

ÉRICA DE ANGELIS KAWAHALA

Versão Corrigida

**Os atos das agências reguladoras: aplicação do princípio da
inafastabilidade do controle jurisdicional**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Dr. Sérgio Resende de Barros.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

de Angelis Kawahala, Érica

Os atos das agências reguladoras: aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ; Érica de Angelis Kawahala ; orientador Sérgio Resende de Barros - - São Paulo, 2020.

160 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Controle Jurisdicional. 2. Agências Reguladoras. 3. Separação de Poderes. 4. Interesse Público. 5. Razoabilidade. I.de Barros, Sérgio Resende, orient. II. Título.

Érica de Angelis Kawahala

Nome: Érica de Angelis Kawahala

Título: Os atos das agências reguladoras: aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Dr. Sérgio Resende de Barros.

Aprovada em ____ de _____ de 2020.

Presidente da banca examinadora (Orientador): Prof. Associado Dr. Sérgio Resende de Barros

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

DEDICATÓRIA

Ao Caio Hiro e à Beatriz Yumi, que deram sentido à
minha vida e com quem eu aprendo a cada dia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar a Deus, que me permitiu chegar até aqui mesmo diante de tantas adversidades. Ele, Senhor de todas as coisas, que sempre guiou os meus passos desde o primeiro dia da minha jornada, principalmente nos momentos mais difíceis, nos quais a caminhada parecia não ter fim. Quero continuar sendo digna da Sua compaixão e proteção.

Aos meus filhos Caio Hiro e Beatriz Yumi, razão da minha existência, minha gratidão por serem o motivo da minha força e da minha persistência. Por me motivarem a tentar ser uma pessoa melhor a cada dia. Por me ensinarem a ver o mundo com outros olhos, permitindo-me enxergar o real sentido da vida. Minha sincera gratidão pela compreensão por todas as horas em que estive ausente, trabalhando e me dedicando aos estudos que resultaram nesta dissertação. Pelas horas em que, mesmo de “corpo presente”, não estive cem por cento com vocês, pois estava absorvida com as pesquisas, com a produção de texto, com os prazos que se aproximavam, enfim, com tudo o que envolve a imensa responsabilidade de cursar o Mestrado. Tudo o que eu fiz, faço e planejo realizar sempre foi e sempre será por vocês e para vocês. A vocês dois todo o meu amor, todos os dias, para toda a eternidade.

Ao meu marido Mario, pela parceria nessa aventura que é viver. Pela paciência nas minhas crises de ansiedade, nos momentos em que a angústia de falhar falou mais alto do que a minha fé. Pelo incentivo desde a época em que eu cursava a Faculdade de Direito. Muito obrigada por ter acreditado em mim mais do que eu mesma, por muitas vezes, fui capaz de acreditar. Por me fazer achar que era possível alcançar degraus que eu jamais havia sonhado subir, até te conhecer. Ao seu lado tenho certeza de que nada é impossível. Estamos construindo uma linda família, da qual eu me orgulho e sempre me orgulharei.

À minha mãe Vera, uma mulher guerreira que fez sacrifícios imensos para que este dia se tornasse realidade. Além de me dar à luz, de ter me ensinado a falar e a andar, entre tantas outras coisas, você me ensinou valores que só uma mãe pode ensinar a um filho. Você me ensinou, com o seu exemplo, a ser uma mulher forte e determinada, que não espera sentada para receber o que quer. Você me ensinou que

garra e persistência são palavras de ordem e que desistir não é um verbo válido no nosso dicionário. Agradeço também pelas broncas e por sua preocupação. Como mãe, hoje sei o quanto é doloroso presenciar o sofrimento de um filho e você sempre esteve ao meu lado, pronta para me acudir nas horas mais difíceis. Além de tudo isso, você me deu tranquilidade quando eu mais precisava, ao cuidar das crianças para que eu pudesse me dedicar ao meu trabalho e aos meus estudos com o coração em paz.

Ao meu pai, Ricardo, *in memoriam*, que mesmo tendo me deixado tão cedo, com certeza continua olhando por mim e pela minha família de um plano superior, nos protegendo e iluminando.

Aos meus irmãos, sobrinhos, sogros, cunhados, tios e primos, agradeço pelo apoio e torcida. Lhes agradeço por cada vibração positiva que me fortaleceu durante essa caminhada.

Ao meu querido orientador, Professor Doutor Sérgio Resende de Barros, ilustre jurista e ser humano notável. Agradeço imensamente a oportunidade de ser sua orientanda. Muito obrigada por dividir comigo e com os meus colegas a sua incomensurável sabedoria e profundo conhecimento jurídico. Graças à sua generosidade, hoje realizo um sonho.

Agradeço também ao Ricardo Bernardi, que acreditou em uma garota sonhadora e idealista de 17 anos e deu a ela a oportunidade de uma vida. Foi você quem me inspirou desde o início da minha carreira e é quem me inspira até hoje, não somente profissionalmente, mas também na minha vida pessoal. Tenho a honra e o prazer de continuar dividindo diariamente com você o exercício da advocacia, sempre pautada nos valores éticos e morais que nos são tão preciosos. Muito obrigada por ser meu exemplo. Muito obrigada por ter acreditado, confiado e apostado em mim. Muito obrigada por ter sido e por continuar sendo o meu maior mestre. Muito obrigada por todos os ensinamentos, por sempre me colocar à prova, por me provocar a “pensar fora da caixa” e me incentivar a ir além do que eu acredito que seja capaz. Serei eternamente grata a você por me mostrar todos os dias que o céu não é o limite. Essa conquista também é sua, pode ter certeza.

À Carla Schnapp, por me inspirar como mulher e como advogada. Infelizmente ainda vivemos em um mundo machista, onde as mulheres são colocadas à prova todos os dias e você é o meu exemplo de força e caráter nesse universo que ainda

respeita mais um cidadão de paletó e gravata do que uma profissional de saltos altos, independentemente de sua capacidade e competência. Admiro muito sua inteligência, capacidade técnica, perspicácia e a forma como você se impõe nas mais diversas situações e agradeço a oportunidade de sempre aprender com você.

Aos meus queridos amigos, especialmente à Adriana Star, à Carolina de Sá Molina, ao Denis Cardoso, à Erica Flaith Fadel, à Fernanda Pordeus de Almeida, ao Flavio Fadel, à Lívia Herdy e à Sheila Barrancos o meu agradecimento pela amizade de uma vida. Obrigada pelo incentivo, pelas broncas e também pela compreensão por tantos encontros que não se concretizaram, pelas mensagens não respondidas e pelas ligações não atendidas, durante o tempo em que estive dedicada a esta dissertação. Tenho orgulho de poder contar com a amizade de vocês, que continua forte mesmo diante da minha ausência. Acreditem: foi por uma boa causa. Dizem que temos nossa família de sangue e nossa família por escolha. Vocês são a família que escolhi nessa vida e escolheria em tantas outras.

À minha prima Mariana, carinhosamente apelidada de Tia Bebê, que além de amiga e confidente para todas as horas, também participou ativamente dessa minha empreitada acadêmica. Com você eu dividi as angústias desde o início do processo seletivo para o Mestrado, até o último minuto do prazo para o depósito da minha dissertação. Muito obrigada por trilhar comigo esse caminho difícil, mas recompensador e por me acalmar dizendo que tudo daria certo. E deu!

À Beatriz Lameira Carrico Nimer, presente de Deus na minha vida, de quem me tornei amiga logo no início da minha jornada do Mestrado e a quem eu muito admiro. Obrigada por todo seu auxílio e carinho. Sua humildade, dedicação, sabedoria, nobreza de espírito e capacidade de ajudar o próximo fazem de você uma das pessoas mais bondosas que eu conheço.

Agradeço ao Professor Doutor Leonardo David Quintiliano, pelo incomensurável auxílio durante a elaboração desta dissertação. Todas as suas críticas e apontamentos foram extremamente valiosos e imprescindíveis para a conclusão do presente trabalho e por isso lhe sou muito grata.

Agradeço também ao Professor Doutor Rubens Beçak, membro da banca de qualificação presidida pelo Professor Doutor Sérgio Resende de Barros, pela inestimável contribuição para a elaboração da presente dissertação.

Meu agradecimento ao Professor Dr. Edmir Netto de Araújo, que me aceitou como sua aluna especial quando o sonho do Mestrado ainda estava em fase embrionária, abrindo as portas para que, a partir daquele momento, este meu sonho se tornasse realidade.

À minha querida professora Doutora Ana Maria Pedreira, por todos os conselhos, apoio e incentivo. Minha caminhada na vida acadêmica está em seu estágio inicial e espero ter o privilégio de poder compartilhar com você todos os passos que ainda hão de vir.

A todos os professores que passaram pela minha vida desde a minha infância, a minha eterna gratidão. Vocês têm um papel fundamental na minha vida e são parte indissociável de mais essa vitória.

Agradeço também à Mariana França Redivo e à Gabriela Simcsik Amaral por serem a melhor equipe de trabalho. Vocês deixam os dias mais leves, mesmo nas situações de pressão mais extremas. Obrigada por me apoiarem tanto e por terem transformado uma relação profissional em uma amizade tão sincera e verdadeira. Tenho certeza de que juntas chegaremos muito mais longe do que podemos imaginar.

Aos colegas de trabalho que um dia passaram pela minha vida e àqueles que ainda fazem parte dela, os meus sinceros agradecimentos. Todos vocês têm uma participação importante na minha jornada e cada um, à sua maneira, contribuiu para o meu aprendizado profissional e pessoal.

Parafraseando Santo Agostinho, temos que ser humildes para evitar o orgulho, mas temos que voar alto para alcançar a sabedoria. Desejo sinceramente que este seja apenas o início do meu voo e que todos vocês, meus amados familiares, professores, amigos e colegas continuem fazendo parte dessa incrível aventura que está só começando.

EPÍGRAFE

*“Se o universo contradiz
A vida em seu único instante
A cada amanhecer radiante
Viva intensamente e não por um triz”.*
(RIBEIRO, 2018, p.17)

NORMALIZAÇÃO ADOTADA

Esta dissertação está de acordo com as seguintes normas, em vigor no momento desta publicação:

- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. **Resolução FD/POS nº 03/2014, de 6 de novembro de 2014.** Dispõe sobre as normas de regência dos elementos pré-textuais para o depósito dos Projetos de Qualificação, das Teses e das Dissertações; e
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP: parte I (ABNT).** 3a ed. rev. ampl. mod. São Paulo: SIBiUSP, 2016. 100p.

RESUMO

KAWAHALA, Érica de Angelis. **Os atos das agências reguladoras: aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. 2020. 160 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O escopo do presente trabalho é discorrer sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional sobre os atos das agências reguladoras, mediante a análise de doutrina e jurisprudência pátrias, bem como da doutrina e jurisprudência estrangeiras. Analisar-se-á a função regulatória das agências reguladoras, especialmente a sua função normativa, bem como os pressupostos e requisitos dos atos normativos correspondentes. A discricionariedade administrativa, que abrange a discricionariedade técnica também será analisada, a fim de se determinarem eventuais limites do referido controle jurisdicional.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Agências reguladoras. Separação de poderes. Interesse público. Razoabilidade. Proporcionalidade. Hard look doctrine.

ABSTRACT

KAWAHALA, Érica de Angelis. **The acts of the regulatory agencies: applicability of the principle of non-obviation of the judicial control.** 2020. 160 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The purpose of this paper is to discuss about the principle of non-obviation of the judicial control over the acts carried out by the regulatory agencies, by means of the analysis of the Brazilian doctrine and Court decisions, as well as through the analysis of the foreign doctrine and Court decisions. The regulatory function of the regulatory agencies will be reviewed, specially its rule-making procedures, together with the requirements of the administrative acts. The administrative discretion of the regulatory agencies will also be analysed, which includes the technical discretion of such agencies, in order to determine the limits of the judicial control of the administrative acts, if any.

Keywords: Judicial control. Regulatory agencies. Separation of powers. Public interest. Reasonableness. Proportionality. Hard look doctrine.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

AC	Apelação Cível
ACP	Ação Civil Pública
AgInt	Agravo em Recurso Especial
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ampl.	ampliada
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
atual.	atualizada
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
CRFB-88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CSN	Companhia Siderúrgica Nacional
CT	Condições de Transporte
DAC	Departamento de Aviação Civil
DF	Distrito Federal
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
ed.	edição
ES	Espírito Santo
GC	Gabinete do Comandante
GO	Goiás
j.	julgado

kg	quilogramas
Min.	Ministro (a)
mod.	modificada
MS	Mandado de Segurança
Nº	número
NOSAI	Norma de Serviço Aéreo Internacional
p.	página
Rel.	Relator(a)
REsp	Recurso Especial
rev.	Revista ou revisada
Rev.	Revista
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF-2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF-5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
UOL	Universo Online

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	33
CAPÍTULO 1: A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO	39
1.1 A função regulamentar e a função regulatória	39
1.2 Pressupostos e objetivos da função regulatória.....	43
1.3 Instrumentos da função regulatória	45
1.4 Surgimento das agências reguladoras: contexto histórico e direito comparado	46
1.5 Reforma de Estado no Brasil	51
1.5.1 <i>As privatizações e o Programa Nacional de Desestatização</i> ...53	
1.6 <i>As agências reguladoras no Brasil</i>	59
1.7 As funções das agências reguladoras.....	65
1.7.1 <i>A função regulatória das agências reguladoras</i>	66
1.7.2 <i>A função executiva das agências reguladoras</i>	68
1.7.3 <i>A função decisória das agências reguladoras</i>	72
1.7.4 <i>A função normativa das agências reguladoras</i>	73
CAPÍTULO 2: ATOS REGULATÓRIOS E SEU REGIME JURÍDICO ...	77
2.1 Os princípios constitucionais e legais vinculantes das agências reguladoras	77
2.1.1 <i>Princípio da Supremacia do Interesse Público</i>	79
2.1.2 <i>Princípio da Legalidade</i>	81
2.1.3 <i>Princípio da Moralidade</i>	83
2.1.4 <i>Princípio da Eficiência</i>	85
2.1.5 <i>Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade</i>	87
2.1.6 <i>Princípios da Boa-fé, Lealdade e Segurança Jurídica</i>	88
2.1.7 <i>Princípio da Impessoalidade</i>	92
2.2 Os atos das Agências Reguladoras como espécies de atos administrativos	93

2.3 Requisitos do ato administrativo.....	95
2.3.1 <i>Competência</i>	95
2.3.2 <i>Forma</i>	96
2.3.3 <i>Objeto</i>	97
2.3.4 <i>Motivo</i>	97
2.3.5 <i>Finalidade</i>	99
2.4 A discricionariedade administrativa	101
2.5 O novo marco legal das agências reguladoras como medida de fortalecimento de sua atuação e de prevenção de sua captura pelo setor regulado	107
CAPÍTULO 3: CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS REGULATÓRIOS	113
3.1 Constituição Federal: breve histórico	113
3.2.O princípio da separação dos poderes.....	117
3.3 O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o Estado de Direito e a legitimidade do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos	121
3.4 O limite do controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras	125
3.4.1 <i>As formalidades do procedimento regulatório e seu controle jurisdicional</i>	126
3.4.2 <i>O controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos</i> ...	128
3.4.3 O controle judicial como um mecanismo efetivo de fiscalização da atuação normativa das Agências Reguladoras – <i>Hard Look Doctrine</i>	132
3.4.4 A aplicabilidade da <i>Hard Look Doctrine</i> ao Direito Brasileiro.	136
3.4.5 Análise de um caso concreto de controle jurisdicional da atuação das Agências Reguladoras: A Resolução ANAC 400/2016 x Ação Civil Pública nº 081636341.2016.4.05.8100.....	138
CONCLUSÃO	149

ÍNDICE DAS FONTES.....	153
1- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153
2- LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA.....	156
3- INTERNET	159

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é analisar a inafastabilidade do controle, pelo Poder Judiciário, dos atos emanados pelas agências reguladoras, mais especificamente dos seus atos normativos, assim como os limites aos quais esse controle deve estar sujeito.

Ao longo dos anos o Estado acumulou os papéis de prestador e fiscalizador de serviços, restando, desta feita, comprometida a sua função de controle.

O advento da reforma do Estado no Brasil que, dentre outras transformações, fez surgir o programa de privatizações (cujo início se deu com o Programa Nacional de Desestatização – Lei nº 8031/90), transferindo ao setor privado, por meio de concessões, permissões ou autorizações a prestação de serviços públicos, não retirou do Estado as suas responsabilidades e deveres relacionados à prestação adequada destes serviços.

Em verdade, a transferência à iniciativa privada das atividades até então exploradas exclusivamente pelo Poder Público, contribuiu para a modernização do parque industrial do País. Não obstante, as privatizações acarretaram o desdobramento da atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas (MOREIRA NETO, 2003, p.25).

O Estado deixa, então, de figurar como executor dos serviços públicos, para assumir o papel de fiscalizador na prestação desses serviços.

É neste ambiente que surgem as agências reguladoras: autarquias submetidas a um regime jurídico especial, cujo principal objetivo é regular as relações mantidas entre a Administração Pública e os entes regulados, sejam os concessionários, permissionários ou autorizatários, sejam os usuários dos serviços públicos prestados pelos entes retromencionados.

E é neste cenário em que está inserido o Direito Regulatório: expressão do poder normativo das agências reguladoras que, apesar de possuir características que lhe distanciam dos clássicos paradigmas referentes à moderna noção do princípio da legalidade, inovam na ordem jurídica (TOJAL, 2002, p. 148 e 149).

É importante frisar que a função reguladora das agências ora em estudo não se confunde com a mera repetição de proposições formais já contidas em lei.

Na realidade, esta função representa, em sua essência, uma iniciativa diretamente ligada à implementação de objetivos e finalidades do sistema político, cujo caráter normativo deve ser reconhecido (TOJAL, 2002, p.161).

Trata-se, portanto, de uma verdadeira expressão da independência atribuída aos órgãos reguladores, que devem, sobretudo, garantir a execução dos serviços públicos pelos entes privados, com eficiência e moralidade e dentro dos limites da legalidade.

As agências reguladoras, muito embora gozem de certa independência, estão indubitavelmente sujeitas ao controle jurisdicional de seus atos. Conforme disciplina o artigo 5º, XXXV, da CRFB-88 (BRASIL, 1988a), nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída ao exame do Poder Judiciário.

Portanto, tal preceito constitucional também se aplica aos atos normativos emanados pelas agências reguladoras, porquanto inexistente, no texto constitucional, qualquer exceção a este direito fundamental, como restará demonstrado ao longo do presente trabalho.

Em que pese o fato de não restarem dúvidas acerca da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos, que é, como já mencionado, assegurada pelo texto constitucional, faz-se necessário estudar quais são as delimitações de referido controle e em quais circunstâncias pode – ou até mesmo deve – ser exercido.

O grande desafio a que este trabalho se propõe é, justamente, o de identificar quais são os limites a serem respeitados pelo Poder Judiciário quando do exercício do seu dever constitucional de apreciação dos atos praticados pelas agências reguladoras, sobretudo daqueles praticados na esfera de sua discricionariedade, a fim de que seja respeitado o Estado de Direito.

Buscar-se-á, assim, estudar, o próprio Estado de Direito e o princípio da Separação de Poderes, legitimado no ordenamento jurídico pátrio pelo artigo 2º da CRFB-88 (BRASIL, 1988a) e que foi redefinido por Montesquieu ao discorrer, em sua aclamada obra “O Espírito das Leis” (MONTESQUIEU, 2000), sobre a divisão equilibrada de poderes, de forma que cada um desses poderes - Executivo, Legislativo

e Judiciário - atuem de forma autônoma, porém limitada, a fim de se evitar a formação de governos absolutistas e tirânicos.

O tema da atuação discricionária da Administração Pública também será abordado, a fim de que restem demonstradas as mudanças que o conceito de discricionariedade sofreu ao acompanhar a evolução do Estado Moderno, culminando em sua atual classificação, consubstanciada na possibilidade de escolha do agente público de eleger, dentre as alternativas disponíveis, aquela que melhor atenda ao interesse público e em estrita observância ao princípio da legalidade.

Ao tratar deste ponto específico, estudar-se-á a evolução do conceito da discricionariedade ao longo do tempo, desde a época em que representava o poder de polícia das monarquias absolutistas, quando os atos da Administração Pública não tinham qualquer subordinação à lei, bem como não se sujeitavam ao controle do Poder Judiciário.

No início do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, somente as situações em que se visava a proteção de direitos individuais eram passíveis de análise sob a ótica da discricionariedade da Administração Pública.

Já nas demais situações, aplicava-se a doutrina da vinculação negativa ao princípio da legalidade que, em apertada síntese, autorizava a Administração Pública a praticar todos os atos que não lhe fossem expressamente proibidos.

Posteriormente, todas as atividades da Administração Pública passaram a submeter-se ao controle da legalidade, num fenômeno denominado pelos estudiosos do Direito Administrativo como “doutrina da vinculação positiva”, situação em que a lei determina o limite de sua atuação (DI PIETRO, 2007, p. 2).

Com a evolução do princípio da legalidade, evoluiu também o conceito de discricionariedade.

Atualmente, a discricionariedade divide-se em dois grupos: a discricionariedade administrativa – que pode ser, a princípio, classificada como a liberdade de opção entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, respeitadas a oportunidade e conveniência da Administração Pública; e a discricionariedade técnica, que remete às especificidades do setor regulado.

E são justamente estes dois grupos que se pretende analisar neste trabalho, sempre voltados aos limites que devem ser respeitados pelo Poder Judiciário no legítimo exercício de seu controle.

No decorrer de mencionada análise também serão observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, lealdade, boa-fé e igualdade, quando do exercício do controle dos atos discricionários das agências reguladoras, cuja ausência de qualquer ato discricionário praticado pela Administração Pública e, por conseguinte, por referidas autarquias, ensejará a sua invalidação (MELLO, 2010, p. 80).

Importante ainda frisar que a análise a que se propõe o presente trabalho será limitada aos atos normativos das agências reguladoras, sem levar em consideração, portanto, os demais atos praticados tanto por referidas autarquias quanto pelos demais entes da Administração Pública.

Para o desenvolvimento do tema proposto, analisar-se-á a legislação e a jurisprudência pátrias, tendo como premissa básica os princípios norteadores da atuação da Administração Pública.

