

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

CRISTIANO BECKER ISAIA

DANIELA MARQUES DE MORAES

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Daniela Marques De Moraes; Luiz Fernando Bellinetti - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-410-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais.

4. Interpretação. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, por ocasião do XXVI Encontro Nacional do Conpedi, realizado na cidade de Brasília/DF, de 19 a 21 de julho de 2017.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelo Professor Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), pelo Professor Doutor Luiz Fernando Bellinetti (UEL) e pela Professora Doutora Daniela Marques de Moraes (Unb). Um total de 18 (dezoito) dos 20 (vinte) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 5 (cinco) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se no tema Processo civil, ações coletivas e direitos sociais, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância no universo do processo, tais como o sistema de class actions, mínimo existencial em ações de saúde, gestão de litígios de massa, entre outros. No segundo grupo destacou-se o enfrentamento verticalizado do tema Novos contornos da ação civil pública, vindo à tona principalmente questões relacionadas à possibilidade de julgamento fracionado nestas ações, bem como sua relação à técnica de reconvenção, além da vinculação à defesa de direitos previdenciários. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à clássica relação entre Processo e jurisdição, momento em que se discutiram temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, sistema de precedentes e a função jurisdicional de agências reguladoras. O quarto grupo discutiu o Incidente de resolução de demandas repetitivas, o fazendo numa perspectiva crítica e também técnica, quando se vinculou o tema à análise econômica do direito, bem como à questão da independência do Poder Judiciário e sua relação ao incidente. O quinto e último grupo proporcionou o debate da Técnica processual, com ênfase principalmente à fase de liquidação de sentença, sentença estrangeira de divórcio consensual, estabilidade da tutela provisória, saneamento do processo, negócio jurídico processual e honorários de advogado no novo código de processo civil.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos pudesse reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre o

tema. Fica assim o convite à leitura, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Brasília/DF, julho de 2017.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – Universidade Estadual de Londrina

Prof^a. Dr^a. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília

**A FUNÇÃO JURISDICIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A
NECESSIDADE DE REVISITAÇÃO DO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA
INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL (CF/88, ART. 5º, XXXV)**

**THE JURISDICTIONAL FUNCTION OF THE REGULATORY AGENCIES AND
THE NEED TO REVISIT THE CONTENT OF THE PRINCIPLE OF
INAUSPABILITY OF JUDICIAL CONTROL (CF / 88, ARTICLE 5, XXXV)**

**Angélika Souza Veríssimo da Costa
Rosalina Freitas Martins de Sousa**

Resumo

O presente artigo procura demonstrar que as agências reguladoras exercem função jurisdicional, e, mais, que esses entes administrativos têm aptidão para prestarem uma tutela jurisdicional mais adequada, se comparada com o Poder Judiciário, já que lidam com matérias altamente técnicas e específicas, e que, por isso mesmo, exigem expertise no seu trato. A partir dessa compreensão, propõe-se uma interpretação constitucionalmente adequada do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Palavras-chave: Agências reguladoras, Função jurisdicional, Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to demonstrate that regulatory agencies exercise a jurisdictional function, and, moreover, that these administrative entities have the capacity to provide a more adequate judicial protection, as compared to the Judiciary, since they deal with highly technical and specific matters, and that , For this very reason, require expertise in their dealings. From this understanding, a constitutionally adequate interpretation of the principle of inafasability of judicial control, provided for in art. 5th, XXXV, of CF / 88.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulatory agencies, Judicial function, Principle of the inafasability of judicial control

1 Introdução

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, extraído a partir do texto do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O referido dispositivo destina-se ao legislador, que fica proibido de editar qualquer regra jurídica que impeça que uma decisão proferida em processo administrativo ou um ato praticado em inquérito, sejam excluídos da apreciação do Poder Judiciário. Na verdade, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário as próprias leis ou quaisquer outras regras jurídicas, nem mesmo a defesa dos direitos individuais e coletivos que tenham fundamento em disposições constitucionais ou infraconstitucionais. O art. 5º, XXXV, da CF/88 também se dirige ao órgão judicial, que se vê impedido de se eximir de responder ao pedido de tutela jurisdicional. Enfim, toda controvérsia, incluindo a ameaça de lesão, não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, no entanto, não deve ser compreendido como uma norma que permite que toda e qualquer questão seja apreciada ilimitadamente pelo Poder Judiciário. A tutela jurisdicional adequada não necessariamente só há de ser prestada pelo Poder Judiciário. Outros entes e órgãos, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, têm – ou podem ter – aptidão para prestar uma tutela adequada.

