ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 26 – maio|junho|julho - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

SEPARAÇÃO DE PODERES, REGULAÇÃO E CONTROLE JUDICIAL: POR UM AMICUS CURIAE REGULATÓRIO

André Rodrigues Cyrino
Mestrando em direito público pela UERJ, Advogado e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1 – Introdução.

Têm sido intensos os debates em torno da juridicidade ou não da cobrança de assinatura básica residencial dos serviços de telefonia fixa. Os órgãos de defesa do consumidor, com afinado discurso de tutela dos mais fracos, fazem coro sobre a abusividade da cobrança da simples disponibilidade do serviço, sem o seu efetivo uso[1].

A discussão ensejou uma enxurrada de ações judiciais nas quais usuários comuns pleiteiam, individualmente ou em litisconsórcio, em face da concessionária de telefonia, a interrupção da cobrança. A questão está em vias de ser pacificada nos tribunais[2], após ser repetidamente emperrada por diversas argüições de conflitos de competência, suscitados após as várias tentativas de "intervenção" processual pela a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). A razão de tais conflitos: saber se a ANATEL tem ou não interesse jurídico para figurar no feito ao lado da concessionária. Se a resposta for positiva, isto é, caso a ANATEL (autarquia federal) venha a ingressar na ação, a lide entre usuário e concessionária deverá ser resolvida na Justiça Federal, por aplicação do art. 109, I, CF. Já se a resposta for negativa, a questão deve manter-se na Justiça Estadual.

---

[1] Sobre a questão, v. SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. "O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico", *in O poder normativo das agências reguladoras*, (coord. Alexandre Santos de Aragão), Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 605-636.

[2] A primeira sessão do STJ está, finalmente, em vias de decidir a questão. O *leading case* é o REsp nº 911.802, no qual já há, na data de hoje, dois votos reconhecendo a legalidade da tarifa. Anote-se que a ANATEL participa de tal processo.

O que causa espanto é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem produzindo reiterada jurisprudência em que consagra o entendimento de que a ANATEL não tem qualquer interesse no feito, porquanto os impactos de uma eventual decisão que proíba a cobrança da assinatura terão reflexos tão somente na esfera jurídica das partes do processo: usuário e concessionária. Neste sentido, vejam-se as seguintes ementas:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. BRASIL TELECOM S/A. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO OU DE QUAISQUER DOS ENTES ELENCADOS NO ART. 109 DA CF/88. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 150 DESTE STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. Ação proposta em face de empresa concessionária de telefonia objetivando o reconhecimento da ilegalidade da "Assinatura Básica Residencial", bem como a devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços.
> 2. Deveras, **tratando-se de relação jurídica instaurada em ação entre a empresa concessionária de serviço público federal e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, *a fortiori*, competência à Justiça Federal** (precedentes: CC 48.221 - SC, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª Seção, DJ de 17 de outubro de 2005; CC 47.032 - SC, desta relatoria, 1ª Seção,DJ de 16 de maio de 2005; CC 52575 - PB, Relatora Ministra ELIANA CALMON, 1ª Seção DJ de 12 de dezembro de 2005; CC 47.016 - SC, Relator Ministro CASTRO MEIRA, 1ª Seção, DJ de 18 de abril de 2005).
> 3. Ademais, infere-se que **o interesse jurídico da ANATEL foi afastado pelo Juízo Federal**, a quem compete sindicar acerca desse particular consoante a Súmula 150 deste STJ (Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas).
> 4. Conflito conhecido para declarar competente o face do JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE IGUATU - CE .
> 5. Agravo Regimental desprovido.[3]

[3] AgRg no CC 68.818-CE, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.03.2007, DJ 02.04.2007, p. 215.

> RECURSO ESPECIAL – DEMANDA RELATIVA À ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL DE TELEFONIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CONTRA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL – ILEGITIMIDADE
> DA ANATEL.
> 1. No caso dos autos, a ação foi proposta em face de empresa concessionária de telefonia objetivando o reconhecimento da
> ilegalidade da "Assinatura Básica Residencial", bem como a devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços.
> 2. Assim, **carece de interesse jurídico a ANATEL no presente feito porquanto a repercussão dos efeitos da declaração de ilegalidade da aludida cobrança, assim como os da repetição do indébito, não atingirá sua órbita jurídica, mas, tão-somente, a da empresa ora recorrente**. Precedentes.
> Recurso especial conhecido e improvido[4].

É dizer, para o STJ, toda a questão sobre a legitimidade da cobrança da assinatura básica resolve-se na relação bilateral entre concessionária e usuário. Deixando de lado as questões processuais de legitimidade e de competência[5], o que se observa dos arestos citados é uma

---

[4] REsp nº 904.534-RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.02.2007, DJ 01.03.2007, p. 263.

[5] Com efeito, tais questões demandam estudo autônomo e abrangente, aprofundando-se as ricas e controvertidas questões de direito processual decorrentes do problema. Registre-se, entretanto, o que será um pouco mais desenvolvido adiante, que pensamos que a hipótese em tela é caso que se qualifica como a do *amicus curiae* previsto no art. 5º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 9.469/1997, que autoriza, dispensando a demonstração de interesse jurídico, com possibilidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal, a intervenção das pessoas jurídicas de direito público nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar memoriais e até mesmo interpor recurso. Veja-se o texto de tais normas:

"Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes."

Sobre o tema, v. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 208-257. Segundo o autor, o dispositivo transcrito traz figura nova ao direito processual brasileiro, capaz de efetivamente determinar – mesmo antes da interposição do recurso – a competência da Justiça Federal, em consonância com o art. 109, I, CF (*op. cit.*, p. 228).

O objetivo do presente estudo é o de, tão somente, dar razões de direito substantivo constitucional para o alargamento da participação processual de entidades regulatórias em processos que envolvam aspectos relevantes ligados às suas finalidades institucionais. Tais razões corroboram com as teses segundo as quais a intervenção do art. 5º da Lei nº 9.469/1997 consubstancia-se como verdadeira hipótese de

total desconsideração sobre a relevância de que se discutam os efeitos sistêmicos e as razões da fixação de uma política tarifária através da assinatura básica. A análise (míope) do Poder Judiciário é a de que o problema envolve tão somente interesses bilaterais. A ANATEL, embora entidade reguladora responsável pelo setor de telefonia, não teria interesse legítimo para ingressar no feito.

Realmente, a jurisprudência colacionada demonstra a necessidade de que se reflita, diante do Estado regulador contemporâneo, o papel de cada uma das entidades, órgãos e Poderes dentro do arranjo institucional fixado na Constituição e nas leis. Qual o papel do Poder Judiciário e das agências reguladoras na análise da juridicidade da cobrança da assinatura básica?

Neste estudo, após apresentar-se o modelo de separação de Poderes do Prof. Bruce Ackerman, propõe-se uma maior reflexão sobre o Poder Judiciário e como ele deve agir diante do complexo e especializado Estado no qual se insere.

Nosso objetivo tem como supedâneo uma proposta institucionalista de Estado, na qual a discussão sobre regulação e seu controle deve também levar em consideração a competência e a capacidade técnica da instituição tomadora de uma determinada decisão regulatória, concluindo que a participação das entidades reguladoras nos processos judiciais que envolvam matéria de suas competência é de primordial importância para o aprimoramento tanto dos meios de controle, quanto da eficiência regulatória.

2 – "A nova separação de Poderes". A proposta de Bruce Ackerman e o *regulatory branch*.

Em artigo intitulado "*the new separation of powers*", Bruce Ackerman apresenta uma reestruturada e comparativa concepção do princípio da separação dos Poderes. Suas idéias são muito interessantes e representam amplo contributo para as teorias do direito constitucional e da ciência política. Na seqüência, suas propostas serão apresentadas em linhas gerais, destacando-se alguns pontos de maior interesse para os objetivos deste estudo.

Ackerman começa seu artigo apresentando o seu ideal de configuração das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, o que faz levando em consideração modelos historicamente experimentados[6]. Ressalta, em primeiro lugar, que a exportação pura e simples do modelo de separação

intervenção de *amicus curiae*, que dispensa a demonstração de interesse jurídico, bastando o interesse institucional.

[6] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review,* vol. 113, n. 3, jan. 2000, v. pp. 634-638.

de Poderes do presidencialismo norte-americano (o que se deu principalmente nos países da América Latina), é um erro, porque desconsidera as experiências bem sucedidas dos modelos parlamentaristas do pós-guerra (*e.g.* Japão e Alemanha Ocidental), os quais agrupa sob o rótulo de *constrained parliamentarism* (traduziremos como parlamentarismo limitado, ou contido). Tal modelo é uma variante do sistema de gabinete britânico, ao qual acresce uma série de salvaguardas e meios de controle aptos a conter a soberania parlamentar e a concentração de poderes em seu órgão de cúpula (*e.g.* uma constituição escrita, *judicial review*[7], bicameralismo[8] etc.). Em suas palavras: o "parlamentarismo contido é uma força ascendente no mundo, havendo muito o que se aprender com a sua aplicação prática na última metade do século XX"[9] [10].