O presente estudo será conduzido pelos métodos de abordagem dedutivo e dialético. Os métodos procedimentais serão o histórico, o comparativo, o descritivo e o explicativo. Apresentar-se-ão dados históricos relevantes ao estudo do tema abordado, a fim de fundamentar a posição que será adotada.

Também serão apresentados argumentos científicos controversos, com o intuito de enriquecer o debate acerca do assunto.

Ainda, traremos à discussão uma comparação entre o tratamento que o tema em estudo recebe em outros países, com o intuito de aprimorar a discussão do tema proposto em toda a sua extensão.

Finalmente, após discorrer acerca das razões que corroboram o posicionamento construído no presente trabalho, abordar-se-á a necessidade, ou não, de se incorporar ao ordenamento jurídico pátrio, elementos que delimitem, de forma expressa e taxativa, a extensão do dever-poder de controle jurisdicional da função regulatória das agências reguladoras pelo Poder Judiciário, dever-poder este consagrado na CRFB-88.

Ao final, analisar-se-á um caso concreto no qual o Poder Judiciário foi chamado a se manifestar sobre atos emanados de agências reguladoras, corroborando o exercício do controle que lhe determina o inciso XXXV do artigo 5º da CRFB-88 (BRASIL, 1988a). Controle este que, por estar disposto na norma suprema deste país, é inafastável.

CAPÍTULO 1: A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO

Tratar-se-á neste capítulo da função regulatória do Estado, bem como da reforma de Estado que ocorreu no país a partir dos anos 80, ensejando o surgimento das agências reguladoras no cenário nacional.

1.1 A função regulamentar e a função regulatória

Inicialmente, cabe diferenciarmos aqui, as expressões *Poder* e *função*. Para Leonardo David Quintiliano (2012, p. 84), o termo *Poder* deve ser utilizado para “designar o conjunto de órgãos incumbidos de desempenhar uma *competência* que corresponda a um poder estatal e o termo *função* para indicar o encargo de se exercer determinada competência”.

Em outras palavras, temos que o exercício das atividades regulamentar e regulatória se trata, na verdade, da função atribuída àqueles que possuem competência para tanto.

A função regulamentar é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, a quem cabe o dever de disciplinar as leis emanadas do Poder Legislativo por meio da expedição de decretos, que nada mais são do que atos normativos.

Os decretos estão vinculados à lei e não podem extrapolar os limites da lei regulamentada, como assevera Luís Roberto Barroso (1997, p. 209), sob pena de invalidação:

Classicamente, no direito brasileiro, o regulamento é ato emanado do Executivo, destinado a explicitar, detalhar o modo e forma de execução da lei. Vale dizer: é ato inferior à lei e à ela subordinada.

O exercício da função regulamentar é um dever¹ do Chefe do Poder Executivo, onde não há espaço para a autonomia da vontade, mas única e exclusivamente para o cumprimento de preceito constitucional, com o objetivo de delinear a aplicabilidade da legislação.

¹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a natureza do poder regulamentar “é a de um dever jurídico: o de proceder a uma delimitação administrativa interna da esfera de discricionariedade que da lei resultava para a Administração, em vista de assegurar o referido princípio da igualdade, mediante imposição de um comportamento uniforme perante situações iguais” MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 34a ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 362.

Em outras palavras, atos decorrentes da função regulamentar não podem criar direitos e obrigações. Devem, portanto, ater-se estritamente a regulamentar determinada lei que porventura tenha deixado alguma lacuna que enseje complementação.²

Imperioso ressaltar que somente são passíveis de regulamentação as leis que deem espaço para a atuação administrativa, como, por exemplo, as leis tributárias e previdenciárias e essa restrição é imprescindível, para que haja um tratamento uniforme aos administrados (NOVELINO, 2014, p. 857).

Observe-se que os atos administrativos emanados do Chefe do Poder Executivo vinculam a Administração Pública como um todo, em decorrência do princípio hierárquico, vinculando, portanto, os agentes públicos no exercício de sua função.

Há divergência doutrinária acerca do chamado regulamento autônomo. Parte da doutrina não aceita essa figura sob a justificativa de que não há respaldo legal para sua existência.³ O presente trabalho filia-se à corrente adotada por Maria Sylvia Zanella di Pietro, no sentido de que muito embora a CRFB-88 não tenha, de fato, originariamente previsto a figura do regulamento autônomo, o fez a partir da Emenda Constitucional 32/01, ainda que em caráter de exceção.⁴

Neste cenário está inserida a discussão acerca das diferenças entre os termos regulamentação - que decorre da atuação da Administração Pública quando da

² “Por via de consequência, não podem considerar-se legítimos os atos de mera regulamentação, seja qual for o nível da autoridade de onde se tenha originado, que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações ao indivíduo. Haverá, nessa hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação de Poderes insculpido no art. 2º da Constituição Federal (CF).”

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60.

³ José dos Santos Carvalho Filho (op. cit., p. 63) afirma que: “realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos.”

⁴ Com a Emenda Constitucional nº 32, altera-se o artigo 84, VI, para outorgar ao Presidente da República competência para “dispor, mediante decreto, sobre: (a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (b) extinção das funções ou cargos públicos, quando vagos”. A competência, quanto à alínea a, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional nº 32. Quanto à alínea b, não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos e não a estabelece norma sobre a matéria. Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

expedição de atos administrativos, nos quais estão englobados os regulamentos que são espécie do gênero “atos normativos” - e regulação, esta última caracterizada como a atividade exercida pelas agências reguladoras no âmbito da competência que lhes foi legalmente delegada.

Como já mencionado, a mera expedição de decretos e regulamentos pelo Chefe do Poder Executivo, no exercício de sua competência constitucional exclusiva, é fruto do poder regulamentar e deve, necessariamente, vincular-se à lei que os antecede.

Já a função regulatória decorre da atividade normativa por meio da qual o Governo “condiciona, corrige, altera os parâmetros naturais e espontâneos do mercado, impondo determinadas exigências ou requisitos à atuação dos agentes econômicos” (ARIÑO, 1993, p. 50) e que atualmente é outorgado às agências reguladoras.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 361):

Toda a competência administrativa é um “dever” de praticar ato idôneo para atendimento da finalidade protetora do interesse público, isto é, da coletividade. Tal desempenho implica o exercício de um poder, o qual, bem se vê, é meramente ancilar, instrumental, deferido como requisito insuprimível para que seu titular possa desincumbir-se do dever posto a seu cargo e delimitado, caso a caso, por esta mesma razão que o conforma. Donde o poder é meramente a contraface do dever, e não o contrário. Eis porque não satisfaz falar-se em poder-dever, pois o dever não é a contraface do poder, mas inversamente, o poder é que é a face do dever.

Essa função regulatória deve ser exercida com a finalidade de controlar a atividade do setor privado, para que se evitem manipulações e deturpações do mercado regulado, por empresários antiéticos e mal-intencionados (BASTOS, 2000, p. 226 e 227).

E é no exercício desse “dever-poder” que as agências reguladoras devem atuar de forma concreta, sempre observando os contextos econômico e social nos quais estejam inseridas.

Vital Moreira (1997, p. 121), ao discorrer sobre a “teoria da regulação” assevera que “A teoria da *regulation* valoriza, sobretudo o ambiente institucional, as estruturas sociais, a evolução histórica de longo prazo, as diferenças nacionais, setoriais e regionais, as crises, os ciclos longos da evolução econômica”, o que enseja a

participação popular na elaboração das normas emanadas de referidos entes autárquicos, inclusive como medida de preservação da transparência na relação entre a administração pública e os administrados, conferindo-lhes legitimidade e fortalecendo a atuação das agências reguladoras tanto no âmbito normativo quanto no âmbito fiscalizatório.⁵

E cabe a quem exerce a função regulatória buscar de forma constante e perene o equilíbrio para o mercado regulado, visando a proteção dos direitos dos consumidores de determinado serviço, mas também possibilitando aos prestadores desse serviço condições para concorrerem de forma justa e equânime entre si, o que, em última instância, acarretará benefícios aos próprios consumidores e à sociedade em geral.

Isso porque, quanto maior a concorrência, maior o interesse de prestar um serviço de qualidade a um preço competitivo e que seja acessível à grande maioria da população, pois somente assim o mercado terá condições reais de expansão e sedimentação.

Frise-se que o exercício da função regulatória decorre de delegação legislativa e está vinculado ao princípio da legalidade e a todos os demais princípios que regem a Administração Pública - princípios estes que serão tratados em item específico do presente trabalho, mas também possui um caráter discricionário que é inerente à atuação das agências reguladoras, como anteriormente afirmado.

⁵ É essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada porquanto mais aderente às necessidades e perspectivas da sociedade. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

MARQUES NETO, F. A. **Agências Reguladoras independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 32.

1.2 Pressupostos e objetivos da função regulatória

Assevera a doutrina que a Constituição é a norma suprema de uma nação e, como tal, tem o condão de nortear todo o ordenamento jurídico a ela subsidiário.⁶

Mais do que isso, “é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político” (CANOTILHO, 1991, p. 12).

Assim, mesmo que o objetivo do presente trabalho não englobe a realização de qualquer análise acerca dos ramos do Direito, é imperioso destacar que tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Administrativo estão estreitamente vinculados, em virtude do fato de que os preceitos constitucionais devem ser observados no exercício da atividade administrativa propriamente dita, justamente diante da supremacia da norma constitucional sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Para Marçal Justen Filho (2005, p. 14), essa intrínseca ligação consiste em “[...] impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali consagrados”.

Logo, é inevitável inserir, neste mesmo contexto, a função regulatória do Estado, que está diretamente vinculada à Constituição e, mais do que isso, decorre, expressamente, de referida norma suprema, nos termos do disposto no artigo 174 da CRFB-88.

Portanto, tem-se que a função regulatória é, sobretudo, um dever de Estado, cujo objetivo é o de garantir a proteção do interesse público e a consecução dos direitos sociais assegurados a todos os indivíduos.

E este dever há de ser exercido em estrita consonância com os ditames constitucionais, sob pena de ser posteriormente invalidado.

⁶ Para Ferdinand Lassalle, a Constituição é a lei fundamental de uma nação e, assim, constitui uma lei básica, no sentido de que é o verdadeiro fundamento de todas as outras leis comuns. LASSALLE, F. **A Essência da Constituição**. 6a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 9.

Com o surgimento do processo de privatização, o Estado deixa de exercer o papel de executor direto dos serviços públicos, assumindo o papel de regulador de determinadas atividades econômicas.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 30), o que é, de fato, relevante para o surgimento do advento da atividade regulatória estatal não é, necessariamente:

[...] a supressão da intervenção estatal direta na ordem econômica, mas basicamente i) a separação entre o operador estatal e o ente encarregado da regulação do respectivo setor e; ii) a admissão do setor regulado da existência de operadores privados competindo com o operador público (introdução do conceito de competição em setores sujeitos à intervenção estatal direta), o que leva alguns autores a caracterizar essa nova regulação como "regulação para a competição.

Assevera, ainda, que o fato de o Estado assumir o papel de regulador não significa ausência de intervenção estatal na economia, ao contrário, trata-se de uma forma distinta de intervenção, que “nos seus pressupostos, objetivos e instrumentos difere substancialmente da intervenção direta no domínio econômico” (MARQUES NETO, 2005, p. 31).

Quanto aos pressupostos, o intuito precípua da função regulatória do Estado é o de mediação junto ao setor regulado. E para cumprir esse papel, muito mais do que impor ao referido setor a adoção de determinados comportamentos ou medidas, faz-se necessária a existência de uma interação transparente entre o órgão regulador, como legítimo representante estatal e o setor regulado, a fim de que o processo regulatório seja cada dia mais qualificado e resulte no atendimento dos anseios e necessidades da sociedade.

Dessa forma, a intervenção do Estado não será meramente impositiva, mas ocorrerá de forma a tutelar, verdadeiramente, os interesses daqueles a quem deve representar e proteger.

É importante esclarecer que o modelo moderno de regulação estatal visa a atuação do Estado de forma a:

compor e articular os interesses públicos com os interesses dos particulares, partindo do pressuposto de que a atuação privada em setores sujeitos à regulação não só é aceitável como é essencial para atingir o interesse público. Antes, objetiva suprimir espaços da atuação privada, procura condicionar, amoldar, incentivar e coordenar (em uma palavra, regular) a atuação dos particulares. (MARQUES NETO, 2005, p. 33).

Portanto, resta claro que o objetivo da função regulatória do Estado é o de, sobretudo, manter o equilíbrio nos setores regulados, a fim de que o exercício da atividade econômica seja benéfico para todas as partes envolvidas na atividade regulada.

Seja para o Estado propriamente dito, seja para os entes privados que assumiram o papel de produtores de bens e/ou de prestadores de serviços públicos, por meio das concessões, permissões ou autorizações que lhes foram concedidas, seja para os indivíduos que, de forma geral e, em última instância, serão os principais beneficiados em caso de execução satisfatória de referidos serviços, ou, então, os maiores prejudicados se houver qualquer problema em sua execução.

1.3 Instrumentos da função regulatória

Acerca dos instrumentos que devem ser utilizados no exercício da função regulatória, sabe-se que é essencial à boa e eficiente regulação, a existência de meios de intervenção estatal que viabilizem esta forma de atuação perante os agentes econômicos.

Muito embora a mediação e a interlocução com os entes regulados sejam determinantes para a realização bem-sucedida da função regulatória, referida função precisa ser pautada por regras e limitações legais, que devem ser observadas por todos os atores do cenário regulado, a fim de se evitar que a atividade regulatória seja capturada por interesses de determinados setores e/ou entes privados ou, ainda, que seja utilizada como medida de força política, o que pode resultar no aparelhamento do Estado e em uma grave crise institucional, como a que se instalou no país nos últimos anos.

Há, ainda, que se falar de um elemento essencial à atividade regulatória: a neutralidade. Ao assumir o papel de ente interventor indireto⁷, que precisa – e deve – interagir com todos os atores dos setores regulados, sob pena de se realizar uma regulação ineficiente e que afronte gravemente o interesse público, o Estado precisa,

⁷ A figura de ente interventor indireto ora mencionada refere-se ao Estado que não atua diretamente na atividade econômica, exercendo o papel de produtor de bens e executor dos serviços públicos, mas, sim, ao seu papel de ente regulador, fiscalizador e sancionador dos setores regulados.

necessariamente, assumir uma postura neutra ou equidistante, como afirma a doutrina (MARQUES NETO, 2005, p. 51).

Conclui-se, portanto, que essa neutralidade defendida pela doutrina não significa que o ente regulador deva exercer sua função de forma a colidir com os interesses dos entes regulados, ou até mesmo que se contraponha às finalidades determinadas pelo Poder Público.

Ao contrário, mencionada neutralidade remete ao fato de que, enquanto no exercício de suas atividades – e aqui deve se incluir a atividade regulatória, que se entende como sendo uma das mais importantes que lhe são impostas – o Estado deve manter-se neutro aos interesses de todo o setor regulado, a fim de atuar com isenção, visando atingir os objetivos precípuos da regulação.

Qualquer desvio de neutralidade, certamente ocasionará um enorme e grave desequilíbrio nas relações inerentes aos setores regulados, resultando na sobreposição dos interesses particulares de um pequeno grupo – via de regra mais privilegiado, por ser o detentor do poder econômico e do suposto direito de conduzir a prestação dos serviços públicos que lhe foram concedidos, permitidos ou autorizados – ao interesse público em geral.

E essa sobreposição dos interesses particulares ao interesse público prejudica sobremaneira os cidadãos, que são os verdadeiros entes hipossuficientes desta relação e aqueles a quem o Estado deve genuinamente proteger.

1.4 Surgimento das agências reguladoras: contexto histórico e direito comparado

O surgimento das agências reguladoras se deu nos Estados Unidos da América, em um cenário no qual se fazia necessária uma maior intervenção estatal no domínio econômico.

Por esse motivo, antes se adentrar no modelo das agências reguladoras nacionais, o presente trabalho discorrerá, a seguir, sobre o contexto que ensejou a criação dessas agências pelo governo norte-americano, modelo de atuação estatal

que posteriormente foi replicado – com ajustes à realidade nacional – pelo governo Brasileiro.

Os Estados Unidos da América, diferentemente do Brasil, que adota o sistema da *civil law*, regem-se pelo sistema da *common law*⁸ que, em virtude de suas especificidades e características, representou um óbice para que o Direito Administrativo se desenvolvesse como ramo jurídico autônomo (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 92).

Um dos principais motivos para essa situação advém do chamado princípio norte-americano da *judicial supremacy* que, em sua essência, atribui ao Poder Judiciário a capacidade de controlar qualquer ato emanado do Poder Público, sem a intervenção de uma jurisdição administrativa especializada, como a que se verifica na França, país adepto da dupla jurisdição, resultando em uma demora demasiada para que a autonomia do Direito Administrativo restasse reconhecida.⁹

Enquanto os franceses, após a revolução do século XVIII, não aceitavam de forma alguma a ideia de que a Administração Pública fosse submetida ao Poder Judiciário, justamente em decorrência dos fatos históricos que levaram a uma enorme desconfiança da atuação judicial, tanto a Inglaterra quanto os Estados Unidos tinham fundado receio de que os Poderes Executivos de ambos os países exercessem uma atuação negativamente excessiva, situação em que se registrou uma forte tendência de se atribuir ao Poderes Legislativo e Judiciário um maior poder de controle (DI PIETRO, 2014, p. 12).

Desse receio é que surgem, nos Estados Unidos da América, as agências reguladoras, modelo pioneiro e no qual se resume a organização administrativa norte-americana. Para Cass Sustein (2004, p. 143), a “agência reguladora moderna foi o

⁸ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.11) “uma das diferenças básicas entre os dois sistemas está em que o primeiro tem como fonte principal o direito legislado (*statute law*) e o segundo, o precedente judiciário, ou seja, o direito comum (*common law*) criado por decisões judiciárias”.

⁹ Para Caio Tácito: “Sabidamente, foi tardia a acolhida, no direito anglo-saxão, da autonomia do Direito Administrativo. Identificando a disciplina com o regime francês de dupla jurisdição – que interditava aos tribunais comuns o controle da Administração – os autores ingleses, com Dicey à frente, repudiavam o *droit administratif* (expressão que até mesmo se escusavam de traduzir) por incompatível como princípio da supremacia do Judiciário, que era um dos pilares da *rule of law*, em que repousava, na *common law*, o sentido da Constituição e do Estado de Direito.”

TÁCITO, C. Presença norte-americana no Direito Administrativo brasileiro. In: _____. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 1997, p. 15.

resultado em larga medida da profunda insatisfação com a ordem privada do sistema da *common law* e a distribuição original dos poderes institucionais”.

No período compreendido entre 1890 e 1937, a Suprema Corte norte-americana invalidou várias tentativas do Estado de regulação da economia, fundamentada nos ideais liberais do *laissez-faire*.¹⁰

Em contrapartida, a crise de 1929, que basicamente teve início quando a Bolsa de Valores de Nova Iorque quebrou, período que ficou mundialmente conhecido como a era da “Grande Depressão”, levou a economia norte-americana a uma enorme e profunda crise, fazendo com que os ideais liberais de não intervenção estatal na economia começassem a ser desafiados.

Nesse momento, o mercado norte-americano percebeu sua incapacidade de se refazer, de onde surgiu, então, a necessidade efetiva da intervenção estatal na economia, levando o então presidente Franklin D. Roosevelt a adotar uma política de caráter intervencionista, com diversos programas estatais voltados à urgente recuperação da economia norte-americana e que foi denominada de *New Deal*.

E foi neste cenário de necessidade e extrema de intervenção estatal na economia que as agências reguladoras surgiram e, mais do que isso, se multiplicaram nos Estados Unidos.

A título de exemplo citamos as seguintes agências: *Securities and Exchange Commission*, criada em 1934, a *Social Security Administration* e a *Federal Power Commission*, criadas em 1935; a *Federal Communication Commission*, criada em 1936 e a *Soil Conservation Service*, criada em 1938.

A ideia da criação dessas agências reguladoras estava alicerçada na intenção do governo norte-Americano de corrigir as falhas de mercado que fizeram com que os Estados Unidos tivessem mergulhado no que foi, se não a mais grave, uma das mais graves crises econômicas que assolou o país.

E a escolha pelo modelo das agências reguladoras teve como pedra fundamental a tentativa de tornar a atuação estatal no domínio econômico especializada, em virtude da ampla discricionariedade técnica que permeia as

¹⁰ Expressão francesa utilizada para simbolizar o liberalismo econômico.

agências reguladoras, em uma clara tentativa de amenizar a influência da classe política na regulação.

Em outras palavras, a pretensão do governo norte-americano consubstanciava-se na intervenção estatal realizada de forma técnica e não política, garantindo-se, dessa forma, que fossem adotadas as melhores práticas e tomadas as melhores decisões visando a recuperação da economia de todo o país e não somente o favorecimento daqueles que detinham fortes laços políticos.

Tem-se já nesta época o fortalecimento da discricionariedade técnica, em detrimento das escolhas políticas.

Posteriormente, em 1946 foi promulgada a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act* – APA), que uniformizou o procedimento decisório, estabelecendo dois tipos de procedimentos distintos.

O primeiro deles foi denominado de *rulemaking* e consistia na elaboração das normas gerais emanadas das agências reguladoras. O segundo deles foi denominado de *adjudication* e referia-se aos atos individuais de regulação.

Além da uniformização supracitada, a APA também tornou mais seguro o processo de regulação e de intervenção estatal, garantindo a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, dos atos emanados das agências reguladoras nos casos em que se constatasse desrespeito à referida lei.

Mesmo restando reconhecida a importância das agências reguladoras para a retomada do crescimento da economia nos Estados Unidos da América, esse modelo de atuação estatal passou a sofrer críticas que apontavam riscos de captura dos entes reguladores pelos entes regulados, passando, então, a regular o mercado de forma a privilegiar interesses privados.

Esse mesmo receio de captura das agências reguladoras pelos entes privados passou a existir com grupos politicamente influentes, que poderiam utilizar seu poder para direcionar a atuação estatal e, dessa forma, obter privilégios.