De modo mais específico, o foco do presente trabalho está na competência decisória das agências reguladoras. Partindo da premissa de que as agências reguladoras exercem a função jurisdicional, e, mais, que lidam com matérias técnicas e específicas, que exigem *expertise* no seu trato, questiona-se se esses entes administrativos não teriam mais aptidão para prestar uma tutela jurisdicional adequada, se comparada com o Poder Judiciário. Não é chegado o momento de se refletir a respeito do alcance do princípio da inafastabilidade previsto no art. 5º, XXXV da CF/88?

Historicamente, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tem uma justificativa ligada ao regime ditatorial que o Brasil havia acabado de superar quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, de forma que deixar expresso o recurso ao Poder Judiciário como bastião da salvaguarda de direitos se mostrava relevante e oportuno. Era realmente natural que, naquele momento histórico, não se vedasse o acesso ao Poder Judiciário, já que os princípios constantes do texto constitucional refletem justamente a reação

de movimentos sociais frente ao abuso cometido no período antecedente à nova ordem que vem a se instaurar.

No entanto, a interpretação ampla que tem sido conferida ao referido dispositivo constitucional tem obstado uma consideração mais refletida a respeito do tema, e, nessa linha, vem funcionando como permissivo para que toda e qualquer questão seja apreciada pela via judicial, mesmo quando se sabe que o Poder Judiciário, pela própria formação dos seus juízes, eminentemente jurídica e generalista, não detém *expertise* para lidar com determinadas matérias, que exigem um conhecimento mais técnico e específico no seu trato.

Criadas para cuidar e fiscalizar a prestação de serviços públicos, as agências reguladoras atuam com matérias muito específicas, e que, por isso mesmo, exigem *expertise*, não somente do ponto de vista da legislação aplicável, mas também do conhecimento não jurídico que está subjacente aos serviços públicos por elas regulados (aviação civil, petróleo, energia elétrica, telecomunicações, etc.).

Porém, como se disse, as decisões desses entes podem ser – e recorrentemente têm sido – submetidas ao crivo judicial, justamente em razão da interpretação ampla que tem sido conferida ao art. 5º, XXXV da CF/88, que impede que uma decisão proferida em processo administrativo seja excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Assim, partindo-se da metodologia analítica descritiva com base nos autores que abordam as temáticas, bem como, diante da atual e constante capacidade normativa e decisória das agências reguladoras no nosso sistema, cumpre, então, refletir acerca do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, a fim de atribuir ao seu texto uma interpretação mais consentânea com a contemporaneidade.

2 Generalidades a respeito da composição jurídica e das atividades desempenhadas pelas agências reguladoras no sistema brasileiro

Introduzidas no sistema brasileiro sob a forma de autarquias especiais, a partir das mudanças ocorridas no país na década de 90, as agências reguladoras são entidades da Administração Indireta, com personalidade de direito público, criadas e extintas por lei específica, segundo os preceitos contidos no art. 37, inc. XIX da CF/88.

Inicialmente, as agências reguladoras foram instituídas para regular os serviços públicos e as atividades econômicas previstos, respectivamente, no art. 21, incs. XI e XII e art. 177, ambos da CF/88, quando, então, se assistiu à criação da Agência Nacional de Energia

Elétrica – ANEEL (Lei nº. 9.427/96), da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº. 9.472 e/97) e da Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº. 9.478/97).

Posteriormente, foram criadas outras entidades administrativas independentes para realizarem o exercício da regulação de outras atividades, caracterizando suas funções, principalmente, no exercício do poder de polícia, tais como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/99), a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/2000), a Agência Nacional de Água – ANA (Lei nº 9.984/2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei nº 10.223/2001), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº. 10.223/2001), a Agência Nacional do Cinema – ANCINE (Lei nº 2.228-1/2001) e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei nº 11.182/2005).

Por serem criadas como autarquias de regime especial, possuem prerrogativas diferenciadas, identificadas pela autonomia que desfrutam em relação ao Poder Público, a fim de que possam se resguardar no exercício de seus juízos técnicos discricionários de toda e qualquer influência externa, seja por parte do Estado ou dos agentes regulados.

