study, 17 de outubro, 1996.

BERGER, Raoul. Exhaustion of administrative remedies. HeinOnline. 48 **Yale L. J.** 981 (1938-1939).

BERLIN, Isaiah. **The proper study of mankind**: na anthology of essays. London: Chatto & Windus, 1997.

BERNASCONI, C.; GERBER, A. **La théorie du forum non conveniens**: un regard suisse. IPRrax, 1994.

BERNSTEIN, Marver H. **Regulating business by independent Commission**. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1977.

BESSO, Chiara. **La sentenza civile inesistente**. Turim: G. Giappichelli, 1997.

BISCH, Maria Isabel da Cunha. **O 'amicus curiae', as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americanas, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRAND, Robert. Community Competence for Matters of Judicial Cooperation at the Hague Conference on Private International Law: A View from the United States (August, 09 2008). **Journal of Law and Commerce**, v.21, p.191-208, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

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

_____. Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. **CLBR**, Brasília, DF, 1895. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 25 fev. 2012.

_____. Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. **DOU**, Brasília, DF, 19 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em: 10 nov. 2009.

_____. Presidente. **Mensagem ao Congresso Nacional, 2011**: 2.ª Seção Legislativa Ordinária da 54.ª Legislatura. Brasília: Presidência da República, 2012. p.384.

BRESSMAN, Lisa Schultz. How Mead has Muddled judicial review of agency action. 58 **VAND. L. REV.** 1443, 1475 (2005).

BREYER, Stephen. Judicial Review of Questions of Law and Policy. 38 **ADMIN. L. REV.** 363 (1986).

BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUSTEIN, Cass R.; SPITZER. **Administrative law and regulatory policy**: problems, text and cases. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2002.

BROWN, Henry J.; MARRIOTT, Arthur L. **Alternative Dispute Resolution- ADR**: Principles and Practice. London: Sweet & Maxwell. Brown e Marriott, 1999.

BROWN, Robert L. From Earl Warren to Wendell Griffen: A Study of Judicial Intimidation and Judicial Self-Restraint. **UALR Law Review**, v.28, n.1, p.197, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. **'Amicus curiae' no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. **Revista de Processo**, São Paulo, n.117, p.9-41, set./out. 2004.

_____. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.147, p.123-146, maio 2007.

CAIANELLO, Vincenzo. Le autorità indipendenti tra potere politico e sociale civile. **Foro amm.**, 1997.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: **Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti**. Padova: Cedam, 1950. v.2. p.48-59.

_____. El proceso como juego. In: _____. **Estúdios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Ejea, 1962. Tomo 3. p.259-294.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da jurisdição**. Salvador: Im. Of. - BA, 1957.

_____. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n.º 3337, de 13 abr. 2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário: entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2006. São Paulo: RT, 2005. p.153-165.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, v.1, n.6, p.1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

CAMERON, Charles M.; LAX, Jeffrey R. Lax. Bargaining and Opinion Assignment on the U.S. Supreme Court. 23 **J. L. ECON. & ORG.** 276 (2007).

CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v.5, n.2, p.341-370, jul./dez. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um Constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista de Processo**, São Paulo, p.16-27, abr./jun. 2000.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. **RePro**, São Paulo, v.36, n.192, p.395-415, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant Geoffrey. **International Encyclopedia of comparative law**. The Hague; Boston: Martinus Nijhoff, 1984. v.16: Civil Procedure.

CAPULONG, Eduardo R. C. Client activism in progressive lawyering theory. 16 **Clinical L. Rev.** 109 2009.

CARBONELL PORRAS, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/1996. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Atos Gusmão. Da intervenção da União Federal como 'amicus curiae'. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n.111, p.243-258, jul./set. 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del processo civil**. Tradução: Sentis Melendo, Buenos Aires: El Foro, 1997. v.3.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, p.127-139, 2004.

CARVALHO, Luíza de. Agências reguladoras são parte em 83 mil processos na Justiça Federal. **Agência CNJ de Notícias**, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13994-agencias-reguladoras-sao-parte-em-83-mil-processos-na-justica-federal>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

CARVALHO, Olavo. **O imbecil coletivo**: atualidades inculturais brasileiras. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1996.

CASSESE, Sabino. Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni. In: CASSESE, Sabino; FRANCHINI, Claudio (Coord.). **I garanti delle regole**: Le autorità indipendenti. Bologna, 1996. p.217-223.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti". In: BASSI, Franco; MERUSSI, Fabio, CARDI, E. (Coord.). **Mercati e Amministrazioni indipendenti**. Milão: Giuffrè, 1993.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução: Raul Filker, Brasília: Brasiliense, 1993.

CHAPUS, René. **Droit administratif général**. 15.ed. Paris: Montchrestien, 2001. Tome I.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Essai sur la notion juridique de service public**. Disponível em: <<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/7/chevallier.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual**. 2.ed. Tradução: Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v.2.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.4.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CINTRA, Marcos. Pobreza e educação. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, v.11, 17 out. 2008. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5889/Pobreza_e_Educacao>. Acesso em: 21 mar. 2012.