Já na década de 70, os Estados Unidos da América deram início a um amplo processo de desregulação da economia conhecido como *deregulation*, cuja principal característica é a diminuição da intervenção estatal na economia, fazendo com que

as agências reguladoras também reduzissem a sua intervenção nos setores regulados.

Esse processo de desregulação propiciou o surgimento de mecanismos para que o mercado passasse a se autorregular, fortalecendo a expansão do setor de forma competitiva e com maior equidade.

A partir de então percebe-se a ampliação do controle judicial dos atos praticados pelas agências reguladoras, principalmente no que diz respeito à sua legalidade e razoabilidade.

O controle presidencial dos atos das agências também foi intensificado pela atuação do *Office of Management and Budget*¹¹, responsável por supervisionar as propostas orçamentárias das agências, bem como pela atuação do *Office of Information and Regulation Affairs*¹², responsável por garantir que a performance das agências reguladoras correspondesse à política determinada pelo Presidente.

Como exemplo de atuação de referidos órgãos de controle, citamos a *Executive Order* nº 12.886/93 (*Regulatory Planning and Review*), expedida no governo do presidente Bill Clinton, por meio da qual determinou-se a obrigatoriedade de prévia comunicação ao órgão central do governo norte-americano, dos procedimentos regulatórios a serem adotados, o que representa uma clara medida de controle governamental da atuação das agências reguladoras.

Além desse controle governamental, o parlamento norte-americano também passou a exercer maior controle sobre as agências reguladoras a partir de 1993, quando teve início a obrigatoriedade de aprovação prévia, pelo Congresso, dos projetos e atividades desempenhadas pelas agências.

Ainda, uma vez em andamento, o procedimento regulatório também passou a ser passível de controle, com a instituição, em 1996, do “veto legislativo” por meio do *Congressional Review Act*.¹³

Como resultado da instituição desse “veto legislativo”, uma norma emanada de determinada agência reguladora passou a ser passível de revogação mediante uma

¹¹ Escritório de Gerenciamento e Orçamento (“tradução nossa”).

¹² Escritório de Informação e Regulação (“tradução nossa”).

¹³ Ato Revisional do Congresso (“tradução nossa”).

resolução conjunta do Congresso, aprovada por maioria simples e seguida de sanção presidencial, ocasionando um alto nível de controle da atividade regulatória *per se*.

Diante da burocratização do procedimento regulatório, ainda nos anos 90 foi promulgada a Lei sobre Negociação de Regulamentos (*Negotiated Rulemaking Act*), que autorizou a participação no processo regulatório de todos os entes regulados que pudessem vir a ser afetados por determinada regulação, tornando o processo regulatório norte-americano em geral mais democrático e eficiente, possibilitando a todos os atores do setor regulado, a chance de se manifestarem sobre a atividade regulatória.

1.5 Reforma de Estado no Brasil

Inicialmente, para que se possa tratar do surgimento das agências reguladoras no âmbito nacional, faz-se necessário contextualizar os fatos que ensejaram a sua criação.

Como será detalhadamente explanado mais adiante, a criação de referidas agências está diretamente relacionada à reforma de Estado à qual foi submetido o país a partir dos anos 80, culminando em um processo de privatizações que perdura até os dias atuais e que, pelos resultados que gerou, muito provavelmente subsistirá por muitos anos mais.

Como assevera Marçal Justen Filho (2006. p. 6941-6943), no período compreendido entre os séculos XVIII e XIX, o Estado agia de forma primordialmente omissiva e sua intervenção era, pode-se afirmar, estritamente restritiva, atuando quase que exclusivamente com o intuito de impedir eventuais violações aos direitos à liberdade e à propriedade dos indivíduos. Trata-se, neste ponto, do Estado Liberal, que surgiu com a revolução burguesa na França e tem como uma de suas principais características a não intervenção estatal na economia, garantido, portanto, maior liberdade para que o mercado se autorregulasse.

Contudo, no decorrer do século XX, o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, atuando diretamente na prestação de serviços. Em outras palavras, o Estado passou a ser o efetivo prestador de serviços públicos, muitos deles em regime de monopólio.

Porém, nesse novo modelo de atuação, o Estado experimentou, em contrapartida, um aumento considerável em suas despesas, que passaram a onerar ainda mais a dívida pública, na medida em que as receitas e as despesas estatais não se equilibravam, sendo estas últimas mais elevadas, acarretando o agravamento do *déficit* público.

Este aumento do *déficit* público, associado a outros fatores, inclusive relacionados à interferência internacional, levou o Brasil a experimentar uma crise de Estado e que deixou clara e evidente a também crise do Estado Liberal, nas palavras de Bresser Pereira (1997, p. 54):

A crise do Estado está associada, de um lado, ao caráter cíclico da intervenção estatal, e de outro, ao processo de globalização, que reduziu a autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados nacionais. A Grande Depressão, embora uma crise do mercado, foi também uma crise do Estado Liberal. Esta crise provocou o surgimento do Estado Social, que no século vinte procurou proteger os direitos sociais e promover o desenvolvimento econômico, assumindo, na realização desse novo papel, três formas: a do Estado do Bem-Estar nos países desenvolvidos, principalmente na Europa, a do Estado Desenvolvimentalista nos países em desenvolvimento, e a do Estado Comunista nos países em que o modo de produção estatal tornou-se dominante.

Assim, diante da inevitável necessidade de se adotar medidas vislumbrando a redução dos gastos públicos que, como já mencionado, eram sensivelmente onerados pela prestação direta de serviços por parte do Estado e porque não dizer, diante da necessidade de tornar mais eficiente referida prestação de serviços, visando o bem-estar social e a supremacia do interesse público, tem início, a partir dos anos 80, o que a doutrina denomina como reforma de Estado no Brasil.

Essa reforma de Estado representa um momento histórico e decisivo no desenvolvimento nacional, bem como no surgimento do Estado Regulador, papel que lhe foi atribuído com o início – e avanço - das privatizações, bem como em razão da indispensabilidade da intervenção estatal na regulação de diversos setores da economia, levando ao surgimento das agências reguladoras.

Neste cenário, o até então Estado Liberal dá lugar ao Estado de Bem-Estar Social, caracterizado por uma postura estatal mais intervencionista, principalmente na

atuação regulatória e na figura de provedor dos chamados direitos sociais, assegurados pela CRFB-88.¹⁴

Bresser-Pereira (1997, p. 50) reafirma, em sua obra, o papel do Estado como garantidor dos direitos positivos dos cidadãos e, como tal, deve atuar “de forma a promover o desenvolvimento, bem como uma maior justiça social e não apenas de forma a garantir o direito de propriedade e os contratos”.

Luís Roberto Barroso (2003, p. 2) assevera que com o advento da CRFB-88 e, principalmente, com o desenrolar da década de 90, tanto o tamanho do Estado quanto o seu papel na intervenção econômica tornaram-se o centro das discussões institucionais, sendo que o modelo de intervencionismo estatal até então praticado no país “não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico”.

Ainda, para Luís Roberto Barroso (2003, p. 2), tal fenômeno muito se deve ao fato de que a sociedade brasileira, de forma geral, estava extremamente insatisfeita com a atuação estatal que experimentara até então e, sobretudo, ansiava desesperadamente para que o Estado abandonasse o que chamou de “papel onipotente, arbitrário e ativo – desastrosamente ativo – no campo econômico”.

E é neste contexto de completa insatisfação popular e total descrédito do Estado que teve início o processo da redução do intervencionismo direto estatal no cenário econômico, batizado de Programa Nacional de Desestatização.

Feita esta breve consideração acerca da reforma do Estado no Brasil, iniciar-se-á, a seguir, uma detalhada análise do movimento de desestatização e da atuação das agências reguladoras no cenário nacional.

1.5.1 As privatizações e o Programa Nacional de Desestatização

Culminou com a Revolução de 1930 o processo intervencionista estatal, por meio do qual o Estado passou a ser o principal responsável pelo desenvolvimento de

¹⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988a.

setores chave para o crescimento econômico nacional, a fim de garantir a infraestrutura necessária à alavancagem do setor industrial brasileiro.

A partir de então surgiram grandes empresas estatais, que contribuíram enormemente para o amadurecimento, ou melhor dizendo, fortalecimento do capitalismo no cenário nacional, sem que houvesse grandes manifestações, por parte do setor privado, à interferência do Estado na economia.

Assim, por diversos anos as empresas privadas dividiram espaço com as empresas estatais, em uma convivência pacífica e harmoniosa, que gerou ganhos para ambos os lados, em virtude do crescimento econômico do qual se beneficiavam.

Importante dizer que esta parceria se consubstanciou em um importante fator de incremento do processo de desenvolvimento da economia nacional que perdurou até o início da recessão que atingiu o Brasil em meados dos anos 70, época em que o setor privado passou a criticar fortemente o intervencionismo estatal na economia.

E é neste panorama de descontentamento com o poderio das empresas estatais – inicialmente criadas para suprir a ineficiência, ou até mesmo a ausência das empresas privadas em diversos setores da economia, aliado ao grande endividamento do Poder Público que, ao assumir o protagonismo nacional em setores estratégicos, tais como o setor petrolífero, que toma corpo o plano para desestatizar o país, justamente pela verdadeira escassez de recursos enfrentada pelo Estado para investimentos em infraestrutura que, como se sabe, é uma das molas propulsoras do desenvolvimento de qualquer nação.

O Programa Nacional de Desestatização implementado no início dos anos 80 teve como principal característica o foco no usuário dos serviços públicos e a ampla divulgação de seus princípios norteadores, visando uma mudança de comportamento no que se refere ao serviço público, a fim de conter o crescimento desordenado das empresas estatais e uma transferência progressiva destas empresas para o setor privado, em busca de maior eficiência.

Ainda, referido programa representou uma importante medida no movimento de privatização que posteriormente foi desencadeado no país e que, repita-se, continua em franca expansão ainda nos dias atuais.

Em 1988, com uma nova – e mais vultuosa alteração da legislação nacional, que partiu diretamente de uma perspectiva mais liberal e que em muito resultou da

cada vez mais latente falência do setor público federal, o então novo “Programa Federal de Desestatização” tinha como objetivos:¹⁵ (i) a transferência, à iniciativa privada, das atividades até então exploradas pelo Poder Público; (ii) a concorrência para a redução da dívida pública que, como já mencionado, aumentava a cada dia e impedia a realização de necessários investimentos estatais, principalmente em infraestrutura; (iii) possibilitar que uma parte da dívida externa federal restasse convertida em investimento de risco; (iv) estimular o mercado de títulos e valores mobiliários; (v) fomentar a disseminação da propriedade do capital das empresas; (vi) desregulamentar o exercício da atividade econômica com o intuito de promover a competição e, dessa forma, estimular a economia; (vii) dar início à outorga de concessões e permissões de serviços públicos, como medida de execução indireta de referidos serviços; e (viii) promover a privatização dos serviços públicos até então realizados de forma exclusiva pelas empresas estatais, ressaltando-se, aqui, os monopólios constitucionais.

Como inevitável consequência da política de privatização, em 1990 foi promulgada a Lei Federal 8.031/1990, por meio da qual criou-se o Programa Nacional de Desestatização (BRASIL, 1990).

Referido programa apresentou um importante alargamento da política nacional de privatizações, o que se percebe claramente ao analisar os objetivos que estão expressamente elencados no diploma legal em referência: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de

¹⁵ BRASIL. **Decreto Nº 95.886, de 29 de março de 1988**. Dispõe sobre o Programa Federal de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1988b]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D95886.htm. Acesso em 13 jan. 2020.

capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.¹⁶

Assim, a partir da promulgação desta lei, a política de privatização brasileira ganhou novos – e muito mais ambiciosos contornos, visando justamente o fomento da prestação de serviços públicos por entes particulares, com autorização estatal.

Ao alterar as regras até então em vigor, o Programa Nacional de Desestatização permitiu a aquisição de até 40% das ações com direito a voto e até 100% das ações sem direito a voto, pelo capital estrangeiro, sendo que no prazo de três anos contados da privatização, caem por terra quaisquer restrições de que o controle das empresas agora privatizadas seja completamente transferido aos investidores estrangeiros.

E esta foi uma medida importante desta nova legislação pois, ao eliminar as restrições de antigas normas à participação de capital estrangeiro nos processos de privatização, atraiu o interesse de empresas estrangeiras na efetiva realização de investimentos no Brasil, o que acabou por se mostrar uma iniciativa muito acertada, haja vista a importância que o capital estrangeiro teve – e que ainda tem – no crescimento econômico nacional.

Os investimentos estrangeiros sabidamente incrementam a economia local, gerando empregos e movimentando a indústria, o que resulta, em última instância, no aumento nos ganhos estatais, decorrentes da arrecadação tributária. Tem-se, portanto, um clássico exemplo da política do ganha-ganha, essencial ao fortalecimento do sistema capitalista.

Mencionado programa também determinou a total transparência dos processos de privatização, mediante a ampla e irrestrita divulgação de todas as informações essenciais ao processo de desestatização.¹⁷

¹⁶ Artigo 1º da Lei Federal 8.031/1990.

BRASIL, **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em 3 jan. 2020.

¹⁷ Artigo 11º da Lei Federal 8.031/1990. “Para salvaguarda do conhecimento público das condições em que se processará a privatização, assim como da situação econômica, financeira e operacional de cada empresa incluída no Programa Nacional de Desestatização, será dada ampla divulgação das informações necessárias, mediante a publicação de edital, no Diário Oficial da União, e em jornais de notória circulação nacional, do qual constarão, pelo menos, os seguintes elementos: a) justificativa da privatização, indicando o percentual do capital social da empresa a ser alienado; b) data e ato que determinou a constituição da empresa originariamente estatal ou, se estatizada, data, ato e motivos

Ainda, por determinação legal, todos os recursos provenientes da privatização deveriam, necessariamente, ser utilizados para quitar a dívida do Estado, corroborando um dos principais objetivos do programa, consistente na diminuição do *déficit* público, mediante a transferência, para o setor privado, da prestação de serviços públicos.¹⁸

Posteriormente à edição da Lei Federal 8.031/1990, foram editadas diversas normas que visavam a consolidação do Programa Nacional de Desestatização,¹⁹ sendo que em 1996 e 1997, respectivamente, foram editadas a lei de concessões dos serviços de telecomunicações²⁰ e a medida provisória nº 1.481-49/97, que tratava da desestatização das instituições financeiras.

Esse processo de desestatização das instituições financeiras passou a ser coordenado pelo Banco Central do Brasil, impulsionando de uma vez por todas o processo de privatizações, que desde então somente avançou.

Muito embora as discussões acerca da efetividade da desestatização, como medida de desenvolvimento de determinados setores da economia e, em última instância, redução dos gastos públicos com a até então prestação ineficiente dos serviços públicos estejam longe de terminar, pelos números atualmente disponíveis,

que determinaram sua estatização; c) passivo das empresas, a curto, médio e longo prazos, indicando os responsáveis pelo mesmo após a privatização; d) situação econômico-financeira da empresa, especificando lucros ou prejuízos, endividamento interno e externo, pagamento de dividendos ao Tesouro Nacional ou recebimento de recursos providos pelo Governo Federal, nos últimos exercícios; e) indicação da utilização dos recursos oriundos da privatização; f) informações sobre a existência ou não de controle de preços sob produtos ou serviços da empresa a privatizar e qual a variação dos mesmos nos últimos exercícios e respectiva comparação com os índices de inflação; g) descrição do volume de recursos investidos pelo Estado, no caso de empresas privadas estatizadas, e de como serão recuperados esses recursos após a privatização; h) sumário dos estudos de avaliação da empresa, elaborados de acordo com o disposto no art. 13, incisos III e IV, desta Lei; i) critério de fixação do preço total de alienação da empresa e o valor de cada ação, com base nos laudos de avaliação; j) (Vetado); l) a indicação, se for o caso, de que será criada ação de classe especial, e os poderes nela compreendidos". (BRASIL, 1990).

¹⁸ Artigo 15º da Lei Federal 8.031/1990. Art. 15. O titular dos recursos oriundos da venda de ações ou de bens deverá utilizá-los na quitação de suas dívidas junto ao setor público.

Parágrafo único. Observado os privilégios legais, terão preferência, para efeito de pagamento, as dívidas, vencidas ou vincendas, garantidas pelo Tesouro Nacional, e aquelas cujo credor seja a União, direta ou indiretamente. (Ibidem)

¹⁹ Cite-se, a título de exemplo o Decreto nº 1.647/95.

BRASIL. **Decreto Nº 1.647, de 26 de setembro de 1995**. Regulamenta as Leis nºs 7.862, de 30 de outubro de 1989, 8.029, de 12 de abril de 1990, 8.031, de 12 de abril de 1990, 8.250, de 24 de outubro de 1991, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1995]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1647.htm. Acesso em 13 jan. 2020.

²⁰ Lei nº 9.295 de 19 de julho de 1996. BRASIL. **Lei Nº 9.295, de 19 de julho de 1996**. Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. Brasília: Casa Civil. [1996b]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9295.htm. Acesso em 13 jan. 2020.

é possível afirmar que as privatizações ocorridas, por exemplo, no setor das telecomunicações, siderurgia e exploração de minério de ferro são verdadeiros casos de sucesso, levando-se em consideração os objetivos precípuos do Programa Nacional de Desestatização.

Há que se ressaltar, inclusive, a evidente melhora na qualidade dos serviços prestados, assim como o aumento da arrecadação fiscal decorrente destes modelos bem-sucedidos de privatização, assim como a redução da necessidade de investimento estatal em diversos setores, o que certamente contribuiu e ainda contribui para a redução da dívida pública ou, ao menos, ajuda a estancar o seu crescimento.

Cite-se, a título de exemplo, o setor de telecomunicações. Conforme a Telebrasil, associação brasileira de telecomunicações, “em 1998, havia 7,4 milhões de celulares funcionando no Brasil. Em 2011, alcançou-se a marca de 217,3 milhões de telefones móveis operando no país, representando um aumento de 2.836%”. Ainda, a telefonia fixa, que antes necessitava de altos investimentos do cliente para instalação de uma linha, somava 20 milhões de usuários em 1998. Porém, em julho de 2011, este número chegou a 42 milhões (UOL, 2011).

Observa-se, aqui, um importante exemplo de como a privatização do setor regulado possibilitou um maior acesso da sociedade aos serviços prestados.

No setor de siderurgia, a Companhia Siderúrgica Nacional (“CSN”), em 1994, alcançou um faturamento no montante de 1,5 bilhão. Porém, em 2010 este número alcançou a vultuosa cifra de 12 bilhões. Ainda, a Vale do Rio Doce, uma das maiores empresas mineradoras do mundo, viu seu lucro saltar de 325 milhões de dólares em 1997 para 1,5 bilhão em 2003 (REVISTA EXAME, 2011).

Ricardo da Costa Nunes e Selene Peres Nunes (1998) asseveram que, de maneira geral, é possível constatar-se que as empresas se tornaram mais eficientes e lucrativas após sua privatização e o aumento do lucro dessas empresas foi maior quando existiu a mudança de controle estatal para o controle privado.

Afirmam, ainda, que:

[...] o aumento de eficiência das empresas privatizadas induz aumentos de arrecadação. Dada a receita de privatização esperada, conclui-se que poderá conter provisoriamente a dívida pública. Assim, espera-se que o prosseguimento do processo, inclusive com a

inclusão de outras empresas, aumente os ganhos fiscais (NUNES; NUNES, 1998, p. 208).

Muito embora os dados ora apresentados evidenciem um assombroso e importante crescimento nos números de empresas privatizadas nos últimos anos e, conseqüentemente, uma clara evolução dos setores da economia nos quais essas empresas estão inseridas, há que se ressaltar que o processo de desestatização não é unânime e, dessa forma, é alvo de duras críticas, tendo inclusive sido nomeado de “privataria”.²¹

Para María Olivia Monckeberg (2001, p. 269), além do aumento da dívida pública, os processos de privatização acarretaram a diminuição do patrimônio líquido estatal, uma vez que a dívida do Estado não diminuiu. Ao contrário disso, a dívida estatal teria aumentado, agravando ainda mais o *déficit* público, até porque o Estado já não dispõe das propriedades que foram privatizadas.

Não obstante as duras críticas que lhe são impostas, as privatizações nacionais têm sido bem-sucedidas e, não por mero acaso, atualmente são referência do maior programa de desestatização em andamento (NUNES; NUNES, 1998, p. 207).

1.6 As agências reguladoras no Brasil

As agências reguladoras são, em um conceito geral, pessoas jurídicas de direito público, sujeitas aos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da CRFB-88.²²

São autarquias sob regime especial, criadas por meio de lei específica e a sua função é a de regular e fiscalizar as atividades exercidas em determinados setores da

²¹ Privataria é um neologismo em língua portuguesa que mescla as palavras privatização e pirataria, criado pelo jornalista Elio Gaspari, inicialmente para descrever o processo de privatizações de empresas estatais iniciado pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995–2002). GASPARI, E. *Pedagogia pefelê. Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 dez. 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/15/brasil/20.html>. Acesso em: 03 jan 2020.

O termo é usado de modo informal ao se referir a processos de privatizações realizados por valores discutíveis juntamente com indícios de operações ilegais.

²² Art. 37, CRFB-88 (BRASIL, 1988a)

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Inciso XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

economia²³, tendo como uma de suas principais características a autonomia diante do Poder Público.

Na definição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 367), as Agências Reguladoras:

São autarquias que recebem por lei tal qualificação, quando de sua criação, para atuar como órgãos autônomos, destinados a administrar setores em que são desenvolvidas atividades privadas de interesse público, tais como o são os serviços públicos, por delegação (concessões e permissões e institutos afins), bem como as atividades, profissionais ou empresariais, que venham a estar legalmente submetidas a um regime especial de controle destinado a salvaguardar valores específicos, como ocorre com a vigilância sanitária, com o regime hídrico e tantos outros, em listagem em expansão, na medida em que as atividades privadas, em áreas econômicas ou sociais constitucionalmente definidas como de relevância coletiva recebam específico ordenamento público regulador.

Acerca dessa autonomia inerente às agências reguladoras, a doutrina criou uma divisão entre o que se denomina autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

Por autonomia político-administrativa entende-se o conjunto de procedimentos, garantias e cautelas emanados da lei de criação de cada uma das agências reguladoras, dentre as quais, via de regra, estão inseridas as seguintes condições: (i) nomeação de seus diretores com respaldo político²⁴; (ii) exercício de mandato fixo de três, quatro ou até mesmo cinco anos, a depender do mandamento legal²⁵; e (iii)

²³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello “[...] as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades” (MELLO, 2019, p. 177).

