

Fernando Quadros da Silva

**CONTROLE JUDICIAL DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS:
ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E
JURISPRUDENCIAIS**



Verbo Jurídico
editora

Catálogo na Fonte

S586c Silva, Fernando Quadros da
Controle judicial das agências reguladoras : aspectos
doutrinários e jurisprudenciais / Fernando Quadros da Silva.
Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2014.
329 p. ; 21 cm.

ISBN: 978-85-7699-491-6

1. Direito Administrativo. 2. Agências Reguladoras - Brasil I. Título.

CDD 341.3221

Bibliotecário Responsável
Ginamara de Oliveira Lima
CRB 10/1204

Editoração e projeto de capa: Daniel Scheer



Verbo Jurídico
editora

Porto Alegre, RS

Av. Ipiranga, 2899

(51) 3076-8686

São Paulo, SP

Av. Paulista, 1.159 - conj. 411

Fone: (11) 3266-2724

Curitiba, PR

Rua Cândido de Abreu, 526 - Sala 611 B

Fone: (41) 3023.3063

verbojuridico@verbojuridico.com.br

www.verbojuridico.com.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO DO MIN. GILMAR MENDES	15
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 - REGULAÇÃO ECONÔMICA E CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS	25
1.1 REGULAÇÃO ECONÔMICA COMO ATIVIDADE INTERVENCIONISTA E GERADORA DE CONFLITOS	27
1.1.1 Regulação econômica como fator de estabilidade social e econômica..	29
1.1.2 Conflituosidade da regulação.....	31
1.1.3 Tutela judicial e atividade regulatória	32
1.2 O MODELO DE REGULAÇÃO POR AGÊNCIAS E SUA ADOÇÃO DE FORMA GENERALIZADA	36
1.2.1 Agências reguladoras no direito brasileiro	39
1.2.2 Agência reguladora independente como categoria aberta. Os conselhos de autorregulação profissional, CADE, BACEN e CVM	41
1.2.3 Agências reguladoras de serviços públicos e reguladoras de atividade econômica.....	47
1.3 O CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS E O NECESSÁRIO APERFEIÇOAMENTO DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS	52
1.3.1 O controle judicial, a "reserva da Administração" e o "mérito administrativo"	52
1.3.2 Vícios da regulação e o controle judicial	59
1.3.3 O déficit democrático e controle da Administração.....	59
1.3.4 Atividade estatal e os riscos de intervenção judicial excessiva	61

1.3.5	A natureza dos atos praticados pelas agências reguladoras.....	63
1.3.6	Conflitos regulatórios, regulação setorial e regulação da concorrência.....	64
1.4	O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E OS DESAFIOS DO CONTROLE JUDICIAL	67
1.4.1	Universalidade da jurisdição e tutela adequada.....	68
1.4.2	Controle judicial e limitações processuais.....	70
1.4.3	Instrumentos processuais de questionamento dos atos das agências.....	72
	CAPÍTULO 2 - O PROCESSO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE E DE PRESERVAÇÃO DE DIREITOS	777
2.1	REALISMO JUDICIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA.....	82
2.1.1	Realismo judicial e jurisdição	85
2.1.2	Racionalidade argumentativa e consenso	87
2.1.3	Processo judicial e controle argumentativo	90
2.2	JURISDIÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	92
2.2.1	Ativismo e regulação econômica	94
2.2.2	Intervenção judicial regulatória e duplo grau de jurisdição.....	96
2.2.3	Controle judicial e deficiências estruturais da justiça brasileira	98
2.3	DIREITO PROCESSUAL E CONTROLE JUDICIAL	101
2.3.1	Processo civil prospectivo e regulativo.....	104
2.3.2	Aproximação entre as famílias jurídicas <i>common law e civi law</i>	104

2.3.3	A busca de alternativa à solução judicial dos conflitos.....	106
2.3.4	Técnica processual, tutela dos direitos e as normas processuais abertas.....	107
2.3.5	Adequação do processo e decisionismo judicial	109
2.3.6	Quanto ao diálogo das fontes e das partes	112
2.4	ÊNFASE NOS PROCESSOS COLETIVOS.....	114
2.4.1	O incidente de resolução de demandas repetitivas	116
2.5	PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE DEVEM PRESIDIR OS JULGAMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO.....	119
2.5.1	A experiência do juiz e a especialização de órgãos judiciários.....	120
2.5.2	Imparcialidade como virtude indispensável à atuação judicial.....	123
2.5.3	A atividade judicial como serviço público e como função jurisdicional.....	126
2.5.4	Burocratização do Judiciário e os efeitos sobre o controle judicial.....	128
2.5.5	Respeito à <i>expertise</i> técnica das agências. O direito e as novas tecnologias.....	129
2.5.6	Questões técnicas e questões fáticas	133
2.5.7	Decisão judicial e aprovação da opinião pública.....	135
2.6	PROCESSO E FUNÇÃO JURISDICIONAL: A ÊNFASE NA TUTELA DOS DIREITOS	141
2.6.1	Técnica processual, tutela dos direitos e controle judicial	143
2.6.2	Processo justo e direitos fundamentais	145

