

# Marco Aurélio contra as agências reguladoras

**Eduardo Jordão**  
Professor da FGV Direito Rio

**Renato Toledo Cabral Jr.**  
Mestre em Direito pela Uerj

O ministro Marco Aurélio é o grande adversário das agências reguladoras no Supremo Tribunal Federal. Tanto quando o tribunal atua em controle concentrado (ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e arguições de descumprimento de preceito fundamental), como quando atua como instância recursal (recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários), é ele quem mais vota contra o regime jurídico e os interesses dessas entidades.

Esta é uma das conclusões de duas pesquisas empíricas ainda inéditas, elaboradas no âmbito do projeto “Regulação em Números”, da FGV Direito Rio, que buscam ava-



liar o papel do Supremo Tribunal Federal como foro de debate sobre o modelo das agências reguladoras no Brasil.

Em relação ao controle concentrado, examinaram-se as ações em que a Corte analisou a constitucionalidade do regime jurídico especial das agências reguladoras. O ministro Marco Aurélio é, desde o início dos debates sobre o assunto no âmbito do STF, quem apresenta maior oposição ao tema. Na ADI 1.668, em que foi analisada a constitucionalidade da lei de criação da Anatel, o Plenário do STF, ainda em 1998, tomou o primeiro passo em favor das agências, com a primeira divergência do ministro Marco Aurélio sobre a matéria. Divergência que se repetiu, 20 anos depois, no caso da ADI 4.874, em que o

ministro fez duras críticas ao poder normativo da Anvisa. De um total de seis julgados em que o ministro Marco Aurélio participou, em três seus posicionamentos foram contrários às agências. Nos que votou favoravelmente a elas, seu posicionamento se deu apenas para confirmar competências materiais e executivas a essas agências, algo que é corriqueiramente reconhecido para qualquer órgão e entidade da administração pública. Para Marco Aurélio, qualquer inovação que confira ampla liberdade às agências é inconstitucional – posição que, se vitoriosa, teria o condão de inviabilizar o modelo institucional que lhe foi desenhado.

Já em relação à atuação do STF como instância recursal, o ministro Marco Aurélio se destaca novamente como a resistência contra as agências: à exceção dos três casos que envolviam a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS – que conta com jurisprudência pacífica do STF – o ministro teve posicionamento desfavorável como relator em outros três recursos cujo mérito foi avaliado, em matérias sobre regime de gratificações para servidores inativos e à aplicação da imunidade tributária recíproca a litígio da Anatel com o município de São Paulo.

Felizmente, para o modelo de Estado regulador brasileiro, o ministro Marco Aurélio ocupa, também neste caso, a condição de mi-

---

## Em relação à atuação do STF como instância recursal, o ministro Marco Aurélio se destaca novamente como a resistência contra as agências

---

noría que lhe valeu a alcunha de “Senhor Voto Vencido”.<sup>1</sup> Ambas as pesquisas mencionadas acima demonstraram uma atuação do Supremo Tribunal Federal favorável ao modelo institucional das agências reguladoras e deferente aos seus posicionamentos em controvérsias jurídicas travadas judicialmente. A primeira delas confirmou que, após reconhecer, em seus primeiros julgados sobre o tema, a constitucionalidade do regime jurídico especial das agências reguladoras, a Corte vem, em seus julgamentos mais recentes, cuidando de aprimorar este modelo institucional. A segunda pesquisa confirmou a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal raramente avalia o mérito das controvérsias jurídicas sobre as agências reguladoras (apenas em 2,8% dos recursos).

No entanto, nos poucos casos em que o mérito da controvérsia constitucional é enfrentado pela Corte (em apenas 2,8% dos recursos), o STF adota uma postura deferente à agência reguladora, acolhendo a sua posição em relação à questão jurídica controvertida em 88,7% dos casos. Esta orientação pró-agência se mantém tanto na mais óbvia hipótese em que a agência figura como parte recorrida (92%), como na mais surpreendente hipótese em que é a agência que interpôs o recurso (85,2%), exigindo que o STF reverta a decisão do tribunal de origem.

Num cenário em que as agências reguladoras se encontram sitiadas, sofrendo ataques de todos os lados,<sup>2</sup> é alvissareiro que, ao menos no STF, as reações do ministro Marco Aurélio estejam longe de constituir uma posição institucional, mais se aproximando da expressão de uma idiossincrasia. ■

<sup>1</sup>Segundo levantamento realizado pelo *Consultor Jurídico* em 2015, de cada três ações que o STF julga, o ministro Marco Aurélio compõe a minoria em um. Cf. CARDOSO, Maurício; MATSUURA, Lilian. “‘Senhor Voto Vencido’, Marco Aurélio diverge e fala pelas minorias”. In: *Conjur*, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/senhor-voto-vencido-marco-aurelio-diverge-pelas-minorias>>, acesso em: 8/7/2020.

<sup>2</sup>Sobre o tema, ver, por exemplo, JORDÃO, Eduardo Ferreira; RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, p. 180-209, 2017.