²⁴ Para as agências reguladoras federais, a nomeação de seus diretores é realizada pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso III, alínea “f” da CRFB-88 (BRASIL, 1988a). A título de exemplo, cite-se a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada por meio da Lei 9.472/97 e cujo artigo 23 dispõe expressamente que: “Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal”.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Casa Civil, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

²⁵ Para os diretores da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o mandato é de três anos, conforme determina o artigo 6º da Lei 9.961/2000.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

impossibilidade de demissão de seus diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal.²⁶

Tratando-se, ainda, da autonomia político-administrativa, observe-se que as leis de criação das agências reguladoras também determinam o impedimento de seus dirigentes para a prestação direta ou indireta de qualquer serviço às empresas que atuem no setor econômico sob o qual exerçam regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias, por determinado período de tempo subsequente à conclusão de seus mandatos.²⁷

Este lapso temporal chamado de quarentena, propicia ao ex-dirigente de determinada agência reguladora, durante o período de vinculação legal, a continuidade de recebimento de sua remuneração, desde que continue a prestar serviços à referida autarquia ou a qualquer outro órgão da Administração Pública, em sua área de qualificação profissional.

Tal possibilidade visa justamente evitar que este ex-dirigente não se valha desta concessão legal para, de alguma maneira, exercer qualquer tipo de favorecimento a terceiros ou, ainda, que atue em benefício próprio, mediante a utilização da máquina pública.²⁸

Já para os diretores da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), o mandato será de quatro anos, nos termos do *caput* do artigo 5º da Lei 9.427/96.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1996a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

Ainda, para os diretores da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), o mandato será de 5 anos, como disciplina a Lei 11.182/2005, em seu artigo 13.

BRASIL. **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.** Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [2005]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

²⁶ Dispõe o *caput* do artigo 26 da Lei 9.472/96, que trata dos diretores da ANATEL (BRASIL, 1997a): "Os membros do Conselho Diretor somente perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar". No mesmo sentido é o artigo 14 da Lei 11.182/2005, que disciplina a perda do mandato dos diretores da ANAC (BRASIL, 2005).

²⁷ Cite-se, a título de exemplo, o artigo 30 da Lei 9.472/97 (BRASIL, 1997a): "Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência. Parágrafo único. É vedado, ainda, ao ex-conselheiro utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido, sob pena de incorrer em improbidade administrativa.

²⁸ Preceitua o §1º do artigo 9º da Lei 9.472/96 (BRASIL, 1996a) assim dispõe: "Durante o prazo da vinculação estabelecida neste artigo, o ex-dirigente continuará prestando serviço à ANEEL ou a qualquer outro órgão da Administração Pública direta da União, em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu". Nos mesmos moldes tem-se o §1º do artigo 14 da Lei 9.478/97, referente à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP): "Durante o impedimento, o ex-diretor que não tiver sido exonerado

Nesta esteira, foi promulgada a Lei 9.986/00 (BRASIL, 2000b) que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras federais, a fim de que os dirigentes dessas autarquias especiais não estejam sujeitos ao estatuto aplicável aos demais agentes administrativos.

Em linhas gerais, a referida lei corrobora tanto a necessidade de que a nomeação dos dirigentes seja realizada pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, bem como reafirma o denominado “período de quarentena”, além de asseverar que estes dirigentes estarão sujeitos à perda de seus cargos tão e somente em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar (BRASIL, 2000b).

Todos esses pressupostos reafirmam a autonomia político-administrativa das agências reguladoras, que é essencial ao exercício de sua função reguladora nos setores nos quais atuam, para que ajam de forma totalmente independente, sendo este um dos pilares básicos de sua existência.

Há ainda que se mencionar a Lei 13.848/2019 (BRASIL, 2019a) que, ao dispor sobre os mandatos dos dirigentes das agências reguladoras, restringiu ainda mais as circunstâncias que podem levar a uma captura desses dirigentes pelo setor regulado.

Sobre a autonomia econômico-financeira das agências reguladoras, as medidas adotadas pelo Estado compreendem, entre outras, dotação orçamentária própria²⁹, possibilidade de arrecadação de receitas por intermédio de outras fontes que não a dotação orçamentária, compostas, por exemplo, dos valores arrecadados a título de taxas de fiscalização e regulação, valores apurados no aluguel ou alienação de bens móveis ou imóveis, dentre outras³⁰, sendo que todas estas fontes de recursos

nos termos do art. 12 poderá continuar prestando serviço à ANP, ou a qualquer órgão da Administração direta da União, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu”.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1997b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

²⁹ Vide o artigo 49 da Lei 9.472/97 (BRASIL, 1997a), referente à ANATEL: “Art. 49. A agência submeterá anualmente ao Ministério das Comunicações a sua proposta de orçamento, bem como a do FISTEL, que serão encaminhadas ao Ministério do Planejamento e Orçamento para inclusão no projeto de lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal”. Nos mesmos moldes tem-se o artigo 11, inciso II, da Lei 9.427/96 (BRASIL, 1996a), no que se refere à ANEEL, assim como o artigo 15, inciso II, da Lei 9.478/97 (BRASIL, 1997b), que trata da ANP.

³⁰ Cite-se o artigo 31 da Lei 11.182/2005 (BRASIL, 2005): “Constituem receitas da ANAC: I- dotações, créditos adicionais e especiais e repasses que lhe forem consignados no Orçamento Geral da União; II- recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com órgãos ou entidades federais, estaduais e municipais, empresas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras e

estão devidamente elencadas, via de regra, na lei de criação das agências reguladoras.

Irene Patrícia Nohara (2013, p. 186), citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirma que existem duas espécies de agências reguladoras no ordenamento jurídico pátrio. A primeira delas se refere às agências reguladoras que exercem o poder de polícia que engloba a imposição de limitações administrativas decorrentes da lei, a fiscalização e a repressão de atos dos entes regulados, como, por exemplo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

A segunda espécie de agências reguladoras trata das autarquias que visam a regulação e o controle de atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, como, por exemplo, o setor de telecomunicações, ou, ainda, a concessão para exploração de bens públicos.

Conforme já explanado, o Brasil passou por um longo processo de desestatização, por meio do qual o Estado transferiu a entes privados a prestação de serviços públicos que até então constituíam monopólio governamental, visando maior eficiência em referida prestação de serviços, mas, sobretudo, a redução dos gastos públicos.

Neste contexto de desestatização, surge também a necessidade de uma maior intervenção estatal quanto ao controle e fiscalização dos entes particulares que passaram a prestar serviços públicos mediante concessões, permissões ou autorizações, a fim de garantir o efetivo atendimento do interesse público.

Portanto, mais do que tornar-se meramente espectador no cenário da prestação de serviços públicos, coube ao Estado exercer o papel de ente regulador e fiscalizador dessas atividades, tirando das mãos dos particulares o controle total e absoluto do exercício de sua atividade econômica, visando, precipuamente, a proteção dos interesses dos destinatários finais desses serviços: os cidadãos.

organismos internacionais; III- recursos do Fundo Aeroviário; IV- recursos provenientes de pagamentos de taxas; V- recursos provenientes da prestação de serviços de natureza contratual, inclusive pelo fornecimento de publicações, material técnico, dados e informações, ainda que para fins de licitação; VI- valores apurados no aluguel ou alienação de bens móveis ou imóveis; VII- produto das operações de crédito que contratar, no País e no exterior e rendimentos de operações financeiras que realizar; VIII- doações, legados e subvenções; IX- rendas eventuais; e X- outros recursos que lhe forem destinados.”

E não seria adequado que o Estado confiasse exclusivamente aos entes particulares o monitoramento e a adoção de medidas que visassem o equilíbrio entre a prestação eficiente e acessível de um serviço público de qualidade e os interesses comerciais e econômicos das empresas, cujo principal objetivo é o lucro.

Se assim o fosse, o risco da exploração desenfreada desses serviços, mediante a cobrança de valores exacerbados como contraprestação, poderia e porque não dizer que certamente ameaçaria a continuidade do processo de desestatização pelo qual passava o Brasil e que foi essencial ao desenvolvimento econômico do país.

Vê-se, deste modo, o Estado como figura essencial ao monitoramento dessas atividades, conforme assevera Aloísio Zimmer Júnior (2007, p. 41):

[...] a preponderância do interesse público sobre o interesse privado impõe a necessidade de intensa produção normativa, que paulatinamente publiciza o espaço privado e o condiciona. A ordem econômica não se desenvolve naturalmente, nem é exemplo de ambiente neutro: ela precisa ser construída, o que implica escolhas e alterações [...] Não é possível acreditar que os mercados sejam capazes de encontrar as soluções de maior eficiência produtiva sem proporcionar algum tipo de desequilíbrio – a busca pela máxima vantagem impõe inúmeras desvantagens. Desta forma, encontra-se aqui a importância do monitoramento do Estado[...]

Além disso, vale ressaltar que, em que pese a transferência de determinadas atividades estatais ao setor privado, a natureza dessas atividades continua sendo pública, tendo, portanto, o Estado, o dever de assegurar a adequada prestação desses serviços, fator determinante ao surgimento das agências reguladoras.³¹

Nas palavras de Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes (1999, p. 143):

no contexto da regulação, a dualidade – intervenção estatal *versus* livre concorrência – implica, essencialmente, a definição de regras estáveis e capazes de assegurar o aprimoramento no desempenho dos serviços públicos, tornando-os mais eficientes, regulares e com preços módicos.

³¹ Para Luís Roberto Barroso, “a constatação de que o Estado não tem recursos para os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação a sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras.”

BARROSO, L. R. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, A. (Org). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002a. p. 111.

Ressalte-se ainda que, ao assumir o papel de ente regulador, o Estado nada mais faz do que exercer sua função regulatória ordenada pelo artigo 174 da CFRB-88³² e que, posteriormente, justamente em virtude dos desdobramentos da reforma de estado e do cenário de desestatização nacional, levou à alteração de outros preceitos constitucionais.³³

Tem-se, portanto, que o surgimento das agências reguladoras no Brasil está intrinsicamente ligado ao processo de desestatização nacional e resulta do “fenômeno de retirada do Estado da exploração direta de atividades econômicas [Reforma do Estado], com a conseqüente ampliação de sua atuação reguladora (intervenção indireta).” (ALEXANDRINO; PAULO, 2003, p. 9).

1.7 As funções das agências reguladoras

Como já abordado em tópico próprio, a palavra função deve ser utilizada quando se referir ao encargo atribuído a determinada pessoa ou órgão público, para o exercício de uma atividade que lhe compete.

Tratar-se-á, portanto, a seguir, de forma detalhada, da função regulatória das agências reguladoras, por representar um dos pontos focais do presente trabalho.

Posteriormente, discorrer-se-á sobre as demais funções das agências reguladoras, com o intuito de diferenciá-las de sua competência normativa.

³² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei. (BRASIL, 1988a).

³³ Luís Roberto Barroso esclarece que “No Brasil, o art. 174 da Constituição de 1988 já previa a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado. [...] Recentemente, por força de modificações introduzidas por Emendas à Constituição de 1988, passou-se a ter a previsão expressa, em sede constitucional, de órgão reguladores para os setores de telecomunicações (nova redação dada ao art. 21, XI, da Constituição Federal, pela EC nº 8/95) e de petróleo (o inciso III do parágrafo 2º do art. 177 da Constituição ganhou nova redação com a EC nº 9/95). Tais reformas possibilitaram não só a introdução de órgãos reguladores, aos quais a legislação infraconstitucional sabiamente dotou de autonomia, mas também a expansão da atividade regulatória para outras áreas”. (BARROSO, op. cit., p. 117).

1.7.1 A função regulatória das agências reguladoras

Ao contrário do que se pode imaginar, a função regulatória, por si só, é muito mais ampla do que o mero exercício da competência normativa.

Ela abrange também diversas esferas de atuação inerentes ao exercício da atividade econômica e à prestação dos serviços públicos como, por exemplo, sua disciplina, fiscalização, mediação para composição de conflitos e aplicação de penalidades, nos casos em que reste caracterizada a violação da legislação.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 367), as agências reguladoras:

se caracterizam pelo exercício da função regulatória, outorgada pelo Legislativo através da deslegalização parcial da matéria, de modo a que elas possam instituir um regramento sublegal, derivado e autônomo (função normativa) para o setor, além de geri-lo (função administrativa) e de arbitrar conflitos de interesses sob sua competência (função parajudicial).

Em referência à classificação proposta por Sergio Nelson Mannheim, Luís Roberto Barroso (2002a, p. 300) relaciona como sendo o conjunto diversificado das atividades das agências reguladoras e que lhes são atribuídas por meio de lei, as seguintes condutas:

- a) controle de tarifas, como medida garantidora do equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, visando a sua extensão às parcelas menos favorecidas da população que, até então, não se beneficiavam desses serviços em razão da escassez de recursos que pudessem ser destinados a esta finalidade;
- c) a promoção da competitividade nos setores regulados nos quais não esteja presente o monopólio natural;
- d) a fiscalização do cumprimento dos contratos de concessão;
- e) mediação e arbitramento dos conflitos existentes entre todos os atores do cenário regulatório (BRASIL, 1990).

E os atores desse cenário regulatório acima citados tratam-se tanto dos consumidores do serviço público e, portanto, principais destinatários desses serviços, que por muitas vezes, para não dizer em sua maioria, figuram como hipossuficientes nesta relação, como também do poder concedente, que deve se beneficiar da concessão, porém, sem jamais afastar-se da primazia do interesse público que deve reger esta relação.

Frise-se ainda a importante participação dos concessionários, atores essenciais no ambiente regulatório, visto que assumem para si a obrigação da prestação de determinados serviços públicos com qualidade e eficiência e de maneira a atingir o maior número de beneficiários dentro da comunidade a qual se destinam.

Some-se aos atores retromencionados, potenciais investidores que possuam o legítimo interesse de fomentar a competitividade no setor regulado, elevando, conseqüentemente, seu nível de eficiência e eficácia.

Afirma, ainda, que a função regulatória é composta por um híbrido de atribuições de diversas naturezas, incluindo-se a fiscalizadora e a negociadora, assim como as naturezas normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras, bem como decorre da clássica divisão das funções do Estado - tais como administrativas, normativas e judicantes – onde somente o método decisório possui variação.

Assevera, também, que as escolhas técnicas das agências reguladoras no exercício de sua função regulatória devem prevalecer, ficando à sua margem eventuais disputas político-partidárias e discussões congressuais, que são mais apropriadas ao cenário político-administrativo.

Por fim, classifica as atividades das agências reguladoras como sendo i) executivas, ii) decisórias e iii) normativas (BARROSO, 2003, p. 17-24).

Diante do acima exposto, tem-se que a função regulatória deve ser exercida de forma estritamente técnica, resultando em uma atuação diretamente voltada à eficiência e ao equilíbrio do setor regulado e visando, como seu objetivo maior, o atendimento do interesse público.

Portanto, as agências reguladoras, no exercício de sua função regulatória, não podem, ou melhor, não devem agir com o intuito de beneficiar determinados grupos que detenham poder, seja político, seja econômico. Sua verdadeira missão é regular o mercado, sem qualquer interferência e de forma a promover a competitividade, criando um ambiente saudável para o desenvolvimento do setor no qual atuam.

Somente assim ter-se-á um ambiente seguro juridicamente e que possibilite a efetiva expansão econômica nacional.

1.7.2 A função executiva das agências reguladoras

Por atividade executiva das agências reguladoras entende-se a implementação de políticas públicas e diretrizes que emanam do legislador, assim como a materialização e individualização das normas atinentes aos setores público ou privado regulados.

Encontram-se aqui compreendidas as atividades fiscalizatórias e sancionatórias exercitadas pelas agências reguladoras, à medida em que se concretize o descumprimento de norma aplicável a determinados setores regulados e que, como tal, deve ser integralmente observada por todos os atores desse setor.

Existe na doutrina certa discussão acerca da atividade executiva das agências reguladoras, as quais não serão aqui aprofundadas, por não guardarem relação direta com o objeto do presente trabalho.

Portanto, citando-se brevemente algumas questões, somente a título exemplificativo, tem-se o conflito de atribuições entre agências já existentes, assim como entre referidas agências e os demais órgãos da Administração Pública.

A primeira delas diz respeito aos conflitos de atribuições entre as diferentes agências e entre elas e órgãos ou entidades da Administração Pública já existentes, nas situações em que dois ou mais entes governamentais seriam, por atribuição legal, competentes para a prática de um mesmo ato.³⁴

Destaca-se como outro ponto de questionamento a relação do exercício da função executiva das agências reguladoras face as diretrizes políticas oriundas do Chefe do Poder Executivo, ou por agentes que atuem em seu nome, mediante delegação.

Isso porque, em atenção ao princípio da legalidade, as agências reguladoras devem implementar as políticas traçadas pelos órgãos da Administração Direta.

Não obstante, as mesmas leis que atribuem essa competência às agências reguladoras, também determinam a inexistência de vínculo, seja hierárquico, seja

³⁴ Luís Roberto Barroso cita, a título de exemplo, o caso da Lei nº 9.472/97, cujo artigo 19, inciso XIX, outorgou à ANATEL a competência para o exercício do controle, prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, não obstante a competência tanto da Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça, quanto do Conselho Nacional de Defesa Econômica – CADE, para esta finalidade. (BARROSO, 2002a, p. 301).

decisório, entre essas agências e a Administração Direta, ou até mesmo com qualquer outro órgão governamental.

Nessa perspectiva, as agências reguladoras funcionam como última instância de recursos na esfera administrativa, impossibilitando, na prática, a revisão das decisões de referidas autarquias especiais pelo Poder Executivo.

Essa impossibilidade de revisão das decisões das agências reguladoras pelo Poder Executivo pode, de certa maneira, enfraquecer o processo regulatório de forma geral, uma vez que estaria sendo retirada do Chefe do Poder Executivo, a atribuição constitucional do exercício da função administrativa que lhe cabe, como detentor da legitimidade democrática para tanto, legitimidade essa que decorre de sua condução ao cargo pelo voto popular.

Nesta esteira, Luís Roberto Barroso (2002^a, p. 301 e 302) traz à baila a Lei nº 9.478/97, da ANP (BRASIL, 1997b), que determina, em seu artigo 7º, inciso I, que o Conselho Nacional de Política Energética deverá fixar as diretrizes de políticas públicas.

Ainda nesse diapasão, a Lei nº 9.427/96, da ANEEL (BRASIL, 1996a) atribui essa competência ao Ministério das Minas e Energia, por meio do artigo 2º e a Lei nº 9.472/97, da ANATEL (BRASIL, 1997a) dispõe, em seu artigo 19, incisos XXIX e XXX, que a mencionada agência encaminhe relatórios periódicos ao Ministério das Telecomunicações, além de determinar sua sujeição a auditorias operacionais realizadas por referido Ministério.

Ocorre que essas mesmas leis preceituam expressamente que as agências ora elencadas não mantêm vínculo hierárquico ou decisório, seja com a Administração Direta, seja com qualquer outro órgão governamental, nos termos do artigo 8º, §2º da Lei da ANATEL e do artigo 1º, parágrafo único da Lei da ANS.

Ainda, sequer fazem menção à possibilidade de recurso hierárquico impróprio dirigido à Administração Direta, contra as decisões dessas autarquias especiais.

O problema, portanto, reside no fato de que, ao silenciar sobre o cabimento de mencionado recurso hierárquico, a legislação estaria, na verdade, afastando o seu cabimento.

Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵, o controle administrativo não é presumido, existindo somente caso haja previsão legal específica e, devendo, portanto, se restringir aos limites da lei que o impõe.

Logo, uma vez inexistente a previsão legal de cabimento de recurso hierárquico, há que se concluir pelo seu não cabimento, sob pena de grave afronta ao princípio constitucional da legalidade.

Justamente porque se não há lei que preveja expressamente a possibilidade de interposição de recurso hierárquico, permitir seu cabimento e posterior processamento representaria a permissão para o exercício de um tipo de controle manifestamente ilegal.

O terceiro questionamento abordado pela doutrina está relacionado à chamada função executiva exercida pelas agências reguladoras, mais diretamente ao controle de suas próprias despesas e contas.

Nos termos dos artigos 70 e 71 da CRFB-88³⁶, a competência para o controle externo dos gastos públicos – na esfera federal - é do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Ressalte-se que este controle de contas deve ser exercido sobre qualquer entidade – pública ou privada – que de alguma forma maneje recursos públicos, sendo esse modelo de controle aplicável também aos Estados e Municípios³⁷, que terão seus próprios Tribunais e Conselhos de Contas.

³⁵ “A palavra ‘controle’ vai aqui usada em sentido estrito, em oposição à hierarquia e designa o poder que a Administração Central tem de influir sobre a pessoa descentralizada. Assim, enquanto os poderes do hierarca são presumidos, os do controlador só existem quando previstos em lei e se manifestam apenas em relação aos atos nela indicados” (MELLO, 2019, p.159).

³⁶ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]” (BRASIL, 1988a).

³⁷ “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.” (ibidem).

Assim, de acordo com o mandamento constitucional, estão sujeitos ao controle de contas todos os entes da Administração Pública, Direta e Indireta, assim como as Pessoas Jurídicas de Direito Privado, mediante um requisito que abrange a todas essas entidades: o uso de dinheiro público.

Portanto, diante deste raciocínio, estaria legalmente afastada a possibilidade de controle de contas das agências reguladoras quando não houver o dispêndio de recursos públicos. Logo, não está autorizado legalmente, o Tribunal de Contas, a questionar ou exercer qualquer tipo de controle sobre determinadas atividades que são próprias das agências reguladoras, mas que não envolvam dinheiro público.

Caso contrário, afirma a doutrina que tratar-se ia de violação do princípio constitucional da Separação de Poderes, pois estaria o Tribunal de Contas invadindo a competência da própria agência reguladora, no exercício de sua atividade fim.

Cite-se como exemplo, eventual fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União, sobre os deveres de determinados concessionários que não tenham qualquer relação com o gasto de recursos públicos.