CIPRIANI, Franco. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001.

_____. Il contributo dei processualisti alla legislazione italiana (a946-1996). In: _____. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.38-59.

_____. Nel centenario del Regolamento di Klein. In: _____. **Ideologie e modelli del processo civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p.65-78.

CIRILLO, Giampiero Paolo. Il procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e la decisione contenziosa alternativa del Garante per la protezione dei dati personali. **Foro amm.**, 1988.

CIRNE LIMA, Ruy. **Pareceres**: direito público. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963.

_____. **Princípios de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: RT, 1987.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.

_____. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v.6).

COELHO, Gláucia Mara. Direito processual civil português. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.285-331.

COHEN, Amanda C. Sierra Club Environmental Litigation. **Harvard Environmental Law Review**, v.23, n.2, p.547-562, 1999.

COIMBRA, Márcio Chalegre. Agências reguladoras. **Jus Navigandi**, Teresina, v.5, n. 46, 1.º out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/454>>. Acesso em: 12 out. 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del 'giusto processo'**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

CORLETTO, Daniele. Autorità indipendenti e giudice amministrativo. In: CAVALERI, P.; DALLE VEDOVE, G.; DURET, P. (Coord.). **Autorità indipendenti e agenzie: una ricerca giuridica interdisciplinare**. Padova: Cedam, 2003. p.67-127.

CORRÊA, Fabio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.11-48.

COSTA, Alexandre. **Hermenêutica jurídica**: da teoria da interpretação à teoria da argumentação. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-viii-da-teoria-da-interpretacao-a-teoria-da-argumentacao>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Os testamentos ignorados de Ovídio Batista da Silva e Calmon de Passos. **Revista de Processo**, n.192, p.419-437, 2011.

COSTA, Maria D. Assunção. **Comentários à lei do petróleo**: Lei Federal n.º 9.478/1997. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da responsabilidade do estado por atos do juiz em face da Constituição Federal de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.30, n.118, p.99-108, abr./jun. 1993.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.

CRAMTON, Roger C. A Comment on Trial-Type Hearings in Nuclear Power Plant Siting. 58 **VA. L. REV.** 585 (1972)

CRETELLA JR., José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.6. n.1-63. p.131/132.

CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário: (Lei 11.418/2006). **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.145, p.151-162, mar. 2007.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

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

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e delle poteri**: analisi comparatistica del processo (The Faces of Justice and State Authority). Tradução italiana: Andrea Giussani e Fabio Rota. Bolonha: Il Mulino, 1991.

DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. **Major Legal Systems in the World Today**: An Introduction to the comparative study of law. Londres: The Free Press, 1985.

DAVIS, Kenneth Culp. Administrative Law Doctrines of Exhaustion of Remedies, ripeness for review, and primary jurisdiction. 28 **Tex. L.Rev.** 168, 171 (1949).

_____. **Administrative law treatise**. 2.ed. San Diego: K.C. Davis, 1978. v.1.

DAVIS, Kenneth C.; PIERCE JR., Richard J. **Administrative Law Treatise**. 3.ed. New York: Aspen Law & Business, 1994.

DEFFAINS, Bruno; KIRAT; Thierry. **Law and economics in civil law countries**. Amsterdam: Elsevier Science B.V., 2001.

DEL CORE, Sergio. Il principio di non contestazione: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali. **Giustizia Civile**, v.54, Fasc. 2, parte 2, p.112-141, 2004.

DEL DUCA, Louis F.; DEL DUCA, Patrick. An Italian Federalism?: The States, its Institutions and National Culture as Rule of Law Guarantor. 54 **AM. J. COMP. L.** 799, 835 (2006).

DERRIDA, Jacques. Force de loi: fondement mystique de l'autorité. 11 **Cardoso Law Review** 920 (1999).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo: RT, 1987.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Processo civil comparado. **Revista de Processo**, São Paulo, v.23, n.90, p.46-56, 1998.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.3.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.1.

DINH, Viet D. Threats to Judicial Independence, Real and Imagined. HeinOnline. 95 **Geo. L. J.** 932 2006-2007.

DONNELLAN, Rebecca L. The Exhaustion Doctrine Should Not Be a Doctrine with Exceptions. **West Virginia Law Review**, v.103, p.361-386, 2001.

DUCA, Louis F. del. **Introduction of Judicial Review in Italy**: Transition from Decentralized to Centralized Review (1948-1956). Successful Transplant Case Study. Disponível em: <<http://www.ialsnet.org/newsletter/articles/ConLaw/del%20duca.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011.

DUDLEY, Susan; FRAAS, Art. **The Future of Regulatory Oversight and Analysis**. Disponível em: <http://www.rff.org/Publications/WPC/Pages/09_06_08_Future_of_Regulatory_Oversight_and_Analysis.aspx>. Acesso em: 12 mar. 2012.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Ney York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Havard University Presse: Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Zavalia, 1974.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Havard University Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; GEORGE, Tracey E. On the Nature of Supreme Court Decision Making. 86 **Am. POL. Sci. REV.** 323 (1992);

EVENSEN, Elizabeth. Fifth Circuit Rejects EPA Rule Requiring State and Federal Agency Consultation as a Precondition for State Permitting Programs. HeinOnline. 19 **J. Land Resources & Env'tl L.** 131 (1991).