De outro lado, o autor sustenta que a separação de Poderes envolve não apenas a divisão entre Executivo e Legislativo, como também o aprofundamento da discussão sobre o *status* constitucional do Poder Judiciário e das agências administrativas[11]. Trata-se do debate sobre a necessidade de que se defina claramente o papel de cada um desses órgãos e como esse papel influenciará na tomada de decisões do Estado. O que está por trás disso é a necessidade de uma divisão de trabalho em prol da eficiência institucional. Isto é, que se proceda a uma verdadeira divisão de trabalho com vistas à adequada e otimizada gestão do Estado[12].

Todavia, é certo não ser possível desconsiderar que a eficiência não pode ser uma finalidade meramente tecnicista de divisão orgânica de funções, isto porque, vista de *per se*, afastada de conteúdos

---

[7] Segundo o autor: "Uma Corte Suprema para a proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvidas, um componente essencial do modelo de parlamentarismo contido" ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 641.

[8] Para destacar a assimetria de poderes entre as casas legislativas que analisa, *e.g.* no Japão, Bruce Ackerman denomina referido modelo de bicameralismo de *one-and-a-half house solution* (*op. cit.*, p. 635).

[9] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 640.

[10] Para um panorama sobre as recentes mudanças do constitucionalismo inglês, as quais, de certo modo, representam um passo na direção de um parlamentarismo que se pode chamar contido, v. CYRINO, André Rodrigues. "Revolução na Inglaterra? Direito humanos, Corte Constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review?", *in Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 5, 2007.

[11] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 639.

[12] Nota Eros Roberto Grau que a separação dos Poderes conforme desenvolvida nos EUA, "está intimamente voltada à otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho", ao passo que a preocupação de Montesquieu era imediatamente ligada à promoção da liberdade do indivíduo (GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 226).

finalísticos, a idéia de eficiência institucional é completamente vazia[13]. Isto é, a idéia de separação e ordenação institucional e técnica das funções estatais não pode ter, tão somente, uma perspectiva pura e simples de eficiência. Há de se considerar os vetores axiológicos que informaram e legitimaram a divisão entre as funções.

Na sistematização de Bruce Ackerman, são três os ideais legitimadores da separação de Poderes: *(i)* o primeiro é a *democracia*: "de uma forma ou de outra, a separação deve servir (ou criar obstáculos) ao projeto de auto-governo do povo"[14]. *(ii)* O segundo ideal é o *profissionalismo* ou a *especialização* ("*professional competence*"): "as leis democráticas permanecerão puramente simbólicas caso as cortes e os órgãos administrativos não sejam capazes de implementá-las de uma maneira relativamente imparcial"[15]. *(iii)* E o terceiro ideal é a necessidade de proteção e promoção dos direitos fundamentais, prelecionando o autor que "sem isto, tanto a idéia de democracia, quanto a de administração profissional, serão instrumentos da tirania"[16].

Partindo de tais premissas teóricas, Bruce Ackerman desenvolve uma severa crítica ao presidencialismo, apontando os seus graves problemas[17], para sugerir que se siga um modelo de parlamentarismo contido, o qual teria maior funcionalidade e aproximação dos três ideais informadores da separação de Poderes. No que diz respeito ao ideal de *profissionalismo*, assevera que "embora o sistema americano [presidencialista] tenha sido muito bem sucedido no desenvolvimento de um Judiciário independente e profissionalizado, o mesmo não se pode dizer quanto aos órgãos da Administração"[18].

---

[13] Nas palavras de Bruce Ackerman: "The very idea of institutional 'efficiency' is completely empty unless it is linked to more substantive ends" ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 639.

[14] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 640.

[15] ACKERMAN, Bruce, *op.* e *loc. cit.*.

[16] ACKERMAN, Bruce, *op.* e *loc. cit.*.

[17] Os defeitos do presidencialismo, segundo o autor, estão profundamente relacionados à concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, o que chega ao extremo de fabricar líderes artificiais: "presidential systems do not merely allow strong leaders to rise (...). They manufacture them on a regular basis" (ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 661). Tal concentração, sustenta, é minimizada num sistema parlamentarista, no qual o chefe de governo corre o permanente risco de perder sua base de sustentação no Parlamento.

[18] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 641. Segundo o autor, tal falha ocorre em razão da disputa entre as casas legislativas e a presidência pelo controle do aparato administrativo, o que levou à criação de uma Administração excessivamente politizada, transformando o Poder Executivo num verdadeiro inimigo do Estado de Direito. Em suas palavras: "the ongoing competition between House, Senate, and Presidency for control over administrative apparatus has created an excessively politicized style of bureaucratic government, transforming the executive branch into an enemy of the rule of law" (*op.* e *loc. cit.*).

De toda maneira, não é necessário aceitar o modelo *parlamentarista contido* para que se constate a necessidade de que, nos dias atuais, verifique-se uma demanda por profissionalização não só do Poder Judiciário, mas também de certos âmbitos da Administração Pública, o que se dará fundamentalmente através da criação de entidades técnicas relativamente insuladas do debate político[19]. De fato, apesar de possuírem a capacidade de expressar as orientações normativas básicas de um grupo de eleitores – o que é imprescindível à democracia –, os políticos simplesmente não têm tempo nem expertise necessários para analisar todos os aspectos importantes para uma dada atuação estatal. A preocupação deles será apenas quanto ao mérito desta, bem como de que forma isto atingirá suas possibilidades eleitorais, o que pode contaminar uma atuação profissionalizada, potencialmente imparcial e sistêmica, que considere não apenas as decisões que angariem votos, como também aquelas anti-populares[20].

A idéia clássica da separação de Poderes (Montesquieu e Madison) segundo a qual *o poder de fazer leis deve estar separado do poder de implementá-las*, deve ser atualizada para significar muito mais que um requisito formal da democracia. A noção não deve ser apenas a de separação orgânica, mas de institucionalização técnico-profissional. A politização da atividade dos órgãos reguladores acaba por misturar as funções de criação e aplicação das normas. Se o aplicador não tiver, em certos casos, um mínimo de especialização, dificilmente terá imparcialidade, e o arbítrio (irmão da tirania) será o resultado. De fato, quanto mais os políticos intervenham na implementação das leis, menor será a imparcialidade de sua aplicação (a preocupação será a obtenção de votos) e maior será a ignorância sobre os seus efeitos sistêmicos. De outro lado, é certo que quanto maiores os esforços dos agentes eleitos pela politização da atuação da Administração técnica do Estado, menores serão as preocupações depositadas por estes na função que lhes é primordial e legítima: "a elaboração de valores básicos"[21]. É dizer: especialização técnica e profissionalização administrativa são também meios para a prevenção da tirania.

Em síntese: uma concepção moderna de separação de Poderes é inseparável da existência de órgãos profissionalizados insulados da política. Os políticos devem se preocupar com a configuração de valores básicos da sociedade e não com a implementação das normas, a qual depende de considerações e análises multifacetadas – geralmente de pouco apelo eleitoral – de conteúdo técnico. A mistura entre técnica e política nem sempre

[19] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 688.

[20] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 689.

[21] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *cit.*, p. 689.

será saudável, apesar de ser, em alguns casos necessária, até mesmo porque há reais dificuldades em distinguir uma da outra[22].

É assim que se pode dizer que a exigência contemporânea de profissionalização administrativa traz consigo a necessidade de que se pense numa nova configuração da doutrina da separação de Poderes, a qual demanda uma revisão da direção do Poder Executivo central sobre certos órgãos da Administração. O Judiciário não pode mais ser o único órgão apolítico. É interessante observar, como ilustra Bruce Ackerman, que a doutrina da separação dos Poderes evoluiu suficientemente para, por exemplo, repugnar um telefonema do Presidente da República a um juiz para pedir uma decisão num determinado sentido. Tal possibilidade seria verdadeiro crime contra a Constituição. Todavia, não se vê com maus olhos que este mesmo Presidente telefone e faça pedido semelhante a técnico da Administração Pública[23], mesmo que se trate de agente de órgão autônomo.

Segundo Bruce Ackerman, uma Constituição moderna deve ser concebida de modo a garantir o insulamento de certas estruturas administrativas fundamentais da intervenção *ad hoc* dos agentes eleitos. Os políticos devem concentrar suas energias nas coisas que dependem da legitimidade que lhes é inafastável, quais sejam: "aprovar leis e tomar algumas

---

[22] Há autores brasileiros que pressupõem uma separação rígida entre atividade que consideram técnica da atuação normativa de cunho político. Em conseqüência de tal posicionamento doutrinário, diferenciam regulamentação (através de regulamento, decreto presidencial, art. 84, IV e VI, CF) de regulação (através de ato regulatório das agências reguladoras). O primeiro, ato normativo privativo da chefia do Executivo, teria conteúdo de norma secundária, fruto de uma "função política", enquanto que o ato regulatório, decorrente de uma "função administrativa", só poderia ter conteúdos técnicos (nesse sentido, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 132-133). Não concordamos com essa construção. Ambas as funções podem ser tanto técnicas quanto políticas, ou as duas coisas ao mesmo tempo. Na verdade, pensamos que a atividade das agências pode sim ter um conteúdo político, e muitas vezes terá, dentro dos limites de suas competências fixadas em lei, o que não impede que o Presidente da República chame para si uma determinada decisão que seria tomada, em princípio, pela agência. A última hipótese é salutar em casos em que a opinião pública demanda uma resposta rápida e de grande responsabilidade política. Um exemplo disso ocorreu quando da edição da "*medida provisória do apagão*" (MP nº 2.198/2001), através da qual foram tomadas uma série de medidas emergenciais, as quais seriam, em princípio, de competência da ANEEL. A atitude presidencial atendeu aos anseios democráticos do momento e ampliou a legitimidade e a responsividade política das opções regulatórias da ocasião.