Caso procedesse à fiscalização de referida atividade concedida, ainda que não afeta ao dispêndio de recursos públicos, estaria mencionado Tribunal extrapolando os limites da competência que lhe cabe.

Afirma, portanto, a doutrina, que esta seria a limitação da atuação dos Tribunais de Contas, que não possuem autorização constitucional para fiscalizar e/ou investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia e, muito menos de uma autarquia de regime especial, como é o caso das agências reguladoras, não lhes competindo, dessa forma, qualquer espécie de controle sobre as decisões políticas das agências reguladoras.³⁸

³⁸ Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2002a) cita, em sua obra, o texto de Ricardo Lobo Torres, O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade, RILSF 121/265, p. 270 (grifo acrescentado): "O aspecto político do controle se estende também ao Tribunal de Contas, que, sobre exercer fiscalização idêntica à do Congresso quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira, precisa dotar as suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla, sem, todavia, substituir as decisões da política econômica pelas de suas preferências. Há que distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a estrutura democrática do País". Cita, ainda, Walter Ceneviva, Direito constitucional brasileiro, 1989, p. 173: "A competência não constitui intromissão ofensiva da independência dos outros poderes, mas, cumprida na forma da Lei Maior, corresponde a mecanismo qualificado para o equilíbrio e para a interdependência que lhes impede ou dificulta a superposição de um em relação aos outros".

Não obstante a importância dessa discussão doutrinária brevemente ilustrada no presente trabalho, o que deve prevalecer é a importância da atuação das agências reguladoras na efetiva execução das diretrizes e políticas públicas, de forma a fomentar o crescimento, repita-se, equilibrado e em ambiente saudável, do setor regulado.

1.7.3 A função decisória das agências reguladoras

As agências reguladoras exercem, também, a função decisória, uma vez que é de sua competência a solução, na esfera administrativa, de conflitos inerentes a cada um dos setores que regulam.³⁹

Desta feita, cabe às agências reguladoras, por determinação legal, instaurar processos administrativos para apurar infrações às normas e regulamentos aplicáveis ao setor regulado e, se o caso, punir os agentes infratores. Poderão, ainda, ser chamadas a dirimir conflitos que surjam entre particulares, atuando, muitas vezes, na figura de um árbitro.⁴⁰

Fato é, portanto, que as agências reguladoras dispõem de uma função quase jurisdicional, pois ainda que atuem de forma totalmente autônoma ao Poder Judiciário, resolvem, em âmbito administrativo, os conflitos que permeiam o setor que lhes compete regular.

Tema crucial relacionado à função decisória dessas autarquias especiais é a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, de seus atos, inclusive os decisórios. Contudo, este assunto merece ser analisado em detalhes, dada a sua importância,

³⁹ Cite-se o artigo 19, inciso XVII da Lei da ANATEL (BRASIL, 1997a), que trata da composição administrativa, por parte da agência, dos conflitos de interesse entre as prestadoras dos serviços de telecomunicações. Ainda, o artigo 3º, inciso V da Lei da ANEEL (BRASIL, 1996a), lhe atribui a competência de resolver as divergências entre os delegatários e entre os delegatários e os consumidores. Há também, nos mesmos termos, o artigo 18 da Lei da ANP (BRASIL, 1997b), assim como o artigo 8º, inciso XX da Lei da ANAC (BRASIL, 2005), que outorga à agência a competência para compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

⁴⁰ O artigo 3o, incisos VI e VII, da Lei da ANEEL (BRASIL, 1996a) trata expressamente dessa solução de conflitos entre particulares, a saber: "Art. 3o. Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 3 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL: [...] VI – fixar critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6o do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995 e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; VII – articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação de preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos."

que inclusive motivou a produção do presente trabalho e, por este motivo, será abordado mais adiante, em capítulo próprio.

1.7.4 A função normativa das agências reguladoras

Além das funções executiva e decisória retromencionadas, a imensa maioria das leis de criação das agências reguladoras atribui a estas autarquias especiais a competência normativa.⁴¹ E não é de surpreender que assim o façam, justamente porque um dos sustentáculos do modelo representado por essas agências é a sua autonomia, como medida de eficiência e eficácia.

E sem essa função normativa, ou “poder regulatório”, inerente às agências reguladoras, a autonomia destes entes da Administração Pública certamente restaria prejudicada, assim como a sua própria existência.

O ponto fulcral da função normativa das agências reguladoras reside em seu possível conflito com o princípio da legalidade⁴², garantia fundamental nos termos da CRFB-88.⁴³

Referido conflito se baseia nos argumentos de que, em algumas situações, há a transferência, às agências reguladoras, de funções inerentes ao Poder Legislativo, suscitando a discussão em torno do que se denomina reserva legal absoluta e reserva legal relativa.

A reserva legal absoluta corresponde às situações em que cabe ao Poder Legislativo o esgotamento da normatização relacionada a determinada matéria, sem

⁴¹ A Lei da ANS (BRASIL, 2000a), dentre outras, em seu artigo 4º, inciso IX, atribui à agência a competência de normatizar os conceitos de doenças e lesões preexistentes. Este mesmo artigo, em seu inciso VI, determina a competência da ANS para estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde. A Lei da ANAC (BRASIL, 2005), em seu artigo 8º, também atribui à agência competência para “regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos (inciso XIII), assim como para “regular as condições e a designação de empresa aérea brasileira para operar no exterior (inciso IX) e, ainda, “regular e fiscalizar a operação de serviços aéreos prestados, no País, por empresas estrangeiras, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil” (inciso VII), sendo estes apenas alguns exemplos da competência normativa que, via de regra, é atribuída às agências reguladoras.

⁴² Sobre o princípio da legalidade, abordar-se-á, mais adiante, sua evolução ao longo do tempo, demonstrando-se como chegou ao conceito atualmente adotado.

⁴³ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 1988a)

que sobre qualquer espaço para a ação discricionária dos órgãos da Administração Pública, estes últimos responsáveis legais pela aplicação de mencionadas normas.

Já a reserva legal relativa compreende os casos nos quais admite-se atuação subjetiva do ente governamental a quem cabe a aplicação de determinada matéria.

Em uma apertada síntese, temos, portanto, que a reserva legal absoluta não admite a atuação discricionária da Administração Pública, o que não se verifica na reserva legal relativa, onde a atuação discricionária do ente estatal é permitida.

Observe-se, ainda, a distinção entre reserva de lei formal, que ocorre sempre que determinado assunto seja de competência privativa do Poder Legislativo, respeitado o procedimento analítico previsto na CRFB-88⁴⁴ e a reserva de lei material, que diz respeito, essencialmente, aos atos normativos que possuem força de lei, mesmo que não tenham sido expedidos pelo Poder Legislativo.

A medida provisória é um exemplo de espécie normativa contemplada pela reserva legal material, uma vez que se trata de ato normativo praticado pelo Presidente da República e que produz efeitos legais imediatos, sendo confirmado ou não pelo Poder Legislativo *a posteriori*.

Assim, a fim de se resguardar o princípio constitucional da legalidade, faz-se necessário delimitar o espaço da atuação normativa das agências reguladoras, determinando-se até que ponto a flexibilização de referido princípio – fenômeno denominado de “deslegalização”, seria legítima.

Luís Roberto Barroso (2002a, p. 308), citando a obra de Patrícia Ferreira Batista, denominada “Transformações do direito administrativo contemporâneo: constitucionalização e participação na construção de uma dogmática administrativa legitimadora”, explica em detalhes a chamada deslegalização:

Tradicionalmente, nos países que se inspiraram no modelo francês, o conteúdo deste princípio (o da legalidade) foi associado à idéia da vinculação positiva à lei: à Administração somente é lícito fazer aquilo que a lei expressamente autoriza. Entretanto, com a superação do Estado liberal e a crise da lei formal, desapareceram as condições que justificavam a tese da vinculação positiva à lei. A deslegalização, por meio da qual se abre ao poder regulamentar o trato de matérias antes atribuídas ao poder legislativo, é uma das provas da insuficiência daquela tese para a realidade contemporânea. Desenvolveu-se, assim, a teoria da vinculação da Administração Pública ao Direito,

⁴⁴ O procedimento analítico ao qual se faz referência é o que normalmente inclui iniciativa, discussão e votação, sanção-veto, promulgação e posterior publicação da norma.

especialmente aos princípios e regras do ordenamento constitucional. Subsiste, de qualquer forma, a regra da vinculação positiva à lei para aquelas matérias submetidas, pelo constituinte, à reserva de lei e para as atividades administrativas de natureza gravosa, passíveis de limitar ou extinguir direitos subjetivos dos administrados.

Consagra-se, dessa forma, a flexibilização do princípio constitucional da legalidade, sem, contudo, retirar dos entes da Administração Pública, entre eles as agências reguladoras, sua vinculação positiva à lei, naquelas matérias em que assim determina a CRFB-88, norma suprema do país e que, portanto, deve ser integralmente observada.

CAPÍTULO 2: ATOS REGULATÓRIOS E SEU REGIME JURÍDICO

O presente capítulo discorrerá sobre o regime jurídico dos atos regulatórios, tratando dos princípios que devem reger a atuação da Administração Pública e, conseqüentemente os atos emanados das agências reguladoras, bem como sobre a discricionariedade administrativa.

Ainda, tratar-se-á do novo marco legal aplicável às agências reguladoras, que entrou em vigor em setembro de 2019 e que se apresenta como uma importante ferramenta de fortalecimento da atuação dessas autarquias especiais, bem como de prevenção de sua captura pelo setor regulado.

2.1 Os princípios constitucionais e legais vinculantes das agências reguladoras

Muito embora exista divergência doutrinária quanto à classificação e abrangência dos princípios na extensão do ordenamento jurídico pátrio, cumpre esclarecer que o estudo aprofundado do tema não é o objeto do presente trabalho, bastando, portanto, mencionar que este último coaduna com a posição doutrinária que defende a observância dos princípios como a de qualquer outra norma e sobretudo, sua aplicação tanto aos administradores quanto aos administrados, por representarem o que a doutrina classifica como “alicerces da ciência”.⁴⁵

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 1991, p. 230):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Aliado a esta corrente, o presente trabalho parte do pressuposto de que os princípios, assim como as leis, são fonte do Direito e como tal, devem ser observados sempre que houver alguma lacuna que impeça a completa interpretação de

⁴⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 63), citando o conceito de José Cretella Júnior, assevera que “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

determinado mandamento legal, sob pena de se colocar em risco a segurança jurídica.⁴⁶

Em diversas situações, a letra fria da lei não explicita sua real intenção e é neste momento que os princípios gerais do direito exercem a sua função, no sentido de orientar a interpretação da lei, para que dela se obtenha seu real objetivo, aplicando-se, no caso concreto, a efetiva vontade do legislador.

Tais princípios podem estar expressamente descritos no ordenamento jurídico, como é o caso daqueles previstos no artigo 37 da CRFB-88, dos quais tratar-se-á em detalhes mais adiante, mas podem também ser implícitos, conforme orientação doutrinária⁴⁷, o que não afasta a sua aplicabilidade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 139) define os princípios:

como uma norma indicativa de conduta, uma vez que sua principal finalidade consiste apenas em assinalar um valor ou um fim, genericamente enunciado, que deva ser especificamente alcançado, não importando em que grau satisfativo, por todas as leis (preceitos ou regras), normas concretamente preceptivas que deles se derivem.

Resta, portanto, indubitável, que os princípios, como fonte do direito que são, devem reger a atuação da Administração Pública e, via de consequência, também a atuação das agências reguladoras.

Passar-se-á, então, a discorrer brevemente sobre os principais princípios que devem nortear a atuação das agências reguladoras, subsidiando-se, mais adiante, uma abordagem mais profunda das situações nas quais os atos de mencionadas autarquias especiais sejam levados ao controle do Poder Judiciário, caso se apresentem em desacordo com os princípios ora estudados.

⁴⁶ Nesse sentido, cite-se o artigo 4o da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que assim preceitua: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

BRASIL. **Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Brasília: Casa Civil, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

⁴⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2014, p. 64) faz menção expressa ao que se denomina neste trabalho de princípios implícitos, ao citar princípios “não contemplados expressamente no direito positivo, mas que informam também o Direito Administrativo”.

2.1.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é condição de existência de qualquer sociedade democrática e aplica-se a todos os ramos do direito⁴⁸, pois não há como se conceber o Estado de Direito sem considerar que o bem-estar geral deve sempre prevalecer aos interesses individuais. Caso contrário, não seria possível o convívio em sociedade de forma organizada.

No que se refere à Administração Pública, foco principal do presente estudo, tem-se que referido princípio autoriza o Estado, no exercício de sua função e dentro dos parâmetros da legalidade, a constituir terceiros em obrigações mediante o que a doutrina denomina de “atos unilaterais”⁴⁹, resultando na autoexecutoriedade dos atos administrativos.

Ressalte-se, no entanto, que essa autoexecutoriedade não é absoluta e deve, necessariamente, ocorrer nas seguintes hipóteses: i) em decorrência de lei que expressamente a preveja; ou ii) quando se trate de medida urgente de tutela do interesse público, onde o risco de perecimento de referido interesse seja iminente e não haja medida judicial que atenda com a mesma eficácia (MELLO, 2019, p. 97).

Inserido no princípio da supremacia do interesse público está o princípio da autotutela dos atos administrativos, que concede à Administração Pública a possibilidade de revogação de seus próprios atos, desde que eivados dos critérios de conveniência e oportunidade e considerados os ditames legais.

Ainda, o princípio da autotutela dos atos administrativos impõe à Administração Pública o dever de anular os atos praticados em desacordo com o ordenamento jurídico, a fim de resguardar, de forma geral e absoluta, os interesses da coletividade, via totalmente oposta à autonomia da vontade inerente ao Direito Privado, por meio

⁴⁸ A título de exemplo citem-se as questões afetas à desapropriação de bens particulares para fins de atendimento do interesse público e as ações possessórias que lhes são correlatas. Acerca do tema traz-se à baila o julgamento da Apelação Cível 379348-ES, pelo TRF-2, no sentido de que, em caso de desapropriação indireta, esta é irreversível, faticamente, se demonstrado que o imóvel já está incorporado definitivamente ao patrimônio público e que o Estado já exerce a posse sobre o imóvel, devendo, portanto, a situação se resolver por meio de indenização.

TRF-2. APELAÇÃO CIVEL: AC379348-ES 1973.50.01.014521-9: TRF-2: Quinta Turma Especializada: Juiz Federal Convidado Mauro Luis Rocha Lopes: Data do Julgamento: 16/01/2008.

⁴⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 99) aduz que esses atos unilaterais “são imperativos como quaisquer atos do Estado e trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências que induzam o administrado a acatá-los”.

da qual se busca a satisfação de interesses pessoais, desde que não se incorra em ilegalidade.⁵⁰

E este dever-poder da Administração Pública, da persecução contínua e incessante da tutela do interesse público, que frise-se, é irrenunciável, nos termos da Lei 9.784/99⁵¹, deve ser exercido com proporcionalidade e razoabilidade, sem qualquer tipo de excesso, para que não se perpetrem abusos que venham a ensejar a invalidação dos atos praticados pelos entes públicos, como mais adiante será demonstrado.

Muito embora haja uma corrente doutrinária no sentido inverso de tudo o que defende a doutrina administrativa clássica⁵², de que não se deve confundir interesse público com interesse do Estado⁵³, o presente trabalho alinha-se à corrente administrativa clássica, defendendo o posicionamento de que o interesse da coletividade deve sempre prevalecer sobre interesses individuais, até mesmo porque eventuais abusos e excessos eventualmente cometidos pela Administração Pública não subsistirão, em virtude da inafastabilidade do controle jurisdicional desses atos.

⁵⁰ Conforme assevera Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2014, p. 67), não há escolha, por parte da Administração Pública, em exercer – ou não - esse poder-dever que lhe é imposto pela lei, justamente por “não poder dispor da guarda do interesse público”, sendo passível de punição por conduta omissiva.

⁵¹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Casa Civil, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

⁵² Neste caso representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella di Pietro e Hely Lopes Meirelles, que, entre outros, corroboram a supremacia do interesse público como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

⁵³ Cite-se o posicionamento de Marçal Justen Filho, ao questionar a “teoria da supremacia e indisponibilidade do interesse público”, fazendo-lhe críticas principalmente ao conceito do termo interesse público e sua extensão, sob o argumento de que este conceito utilizado pelo direito administrativo geralmente legitima “arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais”. Para referido autor, muitas vezes é impossível dissociar o que seria o interesse público propriamente dito, dos interesses do Estado ou até mesmo dos interesses dos agentes públicos quando no exercício de sua função Pública. Assevera ainda, que, no cenário atual, em que a sociedade é formada por diversidades e minorias, é muito difícil conceber a ideia de que um único interesse público seja capaz de atender aos mais diversos interesses da coletividade.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 99.

2.1.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade constitui uma das principais garantias individuais e está formalmente disciplinado pelo artigo 5º, inciso II da CRFB-88, que preceitua que “ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988a).

Trata-se, portanto, de um “princípio específico do Estado de Direito, sendo justamente o que o qualifica e lhe dá a identidade própria” (MELLO, 2019, p. 103), razão pela qual afirma-se que é um preceito basilar do ordenamento jurídico pátrio.⁵⁴

No que se refere à Administração Pública, o princípio da legalidade está consagrado no artigo 37, *caput*, da CRFB-88 e seu principal papel é o de conter qualquer abuso ou autoritarismo por parte dos agentes da Administração Pública, que são os detentores de poder, estando este princípio, portanto, diretamente ligado ao princípio da supremacia do interesse público, como será evidenciado adiante.⁵⁵

Antes de adentrar nos pormenores da vinculação da Administração Pública à lei, é importante mencionar que essa realidade nem sempre foi a regra, tratando-se de uma conquista da Era Moderna e, portanto, da história recente da humanidade.

Tal afirmação tem como fundamento o fato de que o Estado Absolutista, que viveu até o século XVIII, era um Estado essencialmente autoritário e centralizador, haja vista que todo o poder era concentrado na figura do rei, incluindo-se neste poder absoluto a criação, aplicação e julgamento das leis, assim como o controle irrestrito das atividades econômicas, dentre elas a imposição e recolhimento de impostos, das funções administrativas do Estado e das Forças Armadas, que também atuavam integralmente sob as ordens de seu soberano.

Com as revoluções burguesas, que passaram a lutar fortemente contra governos autoritaristas - que eram totalmente incondicionados à lei - visando maior liberdade econômica e proteção ao seu direito de propriedade e o surgimento do

⁵⁴ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se do “fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei [...]” (MELLO, 2019, p. 103)

⁵⁵ Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto “Ao agir, a Administração está adstrita à rigorosa observância do aspecto objetivo do princípio da legalidade, ou seja, deve sujeitar-se integralmente ao ordenamento jurídico legislado, sem qualquer vantagem, prelácia ou princípio de supremacia que justifique que dele se afaste, ainda que *praeter legem*, a pretexto de atender a suposto interesse público”.

MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo: Parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 326.

Estado Liberal, nos idos do século XVIII, o princípio da legalidade sofreu, então, uma primeira e importante alteração, que foi essencial à construção e consolidação do Estado de Direito, na medida em que um dos pilares do Estado Liberal é a vinculação de seus governantes ao princípio da legalidade, de forma que a atuação do Estado passa, então, a ser totalmente condicionada aos ditames legais.

Referida mudança no cenário da legalidade, no entanto, condicionava a Administração Pública a atuar na forma estrita da lei. Porém, ao contrário do que se observa nos dias de hoje, estavam os agentes públicos, naquele momento histórico, obrigados a fazer o que a lei expressamente lhes autorizava.

Contudo, o mesmo raciocínio aplicava-se equivocadamente, como se constatou e corrigiu posteriormente, de forma que os agentes públicos também eram autorizados fazer qualquer coisa que não lhes fosse legalmente vedado.

Essa concepção de legalidade, que acabou por gerar consequências funestas, ficou conhecida como doutrina da vinculação negativa da Administração, já que, por ela, a lei apenas impõe barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública (DI PIETRO, 2012, p. 19).

A concepção mais ampla do princípio da legalidade surge com a CRFB-88, que optou pelos “princípios próprios do Estado Democrático de Direito” (DI PIETRO, 2014, p. 64) e, ao positivizar, em seu artigo 37, *caput*, que a Administração Pública Direta e Indireta, assim como todos os seus entes – dentre eles as agências reguladoras – estão vinculados ao princípio da legalidade, a chamada Constituição Cidadã estabelece um novo parâmetro de atuação para a Administração Pública.

Ao contrário dos cidadãos comuns, que estão vinculados à legalidade nos termos do artigo 5º, inciso II da CRFB-88 e, portanto, podem fazer tudo o que a lei não os impeça, a Administração Pública está adstrita aos ditames legais, que são, na realidade, os parâmetros limitadores de sua atuação.

Conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 108):

a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar, é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

Conclui-se, portanto, que à Administração Pública, o que não lhe estiver expressamente autorizado pelo ordenamento jurídico pátrio, lhe está indubitavelmente negado, sendo essa a concepção moderna do princípio da legalidade que rege a Administração Pública atualmente.

2.1.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade está positivado no ordenamento jurídico nacional por meio do artigo 37, *caput* da CRFB-88, também denominado pela doutrina como princípio da moralidade administrativa.⁵⁶

Referido princípio traz consigo os princípios da lealdade e boa-fé, inerentes ao exercício da atividade pública e, quando associado à atuação da própria Administração Pública, não trata da moral comum, a que se espera de todos os indivíduos no âmbito de suas relações, mas sim da moral jurídica:

[...] a que se chega pela observância de princípios até aqui focalizados, como os da supremacia do interesse público, da legalidade estrita, da igualdade, da impessoalidade, aos quais se adiciona mais um elemento que, na doutrina administrativa clássica brasileira, é o primordial nas reações dos agentes públicos com a Administração e com a população: o dever de lealdade às instituições (ARAÚJO, 2014, p. 81).

E por dever de lealdade às instituições tem-se que ao agente público, no exercício de suas funções, cabe a estrita observância da supremacia do interesse coletivo, resguardando a legítima finalidade pública do ato. Caso contrário, estar-se-á diante da prática de um ato eivado de imoralidade administrativa, o que acarretará a anulação desse ato viciado.⁵⁷

⁵⁶ No mesmo sentido, citem-se as obras de Celso Antônio Bandeira de Mello, Edmir Netto de Araújo e de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre muitas outras.