As leis instituidoras, portanto, de cada agência reguladora conferem a estas entidades o exercício de poder normativo; maior independência administrativa, retratada não só na autonomia destas entidades em relação ao órgão da administração direta ao qual estão vinculadas (seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo executivo), como também pela estabilidade de seus dirigentes, os quais exercem mandato por prazo certo e determinado, só podendo ser destituídos de suas funções nas hipóteses legalmente previstas; e, autonomia decisória, eis que possuem autorização legal para resolverem conflitos de interesses originados no âmbito administrativo não só entre os agentes regulados ou entre estes e o Poder Público, como também entre os particulares prestadores de serviços públicos e atividades econômicas e os usuários da geração dessas tarefas. Desse modo, possuem autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira (BARROSO, 2006, p. 41).

A Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, numa tentativa de padronizar o quadro de pessoal para aquelas entidades, elenca algumas hipóteses que retratam a autonomia político-administrativa desses entes. Nos arts. 4º e 5º do referido diploma legal, estão dispostas as regras que impõem uma condução colegiada das agências reguladoras, sendo o órgão diretor ou presidente escolhido e nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, após ratificação do Senado Federal, dentre brasileiros de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conhecimento no campo da atividade específica

do cargo que irá desempenhar. Já o art. 6º da mesma lei prevê que o mandato dos Conselheiros e dos Diretores será fixado nas leis instituidoras das agências reguladoras. Em regra, visualiza-se mandato fixo de três a quatro anos. Outrossim, de acordo com o art. 9º, os Conselheiros e os Diretores das agências reguladoras apenas perderão seu mandato em situações de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, assegurada a ampla defesa e o contraditório, podendo, ainda, as leis instituidoras das entidades designarem outras possibilidades.

Cumpram também ressaltar que a autonomia político-administrativa se revela na impossibilidade do ex-dirigente exercer atividades ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de 04 (quatro) meses, contados do ato de exoneração ou da finalização do mandato, é o que preconiza o art. 8º, da Lei nº 9.986/2000; nesse período, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus a uma remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu. Quanto ao provimento dos demais cargos das entidades reguladoras, deverá ser feito mediante concurso público, para provimento de cargo efetivo, nos moldes da Lei nº 10.871/2004.

Cumpram destacar, ainda, que as decisões tomadas pelos agentes reguladores não serão reexaminadas pela Administração direta ou qualquer órgão do governo, eis que, em regra, o controle exercido pelo Executivo sobre as agências reguladoras restringe-se à escolha de seus dirigentes, de maneira a não violar a autonomia assegurada pelas leis criadoras destas entidades. Na verdade, ao se analisar alguns dispositivos legais, tais como o art. 19, XXV, da Lei nº 9.472/97, o art. 15, § 2º, da Lei nº 9.782/99 e o art. 3º, V, da Lei nº 9.427/97, percebe-se que as agências reguladoras representam a última instância administrativa para julgamento dos recursos interpostos contra seus atos administrativos.

No desenvolvimento das suas atividades, referidas entidades da Administração Indireta necessitam de fontes de receitas públicas. Assim, as despesas e a utilização do dinheiro público não estarão isentas do controle realizado pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, como bem preceitua o parágrafo único do art. 70, da Constituição Federal. Dita fiscalização, contudo, ficará restrita ao exercício de atividade-meio realizado pelas agências reguladoras, na medida em que o exame das contas quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade só se efetivará quando da utilização de recursos públicos.

Muitas regras que regulam as agências reguladoras têm o objetivo de preservar seus dirigentes da chamada temida captura por parte dos agentes econômicos, bem assim de livrá-los de influência classista ou partidária e impor-lhes uma dedicação exclusiva à atividade

pública. Assim também sucede com o Poder Judiciário. Aos seus membros são atribuídas garantias e impedimentos, justamente objetivando sua independência e a imparcialidade dos juízes (CF/88, art. 95, I, II, III, IV, V e parágrafo único).

De se consignar, ainda, que nem todo magistrado investe-se na função jurisdicional por meio de concurso. O STF, por exemplo, é composto por onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (CF/88, art. 101), os quais são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. A escolha dos ministros do STF, portanto, decorre de uma decisão que cabe ao chefe do Poder Executivo, não havendo qualquer obrigatoriedade de que os ministros tenham se submetido a concurso e sejam provenientes dos quadros da magistratura. Há, aqui, novamente, uma certa similitude com a escolha dos membros das agências reguladoras.