Alexandre Santos de Aragão preleciona, com acerto, no sentido de que a tese de que os órgãos reguladores não tomam decisões políticas acaba por desviar o importante enfrentamento de questões complexas, como o reconhecimento de que as agências reguladoras tomam decisões efetivamente importantes e com profundos reflexos na gestão da coisa pública estatal. Não há dúvidas, por exemplo, de que a decisão da ANATEL por um modelo de telefonia celular tem conteúdo político, até mesmo na política exterior, pois há estreitamento das relações comerciais com o país de origem da tecnologia. Igualmente, como negar que a fixação da taxa de juros pelo Banco Central é ao mesmo tempo técnica e política? (ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 382).

[23] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *cit.*, p. 690.

poucas decisões de alta visibilidade que genuinamente requerem a atuação e a sabedoria pragmática de homens de Estado"[24].

É diante disso que Bruce Ackerman vê na Administração Pública a existência de um quarto Poder estatal (*fourth branch*), com o que se consagraria a necessidade de profissionalização indispensável ao bom funcionamento do Estado e a realização dos valores constitucionais. Segundo o autor, os criadores da doutrina a teriam concebido como "uma doutrina de especialização funcional se eles estivessem escrevendo uma Constituição num Estado administrativo" [25].

É assim que conclui pela inelutável necessidade de que se construa uma nova doutrina da separação de Poderes no Estado contemporâneo[26]. Para tanto, apresenta duas propostas: *(i)* a criação de um Poder responsável pelo controle da corrupção e do clientelismo (*the integrity branch*), cuja análise não será aqui aprofundada[27]; e *(ii)* a criação de um Poder Regulatório (*the regulatory branch*).

Segundo Bruce Ackerman, os reguladores do Estado contemporâneo efetivamente criam direito, o que é desejável, porquanto, reitere-se, os parlamentos não têm nem tempo nem expertise exigíveis para a criação de soluções regulatórias. O desafio é o estabelecimento de um arranjo constitucional que aceite a necessidade de órgãos reguladores, no âmbito da Administração, com capacidade normativa, sem que se perca de vista a necessidade de que se confrontem os sérios problemas de legitimidade daí decorrentes[28].

Para tanto, as pretensões de profissionalização e especialização técnica na Administração Pública não podem ser apenas um mito de legitimação, mas um esforço real, capaz de criar uma regulação bem informada, a qual leve em consideração a complexidade sócio-econômica da

---

[24] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *cit.*, p. 692.

[25] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *cit.*, p. 691.

[26] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *cit.*, p. 693. V. ainda MAJONE, Giandomenico. *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions*, disponível na internet no sítio: http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/96_57.html, acesso em 19.04.2007.

[27] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *cit.*, p. 694. Segundo o autor, não se deve considerar a corrupção como um problema social, sendo certo que o arranjo institucional estatal tem um papel importante no seu controle. O Ministério Público brasileiro como previsto na Constituição, de certo modo, aproxima-se de tal função. Da mesma maneira, os órgãos de controle interno da legalidade, como as Procuradorias-Gerais do Estado quando dotadas de autonomia, também têm importante papel como *integrity branch*. A questão merece estudos aprofundados no Brasil, onde a corrupção tem sido, após 1988, talvez a maior inimiga da democracia brasileira. Tais estudos não podem ser apenas sociológicos, mas jurídicos, de modo a que se reflita sobre o papel do direito no controle e na prevenção deste mal. Sobre o tema, v. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Nova York: Cambridge University Press, 1999.

[28] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *cit.*, p. 696.

realidade. Além disso, as preocupações com a legitimidade devem levar em conta a imprescindibilidade de que sejam desenvolvidas técnicas de participação popular no processo regulatório, bem como de revisão judicial das normas editadas pelos reguladores, notadamente quando estiverem em jogo direitos fundamentais[29].

Em poucas palavras: a exigência da profissionalização e tecnicização do aparato administrativo estatal não pode representar o retrocesso da negativa dos valores republicanos constitucionais; muito ao contrário, deve estar a serviço deles.

3 – Um novo modelo de separação de Poderes para o Estado regulador brasileiro? Controle judicial, instituições e interdisciplinariedade do discurso jurídico.

A proposta de separação de Poderes de Bruce Ackerman, a qual é fundamentalmente dirigida a países nos quais se esteja elaborando uma nova Constituição, parte da premissa de que o Estado tem hoje funções da mais alta complexidade que não se explicam tão somente pela simples tripartição desenvolvida, nos EUA, pelos federalistas, inspirados, por sua vez, em Montesquieu. Ademais, o insulamento de entidades administrativas técnicas é essencial para a correta aplicação da lei e, de certo modo, para que se evite o arbítrio. Nada obstante, não se pode pretender reformular as Constituições, como a brasileira, que já consagram um modelo de separação de forma concreta.

Isto é: não se pode almejar – o que seria irreal – reformular a divisão tripartite e propor a existência de mais poderes. Voltando os olhos para os objetivos do presente estudo, o que se deseja, no que é muito útil a contribuição de Bruce Ackerman, é apenas a busca de subsídios para a compreensão do papel de entidades reguladoras independentes na configuração institucional do Estado contemporâneo.

Com efeito, se não é viável, em princípio, recriar o Estado para que se preveja expressamente na Constituição a existência de novos "Poderes", especializados, e com funções técnicas, é certo que o Estado regulador dos dias atuais é composto de instituições relativamente autônomas e especializadas, as quais passam a ter uma função importante na realização das finalidades materiais da organização estatal, notadamente aquelas ligadas à profissionalização e à especialização, sem o que, repita-se, as leis democráticas não serão verdadeiramente implementadas, ante a ausência de capacidade técnica e imparcialidade para tal[30].

---

[29] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *cit.*, p. 696-697.

[30] ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 641.

O mundo contemporâneo demanda a especialização em diversos setores; e o Estado, sem que se neguem seus avanços na consagração dos valores que lhe justificam a existência, igualmente deverá adaptar-se a tal circunstância. Eis o desafio.

Realmente, uma das grandes dificuldades do direito público moderno é conciliar, *de um lado*, os valores que orientam e legitimam a própria existência do Estado, com, *de outro lado*, a necessidade de desenvolvimento e adaptação das suas estruturas e instituições, de modo a que sejam mais eficientes e profissionalizadas[31]. O que é certo é a necessidade de fixação de claros parâmetros de competência, bem como do estabelecimento de efetivos meios de controle desses novos entes[32], de modo a que se preservem os espíritos de limitação do poder e de preservação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Na seqüência, será apresentada uma reflexão sobre uma das formas de controle da atuação do Estado: o controle judicial. Nosso objetivo é bosquejar algumas questões relativas ao papel institucional do Judiciário e sua relação com o Estado regulador brasileiro[33] – que é sobretudo um Estado que optou pelo modelo de agências reguladoras – de modo a tentar superar a citada dificuldade, reitere-se: conciliar os valores democrático-

---

[31] Nesse sentido é a observação de Cass Sunstein diante do Estado regulador norte-americano, *in verbis*: "one of the major tasks of modern public law is to develop structures to decrease the likelyhood of regulatory failure and to introduce original constitutional safeguards into a dramatically changed system of government". E acrescenta o Professor de Chicago que "**the remedies must come from nonjudicial institutions. Structural reform should be high in the agenda here**" (SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, pp. 229-230).

[32] Conforme as manifestações de poder se renovam, aperfeiçoadas deverão ser suas formas de controle. É nesse sentido a lição de Reinhold Zippelius: "o controlo do poder ultrapassa, porém, de longe os temas clássicos do equilíbrio dos poderes no plano da organização do Estado. O poder politicamente relevante constitui-se em numerosos sectores e surge – dentro e fora da organização do Estado – como um Proteu, sempre sob novas formas. Por este motivo, também se coloca a tarefa do seu controlo e da sua limitação em múltiplos domínios e de formas sempre novas" ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, 3ª ed. (trad., da 12ª ed. alemã de 1994, Karin Praefke_Aires Coutinho, coord. José J. Gomes Canotilho), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 401.