⁵⁷ Nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Para que o administrador pratique uma imoralidade administrativa, basta que empregue seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do específico interesse público a que deveria atender. Por isso, além da hipótese de desvio de finalidade, poderá ocorrer imoralidade administrativa nas hipóteses de ausência de finalidade e de ineficiência grosseira da ação do administrador público, em referência à finalidade que se proponha atender.

Portanto, para que o administrador vulnere este princípio, basta que administre mal os interesses públicos, o que poderá ocorrer basicamente de três modos: 1.º – através de atos com desvio da finalidade pública, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; 2.º – através de atos sem finalidade pública; 3.º – através de atos com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos.

Em termos operacionais, a utilização de meios ilegítimos, como a traição da finalidade, tipificará formas de má administração da coisa pública e caracterizará a imoralidade administrativa, trazendo, como consequência, a anulação do ato.” (MOREIRA NETO, 2014, p. 168)

E a possibilidade de anular ato administrativo praticado em desacordo com o princípio constitucional da moralidade administrativa encontra-se expressamente prevista no artigo 5º, inciso LXXIII da CRFB-88 (BRASIL, 1988a), ao legitimar qualquer cidadão à propositura de ação popular com vistas à anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, dentre outros, o que, por sua vez, elevou referido princípio à categoria de garantia fundamental, assumindo a posição de cláusula pétreia.⁵⁸

Há ainda que se destacar que o princípio da moralidade administrativa é oponível tanto ao agente público como ao ente particular que se relaciona com a administração pública. Assim, cabe a ambas as partes agir dentro dos padrões morais, do que ditam os preceitos éticos, os bons costumes, bem como os demais princípios que lhes são impostos.⁵⁹

Trata-se, portanto, de uma “via de mão dupla”, onde tanto o ente administrador quanto os administrados devem guardar estrita observância às regras éticas e morais que regem a relação existente entre ambos, resguardando-se, dessa forma, o princípio ora analisado.

Imperioso destacar que nem todo ato legal é também um ato moral. Assim, para que o princípio da moralidade administrativa seja efetivamente respeitado, os entes administradores e os administrados devem distinguir o certo do errado, as práticas honestas das desonestas, levando sempre em consideração não somente os preceitos morais e legais aqui delineados, mas também as normas éticas das instituições envolvidas.

Além das previsões constitucionais retromencionadas, o princípio da moralidade administrativa foi reafirmado pela Lei Federal 9.784/99⁶⁰, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (BRASIL, 1999). Ressalte-se que o mesmo ocorre com diversas outras normas estaduais e municipais,

⁵⁸ Artigo 5º, inciso LXXIII – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;” (BRASIL, 1988a).

⁵⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 79) afirma que “sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento a Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios da justiça e da equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.”

⁶⁰ Lei 9.784/99, art. 2º. “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 1999)

que também resguardam o princípio da moralidade administrativa, como não poderiam deixar de fazer.

2.1.4 Princípio da Eficiência

Outro princípio constitucional, inserido no *caput* do artigo 37 da CRFB-88 (BRASIL, 1988a), por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 e, assim como o princípio da moralidade administrativa, também é abrangido pelo artigo 2o da Lei Federal 9.784/99 (BRASIL, 1999).

O princípio da eficiência é definido como “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público, e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros [...] o que corresponde ao dever da boa administração (DI PIETRO, 2014, p. 84).

Mencionada Emenda Constitucional, a bem da verdade, positivou o que há muito já vinha buscando a sociedade, no que diz respeito à atuação estatal. A demanda por maior eficiência na prestação de serviços públicos cresceu com o decorrer do tempo, sendo, portanto, necessária e urgente a adequação da Administração Pública a esse princípio constitucional, o que vem ao encontro da afirmação de Caio Tácito (1967, p. 24), no sentido de que:

na medida em que o Estado assume a prestação direta de serviços de teor econômico ou assistencial, o interesse e mesmo a sobrevivência de grande número de indivíduos passa a depender da eficiência da Administração, e não apenas da sua legalidade.

Para Alexandre de Moraes (1999, p. 294):

Princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

E em consonância com a necessidade crescente da eficiência na atuação da Administração Pública, algumas alterações no texto constitucional vieram a corroborar a intenção do legislador na persecução desse objetivo.

Como exemplo, cite-se a inserção do inciso III no parágrafo 1º do artigo 41 da CRFB-88, que, também por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, passou a prever a possibilidade de perda do cargo pelo agente público, nos casos de avaliação de desempenho insatisfatória.⁶¹

Mencionado diploma legal objetiva assegurar à sociedade que, nas situações em que o desempenho do agente público no exercício de suas funções for comprovadamente insatisfatório, este estará sujeito à perda de seu cargo, mediante a realização de procedimento próprio, na forma determinada pela lei.

Tal medida visa, portanto, garantir que o agente público realize as suas funções com eficácia e eficiência e, ainda, que não mais prevaleça a ideia de que o funcionário público é intocável e terá o seu cargo garantido, haja o que houver.

Outro exemplo desse intuito do Poder Legislativo, de que reste assegurada a eficiência na gestão pública, trata-se do §2º do artigo 39 da CRFB-88, igualmente com redação decorrente da Emenda Constitucional nº 19 de 1998.

Referido diploma legal prevê, dentre outros requisitos para o alcance de promoção na carreira pública, a realização de cursos de formação e aperfeiçoamento, deixando muito claro, portanto, que a melhora da atuação da Administração Pública de forma geral, passa pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento dos agentes públicos, bem como pela prestação de um serviço público eficiente e que, sobretudo, atenda aos anseios e necessidades dos cidadãos.⁶²

Fazendo um paralelo com a criação das agências reguladoras e sua atuação como entes reguladores de determinados setores da economia, sendo esse o cerne do presente trabalho, o princípio da eficiência está intrinsecamente ligado à sua existência.

⁶¹ “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.” (BRASIL, 1999).

⁶² “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.” (BRASIL, 1999).

Este princípio é um dos pilares fundamentais para a criação e manutenção das agências reguladoras, visando a transferência, à iniciativa privada, por meio de concessão, autorização ou permissão, da execução de serviços públicos que já não eram desempenhados pelo Poder Público de forma satisfatória e, portanto, de maneira ineficiente.

E assim como ocorre na iniciativa privada, a busca por uma maior eficiência tem como consequência a maior efetividade na prestação de serviços, ensejando a redução de gastos públicos e, ao mesmo tempo, propiciando à Administração Pública um melhor aproveitamento dos recursos públicos, fator essencial ao desenvolvimento equânime de uma nação, seja sob a perspectiva social, seja sob a perspectiva econômica, muito embora estejam ambas essas perspectivas intrinsecamente relacionadas.

2.1.5 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade

Diferentemente dos demais princípios até aqui tratados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não se encontram expressos na CRFB-88.

Não obstante, isso não afasta a sua aplicação, pois a Administração Pública está vinculada à sua obediência, em virtude do disposto na Lei 9.784/99, que determinou expressamente a sua aplicação ao exercício da função pública.⁶³

Mesmo não encontrando concordância integral na doutrina, que por vezes trata a razoabilidade e a proporcionalidade como dois princípios distintos e, em outras oportunidades, remete-se a ambos como a um único princípio, o presente trabalho adota o posicionamento dessa última corrente, que entende tais princípios como uma única figura, por estarem interligados entre si.⁶⁴

⁶³ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (Ibidem)

⁶⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 83), citando Celso Antônio Bandeira de Mello, assevera que “embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não por pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestamente inadequada para

Este é o posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 175), ao elucidar que:

Embora com raízes nos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente – o romanogermânico e o anglo-saxão – o princípio da razoabilidade não recebe terminologia homogênea e até varia de conteúdo, ora também designado como princípio da proporcionalidade, ora como princípio da interdição do excesso, mas parece haver concordância em que nele se contém três exigências metodológicas aplicativas: (1) a de adequabilidade da medida para atender ao resultado pretendido; (2) a de necessidade da medida, quando outras, que possam ser mais apropriadas, não se encontrem à disposição do agente; (3) e a de proporcionalidade no sentido estrito, aferida, de um lado, entre os inconvenientes que possam resultar da medida e, de outro, o resultado a ser alcançado. Assim é que a aplicação do princípio da razoabilidade visa a afastar o arbítrio que decorrerá, inversamente, da inadequação entre meios e fins, da desnecessidade dos meios para atingir os afins e da desproporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

Portanto, depreende-se que a atuação razoável e proporcional é medida que se impõe à Administração Pública e que o ditado popular de que “os fins justificam os meios” representa a ilustração típica da ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, pois jamais será autorizado ao agente público agir de forma não razoável e desproporcional, ainda que para perseguir determinada finalidade prevista em lei e, se o fizer, não escapará do controle da própria Administração Pública, bem como do controle do Poder Judiciário, como mais adiante restará demonstrado.

2.1.6 Princípios da Boa-fé, Lealdade e Segurança Jurídica

Disciplinado pelo artigo 2º, parágrafo único, inciso IV da Lei Federal 9.784/99 (BRASIL, 1999), o princípio da boa-fé também é considerado pela doutrina administrativista como um princípio intrínseco a outros princípios constitucionais⁶⁵, como, por exemplo, o da moralidade administrativa.

Este princípio possui dois aspectos a serem considerados: o objetivo, que se refere à conduta leal e honesta do agente público e o subjetivo, que trata do conhecimento do agente de que sua conduta não está sendo correta.

alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.”

⁶⁵ Art. 2. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Em outras palavras, se o agente público tem ciência de que está agindo ilegalmente, então a sua má-fé estará configurada (DI PIETRO, 2014, p. 88).

Trata-se, portanto, de um princípio que deve nortear a atuação da Administração Pública, assim como as suas relações com os administrados, resguardando-se sempre a lealdade tanto às instituições quanto aos indivíduos com os quais se relaciona.

Ao saber que está, de alguma forma, agindo em prejuízo de outrem, o agente público está ofendendo o princípio da boa-fé. Seja aceitando propina para agir em benefício de um determinado e seletivo grupo e dessa forma lesar a Administração Pública, seja para deixar de agir, causando danos a determinados grupos que atuam em total acordo com a lei.

É este tipo de conduta nociva que deve ser fortemente combatido, a fim de que a confiança nas instituições cresça e se fortaleça a cada dia, fortalecendo também a democracia.

Note-se que o mesmo raciocínio se aplica ao administrado, que também deve agir de boa-fé ao se relacionar com a Administração Pública, nos termos do artigo 4º, inciso II da Lei 9.784/99.⁶⁶ Portanto, assim como o princípio da moralidade, este é também um princípio que deve ser observado tanto pelos agentes públicos, quanto pelos administrados.

Logo, se ao agente público, no exercício de sua função se impõe a obediência o princípio da boa-fé, o mesmo raciocínio se aplica ao administrado, que deve agir de boa-fé perante a Administração Pública, deixando de lado condutas impróprias e ilegais, como a de oferecer vantagens – monetárias ou não, em troca de benefícios.

É importante ressaltar que o corrupto somente existe diante da figura do corruptor. Logo, se todos os atores dessa relação público-privada agirem de forma lícita, transparente e leal, sem ultrapassar os limites da moralidade, a lisura de sua conduta estará salvaguardada e o mesmo acontecerá com as instituições públicas, o que culminará na manutenção da segurança jurídica.

Ainda, conforme afirma Egon Bockmman Moreira (2007, p. 116):

⁶⁶ Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

A boa-fé, portanto, impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. A conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto ou indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprovada a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa.

Assim, se comprovada a má-fé, tanto do ente particular, quanto da Administração Pública, estarão os atos praticados viciados e, portanto, reputar-se-ão nulos.

E, de fato, não se pode admitir a ausência de lisura e transparência nessa relação público-privada, por essa conduta, em última instância, representar grave afronta a diversos princípios norteadores da atuação de e para a Administração Pública, dentre eles a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

E para que não subsistam dúvidas da intenção do legislador de incorporar o princípio da boa-fé ao rol daqueles que devem ser observados nas relações entre a Administração Pública e os entes particulares, há que se fazer menção ao artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784/99.

Referido dispositivo legal preceitua a observação do seguinte critério na condução dos processos administrativos em âmbito federal: “a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

É cediço que a vedação da irretroatividade de nova interpretação da norma administrativa visa, sobretudo, resguardar a lealdade da Administração para com os administrados⁶⁷, impedindo-se, dessa forma, a anulação de atos praticados com base em interpretação até então vigente e da qual se beneficiaram os agentes de boa-fé e

⁶⁷ O presente trabalho alia-se à posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma que, “por força do princípio da segurança jurídica, conjugadamente com os princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia. (MELLO, 2019, p. 128)

que conquistaram a proteção que lhes garante a CRFB-88, ao assegurar o direito adquirido, em seu artigo 5º, inciso XXXVI.⁶⁸

Caso contrário, estar-se-ia diante de um cenário de extrema insegurança jurídica, definitivamente não condizente com o Estado Democrático de Direito, pois restaria autorizada a aplicabilidade de uma nova lei a fato pretérito, de modo a agravar a situação do agente, o que é inconcebível quando se pretende resguardar a ordem jurídica de um país.

Sobre a segurança jurídica, imperioso destacar o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 128), para quem:

A segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo essa uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro: é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso – comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas”.

Na mesma esteira, cite-se Sérgio Resende de Barros ([2010^a, p. 1]), ao afirmar que:

nas relações jurídicas, a desconfiança prévia e os atritos sobrevividos generalizam um clima de infirmeza, pois nem sequer a perfeita juridicidade dos atos assegura a fruição dos seus efeitos jurídicos. Eis porque a segurança dos direitos é o princípio da segurança do Direito.

Logo, considerando-se que a CRFB-88 é conhecida como a Constituição Cidadã, tendo recebido essa alcunha em razão de sua concepção por meio de uma Assembleia Constituinte e no curso do processo de redemocratização nacional que então atravessava o país, haja vista o extenso período de ditadura militar⁶⁹ que acabara de ser superado, por, dentre outros atributos, ser a guardiã da dignidade da pessoa humana⁷⁰, há que se aceitar o fato de que a segurança jurídica é condição essencial ao desenvolvimento de qualquer sociedade.

Isso porque, com constantes mudanças de regras durante o curso do jogo, jamais haverá investimento suficiente para alavancar a economia do país e,

⁶⁸ Art. 5. Inciso XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (BRASIL, 1990)

⁶⁹ Referido período perdurou entre 1964 e 1985.

⁷⁰ Artigo 1o, inciso III, da CRFB-88 (BRASIL, 1988a).

consequentemente a ascensão social de seu povo, cujo ideal de subsistência digna fundamenta-se, principalmente, na manutenção da garantia dos direitos que foram conquistados a duras penas e porque não dizer com muito sangue, suor e lágrimas, ao longo dos anos que precederam a promulgação da CRFB-88.

2.1.7 Princípio da Impessoalidade

O artigo 37, *caput* da CRFB-88 inovou, ao trazer em seu bojo o princípio da impessoalidade como um dever da Administração Pública e não há um consenso acerca de sua interpretação entre os doutrinadores.

Conforme assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 68), referido princípio pode ter dois significados, na medida em que pode ser interpretado como exigível à Administração Pública, assim como para os entes administrados em sua relação com o ente estatal.⁷¹

No primeiro caso, em que a impessoalidade é oponível à Administração Pública em favor dos administrados, existe uma relação direta com a finalidade pública, que é um dos nortes da atuação estatal, sendo que é vedado aos agentes públicos agir de forma a prejudicar ou beneficiar determinados interesses, em sobreposição ao interesse público.

O segundo significado de referido princípio consiste no fato de que a Administração Pública, como ente público responsável final pela prática de determinado ato, tem efetiva responsabilidade sobre este ato e não o agente público que o praticou.

Citando José Afonso da Silva, referida doutrinadora (DI PIETRO, 2014, p. 68) esclarece que:

os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.

O posicionamento de que o princípio da impessoalidade deve ser oponível tanto ao administrador, no exercício de suas funções públicas, quanto ao ente administrado,

⁷¹ “Exigir impessoalidade da Administração Pública tanto pode significar que este atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração.” (DI PIETRO, 2014, p. 68)

na medida em que lhe é assegurado o direito ao tratamento isonômico pelo Estado, é corroborado pelo artigo 2º, parágrafo único, inciso III da Lei 9.784/99, que determina a “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

A partir da interpretação desse princípio, é possível afirmar que qualquer espécie de discriminação por parte da Administração Pública não deve ser tolerada. Seja em razão de crenças políticas, religiosas, ou culturais, o interesse público não pode ser colocado de lado pelo ente estatal, para que se satisfaçam os anseios de minorias.

À baila do princípio da impessoalidade, tem-se o princípio constitucional da isonomia, consagrado pelo artigo 5º, *caput*, da CRFB-88, que assegura a igualdade de todos perante a lei.

Ora, se todos são iguais perante a lei, também o são perante a Administração Pública, que tem por dever legal o tratamento isonômico daqueles a quem administra. Cite-se, a título de exemplo, o artigo 37, XXI da CRFB-88, que exige licitação pública e com garantia de isonomia para todos os atores que pretendam participar do pleito licitatório, para, ao final, contratar com a Administração Pública.⁷²

Portanto, o princípio da Impessoalidade reputa à Administração Pública o dever de imparcialidade, até mesmo como medida para a manutenção da segurança jurídica, pilares essenciais que são na persecução do atingimento do interesse coletivo em detrimento do interesse individual, fim precípua do Estado.

2.2 Os atos das Agências Reguladoras como espécies de atos administrativos

Em que pese a análise que será realizada mais à frente, dos atos decisórios das agências reguladoras sob a ótica de seu reexame pelo Poder Judiciário, faz-se necessário classificar as decisões emanadas de referidas autarquias especiais (assim

⁷² XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1999)

como outros atos ainda que não possuam caráter decisório) como espécie de ato administrativo.

E essa classificação é essencial para o desenvolvimento do presente trabalho, pois é justamente a inobservância, pela Administração Pública, dos elementos necessários ao aperfeiçoamento do ato administrativo que ensejarão a sua nulidade.

Nulidade esta que, a rigor, pode - e deve- ser declarada de ofício pela própria Administração ou, em última instância decretada pelo Poder Judiciário, como restará evidenciado mais adiante.

Assevera a doutrina que o termo “atos da Administração” trata do gênero composto por todos os atos que são praticados pela Administração Pública, no exercício de sua função administrativa, incluindo-se nesse gênero:

a) os atos de direito privado, como, por exemplo, locações e compra e venda de bens imóveis [...]; b) os atos materiais da Administração, que se verificam quando não há a manifestação de vontade, mas referem-se tão e somente a atividades de execução inerentes à Administração Pública, como, por exemplo, a apreensão de mercadorias eivadas de ilegalidade, ou ainda, a realização de determinado serviço público [...]; c) os atos políticos ou de governo, que emanam do Poder Executivo em caráter discricionário, a saber, o veto, nos termos do artigo 66, §1º da CRFB-88, entre outros [...]; e d) os chamados atos administrativos em sentido amplo (MELLO, 2019, p. 391).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 205) define o ato administrativo como sendo “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Diante da definição acima, é essencial, portanto, que o ato produza efeitos no mundo jurídico, para ser considerado um ato administrativo propriamente dito.

Caso não produza tais efeitos, será tido como um ato preparatório ou acessório e que, muito embora não possa ser excluído da noção de ato administrativo *per se*, seja porque integra determinado procedimento, seja porque faz parte de um ato complexo, não terá uma das condições essenciais ao perfazimento do ato administrativo.

2.3 Requisitos do ato administrativo

O aperfeiçoamento do ato administrativo depende da existência de determinados requisitos de existência e validade, que não são unânimes na doutrina.⁷³

Adotar-se-á no presente trabalho o rol do artigo 2º da Lei 4717/65, posição essa defendida pela maior parte da doutrina e que estabelece como requisitos do ato administrativo: a) competência; b) forma; c) legalidade do objeto; d) motivo; e e) finalidade.

Uma vez ausentes qualquer um desses elementos, o ato será tido como nulo e como tal, não produzirá efeitos legais.

2.3.1 Competência

Quanto à competência, esta decorre sempre de lei e, portanto, os entes da Administração Pública, incluindo-se nessa condição as agências reguladoras, não poderão, em nenhuma hipótese, estabelecer por si mesmos, as atribuições que lhe competem.

Caso a lei seja omissa e não estabeleça competência, como regra geral, esta será então atribuída ao Chefe do Poder Executivo, exceto no que se refere aos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, cuja lei prevê expressamente a competência da autoridade de menor grau hierárquico, nas situações de omissão legal.⁷⁴

Ainda, a competência é inderrogável, justamente por ser outorgada em benefício do interesse público, podendo, porém, ser objeto de delegação ou avocação, nas situações em que não tenha sido legalmente conferida em caráter de exclusividade.

⁷³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 211) afirma que “se observa divergência doutrinária quanto à indicação dos elementos do ato administrativo, a começar pelo próprio vocábulo elementos, que alguns preferem substituir por requisitos. Também existe divergência quanto à indicação desses elementos e à terminologia adotada”.

⁷⁴ Lei 9.784/99, artigo 17: “Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir”. (BRASIL, 1999)

Tais características se encontram atualmente expressamente previstas no ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente no artigo 11 da Lei que regula os processos administrativos na esfera da Administração Pública Federal.⁷⁵

2.3.2 Forma

A forma do ato administrativo prevista em lei deve ser observada, até mesmo por medida de garantia jurídica tanto para a Administração Pública quando para os administrados.

Dessa forma, mesmo que, via de regra, adote-se como padrão a forma escrita, existem casos em que o informalismo do ato administrativo é consagrado pelo ordenamento jurídico pátrio, haja vista o disposto no artigo 22 da Lei 9.784/99.⁷⁶

Ainda, nas situações em que a previsão legal autorizar mais de uma forma para a prática de um ato administrativo, então a escolha caberá à Administração Pública, que nessas circunstâncias atuará de forma discricionária.

No conceito de forma do ato administrativo inclui-se também a sua motivação, sendo que a ausência da exposição dos fatos e do direito nos quais se fundamenta irremediavelmente ensejará sua nulidade, pois tornar-se-á impossível a verificação de sua legitimidade.