Como se vê, em certas circunstâncias, a administração pode cumprir finalidade semelhante à da jurisdição. Na verdade, em alguns casos, o que se verifica é um genuíno paralelismo entre Jurisdição e Administração.

Considerando que, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 525), determinada agência reguladora “exerce e é especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei”, cumpre, então, avançar na ideia de que outros órgãos, que detêm capacidade técnica para apreciar algumas matérias podem ser mais adequados para o julgamento de determinados litígios, se comparados com o Poder Judiciário.

3 O reconhecimento de que as agências reguladoras exercem função jurisdicional: um necessário volver à construção teórica da separação de poderes

Atualmente, não mais se sustenta uma compreensão clássica acerca da teoria da separação de poderes, fundada na proteção da liberdade individual em face de um monarca absolutista, que resultou numa divisão em compartimentos estanques (BONAVIDES, 2007, p. 157).

Ao longo do tempo, foram se ampliando os espaços de intersecção e interferência entre os poderes estatais. Além disso, passou-se a conviver com uma permissão, cada mais alargada, de exercício de funções atípicas, além daquelas que cabiam ordinária e tipicamente a cada um dos Poderes (MARQUES NETO, 2007, p. 262/263). Não se pode olvidar, ainda, que durante todo o fluxo evolutivo da história, foram surgindo novos órgãos e centros de poder

autônomo, com competências técnicas e específicas, sobretudo diante da necessidade de o Estado garantir a eficiência na prestação dos serviços.

Toda essa transformação, portanto, fez com que o princípio da separação dos poderes perdesse sua configuração de outrora. De acordo com Andreas Krell, o princípio da separação dos poderes, na atualidade, “deve assumir uma ‘noção menos mistificadora e mais pragmática’” (KRELL, 2008, p. 71-72).

A chamada separação de poderes representa, na verdade, uma divisão de órgãos ou separação relativa de órgãos para exercitarem as distintas funções do Estado. (GORDILLO, 1977, p. 110; DANTAS, 2016, p. 307; DALLARI, 2016, p. 213-214; DIDIER JR., 2015, p. 156; CARNEIRO, 2007, p. 22-24; CUNHA, 2008, 41; DINAMARCO, 2016, p. 453; GERAIGE NETO, 2003, p. 24).

Nesse sentido, a ideia contemporânea de separação de poderes, prevista no art. 2º da CF/88, consiste numa separação funcional, ou seja, numa mera divisão de trabalho. A divisão figurativa de poderes se dá, na realidade, quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos, com competências próprias.

Aliás, essa compreensão funcional da separação de poderes está voltada para o aumento da eficiência do Estado, devendo o legislador ficar atento no momento em que for definir as competências dos órgãos para o julgamento das diversas matérias no âmbito estatal, sobretudo aquelas que envolvem *expertise* no seu trato.

Especificamente no tocante à definição das competências sobre apreciação de certas matérias, se administrativa ou judicial, parece-nos que é necessário considerar que a eficiência é uma imposição constitucional a todos os poderes, pois é princípio da Administração Pública, e deve ser levada em conta na definição das competências dos órgãos públicos para o julgamento das diversas matérias no âmbito estatal, a fim de evitar que haja o dispêndio desnecessário de atividades administrativas que terão pouca ou nenhuma valia, na medida em que poderão ser integralmente desconstituídas por atividade do próprio Poder Público [...]. A duplicação do trabalho, dos custos e do tempo, inclusive para o jurisdicionado, frisa-se – contribui fortemente para ineficiência estatal e para o descrédito das decisões administrativas (ZUFELATO, 2013, p. 172).

Partindo justamente dessa concepção do princípio da separação de poderes, é inafastável a conclusão de que as agências reguladoras, além de desempenharem função tipicamente executiva, também exercem função normativa, criando regras jurídicas, e, ainda, função jurisdicional, já que encarregadas de compor conflitos. Conforme ensina Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 164), “o fundamento das competências legislativa e jurisdicional

dessas entidades reguladoras somente se concebe a partir de uma evolução interpretativa da Teoria da Separação dos Poderes”.

A Agência Nacional de Petróleo – ANP, que cuida da atividade econômica do monopólio estatal de exploração e produção de petróleo (CF/88, art. 177, I e IV), por exemplo, tem competência para fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração ao proprietário dos dutos de transporte, caso não haja acordo entre as partes (Lei nº 9.478/97, art. 58, §1º).

À Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por outro lado, compete adotar as medidas necessárias para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, compondo administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações. (Lei nº 9.472/97, art. 19, XVII).

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.427/96, tem competência para decidir os conflitos entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores.

Parte da doutrina sustenta que embora as agências reguladoras tenham o poder de dirimir conflitos e seus julgamentos em muito se pareçam com a solução heterocompositiva jurisdicional, constituem hipótese de equivalente jurisdicional, já que sempre seria possível submeter ao Poder Judiciário o controle das suas decisões (DIDIER JR., 2015, p. 168).

Entretanto, questiona-se: por que não se considerar o julgamento proferido por uma agência reguladora como de natureza jurisdicional? O Poder Judiciário é o centro único e mais adequado de solução de controvérsias? Por que se admitir o controle ilimitado pelo Poder Judiciário do quanto decidido pelas agências reguladoras? Não é chegado o momento de se lançar um novo olhar ao art. 5º, XXXV, da CF/88?

4 O Poder Judiciário é o centro único (e necessariamente mais adequado) de solução de controvérsias?

É comum e corriqueiro se associar, quase que automaticamente, o exercício da jurisdição ao Poder Judiciário. A correlação talvez ainda subsista por apego exacerbado à teoria da separação dos poderes, nas suas primeiras aplicações, que tendia para a unidade orgânica, de modo a concentrar a função jurisdicional nas vias judiciárias (CHIOVENDA, 1965, p. 8; NUNES, 1943, p. 3).

Entretanto, conforme adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 137), o próprio Montesquieu, responsável por sistematizar a teoria da separação dos poderes, já “abria

exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo”.

Há também, inegavelmente, o exercício da função jurisdicional no processamento e julgamento do *impeachment*, de competência do Senado Federal, a quem cabe apreciar os crimes de responsabilidade. O Poder Legislativo, portanto, além da sua função típica normativa, também exerce a função jurisdicional.

Na conformidade do art. 52, I, da CF/88, compete privativamente ao Senado Federal: “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”.

No mesmo sentido é a disposição constante do mesmo art. 52, desta feita no seu inciso II, segundo a qual é de competência exclusiva do Senado Federal processar e julgar “os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”.

A tradição que perdurou durante séculos, no sentido de que a jurisdição constituía monopólio do Estado, em particular do Poder Judiciário, se encontra atualmente superada, prevalecendo o entendimento de que a função jurisdicional pode ser exercida por órgãos não vinculados à estrutura do Poder Judiciário. Se o princípio da separação de poderes, desde suas primeiras aplicações, já não poderia ser levado às últimas consequências, que dirá depois de tantas mudanças por que passou a sociedade e o Estado. Não se tem mais espaço para se manter determinadas ideias aprisionadas a paradigmas de há muito sedimentados.

A função jurisdicional também pode ser exercida por entes privados. Apesar do entendimento de alguma doutrina, que ainda permanece empenhada em defender a jurisdição como monopólio do Estado (CÂMARA, 2015, p. 30; ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 132; MARINONI, 2012, p. 152); não há mais razão para negar a natureza jurisdicional da arbitragem (CARMONA, 1993; CUNHA, 2008, 79; DIDIER JR. 2015, p. 172; DINAMARCO, 2016, p. 454).

O reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, além de corroborar a ideia de que a função jurisdicional não se confina nas vias judiciárias, também demonstra que o Poder Judiciário não é o único centro de resolução de conflitos, e, mais, que o *locus* de preocupação deve se voltar para a busca de formas adequadas de resolução de disputas, de modo a se obter a tutela jurisdicional adequada.

Seguindo essa linha de raciocínio, pense-se em eventual conflito instaurado entre duas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Trata-se de matéria específica. É possível afirmar que eventual decisão proferida pela ANNEL – agência reguladora que tem competência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (Lei nº 9.472/97, art. 19, XVII) –, no âmbito do processo administrativo, merece ser desqualificada se comparada com aquela que seria proferida pelo Poder Judiciário, no âmbito de um processo judicial?

Impõe-se, portanto, restringir a matéria cognoscível pelo Poder Judiciário, quando houver decisão proveniente de processo administrativo oriundo das agências reguladoras.