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8.ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FALLON JR., Richard H. The core of an uneasy case for judicial review. **Harvard Law Review**, v.121, p.1693, maio 2008.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1991.

FAZZALARI, Elio. **La giurisdizione volontaria**. Padova: Cedam, 1953.

_____. **Instituzione di diritto processuale civile**. Pádua: Cedam, 1992.

FERNANDES, Débora Chaves Martines. Relação entre demandas individuais e coletivas: "Projeto cadernetas de poupança – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul" – uma análise de caso. **Revista de Processo**, São Paulo, n.201, p.315-355, 2011.

FERRARA, Rosario. Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità? **Diritto Processuale Amministrativo**, 1999.

FERRAZ, Ricardo Barros Falcão. Motivação política no precedente judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.200, p.353-364, out. 2011.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2011.

FIORIO, Paolo. L'azione di classe nel nuovo art. 140 Bis e gli obiettivi di deterrenza e di acesso alla giustizia dei consumatori. In: **Il Caso.it**, Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi, documento n.º 1722009, 23 out. 2009. Disponível em: <<http://www.ilcaso.it/opinioni/172-fiorio-23-10-09.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

FISCHER, Keith R. Education for judicial aspirants. HeinOnline. 43 **Akron L. Rev.** 163 (2010).

FISS, Owen M. The Bureaucratization of the Judiciary. **The Yale Law Journal**, n.92, p.1442-1468, 1983.

FLORES LENZ, Carlos Eduardo Thompson. O quinto constitucional nos tribunais estaduais. **Revista Jurídica**, n.121, p.22-34, 1987.

_____. Responsabilidade do estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.210, p.147-158, out./dez. 1997.

FOUCAULT, Michel. On popular justice: a discussion with maoists. In: **Power/Knowledge: Selected interview and other writings 1972-1977**. New York: Pantheon Books, 1980. p.17-29.

_____. **A coragem da verdade: o governo de si e dos outros II: curso no Collège de France**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FRADERA, Vera Maria Jacob. O direito dos contratos no século XXI: a construção da noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.547-572.

FREGO LUPPI, Silvia A. **L'amministrazione regolatrice**. Torino: Giappichelli, 1999.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord). **Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Dario Almeida Passos de (Coord.). **Direito e administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1985.

FRIEDRICH, Carl J. **Uma introdução à teoria política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FUCHS, Ralph Follen. Prerequisites to Judicial Review of Administrative Agency action. 51 **IND. L. J.** 817, 859-911 (1976).

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. O que é a verdade? In: _____. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução: Ênio Paulo Giachini. 5.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010. p.57-71.

_____. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução: Ênio Paulo Giachini. 5.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010.

GAINER, James Bradford. Legislative veto in Ohio: The Twilight Zone of Distinction. 9 **U. Dayton L. Rev.** 557 (1983-1984).

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GALLO, Carlo E. **Le fonti del diritto nel nuovo ordinamento regionale**: una prima lettura. Torino: Giappichelli, 2001.

GARAPON, Atoine. El poder inédito de los jueces. In: VVAA. **Jueces y Derecho**. México: Editorial Porrúa, 2008.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. **Revista de Administración Pública**, Madrid, v.38, p.159-205, 1962.

GAROUPA, Nuno; GREMBI, Veronica Grembi; LIN, Shirley Ching-ping. Explaining constitutional review in new democracies: the case of Taiwan. HeinOnline. 20 **Pac. Rim L. & Pol'y J.** 1 2011

GARRY, Patrick. Judicial Review and the 'Hard Look' Doctrine. **Nevada Law Review**, v.7, n.1, 2006.

GELLHORN, Ernest. Administrative law in transition. 38 **Admin. L. Rev.** 107 (1986).

GELPE, Marcia R. Exhaustion of Administrative Remedies: The Lesson from Environmental Cases. 53 **George Washington Law Review** 19 (1985).

GENSLERI, Steven S. Judicial case management: caught in the cross fire. HeinOnline. 60 **Duke L. J.** 688 (2010-2011).

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1988. v.2.

GIDI, Antonio; TARUFFO, Michele.; STÜRNER, Rolf.; HAZARD, Geoffrey C. Comments to Draft Rules of Transnational Civil Procedure. **UNIDROIT**, Study LXXVI, doc.12, p.17-42, 2004.

GLASER, Richar A.; LEWIS, Leslee M. Redefining the Professional: The Policies and Unregulated Development of Consultant Malpractice Liability. **72 U. DET. MERCY. L. REV.** 563, 573-80 (1995);

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral del processo**. Barcelona: Labor, 1936.

_____. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamento, 2004.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia. Uma reflexão de direito constitucional e comparado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional**: constituição financeira, econômica e social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v.6). p.587-628.