[33] Com efeito, no Brasil cambiou-se de um Estado supostamente de bem estar social, com atuação intensa e direta na economia, para, nos anos noventa do último século, um Estado que se pode chamar regulador. Não será objeto deste estudo tema tão amplo quanto a evolução do Estado brasileiro e sua atuação na economia. Sobre o tema, v. MATTOS, Paulo Todescan L. *O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006. p. 69-77; ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, capítulo II (p. 39/82). V. ainda BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática, *in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 56, 2002, pp. 201 *et seq.* e JUSTEN FILHO, Marçal, *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo: Dialética, 2002. Para uma perspectiva européia da evolução do Estado regulador, v.: MAJONE, Giandomenico. "Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e conseqüências da mudança no modo de governança", in Regulação Econômica e Democracia – O Debate Europeu. São Paulo: Singular, 2006, p. 53-86. Na perspectiva dos EUA, v. SUNSTEIN, Cass R. "O Constitucionalismo após o New Deal", *in Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 131-242 e STRAUSS, Peter L.. "From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking", *Wake Forest Law Review*, n. 31, 1996.

republicanos, especificamente a existência de efetivo controle judicial dos atos estatais (*judicial review*), com a necessidade de análise técnica e sistêmica das políticas regulatórias.

De fato, estando relativamente superada a tese de que a discricionariedade administrativa é insuscetível de controle judicial[34], torna-se teoricamente possível ao juiz rever em muitos aspectos as decisões ditas de discricionariedade técnica dos órgãos reguladores. Tal revisão dar-se-á, por exemplo, através da aplicação do postulado da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), ou ainda através de uma análise da *eficiência* da medida (art. 37, *caput*, CF). É onde surgem os problemas. Tais análises de proporcionalidade e eficiência demandam a verificação de muitos aspectos de ordem econômica, social, técnica e sistêmica.

A regulação crescente desenvolvida desde o Estado de bem estar social traz a necessidade de incorporação, ao discurso jurídico, de aspectos outros que não apenas os da dogmática clássica, a qual não explica, satisfatoriamente, os efeitos profundos e sistêmicos de uma determinada política regulatória. Nesse sentido, é bastante pertinente a observação de Hugh Collins a propósito da regulação das relações contratuais privadas, *in verbis*:

> "Meu argumento é o de que o papel crescente da regulação de bem estar no discurso jurídico requer que o sistema legal **considere informações sobre o seu**

---

[34] É majoritário o entendimento de que mesmo quanto aos atos discricionários, cujo mérito pressupõe um juízo amplo de conveniência e oportunidade pelo administrador, possa haver controle do Judiciário. Nesse sentido, preleciona Sérgio Ferraz:

"No instante em que as vertentes axiológicas se tornam constitucionalmente obrigatórias, transformando-se em *direito* (público subjetivo) da cidadania e *dever* do Estado, o controle do judiciário, em definitivo, não mais se pode fundar na província meramente formal, da legalidade estrita. Enfim, a crescente pregação da melhor doutrina (com destaques para as posições pioneiras de *Caio Tácito*), no sentido de que ao Judiciário também compete o controle de mérito do ato administrativo, erigindo a verificação *qualitativa* de sua existência à condição de *validade* do agir administrativo, não pode mais causar perplexidades. (...) sempre deveria ter sido assim, num regime jurídico que, em sede civilista até repelia e fulminava o abuso de direito; que em sede administrativa jamais aceitou a sobrevivência do abuso ou desvio de poder (...). Aliás, se à 'jurisdição' imprópria dos Tribunais de Contas é imposto o controle da legitimidade e da economicidade da atuação administrativa (CF, art. 70, *caput*) – aspectos essencialmente de mérito – , não há como aceitar âmbito mais angusto, à jurisdição em sentido próprio, traçada no inciso XXXV do art. 5º" (FERRAZ, Sérgio. *Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões*, *in* RDA nº 231, 2003, p. 58).

Com efeito, sobretudo com o avanço da aceitação da proporcionalidade como postulado aplicativo do direito (v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004), possibilita-se ao juiz uma ingerência crescente sobre conteúdo das decisões administrativas.

Na verdade, a doutrina sobre o controle dos atos administrativos que parte da dicotomia entre atos vinculados e discricionários deve ser superada para dar espaço a uma discussão mais profunda que leva em conta o *grau de vinculação à juridicidade*, considerando também, como será desenvolvido adiante, o nível de expertise e conhecimento necessário à tomada de decisão. Sobre o tema, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 193-238.

> **ambiente**, tais como os efeitos de determinada regulação, os quais não são tão irrelevantes assim para o seu processo de interpretação, mas, ao revés, **parte intrínseca e inseparável disso**".[35]

O discurso jurídico torna-se, inevitavelmente, interdisciplinar. Desse modo, é forçoso questionar: estão os nossos juízes preparados para isso? Seriam eles verdadeiros "Hércules", para usar a expressão de Dworkin[36], capazes de averiguar todos os aspectos relevantes para o controle da atuação estatal, sendo certo que na atuação do Estado regulador há muitos aspectos de ordem técnico-científica? Como possibilitar o controle judicial sem que a assimetria de informações entre Judiciário, reguladores e regulados atrapalhe mais que ajude a atuação eficiente do Estado?

4 – O controle judicial da regulação estatal. O Judiciário na era da regulação e da (falta de) informação. Uma defesa do *amicus curiae* regulatório.

Como já consignado, o Estado contemporâneo demanda a tecnicização de seu aparato administrativo. Na complexa realidade hodierna, as resposta às necessidades coletivas não poderão ser somente uma questão de decisão política das maiorias. Para regular as relações sociais e econômicas, carece-se, sem se propugnar por um regime tecnocrático, de justificativas científicas, as quais são, também, importantes para que se alcance a imparcialidade da atuação estatal. Uma das formas pelas quais isso pode ser feito é através da criação de entidades especializadas, insuladas dos debates políticos, capazes (ao menos teoricamente) de tomar decisões (ao menos tendencialmente) neutras (mesmo que anti-populares), as quais deverão ser fundadas em argumentos *a priori* técnicos. O objetivo é o atendimento da necessidade de *especialização*. O que não pode significar, repise-se, um afastamento dos outros dois vetores que justificam a própria existência do Estado e da separação de Poderes, quais sejam, a democracia, e a promoção dos direitos fundamentais.

Mas o ponto que se quer destacar é que com a especialização, torna-se inevitável no *discurso jurídico* o ingresso de *argumentos não jurídicos* (econômicos, sociais, etc.), os quais são manejados por especialistas de áreas do conhecimento completamente estranhas aos

---

[35] COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 9. Tradução livre. No original: "*My argument is that the growing dominance of welfarist regulation in the legal discourse requires the legal system to regard information about its environment, such as the effects of a particular regulation, not as irrelevant to its reasoning process, but rather as an intrinsic and inseparable part of it*". Grifou-se.

[36] V. DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

corredores forenses. De certa maneira, problematiza-se o controle judicial, o que incentiva o surgimento de vozes mal intencionadas propugnando pelo seu esvaziamento.

O problema é que as teorias tradicionais de interpretação jurídica e de separação de Poderes não dão respostas adequadas para como deverá ser feito este controle judicial da regulação.

Talvez isso ocorra porque muitos dos pais das teorias dominantes de hermenêutica e de controle judicial da atuação normativa e regulatória do Estado cometem um pecado na origem: o de partir do pressuposto de que a adjudicação será feita por juízes indefectíveis, os quais seriam capazes de considerar todos os elementos importantes para o deslinde de uma dada controvérsia. Nesse sentido, constatam Cass Sunstein e Adrian Vermeule:

> "Muitos autores respeitados exploraram as teorias da interpretação sem atentar para o fato de que tais teorias serão inevitavelmente usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos dinâmicos que se estendem muito além do caso que se analisa"[37].

Com efeito, grandes teóricos da hermenêutica jurídica dominante, diante de uma concepção clássica de separação de Poderes, ao invés de se questionarem – como usualmente fazem – sobre como eles próprios solucionariam uma dada controvérsia, ou sobre como um juiz perfeito o faria, deveriam buscar responder à pergunta sobre como uma pessoa falível deveria proceder, à luz de suas próprias limitações, diante das questões que lhes são colocadas.[38]

É nesse sentido que uma renovada leitura da separação de Poderes tem muito a contribuir para a superação desses desafios. Deve-se propugnar por um adequado arranjo institucional, que leve em conta a capacidades de cada um dos agentes envolvidos.

Exatamente nesse diapasão, Gustavo Binenbojm preleciona que a separação de Poderes deve ser encarada "como uma divisão de funções especializadas, o que enfatiza a necessidade de controle,

---

[37] SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", *in Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, p. 949. Tradução livre. No original: "An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretative strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand."

[38] SUNSTEIN, Cass. "Interpretation and institutions", *in Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 904 e 949.

fiscalização e coordenação recíproca entre os diferentes órgãos do Estado democrático de direito"[39].

Trata-se de análise institucional e dinâmica sobre a relação entre Judiciário e Administração Pública, a qual deve levar em consideração critérios de distribuição de competência "funcionalmente adequados", como também a "específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimidade democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc."[40]. Veja-se que esta perspectiva da separação de Poderes vai muito além – sem desmerecê-lo – do controle, pelo Judiciário, da conformidade com a programação normativa estabelecida pelo legislador. Mais que isso, devem-se considerar aspectos outros, como é o caso da capacidade e aparelhamento técnico do órgão cujo ato pretende-se seja revisto pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, mais uma vez com Gustavo Binenbojm[41]:

> "Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle."