Rodrigo Pironti Aguirre Castro, em trabalho específico sobre o tema, aponta para a necessidade de se restringir o controle do Poder Judiciário. No ponto, explica o autor:

Questão problemática se dá no que atina à maioria das decisões nas agências versarem exclusivamente sobre questões técnico-científicas e na atuação de um corpo especializado de agentes no ato decisório. Dessa forma, as lições aprimoradas elencadas nos atos decisórios proferidos pelas agências serão, na maioria das vezes, inacessíveis à amplitude conceitual do Poder Judiciário, restando, portanto, difícil sua revisão e reformulação em sede judicial (CASTRO, 2005, p. 108).

Não parece destoar desse entendimento Marçal Justen Filho:

Na maior parte dos casos, a solução adotada pela agência não será controlável através do bom senso nem da aplicação de princípios lógicos derivados de um conjunto de princípios normativos abstratos. Em quase todas as hipóteses, poderá ocorrer até mesmo a impossibilidade fática de um indivíduo não titular de conhecimento especializado chegar a compreender a dimensão do problema enfrentado. Como decorrência, o controle jurisdicional de atos dotados dessas características deverá ser realizado com a cautela correspondente. A decisão terá de recorrer à manifestação da opinião de especialistas de notória especialização, com a advertência da impossibilidade de o Judiciário substituir-se à autoridade administrativa no tocante ao exercício de escolhas discricionárias (JUSTEN FILHO, 2002, p. 592).

Conforme analisado, as agências desfrutam de independência e seus membros são dotados de garantia capazes de lhes assegurarem imparcialidade. Há de se lembrar, ainda, que a solução adjudicada, tomada pela agência, brota de um devido processo administrativo. Ademais, as matérias que são apreciadas pelas agências envolvem temas que exigem *expertise*, razão por que não se justifica um controle ilimitado pelo Poder Judiciário, que não detém a especialidade e a tecnicidade para o trato de determinadas matérias.

Na verdade, o desenvolvimento do modelo das agências reguladoras consiste precisamente na especialidade do conhecimento técnico envolvido. O (devido) processo

administrativo, nesse caso, pode se revelar como mecanismo absolutamente adequado para resolver determinada controvérsia.

5 O processo para além da esfera judicial: a processualização das funções estatais

Assim como é comum se relacionar a ideia de jurisdição com Poder Judiciário, também é corriqueiro se associar o processo à esfera judicial (FRANCO, 2007, p. 232; ZUFELATO, 2013, p. 175).

Na verdade, a associação que se estabelece entre processo e esfera judicial, resulta, fundamentalmente, do fato de que o desenvolvimento da ciência processual, a partir do reconhecimento de sua autonomia, decorreu de estudos que tinham como paradigma o processo judicial (FRANCO, 2007, p. 232)

Considerando que as teorias acerca da jurisdição foram formuladas e aprimoradas pelos juristas italianos durante a fase metodológica conhecida como processualismo científico, período em que o processo civil firmava-se como ciência autônoma, destacado do direito material, o processo acabou sendo associado à esfera judicial, e, como tal, *locus* próprio para resolução de conflitos.

Entretanto, se, inicialmente, predominou uma visão restrita, que não conectava o processo com outras formas de atuação estatal que não a jurisdicional, o certo é que o processo passou a assumir um sentido muito mais amplo do que sua vinculação exclusiva ao Estado e à forma de atuação do Poder Judiciário.

Com efeito, contemporaneamente, a noção de processo deixou de se circunscrever ao âmbito judicial, tornando-se característica em toda a atuação estatal, inclusive no âmbito da Administração Pública. O processo está presente também em outras formas de exercício do poder, mesmo em instituições eminentemente privadas, como na gestão de grandes empresas ou de associações não governamentais (SALLES, 2013, p. 203).

A Constituição Federal de 1988 adotou esse conceito amplo de processo. O legislador constituinte acata a processualização dos procedimentos estatais, porquanto emprega o termo processo (e não procedimento) quando trata do exercício das funções do Estado. Mas não é, no entanto, qualquer processo que legitima o exercício das funções estatais. O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os corolários dali decorrentes (contraditório, juiz natural, razoável duração do processo, proibição de prova ilícita, etc.).