Sérgio Resende de Barros ([2010b, p. 3]), ao discorrer sobre a motivação como princípio da Administração Pública, assevera que:

[...] a discricionariedade administrativa está hoje reduzida a uns poucos casos em que a opção do administrador é livre no sentido de prescindir de justificação. Sobretudo no caso das políticas públicas, cujos princípios são fixados preferentemente na Constituição ou, no mínimo, em leis imediatamente infraconstitucionais, a motivação da conduta comissiva ou omissiva da administração pública é exigível, "sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados", como asseverou Rodolfo de Camargo Mancuso na sua definição supratranscrita. Pelo que, o juiz não só pode e deve apreciar os motivos, mas até ordenar que o administrador público proceda à motivação do seu ato, se ainda não a fez, sob pena de ser anulado pelo Judiciário por ausência de motivos. [...] Em suma, constitui um indeclinável poder-dever do juiz sindicarem os motivos determinantes dos atos administrativos que consubstanciem

⁷⁵ Lei 9.784/99, artigo 11: A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. (Ibidem)

⁷⁶ Lei 9.784/99, artigo 22: Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. (BRASIL, 1999)

a formulação e a execução dos programas governamentais enformados pelas políticas públicas.

2.3.3 Objeto

O objeto do ato administrativo, este último sendo espécie de ato jurídico, é o seu próprio efeito jurídico imediato. Em outras palavras, o objeto corresponde ao próprio enunciado do ato. E para que seja considerado válido, o objeto deve ser lícito, possível, certo, ou seja, definível quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar.

Deve também ser moral, até mesmo porque a moralidade administrativa é um dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e a ausência de moralidade enseja a nulidade de qualquer ato por esta última praticado.⁷⁷

2.3.4 Motivo

Por motivo do ato administrativo entende-se o fundamento, seja de fato, seja de direito, que ensejou a sua existência. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p. 481) afirmam que o motivo é “a causa imediata do ato administrativo. É a situação de fato e de direito que determina ou autoriza a prática do ato, ou, em outras palavras, o pressuposto fático e jurídico (ou normativo) que enseja a prática do ato”.

Importante esclarecer que motivo e motivação não se confundem, pois o motivo é o fundamento fático ou jurídico do qual decorreu a prática do ato e trata-se de requisito discricionário. Já a motivação é a justificativa que levou à prática do ato administrativo e é inerente à forma de mencionado ato, como já demonstrado.

A diferença entre motivo e motivação é claramente explanada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 219), para quem “motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração”.

A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de:

⁷⁷ Nesse sentido cite-se o parágrafo único, alínea “c” do artigo 2º da Lei 4.717/65: “Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

[...] "consideranda"; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes. O importante é que o ato possa ter a sua legalidade comprovada (DI PIETRO, 2014, p. 220).

Há ainda que se fazer referência à “Teoria dos Motivos Determinantes”, que consiste na vinculação da Administração Pública aos motivos, aos fundamentos alegados para a prática de um ato, ainda que inexistente a determinação legal de motivar este ato.

Logo, quando a Administração Pública opta por motivar o ato que irá praticar, está inevitavelmente vinculada a estes fundamentos, de tal forma que, caso falsos ou inexistentes, condenarão o ato à nulidade.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 405):

Se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido. É esta vinculação do administrador ao motivo que houver alegado que se conhece doutrinariamente como ‘teoria dos motivos determinantes’.

Cite-se como exemplo de ato discricionário que não prescinde de motivo (pressupostos de fato e de direito) para subsistir, a infração de trânsito.

Caso reste demonstrado que o motivo que ensejou a aplicação da penalidade (ultrapassagem dos limites de velocidade) não existiu (neste caso ao condutor cabe a prova de que estaria dentro dos limites de velocidade previstos na lei), então a multa de trânsito deverá ser reputada nula.

Nessa situação, está-se diante de um ato em que o motivo é requisito de existência do ato administrativo.

Em atenção à teoria dos motivos determinantes, há casos em que o motivo do ato não é condição para sua subsistência no mundo jurídico, porém, caso exista, vincula a Administração Pública. Exemplo disso é a exoneração dos servidores públicos que exerçam cargo em comissão.

A exoneração desses servidores independe de motivação (exoneração “ad nutum”). Porém, se o motivo alegado da exoneração remeta à prática de um ato ilícito que, após decisão penal transitada em julgada tenha sido reputado inexistente (seja por ausência de materialidade delitiva, seja por negativa de autoria), mencionada exoneração restará eivada do vício de nulidade.

Em outras palavras, deverá o servidor público atingido por tal exoneração, ser reintegrado ao quadro de servidores do ente estatal ao qual prestava serviços até então.

2.3.5 Finalidade

Sobre a finalidade do ato administrativo, tem-se que, essencialmente, é o resultado almejado pela Administração Pública e não possui qualquer caráter de discricionariedade.

Isso porque a finalidade do ato administrativo é definida por lei, não existindo qualquer outra opção à Administração Pública que não seja acatá-la.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 218-219), existem dois tipos de finalidade. O primeiro deles refere-se à finalidade em sentido amplo e que está relacionado à consecução de um resultado de interesse público. Neste caso, se está diante do que a doutrinadora denomina de “finalidade pública” do ato administrativo.

O segundo tipo de finalidade trata-se da finalidade em sentido estrito, conceituada como o “resultado específico a ser produzido por determinado ato, conforme definido em lei”. Ou seja: a finalidade em sentido estrito sempre decorrerá de lei, seja implícita, seja explicitamente (DI PIETRO, 2014, p. 218-219).

De acordo com o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2019)⁷⁸, o princípio da finalidade possui raiz constitucional no próprio princípio da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da CRFB-88.

E há que se concordar com este posicionamento, pois, se é a própria lei que estabelece a finalidade, ou seja, o resultado a ser atingido pelo ato administrativo praticado, qualquer atuação que fuja de referida finalidade é ilegal, configurando o

⁷⁸ “Pelo quanto se disse, já se nota que a raiz constitucional do princípio da finalidade encontra-se na própria consagração do princípio da legalidade, estampado no art. 37 da Lei Magna. Na verdade, só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de alertar contra o risco de exegeses toscas, demasiadamente superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência e não por descuido do intérprete. Pode-se dizer, contudo, que há outro dispositivo constitucional que lhe servirá de referência específica, embora implícita. É o art. 5º, LXIX, no qual se prevê o mandado de segurança. Ali se diz cabível sua concessão contra ilegalidade ou ‘abuso de poder’. Abuso de poder é o uso do poder além de seus limites. Ora, um dos limites do poder é justamente a finalidade em vista da qual caberia ser utilizado. Donde, é o exercício do poder com desvirtuamento da finalidade legal que o ensancharia está previsto como censurável pela via do mandado de segurança” (MELLO, 2019, p. 110)

desvio de finalidade (ou desvio de poder), o que ensejaria a nulidade do ato administrativo.

Quanto ao desvio de poder, observe-se a definição de José Cretella Júnior (1976, p. 79):

[...] o uso indevido que o administrador faz do poder discricionário de que é detentor para atingir fim diverso do que a lei assinalará. Ou é o uso indevido que a autoridade administrativa faz do poder que lhe é conferido para atingir a finalidade diversa daquela que a lei preceituara.

Como afirma Edmir Netto de Araújo (2014, p. 522), “a constatação dos vícios do ato se dá geralmente através do estudo da finalidade, que, como resultado do ato, é o que aparecerá como maior certeza aos olhos do observador”.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 93) aduz que desvio de poder (denominado pelo autor como desvio de finalidade) se caracteriza sempre que o ato ou contrato administrativo é praticado mediante a inobservância do interesse público, interesse este que deve ser defendido pela administração, por representar, se não a vontade e as pretensões de todos os administrados, a de sua maioria, razão pela qual está a Administração Pública impedida de atuar em interesse próprio ou de terceiros.

É cediço, portanto, que ao desvirtuar a finalidade do ato administrativo, o agente público cometerá um ilícito passível de punição nas esferas administrativa, cível e penal, se o caso⁷⁹, além de acarretar a nulidade do ato praticado, como já ressaltado.

⁷⁹ Lei Federal nº 8.429/92, artigo 12: Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato [...]

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber

2.4 A discricionariedade administrativa

A atuação da Administração Pública, no Estado de Direito, é limitada pela lei, a fim de impedir a prática de eventuais abusos e arbitrariedades por parte das autoridades. Esta é a premissa básica do princípio da legalidade.

Dessa forma, assevera-se que a atividade exercida pela Administração Pública em geral trata-se de atividade vinculada, uma vez que, se ultrapassados os limites legais que lhe são impostos, estar-se-á diante de flagrante ilegalidade.

Não obstante, há situações em que a lei concede à Administração Pública “certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, 2014, p. 221) situações essas nas quais o poder da Administração Pública torna-se discricionário, devendo a sua atuação ser pautada pela oportunidade, conveniência, justiça e equidade que lhe são próprios, no que a doutrina convencionou de chamar de mérito do ato administrativo (DI PIETRO, 2007, p. 2).

É importante, no entanto, que mesmo nas circunstâncias em que a atuação da Administração Pública é discricionária, ela não é integralmente livre, pois está limitada, inclusive, por requisitos formais, tais como competência, forma e finalidade. Requisitos estes que, se desrespeitados, tornam ilegal o ato praticado.

Assim, os seguintes pontos fundamentais devem ser observados para que se defina a discricionariedade do ato administrativo: i) possibilidade de que a Administração Pública opte entre duas ou mais alternativas; ii) tais alternativas decorrem da lei; iii) considerando que as alternativas decorrem da lei, qualquer que seja a escolha da autoridade será juridicamente válida; e iv) a escolha da autoridade será realizada em cada caso concreto, sempre fundamentada em critérios de mérito (DI PIETRO, 2007, p. 2).

benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Note-se que a discricionariedade administrativa como hoje a conhecemos evoluiu com o passar do tempo, acompanhando a evolução do Estado Moderno, assim como ocorreu com o princípio da legalidade.

Na vigência do Estado de Polícia, a discricionariedade era tida como um poder político, onde os atos da Administração Pública não se subordinavam a nenhuma espécie de controle, pois não estavam vinculados à lei e nem eram objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Com o surgimento do Estado de Direito, somente alguns tipos de atos – aqueles que correspondessem a direitos individuais, eram passíveis de tratamento discricionário pelas autoridades.

Nas demais situações, o poder político retromencionado ainda subsistia, fenômeno denominado de doutrina da vinculação negativa, que, resumidamente, autorizava a Administração Pública a fazer tudo o que a lei não a proibisse e que já foi abordada em tópico anterior.

Posteriormente, com a evolução do princípio da legalidade, já tratada no presente trabalho, passou-se então a adotar a doutrina da vinculação positiva, na qual Administração Pública é autorizada a fazer somente aquilo que a lei lhe permite, transformando a discricionariedade em um poder jurídico, legalmente limitado.

Trata-se do princípio da restritividade, que decorre do princípio da legalidade, “que para a Administração significa sua própria submissão ao império da lei: do princípio da supremacia do interesse público sobre o do particular (*salus populi suprema lex esto*) e da indisponibilidade do interesse público pelos agentes” (ARAÚJO, 2014, p. 524).

Em outras palavras, o agente público está sujeito ao império da lei, devendo atuar sempre de acordo com os ditames legais e em defesa do interesse público, sem levar em consideração seus interesses pessoais.

Mas o princípio da legalidade continuou evoluindo, acompanhado do surgimento do Estado Social do Direito, circunstância em que o se verificou também o fortalecimento do Poder Executivo, que passou a exercer a função normativa, por meio da edição de decretos-lei e medidas provisórias, entre outros, atos esses abrangidos por referido princípio, mas somente em seu aspecto formal, o que também se aplicava ao controle desses atos pelo Poder Judiciário.

Esse cenário mudou quando da implementação do Estado Democrático de Direito, onde não somente a competência, a forma e o objeto do ato administrativo estão sujeitos ao controle externo, mas também,

[...] todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico, ideia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º (DI PIETRO, 2007).

Portanto, atualmente a discricionariedade administrativa representa, como já mencionado, a liberdade da Administração Pública de escolher entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito e não somente perante a lei.

No entanto, justamente por isso é que essa discricionariedade sofre maiores limitações, na medida em que os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública devem também ser respeitados.⁸⁰

Como ramificação da discricionariedade administrativa, tem-se a chamada discricionariedade técnica, característica inerente às atividades das agências reguladoras e, conseqüentemente, item de análise obrigatória no presente trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro a discricionariedade técnica pode ser analisada sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito aos atos administrativos propriamente ditos, situação em que a distinção entre a discricionariedade técnica e a discricionariedade administrativa é essencial, sob a perspectiva do controle de referidos atos pelo Poder Judiciário.

O segundo aspecto guarda relação com os atos administrativos dos entes da Administração Pública Direta ou Indireta, no exercício da competência regulatória, disposta no artigo 84, IV da CRFB-88 e sua limitação decorre essencialmente dos princípios da legalidade e da reserva formal.

⁸⁰ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro “quando o sistema jurídico adota princípios como os do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade entre meios e fins, da moralidade, da boa-fé, da dignidade do ser humano, entre tantos outros, a consequência inevitável é que a discricionariedade sofre limitações decorrentes desses princípios. Em uma hipótese na qual, perante a lei, a Administração teria duas opções, uma delas ode ser excluída pela aplicação de um princípio, como o da razoabilidade por exemplo, de tal forma que a discricionariedade desaparece porque uma única solução resulta válida perante o Direito. Reduzindo-se a discricionariedade, amplia-se a possibilidade de controle judicial, tendo em vista que os valores e princípios constitucionais se impõem aos três Poderes do Estado”. DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. ReDAE, v. 9, p. 1-19, 2007. Disponível na Internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/discricionariedade-tecnica-e-discricionariedade-administrativa>. Acesso em 06 de outubro de 2014, p. 3.

A doutrina não é unânime quanto ao controle jurisdicional da discricionariedade técnica e existem duas correntes que se sobressaem.

A primeira corrente consiste no fato de que a Administração Pública deve, nos casos de conceitos jurídicos indeterminados, interpretar o ordenamento jurídico vigente, de forma a se chegar à única solução válida possível, cabendo ao Poder Judiciário o controle sobre essa interpretação.

Já a segunda corrente defende que nem sempre a existência de conceitos jurídicos indeterminados no texto legal pode acarretar discricionariedade, sendo que cada conceito e sua respectiva aplicação devem ser analisados em cada caso concreto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 12) assevera que para se determinar a existência da discricionariedade em determinado ato praticado pela Administração Pública, deve-se levar em consideração a distinção entre os conceitos técnico, de experiência ou empírico e o de valor.

Para a autora, o conceito técnico não implica em discricionariedade, uma vez que a atuação do agente público terá como fundamento a manifestação de órgão técnico, consubstanciada em dados científicos. O mesmo ocorre com o conceito de experiência ou empírico, que será aplicado quando a atuação estatal se baseie em critérios práticos, decorrentes da experiência comum levando a uma única solução possível (DI PIETRO, 2007 p. 12).

Já o conceito de valor é o que causa maior discussão doutrinária é o que pode ensejar margem de apreciação, gerando certa discricionariedade pelo agente público, que deverá analisar conceitos como moralidade e interesse público, quando de sua atuação.

Para as agências reguladoras, a discricionariedade técnica é essencial e, mais do que isso, é característica intrínseca às atividades que desempenha.

No Brasil, assim como ocorre no sistema norte-americano, a definição de conceitos indeterminados é de responsabilidade da Administração Pública, representada por órgãos que exercem função normativa, como é o caso do Banco Central do Brasil e da Secretaria da Receita Federal, que há muito tempo expedem atos normativos que regulam as atividades nos setores em que atuam.

Não obstante, o tema da discricionariedade técnica veio à tona a partir do momento em que as agências reguladoras começaram a surgir no cenário nacional, justamente pelo exercício de atividade normativa delegada que desempenham.

Muito embora a CRFB-88, em seu artigo 84, inciso IV tenha atribuído ao Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, a competência privativa para o exercício do poder regulamentar, como tratado em tópico próprio, também atribuiu aos Ministérios o poder de “baixar instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”⁸¹, nos termos de seu artigo 87, inciso II, o que também fez no que se refere aos órgãos reguladores, que, portanto, tem em sua função a característica implícita de órgão regulador, que deve ser exercida sempre que houver margem legal para tanto.

Marçal Justen Filho (2002 p. 525-532) afirma que a discricionariedade técnica não se caracteriza como a discricionariedade propriamente dita, pois ambas se diferenciam entre si quanto à margem de autonomia atribuída à autoridade pública competente para a prática de determinado ato, havendo, inclusive, situações nas quais não se pode distinguir uma da outra, especialmente quando a autoridade pública, após analisados os critérios técnico-científicos, puder escolher entre mais de uma opção.

Nessa situação, estar-se-á diante de uma escolha que deverá levar em consideração os critérios de conveniência e oportunidade, resultando em uma escolha de caráter eminentemente político (JUSTEN FILHO, 2002 p. 525-532).

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007, p. 14):

[...] no caso de discricionariedade técnica, não há discricionariedade técnica propriamente dita, consoante já demonstrado. Não há decisão política a ser tomada, conforme avaliação de interesse público. Existe uma única solução a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência. Quando um ente administrativo baixa atos normativos definindo conceitos indeterminados, especialmente os conceitos técnicos e os conceitos de experiência, ele não está exercendo o poder regulamentar, porque este pressupõe a existência de discricionariedade administrativa propriamente dita, a qual, no caso, não existe. Se a lei fala, por exemplo, em produtos perigosos para a saúde, a agência pode baixar ato normativo definindo esses produtos ou mesmo elaborando uma lista dos mesmos: isto não se insere no poder regulamentar, porque se trata de conceito técnico cujo conteúdo é dado por conhecimentos científicos de que a agência dispõe para fazê-lo.

⁸¹ Vide artigo 21, inciso IX e artigo 177, parágrafo 2º, ambos da CRFB-88. (BRASIL, 1988a)

Ainda, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2002, p. 35) asseveram que às agências reguladoras são conferidas, em certas circunstâncias, discricionariedade técnica para a adoção de medidas que visem a definição de políticas regulatórias.

Essa divergência doutrinária não ocorre exclusivamente no cenário nacional, sendo que a doutrina estrangeira também apresenta posicionamentos distintos acerca da discricionariedade técnica.

Afonso Rodrigues Queiró (1947, p. 60) defende o posicionamento de que a lei, quando recorre a conceitos científicos para determinar as condutas a serem seguidas, não deixa à Administração Pública qualquer margem para agir de forma discricionária.

Já Massimo Severo Giannini (1988, p.483) reconhece a relação direta entre a discricionariedade técnica e conceitos jurídicos indeterminados, cuja interpretação dependa de critérios eminentemente técnicos.

Referido autor defende que a discricionariedade pura e a discricionariedade técnica representam institutos distintos, na medida em que, na primeira, a Administração Pública dispõe de alternativas que visem atender o interesse público. Porém, na segunda, a atuação estatal dependeria da utilização de critérios técnicos para a avaliação de um conceito jurídico indeterminado a ser aplicável em um caso concreto (GIANNINI, 1988, p. 483).

Nesse caso, assevera o autor que não restaria ao ente público qualquer margem de liberdade no processo de tomada de decisão, pois este estaria estritamente vinculado aos critérios técnicos, motivo pelo qual conclui-se que a discricionariedade pura e os critérios técnicos não são conciliáveis (GIANNINI, 1988 p. 483).

Com o devido respeito aos posicionamentos contrários, o presente trabalho filia-se à corrente dos doutrinadores que defendem que a discricionariedade, seja ela qual for (pura ou técnica) é característica inerente às atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras, até mesmo para que consigam exercer plenamente as competências que lhes foram outorgadas em suas leis de criação.

Ainda, defende-se o entendimento de que os atos praticados pelas agências reguladoras, inclusive os atos normativos, objeto do presente trabalho, são passíveis de controle judicial, como será detalhadamente abordado adiante, uma vez que:

não se pode negar ao Judiciário a possibilidade de apreciar a validade dessas normas, seja com auxílio de peritos, quando se tratar de conceitos puramente técnicos, seja pela aplicação dos princípios da razoabilidade das normas e do devido processo legal substantivo (DI PIETRO, 2007 p. 17).

Caso contrário, estaríamos diante de uma grave afronta à CRFB-88⁸² e a todos os princípios que compõem o ordenamento jurídico pátrio e que já foram detalhadamente abordados no presente trabalho.

2.5 O novo marco legal das agências reguladoras como medida de fortalecimento de sua atuação e de prevenção de sua captura pelo setor regulado

Ao tratar do regime jurídico dos atos regulatórios, é imperioso que o presente trabalho discorra também sobre o novo marco legal aplicável às agências reguladoras, diante da sua importância, inclusive, para o fortalecimento da atuação dessas autarquias especiais e de seu processo regulatório, especialmente no que se refere à obrigatoriedade de detalhada justificativa para a expedição de atos normativos, bem como à realização prévia da análise do impacto que eventual norma representará no setor regulado.

Dispõem os artigos 4º, 5º e 6º da Lei 13.848/2019 (BRASIL, 2019a), que trata da gestão, da organização, do processo decisório e do controle social das agências reguladoras:

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas

⁸² “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, 2019, p. 1018).

da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

§3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

§4º A manifestação de que trata o §3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

§5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

Conforme se verifica dos dispositivos legais retromencionados, é evidente a intenção do legislador de trazer maior transparência ao processo regulatório, assim como garantir o efetivo cumprimento dos princípios que devem nortear a atuação das agências reguladoras, dentre eles o princípio da finalidade, da motivação, da supremacia do interesse público e da proporcionalidade e razoabilidade.

Nos termos do artigo 4º de mencionada lei (BRASIL, 2019a), é dever das agências reguladoras atuar de forma a garantir a devida adequação entre os meios e fins de sua atividade, sendo vedada a criação de normas que imponham aos administrados restrições e sanções mais gravosas do que as necessárias para a garantia da supremacia do interesse público.

Com essa medida, o intuito do legislador é, claramente, o de assegurar que a interferência das agências reguladoras nos setores que lhe são competentes não seja maior e mais abrangente do que o necessário.