Realmente, o grande problema, pontuam Cass Sunstein e Adrian Vermeule[42], é que tanto as doutrinas da interpretação do direito, quanto o modelo de Poder Judiciário proposto pelas teorias clássicas, ignoram a dimensão institucional e os efeitos sistêmicos de uma dada decisão judicial que invalida um ato regulatório.

Não é possível conceber uma teoria do controle judicial da Administração Pública sem que se levem em consideração as capacidades institucionais e os reflexos sistêmicos de uma dada decisão de controle da regulação. O problema é a falta de informação e conhecimento. Pode-se dizer que o ingresso de elementos não jurídicos no discurso dos aplicadores do direito pretende transformar, ao menos teoricamente, o jurista em cientista social, economista, sociólogo, capaz de entender todas as engrenagens

---

[39] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 224.

[40] KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45 *et seq*..

[41] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 227.

[42] SUNSTEIN, Cass. "Interpretation and institutions", *in Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 886-887.

pertinentes para o deslinde de uma controvérsia[43]. Terão os nossos juízes tamanha capacidade empírica? Parece-nos que não. Como assevera Daniel Goldberg a propósito dos obstáculos ao controle judicial das políticas públicas[44]:

> "A primeira e maior dessas dificuldades é o limite que se impõe – do ponto de vista prático – à investigação empírica do agente que aplica e interpreta o direito em cada caso concreto. Com efeito, o que boa parte da literatura que trata o
> direito como forma de implementação de políticas públicas ignora é que a composição de qualquer lide no bojo de um processo, administrativo ou judicial, impõe limites à extensão da inquirição no campo dos fatos."

E prossegue o autor exemplificando seu argumento:

> "O juiz que decide determinar ao Estado que custeie o tratamento de um paciente nem sempre (para desespero dos economistas) leva em consideração de onde vêm os recursos para fazer frente ao tratamento. O juiz que concede uma concordata suspensiva não sabe o impacto na situação financeira dos credores da moratória concedida como favor legal ao devedor. O tribunal que limita o reajuste de preços em determinada carteira de seguros-saúde nem sempre sabe o que ocorrerá com os segurados de outras carteiras, como resultado de sua decisão. E mesmo que o juiz ou o operador do direito tenham acesso a todas essas informações, nem sempre eles podem considerar fatores relacionados a terceiros na decisão que tomam no âmbito da lide composta por autor e réu."

O fato é que os juízes, por diversas razões, têm sérias dificuldades em levar em consideração elementos externos ao direito, como os argumentos econômicos, os quais, apesar de não necessariamente

---

[43] GOLDBERG, Daniel. "O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito", *in Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência* (org. Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta), Rio de Janeiro: Ipea, 2007, p. 55, disponível na internet, no sítio www.ipea.gov.br, acesso em 24.04.2007.

[44] GOLDBERG, Daniel. "O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito", *in Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência* (org. Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta), Rio de Janeiro: Ipea, 2007, p. 71, disponível na inernet, no sítio www.ipea.gov.br, acesso em 24.04.2007.

conduzirem à decisão compatível com o direito, ajudam a compreender com maior profundidade as questões que lhe são colocadas[45].

Como então conciliar a possibilidade de controle judicial, inafastável do regime de Estado democrático de direito e do modelo de separação de Poderes proposto, com a perspectiva institucionalista aqui apresentada, que reconhece as limitações e a falta de informação conjuntural no âmbito do Poder Judiciário?

Existem algumas possibilidades, as quais, evidentemente não esgotam a matéria, apesar de acreditarmos que as mesmas possam lançar algumas luzes sobre os problemas aqui levantados.

Em primeiro lugar, é evidente que quando os juízes tiverem as informações e a capacidade necessárias para uma tomada de decisão esclarecida, não deverão hesitar em fazê-lo[46]. Em verdade, todo o esforço do juiz deverá ser no sentido de obter as informações que lhe sejam importantes para o deslinde de uma controvérsia. Tal deverá ser seu objetivo.

Além disso, quando o parâmetro de controle de uma decisão regulatória for uma *regra*[47], seja ela constitucional, legal ou regulamentar, não haverá, a rigor, maiores dificuldades na tomada de decisão. Essa deverá ser feita, respeitando-se, é claro, a norma de maior grau hierárquico.

A dificuldade maior será quando se estiver diante de princípios ou mesmo de aplicação de conceitos jurídicos abertos e indeterminados. É em tais casos, através de cláusulas abertas, tão comuns no direito contemporâneo (*e.g.* relevante interesse, ordem pública, boa-fé), que, inevitavelmente, ingressarão no discurso jurídico aspectos com os quais o aplicador do direito não está habituado.

Tais aspectos podem atrapalhar ou ajudar, a depender de como o juiz, de acordo com as suas próprias capacidades e limitações, considera-los-á[48]. Na verdade, os argumentos não legais serão relevantes

---

[45] BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004, p. 2. Disponível na internet, no sítio: www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840. Acesso em 03.07.2007.

[46] SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", *in Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, p. 948.

[47] "As regras são normas jurídicas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacente, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, *cit.*, p. 70).

[48] Sem afastar outros argumentos, também é possível, neste campo, dosar o grau de controle judicial sobre uma dada decisão normativo/regulatória em função do teor democrático da mesma. Quanto maior o grau democrático, menor deverá ser a intensidade do controle. O mesmo raciocínio é aplicável para os casos

quando puderem ser traduzidos para o discurso jurídico. Sobre o ponto é pertinente a lição de Hugh Collins, a qual transcrevemos:

> "As luzes advindas de outros campos da ciência, tais como a teoria política, a análise econômica, estudos empíricos e sociológicos das práticas de mercado, não serão facilmente construídas como aspectos relevantes para o discurso dogmático. A doutrina deve reconstruir tais informações sobre os efeitos da regulação através de uma seleção do conhecimento que possa ser traduzido como fatos e princípios que sejam relevantes para o discurso jurídico. Argumentos econômicos sobre eficiência, por exemplo, podem normalmente ser traduzidos em discursos jurídicos sobre se o consentimento para uma transação foi dado de maneira voluntária e verdadeiramente informada".[49]

O que é inegável é que tais argumentos, a princípio não jurídicos, são a confirmação empírica do sucesso ou não de uma determinada regulação, o que pode ocasionar a sua invalidade, sendo, portanto, muitas vezes fundamentais para a tomada de decisão. O sucesso ou não da atuação estatal, no que se destaca a regulação econômica e social, dependerá da comprovação empírica do acerto das prognoses consideradas para uma determinada regulação. Isso deve se dar tanto em nível legislativo quanto em nível regulamentar (notadamente agências reguladoras).

Como anota, a propósito do controle de constitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes, não é de hoje que se vem "apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica"[50]. O mesmo se diga do controle da regulação em geral.

Talvez o maior exemplo de tal fenômeno seja o controle da proporcionalidade e razoabilidade dos atos estatais. Quando estiver

---

em que as agências reguladoras tomam decisões baseadas em consultas ou audiências públicas após intensa participação dos agentes econômicos e outros interessados. Quanto maior a participação, é razoável dizer, menor deverá ser a intensidade do controle. V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 235-238.

[49] COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 52. Tradução livre. No original: "*The insights available from other kinds of disciplines, such as political theory, economic analysis, empirical and sociological studies of market practices, will not easily be constructed as relevant facts for the doctrinal discourse. Legal doctrine must reconstruct its information about the effects of regulation by selecting the knowledge that can be translated into facts or principles which are relevant to the legal discourse. Economic arguments about efficiency, for instance, can normally be translated into legal discussions about whether consent to a transaction was given voluntarily on the basis of full information*."

[50] MENDES, Gilmar Ferreira. "Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial", *in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, p. 465.

examinando a proporcionalidade de uma medida, o juiz deverá empenhar-se no sentido de verificar todos os elementos empíricos relevantes para a solução da questão. O seu objetivo deve ser o de buscar todos os dados minimamente suficientes para uma decisão informada[51].

Como destaca Gilmar Ferreira Mendes, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão tem precedente que bem ilustra a necessidade de que haja tal esforço. Trata-se do caso em que se discutiu a proporcionalidade de lei do Estado da Baviera que condicionava o funcionamento de novas farmácias a uma permissão especial da autoridade competente. A justificativa bávara era a necessidade de preservação do bom funcionamento do mercado (interesse público), que não suportaria a instalação de um grande número de farmácias numa dada região[52]. No caso, argüiu-se que a corte não teria a capacidade técnica, nem tampouco as informações estatísticas e econômicas para compreender a medida, em razão do que não poderia proceder a um exame de sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Afastando tal argumento, o Tribunal entendeu que tinha sim elementos para averiguar quanto à existência de outros meios menos gravosos (análise do elemento de necessidade) aos direitos fundamentais (no caso da Lei Fundamental alemã, a liberdade de profissão), e que para tanto deveria valer-se de elementos empíricos, o que procurou fazer. Considerou-se, por exemplo, a experiência de outros países, no quais a liberdade de instalação de farmácias não trouxe problemas de saúde pública[53].