GOVERT, Gary R. How many judges it takes to make a law: John Orth illuminates the History of judicial activism. **North Carolina State Bar Journal**, v.12, n.4, p.24-27, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECCO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, p.7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <www.revistaprocessual.com>. Acesso em: 29 abr. 2011.

GRECCO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.164, p.29-56, 2008.

GREEN, Leon. **Judge and jury**. Kansas City, Mo.: Vernon Law Book Co., 1930.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

HABSCHEID, Walther F (c). **Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order**. General Reports for the VIIth International Congress on Procedural Law. Würzburg, 1983.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAMEL, Marcio Renan Hamel. Judicialização da política: um ensaio sobre o procedimentalismo deliberativo na jurisdição constitucional brasileira. **Direito e Práxis**, v.1, n.1, p.148-164, 2010.

HARRINGTON, Winston; HEINZERLING, Lisa e MORGENSTERN, Richard (Orgs.). **Reforming Regulatory Impact Analysis**. Washington, DC: Resources for the Future, 2009. disponível em: <<http://www.rff.org/RFF/Documents/RFF-Rpt-ReformingRIA.pdf>>. Acesso em: 30 fev. 2012.

HARRIS, Michael J. Amicus curiae: friend or foe? The limits of friendship in American jurisprudence. Lexis Nexis. 5 **Suffolk J. Trial & App. Adv.** 1 (2000)

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: Antonio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins fontes, 2006.

HARTMANN, Guilherme Kronemberg. Apontamentos sobre repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v.4, n.5, p.310-327, jan./jul. 2010.

HEALY, Michale P. Reconciling Chevron, Mead, and the review of agency discretion: source of law and the standards of judicial review. 19 **GEO. MASON L. REV.** 4v. 19 (2011).

HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HENSLER, Deborah R. **Revisiting the monster**: new myths and realities of class action and other large scales litigation. Disponível em: <<https://www.law.duke.edu/journals/djcil/downloads/DJCIL11P179.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

HOLLIS, Duncan B. Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty. **Boston College International and Comparative Law Review**, n.25, p.235-255, 2002.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law. Lecture I.** Disponível em: <<http://biotech.law.lsu.edu/books/holmes/claw03.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens: o jogo como elemento da cultura.** 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

HUME, Robert J. **How Courts Impact Federal Administrative Behavior.** New York, London: Routledge, 2009.

JAIME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le Droit international privé postmoderne. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1995. v.2. p.44 e segs.

_____. **Betrachtungen zu einer postmodernen Theorie der Rechtsvergleichung'**. Rome: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1999. (Tradução para o italiano: 'Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica'; Multicultural Society and Private Law: German Experiences)

JARDIM, Afrânio Silva. **Da publicização do processo civil.** São Paulo: Liber Juris, 1982.

JOSH, Robbins. False Friends: Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals Under the Hotrolled Lead/Asbestos Doctrine. **Harvard International Law Journal**, n.44, p.317-329, 2003.

JOST, Kenneth. The Amicus Industry: Conservatives catch up with liberals in getting the attention of the U.S. Supreme Court. **California Lawyer**, n.21, out. 2001. Disponível em: <<http://www.callawyer.com/story.cfm?pubdt=NaN&eid=403132&evid=1>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Curso de direito administrativo.** 8.ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KAISER, Anna-Bettina. Os princípios do processo administrativo-judicial na Alemanha. Tradução: Márcio Flávio Mafra Leal. **Cadernos do CEJ**, Brasília, n.26, p.55-67, 2010.

KELLER, Scott A. Depoliticizing Judicial Review of Agency Rulemaking. 84 **Washington Law Review** 419 (2009).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **Qué es la Teoría Pura Del Derecho.** Tradução: Ernesto Garzón Valdés. México-DF: Distribuciones Fontamara, 2003.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Separata da Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.353, 2002.

_____. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Reconhecimento da sentença estrangeira e tutela da ordem pública processual pelo juiz do foro; ou a verificação, pelo STJ, do modo "modo de ser" do processo estrangeiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.156, p.64-75, fev. 2008.

KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. 72 **Yale L. J.** 694, 1963.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.1.

LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico (a cura di). **Lo Stato regolatore**. Bologna: il Mulino, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LATOURNERIE, Roger. Sur un Lazare juridique: Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie, convalescence ou jeunesse. **EDCE**, n.14, p.61-159, 1960.

LAUBADÈRE, André de; GAUDEMET, Yves. **Traité de droit administratif**. 16.ed. Paris: LGDJ, 1998. Tomo 1.

LEONEL, Ricardo Barros. Direito processual civil francês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.11-140.

LIEBMAN, Enrico Túllio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=2318>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

LINDSETH, Peter L. Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community. 99 **COLUM. L. REV.** 628, 692-96 (1999).

LOBEL, Orly. The paradox of extralegal activism: critical legal consciousness and transformative politics. 120 **Harv. L. Rev.** 939 (2006-2007).

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro: código de 1939**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947. v.2, n.323.