Nesse sentido, considerando que o processo administrativo também deve seguir o modelo traçado na Constituição Federal, que consagra o direito fundamental ao processo devido, qual a razão de se permitir o controle ilimitado pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa, em sede de processo administrativo? Não seria o processo administrativo um meio adequado de se resolver um conflito, sobretudo quando os direitos em disputa envolvem matérias técnicas e específicas e que, por isso mesmo, exigem *expertise* no seu trato?

Mais uma vez questiona-se: não já chegou a hora de esmaecer a atenção para a distinção clássica entre Jurisdição e Administração, voltando-se o olhar para a ideia de tutela jurisdicional (adequada) obtida por meio do processo, independentemente de sua natureza, se judicial ou administrativo?

6 O controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa

Durante muito tempo, em matéria de Direito Administrativo, não se via com simpatia o controle de mérito do ato administrativo. Por largo período, doutrinadores de nomeada eram categóricos ao afirmar que a apreciação do mérito administrativo caberia apenas ao administrador, sob presunção de legitimidade da melhor escolha. A reflexão de José Cretella Júnior representa bem a ideia que perdurou durante algum tempo no Brasil:

Aspecto algum do mérito admite revisão pelo Judiciário. Ao contrário, repele-a. O Judiciário tem campo próprio para locomover-se, não invadindo terreno privativo da Administração. Se alguma fração de mérito, por menor que fosse, se entrelaçasse, confundindo-se com a legalidade, estas duas entidades perderiam sua razão de ser, ou a noção de legalidade, nos setores comuns, sobrepujaria a noção de mérito. [...]. Surpreende, por isso, que credenciado julgador tenha, embora dando ao mérito sentido exato, afirmado: ‘Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo da legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça. (CRETILLA JÚNIOR, 1995, p. 266).

O controle pelo Poder Judiciário, do quanto decidido pela instância administrativa, estava limitado, portanto, à análise da sua legalidade.

Sucedem que, com o passar do tempo, muitas mudanças foram operadas no Estado e na sociedade. A metodologia jurídica transformou-se. Assim também ocorreu com a atuação do Poder Judiciário. Juarez Freitas afirma que inexistem discricionariedade pura ou não-controlável principiologicamente pelo Poder Judiciário (FREITAS, 2009, p. 121). O Poder Judiciário

passou, assim, a exercer um controle de juridicidade da Administração Pública como um todo, inclusive do mérito administrativo.

Atualmente, portanto, admite-se o controle judicial (ilimitado) sobre atos da Administração Pública, antes invioláveis e não passíveis de serem revisados judicialmente. Essa possibilidade de censura do mérito do ato administrativo, sem dúvida, só ratifica a ampliação dos limites de atuação do Poder Judiciário na esfera que antes era reservada à discricionariedade da Administração Pública.

Toda essa mutação ampliativa conferida ao Poder Judiciário já demonstra como é moldável a relação de sindicabilidade do quanto decidido pela Administração Pública, de maneira a permitir as reflexões lançadas no presente trabalho, cuja proposta central caminha justamente no sentido oposto ao da abertura da judicialização da discricionariedade administrativa, já que se pretende estabelecer limites à atuação das vias judiciárias no que fora decidido pelo administrador público, no bojo de processo administrativo.

A interpretação que tem sido conferida ao art. 5º, XXXV, da CF/88, de cujo texto se extrai o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, autoriza que toda e qualquer decisão proferida no âmbito da Administração Pública, mesmo aquelas tomadas no exercício da sua função jurisdicional, através de regular processo administrativo, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário. O Brasil, diferentemente de outros países, adotou o sistema de jurisdição una, de forma que há centralização no Poder Judiciário da resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

De acordo com o entendimento de Seabra Fagundes (2010, p. 152-153), o sistema de controle judicial de atos administrativos se justificaria por duas razões. Primeiramente, pela necessidade de se defender os direitos do cidadão em face do administrador, historicamente autoritário, de forma que o Poder Judiciário seria justamente o refúgio das garantias do indivíduo em face das arbitrariedades dos demais poderes. Em segundo lugar, a dimensão eminentemente política das esferas administrativas dificultaria – senão inviabilizaria – uma análise mais jurídica das questões que fossem submetidas à sua apreciação. Nesse sentido, ao Poder Judiciário, órgão dotado de dimensão jurídica (e não política) franqueou-se o controle dos atos proferidos pela Administração Pública.