---

[51] No exercício da *ponderação* (de bens ou interesses), a etapa de *verificação dos fatos relevantes*, seguindo-se a proposta metodológica de Ana Paula de Barcellos, é da maior importância para a tomada de uma decisão racionalmente fundada, o que reforça a necessidade de que o juiz efetivamente busque todas as informações. A dificuldade nisso está na escolha quanto aos fatos que efetivamente deverão ser considerados (v. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116). Pensamos que, ao menos no campo do controle da regulação econômica, a perspectiva institucional contribui para tal eleição, eis que os elementos relevantes serão de certo modo apontados pelos órgãos reguladores competentes.

[52] Estabelecia o art. 3, I da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera de 16.06.1952:
"(1) Para uma farmácia estabelecer-se, a permissão só será concedida se:
a) O estabelecimento da farmácia corresponder ao interesse público da garantia do fornecimento de medicamentos à população e
a) Restar comprovado que sua base econômica está garantida e que por meio dela a base econômica das farmácias próximas não será a tal ponto comprometida que os pressupostos para o funcionamento regular não possam mais ser garantidos.

Para a permissão, pode-se estabelecer a condição de a farmácia ter que se estabelecer num determinado local para o atendimento do interesse do fornecimento geograficamente bem distribuído de medicamentos". (V. BVERFGE 7, 377, de 11.06.1958, *in* SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal constitucional federal alemão* (trad. Betriz Hennig *et alli*), Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, pp. 597/598).

[53] V. MENDES, Gilmar Ferreira. "Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial", in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional. São Paulo: Celso Bastos, p. 470.

Assim, diante de elementos empíricos a que teve acesso, apesar de reconhecer que não poderia decidir sobre um desenho regulatório mais eficaz sobre a matéria, concluiu o Tribunal alemão que o modelo bávaro era incompatível com o direito fundamental de livre exercício de profissão[54].

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já teve mais de uma oportunidade para apreciar casos em que, igualmente, se discutia a regulação do funcionamento de estabelecimentos comerciais, os quais deveriam respeitar um distanciamento mínimo fixado em lei.

No julgamento do RE nº 193.749-SP, declarou-se a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo que condicionava a licença de funcionamento de estabelecimentos farmacêuticos a que se respeitasse uma distância mínima entre os mesmos. A finalidade da norma seria a de garantir-se um melhor funcionamento do mercado, evitando-se concentração de farmácias em uma determinada região da cidade. Vencido o Min. Carlos Velloso (relator)[55] entendeu o STF que a norma em questão, além de descumprir as normas de competência, violava a livre iniciativa e a livre concorrência. Para a maioria do Tribunal, a restrição acabava por desproteger o consumidor, por cambiar-se em instrumento de concentração econômica, eis que seria meio a garantir que os estabelecimentos já bem localizados permanecessem com as melhores fatias do mercado[56].

Mais recentemente, em caso em que se atacou lei do Estado de São Paulo que estabelecia distância mínima entre as farmácias, com a finalidade de aperfeiçoamento do mercado (ADI nº 2.327[57]), o STF manteve,

---

[54] Para uma interessante análise crítica de três decisões da Suprema Corte dos EUA, as quais, segundo o autor, deveriam ter considerado elementos econômicos, no sentido dos votos vencidos do *Justice* Stephen Breyer, v., o próprio: BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004. Disponível na internet, no sítio: www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840. Acesso em 03.07.2007.

[55] O Min. Carlos Velloso entendeu que o Município estaria tão somente disciplinando o uso do solo urbano.

[56] RE nº 193.749-SP, rel. para o Acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 04.06.1998, DJ 04.05.2001, p. 35. Veja-se a ementa:
EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEI Nº 10.991/91, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. FIXAÇÃO DE DISTÂNCIA PARA A INSTALAÇÃO DE NOVAS FARMÁCIAS OU DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal nº 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada. Recurso extraordinário conhecido e provido.

[57] ADI 2.327-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.05.2003, DJ 22.08.2003, p. 20. Veja-se a ementa do referido *decisum*:
Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Governador do Estado de São Paulo. 3. Lei Estadual nº 10.307, de 06 de maio de 1999. Fixação de distância mínima para a instalação de novas farmácias e drogarias. 4. Inconstitucionalidade formal. Norma de interesse local editada pelo Estado-membro. 5.

dessa vez com unanimidade, o mesmo posicionamento. Entendeu o Tribunal, conduzido pelo voto do Min. Gilmar Mendes, que referida norma, além de repetir um vício de competência, era inconstitucional por violar o princípio da livre concorrência, sendo a medida desnecessária, o que só se poderia concluir com uma análise das prognoses do legislador, as quais foram infirmadas. Citando a aludida jurisprudência alemã, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a medida era excessiva (desnecessária) e que haveria outros meios aptos à consecução de um ambiente saudável de competição sem que se esvaziasse a livre iniciativa.

O raciocínio da Corte – e é isso o que se quer destacar – tem uma premissa básica, qual seja, a de que tais outros meios aptos e menos gravosos à consecução de uma dada finalidade só poderiam advir de uma análise econômica, de uma perspectiva que levasse em consideração aspectos fáticos de mercado. Isto é: os elementos de outros campos do conhecimento ingressaram ao discurso jurídico, o qual se deu, no caso, na análise da proporcionalidade da medida restritiva da livre iniciativa.

O ponto é que em casos como o das farmácias da Baviera e de São Paulo, não há como negar a "comunicação entre norma e fato"[58], com o que se torna primordial o desenvolvimento de instrumentos processuais aptos de permitir a participação de todas aquelas entidades capazes de contribuir para o debate dos fatos – desconhecidos pelo juiz – bem como dos efeitos de uma dada decisão na vida real.

No âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das leis, desenvolveu-se a figura do *amicus curiae*, previsto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, o qual tem o claro propósito de "pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar no processo, sejam destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida"[59].

Ora, reconhecendo-se a necessidade de considerar não só os argumentos jurídicos no controle judicial, como também elementos outros de

---

Inconstitucionalidade material. Descumprimento do princípio constitucional da livre concorrência. Precedentes. 6. Ação direta procedente.
V. ainda a ADI nº 199.101-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.06.2005, DJ em que se declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que estabelecia distanciamento mínimo entre postos de combustível.

[58] MARENHOLZ, Ernst Gottfried. *Verfassunginterpretation aus praktisher Sicht, apud* MENDES, Gilmar Ferreira. "Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial", *in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, p. 465.

[59] BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de legitimação*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 159. V., ainda, no direito comparado, BIANCHI, Paolo. Un'Amicizia Interessata: L'amicus curiae davanti allá corte suprema degli stati uniti, *in Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 6, 1995, Giuffré.

teor empírico/pragmático, por que não desenvolver instrumento de mesma inspiração para quando se estiver diante do controle dos atos dos órgãos reguladores? Não seria a intervenção das entidades reguladoras em processos judiciais (sejam eles abstratos, sejam eles concretos), imprescindível, em casos de maior complexidade técnica, ou mesmo em hipóteses de difícil verificação, pelo Poder Judiciário, dos efeitos sistêmicos de sua decisão?

Pensamos que sim. Deve haver meios para a efetiva participação de entidades capazes de esclarecer o juiz controlador da atividade regulatória estatal, carecedor que é – para uma tomada de decisão informada – de estatísticas, análises empíricas e estudos técnicos em geral.

O direito positivo brasileiro já prevê uma importante forma de participação, a qual, apesar de sua relevância para que se alcancem os objetivos institucionais aqui defendidos, vem sendo timidamente utilizada. Referimo-nos ao parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997[60], o qual gerou perplexidade na doutrina processualista, diante da necessidade trazida por tal norma de que se repensem institutos do direito processual como o interesse jurídico do terceiro interveniente.

O dispositivo citado, que autoriza o ingresso das pessoas jurídicas de direito público da União em ações em que se discutam questões que possam ter impacto econômico, dispõe sobre verdadeira hipótese de atuação dos entes reguladores como *amici curiae* regulatórios, aptos que são a auxiliar o Poder Judiciário na tomada de decisão, através do esclarecimento de questões técnicas e sistêmicas, próprias da regulação econômica.

É interessante observar que a figura do *amicus curiae* surgiu pela primeira vez no Brasil através da Lei nº 6.616/1978, que, entre outras alterações, inseriu o art. 31 na Lei nº 6.385/1976[61], criando-se a

---

[60] Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes."

[61] Art. 31 - Nos processos judiciários 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 a contar da intimação. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978)

§ 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978)

§ 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subseqüentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978)

§ 3º - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978)

possibilidade de a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ingressar em feitos em que se discutam questões ligadas às suas competências. Vale dizer: no âmbito da regulação de mercado de capitais, já teve o legislador brasileiro, desde a década de 1970, a lucidez de determinar a intimação da entidade administrativa competente.