LOPES JÚNIOR, Aury. A incompreendida concepção de processo como 'situação jurídica': vida e obra de James Goldschmidt. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/02_2009_2_nov_fev_23_48pp.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2010.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4.ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Ação declaratória**. 6.ed. São Paulo: RT, 2009.

LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave. 41 **The American University Law Review** 1243 (1992).

LUCI, William. **Understanding and explaining adjudication**. Oxford University Press, 1999.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução: Peter Naumann. **Ajuris**, Porto Alegre, v.49, p.150-168, jul. 1990.

LUPOI, Michele Angelo. **Recent developments in italian civil procedural law**. Disponível em: <http://unibo.academia.edu/MicheleAngeloLupoi/Papers/665628/Recent_developments_in_Italian_civil_procedure>. Acesso em: 13 jan. 2011.

MACCHIATI, Alfredo Macchiati; MAGNONI, Aldo. Quale governance per le autorità indipendenti? U'Analisi economica delle leggi istitutive. **Quaderni de Finanza**, Roma, n.41, p.5-54, set. 2000.

MACEY, Jonathan R. Transaction Costs and the Normative Elements of the Public Choice Model: An Application to Constitutional Theory. 74 **VA. L. REV.** 471, 517 (1988).

MADISON, James. **The Writings of James Madison, 1783-1787**. Ed. Gaillard Hunt. New York: G.P. Putnam's Sons, 1901.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

MAGAT, Wesley A.; SCHROEDER, Christopher. Administrative process reform in a discretionary age: the role of social consequences. 301 **Duke Law Journal** 343 (1984).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANO, Gustavo; TIRYAKI, Gisele Ferreira. Contribuições da Lei do Gás para a solução de conflitos regulatórios entre a União e os Estados. **REN – Revista Econômica do Nordeste: Banco do Nordeste**, v.42, n.3, p.531-549, jul./set. 2011.

MARGULIES, Peter. Judgind myopia in hindsight: Bives actions, national security decisios and the rule of law. HeinOnline. 96 **Iowa L. Rev.** 231 (2010 2011).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

_____. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.615-678.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2000. p.72-98.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, v.9, n.100, p.7-30, abr. 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, SE, v.7, p.15-54, 2004.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. A justiça em busca de uma nova credibilidade. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003. p.33-36.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. **Concorrência e regulação: a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação sectorial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Comentários ao novo Código Civil: arts. 389/420**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.1. Tomo 2.

MATOS, Pedro Vidal. Deontologia e auto-regulação profissional na advocacia. **Boletim da Ordem dos Advogados**, Portugal, p.2-17, set. 2004.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **A funcionalidade do devido processo legal: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

_____. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAYER, Giovanna. **Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do direito**. 2009. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/21807/Giovanna%20Mayer%20Dissertac;jsessionid=533C278C35D7A719A34AD71C2F87A9E3?sequence=1>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

MAZZAMUTO, Salvatore. Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento di dati personali. **Foro it.**, v.51, 1998.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: RT, 1981.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p.28-43.

_____. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos, 1999.

_____. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. **Revista Jurídica Virtual**, v.1. v.1, maio 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm>. Acesso em: 21 fev. 2012.

_____. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do estado: união "seguradora universal"? **Jus Navigandi**, v.4, n.45, set. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.10, p.1-13, jan. 2002.

_____. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Luís Correia. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord). **Proceso civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p.375-425.

MERQUIOR, José Guilherme. **Rousseau e Weber**: dois estudos sobre a teoria da legitimidade, Rio de Janeiro: Guanabara, 1980.

MERRIL, Thomas W. Judicial Deference to Executive Precedent. 101 **YALE LAW JOURNAL** 982-985 (1992).

MIKVA, Abner J. The changing role of judicial review. 38 **Admin. L. Rev.** 115 (1986).

MILLER, Christopher J. **Contempt of Court**. Oxford University Press, 2000.

MILLER, Geoffrey. Punti cardine in tema di "class action" negli Stati Uniti e in Italia. **Analisi Giuridica dell'Economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa**, Bologna, n.1, p.211-230, 2008.

MINDA, Gary. One Hundred Years of Modern Legal Thought: From Langdell and Holmes to Posner. HeinOnline.28 **Ind. L. Rev.** 353-390 (1995).

MITCHEL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política**: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.

_____. Por uma reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo - RePro**, São Paulo, v.36, n.199, p.83-99, set. 2011.

MITIDIERO, Daniel; MONTESANO, Luigi. **La tutela giurisdizionale dei diritti**. 2.ed. Turim: Utet, 1994.

MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de 'serviço público', 'serviços de relevância pública' e 'serviços de exploração econômica' para as parcerias público-privadas, In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.433-486.

MOINI, Giulio Titolo. Amministrazioni indipendenti e nuove forme di regolazione pubblica. **Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione**, 1999.

MONROY GÁLVEZ, Juan. **Teoría general del proceso**. Lima: Communitas, 2009.