Camilo Zufelato (2013, p. 173), embora não discorde das conclusões acima articuladas, não deixa de destacar a necessidade de se diferenciar o controle do ato administrativo de uma forma geral, do controle a ser realizado em face de uma decisão decorrente de um processo administrativo, marcado pelas garantias constitucionais da cláusula

do devido processo legal, com destaque para a efetiva participação das partes em contraditório.

Realmente, considerando que o processo (e não procedimento) administrativo deve seguir o modelo traçado na Constituição Federal, que consagra o direito fundamental ao devido processo legal, com todos os seus corolários, parece ser chegada a hora de se prestigiar o quanto decidido no bojo do processo administrativo, de modo a inibir o controle ilimitado pelo Poder Judiciário, sobretudo quando se está diante de temas complexos e que, por isso mesmo, envolve conhecimentos técnicos especializados. Em determinadas situações, justifica-se a restrição da matéria cognoscível pelo Poder Judiciário, sem que isso venha a ferir o princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, mas, ao contrário, procure mesmo é concretizá-lo.

7 Considerações finais

Não parece mais haver dúvida de que, atualmente, assiste-se a uma complexização da Administração Pública. As ações administrativas, cada vez mais, envolvem conteúdo progressivamente complexo. Sob uma perspectiva institucional, a Administração Pública avança em direção à pluralidade de centros decisórios. A combinação dos mencionados aspectos é particularmente relevante. A complexidade dos problemas da Administração Pública, exigem conhecimentos especializados e, não raro, de técnica complicada, para a qual não estão aparelhados os juízes de carreira.

Como sabido, via de regra, os juízes ingressam na carreira por meio de concurso público. Depois do chamado estágio probatório, os magistrados alcançam um mandato vitalício e sua formação é essencialmente jurídica e generalista. Os membros da Administração Pública, por outro lado, possuem formação diversificada e especializada na área de atuação e o ingresso no cargo é por indicação política e deve respeitar um limite temporal.

Todo esse enquadramento conduz a uma franca e necessária reflexão no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário e ao controle judicial do que for decidido pela instância administrativa.

O presente texto teve o propósito de suscitar algumas questões relacionadas com o exercício da função jurisdicional pelas agências reguladoras, e, mais, como essa investigação pode impactar no conteúdo do princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88. É preciso

compreender a essência constitucionalmente adequada do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sobretudo quando se sabe que o processo, com todas as garantias que lhe são inerentes, é instituto também presente no âmbito da Administração Pública.

Veja-se que essa compreensão não colide com o princípio da separação de poderes, em sua concepção contemporânea. Atualmente, a separação de poderes há de ser entendida como uma separação de funções, de modo a permitir o exercício da função jurisdicional por outros órgãos não necessariamente vinculados à estrutura do Poder Judiciário.

O reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem é mais um argumento que reforça a necessidade de mudança de paradigma no que diz respeito ao exercício da função jurisdicional: a tradição, que perdurou durante séculos, no sentido de que a jurisdição constituía monopólio do Estado, em particular do Poder Judiciário, se encontra atualmente superada, prevalecendo o entendimento de que a função jurisdicional pode ser exercida por entes privados. Se outros entes privados podem exercer a função jurisdicional, por que não atribuir essa possibilidade também a órgãos administrativos, organizados, inclusive, com garantias de independência?

Também é oportuno lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o modelo multiportas, que consagra uma variedade de mecanismos para solução de disputas, em igualdade de importância com a solução adjudicada, prestada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, considerando que, ao lado do processo judicial, existem outros mecanismos integrados de solução de disputas, os quais podem se revelar mais adequados para o trato de questões técnicas e específicas, por que também não posicionar o processo administrativo como um desses meios (adequados) de solução de controvérsias?

Em sendo assim, considerando que, em algumas circunstâncias, as matérias envolvidas são altamente técnicas e específicas, e que, por isso mesmo, exigem *expertise* no seu trato, entende-se ser absolutamente possível o estabelecimento de algumas regras, seja para atribuir competência de julgamento a órgãos administrativos mais adequados, seja para fins de controle das decisões por eles proferidas, quando do exercício da sua função jurisdicional.

8 Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil.** Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: LANDAU, Elena (Coord.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre. **Processo administrativo e controle da atividade regulatória**. Belo Horizonte: Forum, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. 2.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DANTAS, Ivo. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I, 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. Art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

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

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina da atividade estatal. *In*: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

SALLES, Carlos Alberto. Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013.