Hugh Collins, após constatar a incapacidade de o Poder Judiciário tomar decisões esclarecidas em certas matérias de caráter regulatório, ao mesmo tempo em que reconhece que, ao fim e ao cabo – e é bom que assim seja –, serão os juízes aqueles que dirão o significado da regulação, sustenta que o direito de prestar informações deva ser estendido de forma ampla através de verdadeiros *amici curiae* da regulação[62]. Em suas palavras:

> "as informações relevantes podem ser obtidas de uma maneira mais sistemática, permitindo-se que as partes apresentem estatísticas ou outras formas de provas legadas a conhecimentos especializados. **Esse direito de fornecer informações poderia ser também estendido a grupos de interesse na qualidade de *amicus curiae*, a quem se deve autorizar o oferecimento de memoriais às cortes, para um julgamento mais eficiente.** Essas práticas de uso de memoriais com informações baseadas em outros campos do conhecimento (*Brandeis Brief*), contendo informações estatísticas bem como admitindo informação de grupos de interesse, tornaram-se muito comuns nos EUA em litígios envolvendo direitos constitucionais e outras questões de direito público **Meu argumento é o de que tal prática deveria ser sistematicamente estendida para litígios de direito privado, com a finalidade de que se conceda às cortes ordinárias a capacidade de superar a sua falta de expertise para o julgamento das questões**."[63]

---

§ 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978)

[62] COLLINS, Hugh. Regulating contracts. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 82-87.

[63] COLLINS, Hugh. Regulating contracts. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 87. Trad. livre. No original: "the relevant information can be acquired in a more systematic way by permitting the parties to the litigation to present statistical information and other forms of expert evidence. **This right to supply information could also be extended to interested groups as 'amicus curiae', who might be permitted to submit written briefs to the court that address the problem of setting effective standard**. These practices of using a 'Brandeis brief' containing statistical information and admitting information from pressure groups have become widespread in the US in the context of litigation about constitutional rights and public law issues. **My argument is that they should also be extended systematically to a private law litigation in order to grant the ordinary courts the capacity to overcome their lack of expertise in setting standards**." Grifou-se.

Stephen Breyer, no mesmo tom, destaca a necessidade de que as cortes façam melhor uso de *experts* em casos de complexidade econômica[64]. Tal possibilidade não deve ser levada burocraticamente, mas com seriedade e atenção do juiz, que deve esforçar-se para compreender os elementos trazidos por tais colaboradores judiciais.

Entendemos que a generalização da atuação dos *amici curiae* é imposição da concepção de separação de Poderes que se adota, diante, ainda, do influxo da grande quantidade de informações importantes para uma tomada de decisão, as quais não são de conhecimento do juiz. Pensamos que, com a cautela necessária para não transformar o processo judicial num palco da desordem, seria de todo interessante que entidades capazes de contribuir para o esclarecimento técnico e sistêmico de uma dada decisão judicial tivessem a capacidade de apresentar, memoriais, interpor recursos, etc.. No que diz respeito aos entes reguladores, essa imposição é ainda mais evidente. Sim, porque contrariaria a própria lógica de uma atuação eficiente do Estado – a qual pressupõe a coordenação entre os Poderes –, que se ignorasse a existência, no bojo da própria Administração, de órgão legal e tecnicamente habilitado a informar sobre um determinado assunto, em seus mais amplos e conjunturais aspectos.

Eis a *ratio* do art. 5º da Lei nº 9.469/1997[65], o qual admite, sem que haja necessidade de demonstração de interesse processual, o ingresso de pessoas jurídicas de direito público no âmbito de ações judiciais as quais possam ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, com possibilidade, ainda, de deslocamento da competência. O argumento é o de que a colaboração do *amicus curiae* regulatório passa longe das discussões sobre a existência de interesse jurídico processual, ou se a hipótese se trata de mais um privilégio da Fazenda Pública em juízo. O seu ingresso tem como verdadeiro fundamento o bom funcionamento institucional do Estado, para aperfeiçoamento tanto da regulação, quanto do controle judicial da atuação estatal na economia[66].

---

[64] BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004, p. 11. Disponível na internet, no sítio: www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840. Acesso em 03.07.2007.

[65] A generalização dos *amici curiae* independeria, ao nosso ver, de previsão legislativa, eis que decorre da própria organização institucional do Estado. É de se ressaltar, o que reforça o argumento, que o Supremo Tribunal Federal já admitia o ingresso de *amici curiae* antes mesmo da previsão legislativa expressa. Veja-se, por exemplo, o julgamento do agravo regimental na ADI nº 748-4 - Rel. Min. Celso de Mello, no qual se decidiu que a juntada de peças documentais, por um "colaborador informal da Corte" (*amicus curiae*), não configurava modalidade de intervenção de terceiros – então vedada pelo Regimento Interno do Tribunal – mas verdadeiro instrumento democrático de pluralização dos debates travados no exercício da jurisdição constitucional, por meio do qual a Corte não apenas se informa melhor sobre as visões constitucionais do problema existentes na sociedade, como também, pela via da abertura procedimental, alcança um grau mais elevado de legitimidade em suas decisões.

[66] É verdade, destaque-se, que, como preleciona Antonio do Passo Cabral, "[S]e não existe necessidade de demonstração de um interesse jurídico, *o conteúdo da manifestação* do amigo da Corte deve ser apto a prestar uma *relevante contribuição* para a decisão" (CABRAL, Antonio do Passo. "Pelas asas de Hermes:

Realmente, o interesse em questão não é jurídico, mas verdadeiro *interesse institucional*. Neste sentido é o pensamento de Cássio Scarpinella Bueno, *in verbis*: "[T]rata-se, em casos que tais, de um interesse jurídico que transcende o indivíduo ou a entidade que busca a intervenção. A hipótese em estudo refere-se, inequivocamente, a uma dessas situações. De interesse institucional se ocupa o dispositivo em questão, portanto"[67].

Pois bem. Retornemos ao exemplo apresentado na introdução. Como afirmado, o STJ não tem admitido o ingresso da ANATEL nos feitos em que se discute a legitimidade da cláusula contratual de cobrança da assinatura básica nos serviços de telefonia fixa. Entende o Tribunal que não há interesse processual relevante da agência a atuar no feito e que a relação resolve-se entre usuário e concessionária de telecomunicações.

Ora, diante do exposto, e destacando-se que: *(i)* a idéia de existência de órgãos técnicos e especializados é inseparável de uma concepção moderna de divisão de Poderes, a qual leva em conta os valores que informaram a sua própria existência; *(ii)* que o controle judicial é igualmente imprescindível a um Estado que se pretenda democrático e de direito; e *(iii)* que o Poder Judiciário não é um Hércules capaz de levar em consideração todos os inevitáveis elementos não jurídicos, altamente relevantes para a sua tomada de decisão, bem como lhe carece conhecimento para averiguar as conseqüências sistêmicas de sua decisão, conclui-se que a participação da agência é fundamental para o funcionamento adequado da adjudicação, devendo o juiz, esclarecido de seus próprios limites, requerer, mesmo de ofício, a manifestação da mesma, o que será capaz, inclusive, de deslocar a sua competência[68].

---

a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o vertreter des öffentilichen Interesses", *in Revista de Processo* nº 117, 2004, p. 29).

[67] BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 218. Em oposição ao aqui sustentado, advogando a idéia de que, a despeito do texto da lei, é inarredável a demonstração de interesse jurídico, v. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*, São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 66-67.

[68] No âmbito da dogmática processual, talvez seja esse o ponto mais delicado da questão. De acordo com a letra do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997, o deslocamento da competência para a Justiça Federal dar-se-á somente em caso da interposição de recursos pela entidade federal interveniente, o que gera a possibilidade de que um Tribunal Regional Federal reaprecie sentença de juiz estadual, hipótese que contraria o art. 108, II, da Constituição. A questão merece atenção aprofundada, a qual é incompatível com os objetivos do presente estudo. Pensamos, todavia, que as dificuldades ligadas à fixação da competência não devem inviabilizar o desenvolvimento do novel instituto. Com esse espírito, Cássio Scarpinella Bueno entende que o dispositivo legal deve ser interpretado conforme a Constituição, deslocando-se a competência para a Justiça Federal desde a primeira instância, por força do art. 109, I, CF (BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 228). Leonardo José Carneiro da Cunha, por seu turno, apesar de reconhecer os problemas de sua solução, sustenta que o recurso deve ser interposto ao Tribunal de Justiça do Estado, "que, ao dar-lhe provimento, irá anular a decisão ou a sentença, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal para que sejam repetidos os atos processuais" (CUNHA, José Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pela pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997", *in* DIDIER JR., Fredie e WAMBIER,

Realmente, questões relevantes e de impacto sistêmico, como é o caso da fixação de política tarifária, têm razão de ser muito mais ampla e intrincada que um mero capricho das concessionárias, como parecem imaginar certos órgãos de defesa dos consumidores. Tal política é inspirada em arranjos econômicos complexos, os quais são desconhecidos do Poder Judiciário, sendo certo que levam em consideração, inclusive, a necessidade de que alguns serviços da concessionária sejam subsidiados através das assinaturas. Qualquer decisão, seja ela favorável ou não a uma determinada política tarifária, deve levar em consideração tais fatores econômicos de sua própria criação, sem o que é grande o risco de que se criem graves violações a direitos dos mais pobres, que poderão ter aumentado o preço de suas tarifas na prestação de um serviço público essencial.