MONTERO AROCA, Juan. **I principii politici del nuovo processo civile spagnolo**. Tradução: italiana de Bratelli Magrino, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

_____. (Coord). **Proceso civil e ideologia**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.218, p.93-112, out./dez. 1999.

_____. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a 'elaboração processual de normas'. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.161-206.

_____. Agências administrativas pode regulamentar e o sistema financeiro nacional. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.133-160.

_____. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. **Revista da EMERJ** (Escolada Magistratura do Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v.4, n.16, p.11-22, 2001.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.39-54.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. Serviços profissionais e concorrência. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003. p.53-58.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of court, civil and criminal. 43 **Col. L.R.** 780 (1943).

MUELLER, Bernardo. Regulação, informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, Brasília, v.1, n.1, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução: Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

NALINI, José Renato. Os três eixos da reforma do judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.75, p.67-72, abr. 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NARDELLI, Luiz Fernando. **Inspeção judicial**. São Paulo: LEUD, 2007.

NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. **Court Administration: Caseflow Management**. Disponível em: <<http://www.ncsconline.org/WC/CourTopics/overview.asptopic=CasMan>>. Acesso em: 17 out. 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NISKANEN, William A. **Bureaucracy and representative government**. Chicago; New York: Aldine Atherton, 1971.

NOBILI, Massimo. **Il principio del liberto convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974.

NOGUEIRA, Johnson. **Pedágio**: desvendando a esfinge. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/johnson_barbosa_nogueira.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado) - PUC/Minas, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2012.

_____. A litigância de interesses públicos e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. **Revista de Processo RePro**, São Paulo, n.199, p.41-82, set. 2011.

NUNES, Edson; COSTA, Cátia; ANDRADE, Helenice; BURLAMAQUI, Patrícia. O governo Lula e as mudanças nas agências reguladoras. **Observatório Universitário**, doc. 17, jan. 2005. Disponível em: <http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos_de_trabalho/documentos_d_e_trabalho_17.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.163-178.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 Anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1999. p.234-262.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Do formalismo no processo civil**: proposta de uma formalismo valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.567-606.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.3, n.5-6, p.161-169, 2000.

_____. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. Situação jurídica do usuário do serviço público. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.17, n.69, p.45-69, jan./mar. 1984.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Direito processual civil italiano. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.243-283.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio. Sistemas procesales e ideologías. **Derecho y Humanidades**, Universidade do Chile, n.17, p.13-30, 2011.

PALAZZOLO, Vincenzo. **La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder**. Milão: Giuffrè, 1983.

PAMPLONA, Otávio Roberto. Aspectos penais. In FREITAS, Vladimir Passos. (Coord.) **Conselhos de Fiscalização profissional**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2001, p. 105-118.

PAVALKO, Ronald. **Sociology of occupations and professions**. 2.ed. Illinois: A. E. Peacock, 1988.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Natureza jurídica dos conselhos de fiscalização do exercício profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Conselhos de fiscalização profissional**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.57-74.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução: Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERINI, Antonella. Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. **Diritto amministrativo**, 1994.

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade da confiança**. Tradução: Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2000.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.17, p.121-143, ago./dez. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v.2.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo 3.

_____. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo 3.

POSNER, Richard Allen. **A failure of capitalism: the crisis of '08' and the descent into depression**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Havard University Press, 2009.

_____. **How judges think**. Havard: Havard University Press, 2010.

PREDIERI, Alberto. **L'erompere delle autorità amministrative indipendenti**. Firenze: Passigli, 1997.

PROTO PISANO, Andréa. Appunti su mediazione e conciliazione. **RePro**, São Paulo, v.187, p.231-238, set. 2010.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia. **O controle judicial dos atos do poder legislativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Fünf Minuten Rechtsphilosophie**. Gesamtausgabe. Heilderberg: A. Kaufmann, 1990. Tomo 3.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **MPMG Jurídico** – Publicação do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.4, n.18, p.8-15, out./nov./dez. 2009.

RASCIO, Nicola. Note brevi sul "principio di non contestazione": A margine di una importante sentenza. **Diritto e Giurisprudenza**, v.117, n.1/4, p.78-87, 2002.

RAWLS, John. **Political liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 1993.

REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, v.24, n.75, p.78-82, abr. 2004.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1980.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: JM Bosch, 2004.

RIBEIRO, José Silvestre. **Resoluções do conselho de estado: secção de contencioso administrativo**. Coligidas e explicadas. Lisboa: Imprensa Nacional, 1856. Tomo 5.

RICCI, Gian Franco. **Principi di diritto processuale generale**. 2.ed. Turim: Giappicheli, 1998.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. **Jurisprudência brasileira**, Curitiba, v.169, p.41-50, 1993.

ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: Dangers in quantifying the qualitative. 74 **Tenn. L. Rev.** 570 (2006-2007).

ROBERTS, Jennings. What orders of an administrative body are reviewable? HeinOnline. 31 **Geo. L. J.** 46 1942-1943.

ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. 2.ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1966.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.17, 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 fev. 2012.

ROSENAU, James N; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJE, 1955. v.2.