CAPÍTULO 3 - DIREITO COMPARADO E O CONTROLE JUDICIAL DOS ÓRGÃOS REGULADORES	148
3.1 IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE COMPARADA DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS	151
3.1.1 Direito processual transnacional	154
3.1.2 Categorias comuns nos dois sistemas	156
3.1.3 Diferenças entre os sistemas de <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>	157
3.2 CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS NOS ESTADOS UNIDOS	159
3.2.1 Agências quase-judiciais	161
3.2.2 Aspectos gerais do processo civil norte-americano: as vias de acesso <i>statutory review</i> e <i>non-statutory review</i>	162
3.2.3 A instituição do <i>Jury</i> e sua contribuição como catalisador de valores.....	168
3.2.4 Processo coletivo: <i>class action</i>	170
3.2.5 <i>Amicus curiae</i>	171
3.2.6 <i>Contempt of court</i>	174
3.3 CONTRIBUIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA NORTEAMERICANA PARA O CONTROLE JUDICIAL	176
3.3.1 Controle judicial e revisão judicial (<i>judicial control</i> e <i>judicia review</i>)	178
3.3.2 Doutrina da jurisdição originária (<i>primary jurisdiction</i>).....	179
3.3.3 Exigência de prévio exaurimento dos recursos administrativos (<i>Doctrine of exhaustion of remedies</i>).....	180
3.3.4 A teoria da causa madura (<i>ripeness doctrine</i>).....	184
3.3.5 A doutrina do <i>Hard look</i> como reação da jurisprudência à captura regulatória.....	186

3.4	PRECEDENTES IMPORTANTES	190
3.4.1	<i>The Chevron Test</i> (<i>Chevron two-step test</i> ou <i>Chevron Deference</i>).....	192
3.4.2	<i>Chevron steps zero</i> : incertezas e enfraquecimento das agências	194
3.4.3	Controle judicial e desregulação	197
3.4.4	Revisão judicial e usurpação da competência originária das agências	198
3.4.5	A Suprema Corte americana e a discricionariedade da agências	200
3.5	ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DAS AGÊNCIAS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA	202
3.5.1	Solução de conflitos no âmbito da agência	205
 CAPÍTULO 4 - O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE CONTROLE DAS AGÊNCIAS		
4.1	A TÉCNICA PROCESSUAL, PROCESSO JUSTO E APERFEIÇOAMENTO DA ATIVIDADE REGULATÓRIA	209
4.1.1	Processo justo: a concepção de justiça como serviço público e a perda de legitimidade.....	210
4.1.2	Objeto do processo e limitações ao controle judicial da atividade regulatória	213
4.1.3	Necessidade de prévio exaurimento da instância administrativa	218
4.1.4	Posterior alteração do pedido como instrumento de aperfeiçoamento regulatório	224
4.1.5	Respeito aos precedentes judiciais	225
4.1.6	Adaptação do procedimento à natureza da demanda: fungibilidade das formas.....	228

4.1.7	Adaptação dos procedimentos. Embargos de declaração com efeitos infringentes	231
4.2	APERFEIÇOAMENTOS DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS	232
4.2.1	<i>Amicus curiae</i>	232
4.2.2	<i>Contempt of court</i> e cumprimento de decisões judiciais	239
4.2.3	Processo padrão ou incidente de resolução de demandas repetitivas	242
4.2.4	Ênfase na tutela dos direitos coletivos	246
4.2.5	Identidade de ações e o cadastro de ações contra agências	250
4.3	AUTOLIMITAÇÃO JUDICIAL E ATIVIDADE REGULATÓRIA	251
4.3.1	Opções regulatórias e intervenção judicial.....	253
4.3.2	Imparcialidade judicial e atuação regulatória das agências.....	257
4.3.3	Preservação do equilíbrio regulatório	260
4.3.4	Ausência de atuação da agência e as recomendações do Ministério Público.....	265
4.3.5	A gestão dos processos como fator de equilíbrio regulatório e segurança jurídica.....	267
4.3.6	Massificação de demandas e seleção judicial dos processos: julgamento preferencial das ações contra atos regulatórios das agências	270
4.4	POSTURAS JUDICIAIS NO CONTROLE JUDICIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	273
4.4.1	Evitar decisões contraditórias proferidas em processos individuais.....	273
4.4.2	Atuar para evitar o descumprimento da decisão judicial.....	274

4.4.3	Delimitar o objeto litigioso e buscar a economia processual.....	276
4.4.4	Diligências informativas, apresentação de memoriais e audiência às partes.....	278
4.4.5	Especialização de órgãos julgadores e arbitragem	280
4.4.6	Alteração voluntária da conduta administrativa e perda do objeto.....	283
4.4.7	Mudança de orientação jurisprudencial e modulação de efeitos	284
4.4.8	Inspeção judicial como aproximação entre direito e fato: os efeitos nocivos das novas tecnologias	285
CONCLUSÃO		291
REFERÊNCIAS		301