A propósito, é interessante transcrever trecho do pensamento de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, em artigo que trata, justamente, do problema ligado ao controle judicial da assinatura básica de telefonia. Segundo os autores:

> "os profissionais do Direito, tradicionalmente generalistas, dedicados ao domínio e aplicação das 'grandes leis' (primeiro os Códigos, depois a Constituição), ainda vêem a regulação como território estrangeiro, como o domínio dos técnicos. Ainda lhes é custoso penetrar nas especificidades, mesmo legais, dos setores regulados. Falta-lhes a informação – ou segurança – para questionar um dispositivo regulamentar qualquer por incoerência com a lei setorial"[69].

O nosso argumento é o de que, se não se têm elementos bastantes para se concluir sobre a juridicidade de uma dada regulação, e há meios, dentro do próprio arranjo institucional do Estado, para que essa seja, ao menos, iluminada, deverá o juiz valer-se disso. No exemplo: entendemos que o magistrado esclarecido deverá pedir a participação da ANATEL, que ingressará nos feitos, como o *amicus curiae* previsto no art. 5º da Lei nº 9.479/1997[70]. A

Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 635).

[69] SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. "O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico", *in O poder normativo das agências reguladoras*, (coord. Alexandre Santos de Aragão), Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 636.

[70] Em interessante decisão de primeiro grau, o Juiz Marcos Josegrei da Silva, da Vara Federal do Município paranaense de Guarapuava, decidiu, prudentemente, pela participação da ANATEL, em feito em que se discute a regulação das Estações Rádio Base (ERBs). Entendeu que "por ter função reguladora e ser responsável pela edição das normas acerca da instalação de Estações Rádio Base, nos termos da Lei nº 9.472/97, deve a ANATEL integrar a lide, a fim de prestar esclarecimentos acerca da matéria tratada nos autos." Em conseqüência de tal raciocínio, concluiu o magistrado que "fica firmada a competência para apreciação do caso em exame neste juízo federal, a teor do que dispõe a Lei nº 9.469/97, no artigo 5º, parágrafo único". (Ação Ordinária nº 2007.70.06.000623-4-PR, decisão de 02.05.2007). Em tal caso, a

timidez da jurisprudência quanto a tal forma de participação vai de encontro ao desenvolvimento de um Estado que preserve seus fundamentos legitimadores, ao mesmo tempo em que se moderniza através do aparelhamento técnico institucional das agências reguladoras.

Com isso, a um só tempo, ampliar-se-ia a possibilidade de controle judicial, o qual deve levar em consideração a capacidade institucional do juiz para uma tomada de decisão esclarecida, bem como seriam diminuídos os riscos de o Poder Judiciário causar mais danos que benefícios à regulação, verdadeiros paradoxos das boas intenções do Estado juiz[71]. Mais uma vez com o exemplo citado, é impossível ao juiz sozinho – salvo o Hércules de Dworkin – ter consciência quanto aos impactos gerais de uma decisão que anule, por abusiva, a exigência de assinatura básica residencial.

5 – À guisa de conclusão, ou sobre "só sei que nada sei".

Ao final deste artigo, o que podemos concluir é que há uma necessidade de que se repense o papel das agências reguladoras e do Poder Judiciário no âmbito da separação de Poderes estatais, sem que se desconsiderem os valores que orientaram e justificaram a consagração da mesma, quais sejam, a democracia, a especialização profissional, e a proteção dos direitos fundamentais.

A presença dos órgãos reguladores só pode ser vista sob tal perspectiva axiológica, sendo certo que tais órgãos têm muito a contribuir com o desenvolvimento desses valores. De fato, a participação dos reguladores em processos judiciais, de modo a minimizar a escassez de dados conjunturais no Poder Judiciário, contribui tanto para o fortalecimento do controle judicial, através de sua maior legitimação democrática com a pluralização do debate, como também para a proteção de direitos fundamentais, que podem ser violados, em alguns casos, quando a decisão judicial conduza a resultados opostos aos pretendidos (paradoxos regulatórios), eis que desconsiderados argumentos técnicos e sistêmicos.

ANATEL efetivamente manifestou interesse no feito e até a data de hoje (03.07.2007) a decisão permanece em vigor.

[71] A expressão é de Cass Sunstein, segundo o qual, muitas vezes, o Estado regulador cria verdadeiros paradoxos, dentro da idéia de que, por vezes, sua atuação produz resultados opostos àqueles pretendidos (v. SUNSTEIN, Cass. "Paradoxes of the regulatory state", *in The University of Chicago Law Review*, vol. 57, nº 2, Administering the Administrative State, 1990, pp. 407-441). Um exemplo muito claro de tais paradoxos no Brasil é o da regulação dos planos de saúde, a qual é temperada por centenas (talvez milhares) de decisões judiciais em princípio protetivas dos direitos dos consumidores, mas que acabaram por se revelar, em muitos casos, paternalistas. Realmente, as tantas exigências que hoje são feitas aos planos de saúde no oferecimento de seus serviços acabaram por dificultar o acesso às camadas mais pobres, sendo fato que as empresas do setor estão deixando de contratar diretamente com pessoas físicas, ou mesmo cobrando preços muito elevados para compensar o risco da intervenção estatal, judicial e regulatória. A falha na regulação parece-nos evidente, eis que se desconsiderou a capacidade do mercado de adaptar-se a novas circunstâncias, o que é bastante presente em políticas regulatórias redistributivas (v. SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution*, cit., p. 37, bem como pp. 74-97).

Pensamos que o juiz deve valer-se cada vez mais dos órgãos técnicos do arranjo institucional do Estado regulador. Vale dizer: se dentro do próprio Estado há órgãos capazes de esclarecer a atuação judicial, não se justificaria, em processos mais complexos, que o juiz não se valesse das informações de tais entes. De outro lado, se algum desses entes reguladores entender ser importante a sua participação, deverá o juiz, em princípio, aceitá-la. Do contrário, deverá utilizar-se de argumentos robustos o bastante para justificar que não haja a intervenção.

Parece-nos que, muito menos que um Hércules, o juiz deve ser, de certa maneira, um filósofo socrático, capaz de reconhecer as próprias limitações e afirmar, num primeiro passo para a busca de ajuda institucional, que: “só sei que nada sei”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ACKERMAN, Bruce, "The new separation of powers", *in Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004).

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática, *in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 56, 2002, pp. 201 *et seq.*.

BIANCHI, Paolo. Un'Amicizia Interessata: L'amicus curiae davanti allá corte suprema degli stati uniti, *in Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 6, 1995, Giuffré.

BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004. Disponível na internet, no sítio: www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840. Acesso em 03.07.2007.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de legitimação*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. "Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o vertreter des öffentilichen Interesses", *in Revista de Processo* nº 117, 2004.

COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CUNHA, José Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pela pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997", *in* DIDIER JR., Fredie e WAMBIER, Teresa Arruda

Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 581-640.

CYRINO, André Rodrigues. "Revolução na Inglaterra? Direito humanos, Corte Constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review?", *in Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 5, 2007.

CYRINO, André Rodrigues. "Revisitando o princípio da separação de poderes: algumas notas sobre a redefinição do espaço normativo do Poder Executivo", *in As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*, org. Zênio Ventura e Paulo Roney Fagúndez, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, pp. 81-102.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ, Sérgio. *Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões*, *in* RDA nº 231, 2003.

GOLDBERG, Daniel. "O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito", *in Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência* (org. Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta), Rio de Janeiro: Ipea, 2007, disponível na inernet, no sítio www.ipea.gov.br, acesso em 24.04.2007.

GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

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

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

MATTOS, Paulo Todescan L. *O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade*, São Paulo: Singular, 2006.

MAJONE, Giandomenico. *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions*, disponível na internet no sítio: http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/96_57.html, acesso em 19.04.2007

MAJONE, Giandomenico. "Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e conseqüências da mudança no modo de governança", in Regulação Econômica e Democracia – O Debate Europeu. São Paulo: Singular, 2006, p. 53-86.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*, São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial", *in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. São Paulo: Celso Bastos.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Nova York, NY: Cambridge University Press, 1999.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal constitucional federal alemão* (trad. Betriz Hennig et alli), Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

STRAUSS, Peter L.. "From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking", *in Wake Forest Law Review*, n. 31, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. "O poder normativo das agências em matéria tarifária e a legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico", *in O poder normativo das agências reguladoras*, (coord. Alexandre Santos de Aragão), Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 605-636.

SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

SUNSTEIN, Cass. "Paradoxes of the regulatory state", *in The University of Chicago Law Review*, vol. 57, nº 2, Administering the Administrative State, 1990, pp. 407-441.

SUNSTEIN, Cass. "O Constitucionalismo após o New Deal", *in Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 131-242.

SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", *in Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, 3ª ed. (trad., da 12ª ed. alemã de 1994, Karin Praefke_Aires Coutinho, coord. José J. Gomes Canotilho), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: CYRINO, André Rodrigues. Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um Amicus Curiae regulatório. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ANDRE-CYRINO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.