ROSSI, Jim. Redeeming Judicial Review: The Hard Look Doctrine and Federal Regulatory Efforts to Restructure the Electric Utility Industry. **Wisconsin Law Review**, p.763-837, 1994.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, São Paulo, n.21, p.34-45, mar./abr. 1994.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz *et al.* (Coord.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.67-94.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAMUELS, Dorothy. The Selling of the Judiciary: Campaign Cash "in the Courtroom". **Jornal New York Times**, 15 abr. 2008, p.A22.

SANDEL, Micahel J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDERS, Joseph. Scientifically complex cases, trial by jury and the erosion of adversarial processes. HeinOnline. 48 **De Paul L. Rev.** 355 (1998-1999).

SANDULLI, Aldo. Funzione pubbliche neutrali e giurisdizione. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, n.1, p.214-215, 1964.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Moacir Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAUER, Johannes. The accountability of supranational administration: The case of european union agencies. 24 **Am. U. Int'l L.** 440 (2008-2009).

SCALIA, Antonin. Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law. 1989 **DUKE L. J.** 511-515 (1989).

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee**: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1998.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: 38 estratégias (dialética erística. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. São Paulo: Topbooks, 2001.

SCHWARTZ, Bernard. **The economic regulation of business and industry**: a legislative history of U.S. Regulatory agencies New York and London: Chelsea House Publishers, 1973. v.1.

SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. **The elements of case management**: a pocket guide for judges. 2.ed. Washington: Federal Judicial Center, 2006.

SHAPIRO, Martin. The Problems of Independent Agencies in the United States and the European Union. 4 **J. EUR. PUB. POL'Y** 276, 282 (1997).

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.71-109.

SILVA, Fernando Quadros. A livre iniciativa como direito fundamental. In: SCHÄFER, Jairo Gilberto; VAZ, Paulo Afonso Brum. **Curso modular de direito constitucional**. Florianópolis: Conceito, 2008. p.147-172.

_____. Repercussão geral no recurso extraordinário: parâmetros jurisprudenciais. In: HIROSE, TADAAQUI; SOUZA, Maria Helena Rau de (Org.). **Curso modular de direito processual civil**. Florianópolis: Conceito, 2011. p.679-712.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderlei. A produção de provas e o poder criador do juiz no juizado especial federal. **Revista Escola da Magistratura Federal da 5.^a Região**, n.3, p.147-162, mar. 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva Soares. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOARES, José Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. Tese (Doutorado) - Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP), UERJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/>>. Acesso em: 12 out. 2012.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma. Tradução: João Maurício Adeodato. **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, n.7, p.251-273, 1996. Disponível em: <http://www.esmape.com.br/esmape/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=137&Itemid=99999999> Acesso em: 20 out. 2009.

SODERO, Eduardo Roberto. Reflexiones jusfilosóficas sobre el caso de los guardianes do muro. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema nos es derecho**. Buenos Aires: La Ley. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho, 2006. p.289-326.

SOKAL, Alan D.; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos**. Tradução: Max Altman, Rio de Janeiro: Record, 1999.

SOLUM, Lawrence B. Download It While It's Hot: Open Access and Legal Scholarship. 10 **Lewis & Clark L. Rev.** 841-867 (2006).

_____. **Neoformalist Manifesto**. 18 maio 2003. Disponível em: <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2003/05/a_neoformalist_.html>. Acesso em: 25 out. 2011.

SOMMERMAN, Karl-Peter. A execução forçada por quantia certa contra a fazenda pública no direito alemão. Tradução: Luis Greco. **Cadernos do CEJ**, Brasília, n.23, p.105-118, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões e terceirizações**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Artur César de. **Parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, José Guilherme. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.652, n.79, p.29-49, fev. 1990.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Tradução: Andrés de La Oliva Santos. 2.ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

STEPHENS, Otis H.; SCHEB, John M. **American Constitutional Law**. Belmonte-CA: Thomson Wadsworth, 2002.

STEPHENSON, Matthew C. The strategic substitution effect: textual plausibility, procedural formality, and judicial review of agency statutory interpretations. 120 **Harv. L. Rev.** 528 (2006).

STEWART, Richard. The Reformation of American Administrative Law. 88 **Harv. L. Rev.** 1667 (1975).

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATOS, Paulo *et al.* (Coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p.23-48.

_____. Theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economic and Management Science**, v.2, n.1, p.3-21, 1971.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the public sector**. New York: W.W. Norton, 2000.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

STÜRNER, Rolf. Régles transnationales de procédure civile? Quelques remarques d'un européen sur un nouveau projet commun d l'American Law Institute et d'UNIDROIT. **Revue Internationale de Droit Compare**, n.4, p.845-865, 2000.

_____. Some European remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT. HeinOnline. 34 **Int'l L** 1071 (2000).

_____. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. Tradução: Márcio Leal Mafra. In: **Seminário Brasil-Alemanha**: Pontes de Miranda (2010; Recife-PE). Brasília: CJF, 2010. p.41-54.

STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. **Revista de Processo - RePro**, São Paulo, n.200, p.203-233, out. 2011.

SUMMERS, Robert S. **Instrumentalism and American legal theory**. New York: Cornell University Press, 1982.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, v.84, p.64-74, out./dez. 1987.

_____. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUSTEIN, Cass R. On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action. 1989 DUKE L.J. 522-529, 1989.

_____. Chevron Step Zero. 92 VA. L. REV. 187, 188 (2006).

TALAMINI, Eduardo. **Tutela coletiva aos deveres de fazer e de não fazer**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. Tutela de urgência e fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v.32, n.152, p.36-59, out. 2007.

TARUFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. **Rivista Diritto Processuale**, Milano, v.45, n.2, p.420-448, apr./giug. 1990.

_____. **Dimensioni transculturali della giustizia civile**. Bolonha: Il Mulino/Ricerca, 2002.

_____. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI (a cura di). **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Torino, 2003.

_____. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.199, p.139-155, set. 2011.

TATCHER, Mark. **Controlling non-majoritarian institutions**: the case of independent regulatory agencies in Europe. Disponível em: <<http://www.mzes.unimannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/reader/thatcherpaper.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2011.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995.

TESSLER, Marga Inge Barth. A nova gestão no judiciário. **Revista IBRAJUS - Poder Judiciário e Administração da Justiça**, Curitiba, 2008.

THAYER, James B. "Law and Fact" in Jury Trials. 4 HARV. L. REV. 147, 149 n.2, 155 nn.1-2 (1890).

THE JUDICIAL INTEGRITY GROUP. **Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct**. March 2007, p.38/39. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF>>. Acesso em: 14 maio 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo: estudo em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n.29, p.83-98, mar./abr. 2009.

THOMPSON, David C.; WACHTELL, Melanie F. An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures. 16 **George Mason University Law Review** 237-241 (2009).

TILLER, Emerson; CROSS, Frank B. Modeling agency/court interaction. 120 **Harv. L. Rev. F.** 13 (2006).

TOALDO, Adriane Medianeira; TOALDO, Andréia Maria. A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional face À EC 45/2004 garantidora da duração razoável do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.202, p.183-218, dez. 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 4.ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p.145-166.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 Anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 1999.

_____. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010.

_____. Direito processual civil inglês. In: _____. **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p.215-244.

VALZANIA, Sergio. La partita di diritto: Considerazioni sull'elemento ludico del processo. **JUS**, v.25, p.204-206, 1978.

VAN ERP, J. H. M. European Private Law: Postmodern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis. **Electronic Journal of Comparative Law**, v.31, August 1999. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/31/art31-1.html>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

VAN RIPER, Paul P. **History of the United States Civil Service**. Westport: Greenwood Press, 1976.

VARRIALE, Giuseppe. Le amministrazioni indipendenti ed il principio di regolazione. **Nuovo Dir.**, 1998.

VAUGHN, Robert. Normative Controversies Underlying Contemporary Debates About Civil Justice Reform: A Way of Talking About Bureaucracy and the Future of the Federal Courts. 79 **Denv. U. L. Rev.** 217 (1998)

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. São Paulo: RT, 2005.

VERDE, Giovanni. Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. **DPA**, 1998.

_____. **Profili del Processo Civile 1**: parte generale. 7.ed. Napoli: Jovene, 2008.

VERGÈS, Jacques. **Le justice est un jeu**. Paris: Albin Michel, 1998.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo Veríssimo. **Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil**. 2002. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Leandro. **O ônus da cultura do funcionalismo público**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/o-onus-da-cultura-do-funcionalismo-publico/1383/>>. Acesso em: 28 set. 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema nos es derecho**. Buenos Aires: La Ley. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho, 2006.

VIGORITI, Vincenzo. La direttiva sulla mediazione delle controversie civili e commerciali: valore e regole. **RePro**, v.34, n.167, p.289-315, jan. 2009.

_____. Mito e realtà: processo e mediazione. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo, n.192, p.387-396, fev. 2011.

VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: Buchatsky, 1976.

VILLATA, Riccardo. L'atto amministrativo. In: MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F. A.; SCOCA, F. G. **Diritto amministrativo**. 3.ed. Bologna, 2001. p.78-94.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. 23.ed. Paris: Dalloz, 1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do estado decorrente dos atos jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.77, n.633, p.34-42, 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v.34, n.172, p.121-174, jun. 2009.

WARREN, Matthew. Active Judging: Judicial Philosophy and the Development of the Hard Look Doctrine in the D.C. Circuit. 90 **GEO. L. J.** 2599, 2601 (2002).

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.191-205.

WILSON, Woodrow. **The Study of Administration**. Disponível em:
<<http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=465>>. Acesso em:
24 out. 2011.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito administrativo**
(Verwaltungsrecht). Tradução: António Francisco de Souza. 11.ed. Lisboa: Fundação
Calouste Gulbenkian, 1999. v.1.

WRIGHTSMAN, Lawrence S. **The Psychology of the Supreme Court**. Nova York:
Oxford University Press, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela
coletiva de direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.