Em outras palavras, a lei visa garantir que não se dê ao enfermo uma dose maior de remédio além da que lhe for estritamente necessária. Caso contrário, os efeitos negativos dessa medicação poderão superar os positivos, agravando a situação do doente.

Estão representados no artigo 4º de mencionada lei os princípios da finalidade, da proporcionalidade e razoabilidade e do interesse público.

Já no artigo 5º da Lei 13.848/2019 (BRASIL, 2019a), estão presentes os princípios da motivação e da publicidade, na medida em que obriga as agências reguladoras a apresentarem os fundamentos de fato e de direito que ensejaram suas decisões, tanto as que resultaram na edição de atos normativos, quanto aquelas que acabaram por entender desnecessária a expedição de normas nos casos concretos.

Importante frisar que as justificativas para ambas as decisões devem ser detalhadas e suficientes a suportar, de forma irrefutável, a posição adotada pelas agências reguladoras.

Se assim não o forem, os atos praticados estarão sujeitos à sua invalidação, tanto pela própria Administração Pública, quanto pelo Poder Judiciário.

E essa intenção do legislador fica mais evidente quando se analisa detalhadamente o artigo 6º de citada lei, que determina a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), para que os efeitos de novas normas ou das alterações de normas já existentes sejam criteriosamente avaliados e considerados pelo órgão regulador, antes de prosseguir com o respectivo processo regulatório.

Note-se que mesmo nos casos em que houver dispensa da AIR, caberá às agências reguladoras a apresentação de documento ou nota técnica que contenha elementos suficientes a justificar a conduta adotada. Mais uma vez faz-se presente, aqui, a contemplação dos princípios da finalidade e da motivação.

Há ainda que se observar o disposto no artigo 9º da Lei 13.848/2019 (BRASIL, 2019a), que determina a obrigatoriedade de realização de consulta pública previamente à expedição de “minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados”.

Este artigo não é exatamente uma novidade no ordenamento jurídico pátrio. Como já mencionado no presente trabalho, via de regra as leis de criação das agências reguladoras determinam a participação popular no processo de criação ou alteração das normas que afetem o setor.⁸³

⁸³ Vide, a título de exemplo, o artigo 27 da Lei de criação da ANAC – Lei nº 11.182/05. (BRASIL, 2005)

Todavia, a previsão dessa obrigatoriedade na Lei 13.848/2019 (BRASIL, 2019a) reforça o intuito do legislador de que os processos normativos das agências reguladoras sejam transparentes e propiciem a participação dos interessados, para que se garanta a isonomia e impessoalidade no processo normativo, visando a satisfação do interesse público, como determina a CRFB-88.

Ainda é muito cedo para que se avaliem os impactos dessa nova legislação no cenário regulatório, uma vez que a Lei 13.848/2019 entrou em vigor em setembro de 2019 e alguns de seus artigos ainda precisam ser regulamentados, como é o caso do AIR, que dependerá de regulamento específico expedido por cada uma das agências reguladoras.⁸⁴

Todavia, não restam dúvidas que se trata de um importante instrumento para garantir a lisura do processo regulatório e evitar, ou ao menos dificultar, a captura das agências reguladoras pelo setor regulado, captura essa que representa um imenso risco à legitimidade da atuação dessas agências e, conseqüentemente, ao interesse público que lhes cabe resguardar.

Não obstante, mesmo diante deste novo marco regulatório e de todas as ferramentas que ele estabelece, as quais entende-se serem uma verdadeira evolução no processo normativo nacional, faz-se necessário discorrer sobre a inafastabilidade do princípio do controle jurisdicional - objeto principal do presente estudo - inclusive no que se refere ao mérito dos atos administrativos, como instrumento efetivo de combate a abusos e arbitrariedades que possam vir a macular o processo regulatório ou, ainda, como garantia da manutenção de normas que atendam os ditames legais aos quais estão vinculadas.

⁸⁴ Nos termos do disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 6º da Lei 13.848/2019:

§1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília: Secretaria-Geral, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

Quanto mais transparente for o processo regulatório, supostamente menores são as chances de que haja interferências indevidas em sua condução.

De toda sorte, ainda que o novo marco legal das agências reguladoras seja uma medida de extrema importância para se evitar a captura dos entes reguladores, reitera-se a posição de que é imperioso garantir o cumprimento do disposto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB-88, sempre que haja indícios de irregularidades em referido processo regulatório, como será melhor explanado a seguir.

CAPÍTULO 3: CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

Neste capítulo, discorrer-se-á brevemente sobre o histórico das constituições pátrias, bem como da separação dos poderes, para então tratar da legitimidade do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário e eventuais limites, inclusive no que se refere ao mérito desses atos.

Ainda, analisar-se-á, neste capítulo, em que medida o controle jurisdicional dos atos normativos das agências reguladoras influencia no processo regulatório, bem como se essa interferência é um meio eficaz de fiscalização da atuação das agências na regulação.

Para tanto, discorrer-se-á sobre a *Hard Look Doctrine*⁸⁵, utilizada pelo Poder Judiciário norte-americano no exercício do controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras daquele país. Posteriormente, analisaremos a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional.

Ao final, avaliar-se-á um caso concreto de controle jurisdicional de um ato normativo exarado pela ANAC, inclusive à luz da *Hard Look Doctrine*, a fim de corroborar a inafastabilidade de mencionado controle sobre os atos das agências reguladoras e sua importância no processo regulatório.

3.1 Constituição Federal: breve histórico

O termo constituição representa a formação, a composição de algo. No aspecto jurídico, é definido como a “reunião das leis essenciais, desenvolvidas e aprovadas pela Assembleia Legislativa, determinando os direitos e deveres dos Estados da Federação”.⁸⁶

Para Marcelo Novelino (2014, p. 82), a palavra constituição, em sua acepção jurídica é definida como “o conjunto sistematizado de normas originárias e estruturantes do Estado que têm por objeto nuclear os direitos fundamentais, a estruturação do Estado e a organização dos poderes”

⁸⁵ O termo *Hard Look Doctrine* será utilizado em inglês ao longo de todo o presente trabalho, por não apresentar termo equivalente em português.

⁸⁶ DICIO. **Dicionário online de Português**. [2019?]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/constituicao/>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

O conceito liberal de constituição surge no século XIX, vinculado à ideia de constituição ideal, onde considera-se essencial que sejam garantidas as liberdades e os direitos, conjuntamente com a participação política; a divisão dos poderes; e a necessidade de que a Constituição seja um documento escrito, sendo que essa ideia foi refletida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 16 preceitua: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem uma Constituição” (TAVARES, 2008, p. 62).

No Brasil, a primeira constituição, datada de 25 de março de 1824, denominada de Constituição do Império (TAVARES, 2008, p. 1001), teve muita influência da Constituição francesa de 1814 e da Constituição espanhola de 1812.

Muito embora tenha sido aprovada, à época, por algumas Câmaras Municipais, a Constituição de 1824 possuía um viés unitarista, centralizador e surgiu de um projeto político pessoal de D. Pedro I, logo após a dissolução da Assembleia Constituinte em 1823.

Tratava-se de uma constituição extremamente centralizadora, que estabeleceu o regime de monarquia hereditária no país e criou um Estado unitário, com uma forte centralização política e administrativa.⁸⁷

Esta foi a constituição com a maior vigência no Brasil até os dias atuais, tendo sido revogada somente em 1889, após sessenta e cinco anos de vigência.⁸⁸

Já em 1891, posteriormente à Proclamação da República ocorrida em 15 de novembro de 1889, adotou-se no país o sistema presidencialista norte-americano⁸⁹, marcando, portanto, a transição do regime monárquico para o regime republicano.

A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891 instituiu a forma federativa de Estado, assim como a forma republicana de governo, além de determinar a independência entre os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Ao

⁸⁷ (NOGUEIRA, Octaciano. Constituições Brasileiras. 3a. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Vol. 1. p. 21)

⁸⁸ Quando de sua revogação, a Constituição de 1824 era a segunda constituição escrita com maior vigência no mundo, perdendo somente para a constituição dos Estados Unidos. (NOGUEIRA, Octaciano. Constituições Brasileiras. 3a. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Vol. 1. p.9-10)

⁸⁹ Até então o modelo de governo adotado era o parlamentarismo franco-britânico.

contrário de sua antecessora, apresentava uma característica fortemente descentralizadora, abolindo o antigo Poder Moderador.

Impôs também a separação do Estado e da Igreja, de modo que não haveria mais interferência da igreja no processo eleitoral e, da mesma forma, o governo não participaria na escolha dos mais altos cargos do clero.

Ainda, instituiu expressamente em seu artigo 72, parágrafo 22 o *habeas corpus*, remédio constitucional que se manteve em todas as constituições posteriores, sendo utilizado até a presente data e que, de forma geral, tem como finalidade a proteção do direito de ir e vir dos cidadãos.

Segundo André Ramos Tavares (2008, p. 1002), a Constituição de 1891 tratava-se de uma “forma de federalismo dual, que em seguida veio a ser substituída pelo federalismo cooperativo”, mas que, na prática, resultou no abuso do Governo Federal do instituto da intervenção, o que retirava a autonomia dos entes federativos.

Em 16 de julho de 1934 é promulgada a Constituição fruto da Assembleia Constituinte instaurada sob o comando de Getúlio Vargas, por meio da qual foram instituídas diversas medidas de caráter social, dentre elas criação das Justiças Eleitoral e do Trabalho; a instituição de leis trabalhistas tais como a jornada de trabalho de oito horas diárias e as férias remuneradas.

Tal constituição tinha como uma de suas características a centralização do poder no Governo Federal e é na sua vigência que surgem o mandado de segurança e a ação popular, medidas que até hoje estão previstas no ordenamento jurídico pátrio.

A quarta Constituição do país surge em 1937, denominada de “Carta Constitucional do Estado Novo”, apresentando o fortalecimento do chefe do Executivo, na pessoa de Getúlio Vargas, que a partir de então passou a deter o poder supremo e praticamente irrestrito, diante, inclusive, do desfazimento da independência dos poderes Judiciário e Legislativo, dentre outras medidas antidemocráticas.

Nos termos de referida constituição, cabia ao próprio presidente da República a nomeação de autoridades estaduais – denominadas de “interventores”, a quem competia a nomeação das autoridades municipais.

Instituíam-se, portanto, um regime permanente de intervenção estatal, que perdurou até meados de 1945, ano em que ocorreu a queda do então presidente

Getúlio Vargas, com a posterior assunção do poder por José Linhares, que à época era presidente do Supremo Tribunal Federal.

Ainda em 1945 o general Eurico Gaspar Dutra venceu as eleições presidenciais e, após assumir o poder em 1946, governou por meio de decretos-lei, até que se promulgasse uma nova Constituição, em 18 de setembro de 1946.

A Constituição de 1946 trouxe novamente o mesmo viés democrático apresentado pela Constituição de 1934, acabando com a censura e reestabelecendo os direitos e as garantias individuais, bem como restaurando a independência entre os poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, entre diversas outras medidas.

Em razão de uma emenda a esta constituição⁹⁰, datada de 02 de setembro de 1961, passou a vigor no país o sistema parlamentar de governo, sistema esse que perdurou até 1963, quando o regime presidencialista foi novamente adotado, após a realização de um plebiscito.

Com o advento do golpe de Estado em 1964, uma nova proposta de Constituição foi encaminhada ao Congresso, que era dominado pelos militares e, em 24 de janeiro de 1967, a sexta Constituição nacional foi promulgada, oportunidade em que a democracia foi deixada de lado em nome da suposta manutenção da segurança nacional. Tratava-se de uma Constituição extremamente autoritária, onde não havia espaço para o federalismo.

Durante a vigência desta Constituição, que visava a institucionalização no regime militar no país e que, dentre outras características, aumentou o controle do Poder Executivo sobre os poderes Legislativo e Judiciário, o Brasil foi palco de graves restrições aos direitos dos seus cidadãos, que se tornaram alvos de perseguição política e tortura.

Nessa época também foi promulgado o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que resultou no fechamento do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos estados e das Câmaras Municipais, bem como na cassação dos mandatos de parlamentares, além da censura aos veículos de comunicação, proibição de reuniões com caráter político, suspensão do *habeas corpus* para crimes políticos, dentro outras medidas.

⁹⁰ Emenda Constitucional nº 4.

E foi após esse conturbado período que, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a CRFB-88, a chamada Constituição Cidadã, que retomou o processo democrático nacional, ampliando as liberdades civis e os direitos e garantias individuais.

Consagrou, ainda, o direito de voto aos analfabetos e aos jovens de 16 a 17 anos, além de estabelecer diversos direitos trabalhistas, como, por exemplo, o direito à greve, ao seguro desemprego e ao chamado terço constitucional sobre as férias remuneradas.

Novos remédios constitucionais também foram criados, como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*, além de reestabelecer o *habeas corpus*.

A CRFB-88 determinou, ainda, a descentralização do poder, tornando o Estado brasileiro em um Estado federativo.

Segundo Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 487):

O Estado brasileiro na nova Constituição ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou por províncias, consegue um nível de transferência das competências tanto legislativas quanto de execução muito superior àquele alcançado pelo Estado Brasileiro.

Outra medida importante da CRFB-88 foi o reestabelecimento da independência entre os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, conforme será melhor detalhado a seguir.

3.2.O princípio da separação dos poderes

O surgimento da classificação das funções do Estado ocorreu com Aristóteles, em sua obra denominada “Política” (NOVELINO, 2014, p. 356).

Na era moderna, o princípio da separação dos poderes tem sua origem na obra de John Locke (2001, p. 514-517), que formulou uma teoria que contemplava a separação entre os poderes Executivo e Legislativo, além do poder Federativo.⁹¹

⁹¹ Segundo a teoria de Locke, o poder Legislativo, exercido pelo Parlamento, seria superior aos poderes Executivo e Federativo. Já ao Executivo cabia a aplicação estrita das leis elaboradas pelo Legislativo, enquanto que o poder Federativo era o responsável pelas relações internacionais do governo. O poder

Para o filósofo inglês, a reunião desses dois poderes – Executivo e Legislativo, uma vez que o Federativo estava vinculado ao Executivo - em um único poder ensejaria uma forte tentação à fragilidade humana, cuja ambição poderia se sobrepor aos interesses coletivos, mas, para a preservação da sociedade política, o Legislativo deveria ser o poder supremo, ao qual todos os demais poderes se subordinariam (LOCKE, 2001 p. 514-517).

Na obra “O Espírito das Leis”, de Montesquieu (2000), inspirada na teoria de John Locke, o autor defende que um poder somente pode ser limitado caso haja outro poder que tenha a capacidade de limitá-lo. Isso porque, constatou o autor, todo ser humano que detém certo poder tem a forte tendência de abusar desse poder, até que encontre limites e, então, deixe de fazê-lo.

Além dos poderes Executivo e Legislativo, que faziam parte da teoria de John Locke, Montesquieu trata em sua obra também do poder Judiciário e que resultaram em fonte de inspiração para que restassem consagradas algumas garantias processuais visando, principalmente, a defesa da liberdade (MONTESQUIEU, 2000).

Marcello Caetano (2003 p. 194-202) assevera que a obra de Montesquieu teve grande influência não somente na Europa, mas também na América, citando como exemplo a Constituição da Filadélfia que, além da especialização dos órgãos, determina a limitação de poderes recíproca, visando impedir a concentração e o exercício arbitrário do poder, cabendo a cada órgão, além de suas atividades estatais regulares, atuar de forma concreta a impedir abusos de outros órgãos governamentais.

Trata-se, portanto, de uma atividade estatal voltada não somente à realização de atos que lhes são impostos pela competência que lhes é legalmente designada, mas também fundamentada no dever de fiscalização mútua, a fim de coibir eventuais práticas abusivas por parte dos demais entes do governo.

Este é o mecanismo de freios e contrapesos que, nas palavras de Montesquieu (2004, p. 167):

[...] é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria

Federativo, muito embora legítimo, estava vinculado ao Executivo. Ainda, os poderes Legislativo e Executivo deveriam ser exercidos por entes distintos, a fim de evitar arbitrariedades.
LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 514 a 517.

virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Essa separação dos poderes defendida tanto por Locke quanto por Montesquieu teve reflexo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa e que asseverava que “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”, o que posteriormente convencionou-se ser o conceito liberal de Constituição (NOVELINO, 2014, p. 357).

Já a visão contemporânea do princípio da separação dos poderes defende que a ampliação da atuação estatal ensejou uma nova forma de atuação e colaboração recíproca entre os poderes, tornando obsoleta a ideia de separação estrita entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário proposta por Montesquieu.

José Afonso da Silva (2005, p. 111) afirma que:

a Harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas.

Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro e especialmente dos governados.

Para João Mauricio Adeodato (2009, p. 291) existem três fatores que são determinantes para que a tradicional separação de poderes defendida por Montesquieu seja considerada ultrapassada, quais sejam: “a progressiva diferenciação entre texto e norma; a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário”.

No Estado Democrático de Direito é imperiosa a efetiva observância do princípio da separação dos poderes, como mecanismo de controle da atuação estatal. Como aduz Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 219):

atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais.

Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir.

Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou a um grupo

em particular. Só depois de emitir a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais.

O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

O fato é que a CRFB-88 (BRASIL, 1988a) estabeleceu, em seu artigo 2^o⁹², o princípio da separação dos poderes, caracterizando-o como cláusula pétrea⁹³, bem como criou um mecanismo institucional voltado à garantia da independência entre tais poderes, cuja finalidade é a existência de um sistema de “freios e contrapesos” no qual o principal objetivo é coibir a atuação arbitrária e abusiva dos entes governamentais pertencentes a qualquer um dos poderes da Federação, respeitando-se, todavia, as prerrogativas e faculdades que se lhes competem individualmente (NOVELINO, 2014, p. 358).

Alexandre de Moraes (2007, p. 69), ao tratar do artigo 2^o da CRFB-88 afirma que:

A Constituição Federal, visando principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado (CF, arts 44 a 126), bem como da instituição do Ministério Público (CF, arts. 127 a 130), independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Isto posto, é evidente que vigora no Brasil o princípio da separação dos poderes nos termos da doutrina moderna.

No entanto, este princípio não impede, ou melhor, não afasta o exercício do controle jurisdicional, também estabelecido pela CRFB-88, nas situações em que reste caracterizada a atuação arbitrária e abusiva dos órgãos governamentais, como detalhadamente explanado logo adiante.

⁹² Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988a)

⁹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4^o Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes; (Ibidem)

3.3 O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o Estado de Direito e a legitimidade do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é um dos pilares do Estado de Direito e está positivado no ordenamento jurídico pátrio, na CRFB-88, em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988a)

Trata-se do sistema de jurisdição una, que reserva ao Judiciário o monopólio da função jurisdicional.⁹⁴

No presente trabalho tratar-se-á especialmente do controle jurisdicional dos atos normativos das agências reguladoras, como entes estatais que são e da obrigatoriedade de que tais atos sejam invalidados caso reste confirmada sua ilegalidade.

Mesmo porque, não haveria qualquer sentido em vincular a Administração Pública à lei se os atos por esta praticados não estivessem sujeitos ao controle de um órgão imparcial, como é o caso do Poder Judiciário.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 124) preceitua que o artigo 5º, inciso XXXV da CRFB-88, além de representar o fundamento para o sistema de jurisdição una vigente no país, também atribui ao Poder Judiciário a competência para o exercício do controle dos atos administrativos:

No Direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Isto é, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição. Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário, para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados.

É ao Poder Judiciário, e só a ele, que cabe resolver definitivamente sobre qualquer litígio de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, que no que se atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos

⁹⁴ Maria Sylvania Zanella di Pietro (2014, p. 827) afirma que “O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição uma, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada”

inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá condenações pecuniárias cabíveis.

Conforme explica Hely Lopes Meirelles (2008. p.962-963), citado na obra de Edmir Netto de Araújo (2014, p. 1288), o controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração Pública:

[...] trata-se de revisão jurisdicional, normalmente realizada *a posteriori*, e que tem por objeto a verificação da legalidade, seja no aspecto formal, seja quanto aos aspectos da competência, finalidade e forma do ato do agente administrativo que, sob aparência de formalmente regular na realidade venha a encobrir abuso ou desvio de poder.

Como já tratado anteriormente no presente trabalho, no passado prevalecia a tese de que o Poder Judiciário não possuía legitimidade para realizar o controle do mérito dos atos administrativos, em virtude da interpretação que se fazia, à época, do princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, não cabia ao Poder Judiciário a análise do mérito do ato administrativo, no que se referia à sua motivação, finalidade, oportunidade e conveniência.

Com o surgimento da “doutrina da vinculação positiva”, que reconhece que a atuação da Administração Pública deve ser delimitada pela lei, passou-se, então, a aceitar que os atos administrativos estivessem sujeitos ao controle de legalidade (DI PIETRO, 2007, p. 2).

O conceito da discricionariedade administrativa também sofreu alterações ao longo do tempo e, como já abordado em tópico próprio, atualmente é cediço que a ausência de legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, lealdade, boa-fé e igualdade nos atos praticados pela Administração Pública, ainda que em sua atuação discricionária, ensejará a sua invalidação (MELLO, 2010, p. 80).

Edmir Netto de Araújo (ARAÚJO, 2014, p. 1298) assevera que os limites de controle jurisdicional devem ser observados em cada caso concreto, por tratarem-se de matéria extremamente subjetiva, cujos parâmetro mínimo e máximo são, respectivamente, a vinculação e a discricionariedade, muito embora afirme que não restam dúvidas de que o controle jurisdicional deve incidir sobre os atos discricionários da Administração Pública.

E esse controle engloba, portanto, os atos praticados pelas agências reguladoras, porquanto a imunidade da interferência do Poder Judiciário se aplica à valoração interna do ato, podendo, porém, a lei determinar a competência do Judiciário para controlar esses atos administrativos, ainda na esfera discricionária de atuação do Poder Executivo, que, repise-se, deve ser sempre vinculada aos limites legais. (ARAÚJO, 2014, p. 1298)

Assevera, ainda, que é prerrogativa do Poder Judiciário a decisão final em caso de lesão aos direitos dos administrados, decisão essa de caráter irrevogável e coercitivo (ARAÚJO, 2014, p. 1365).

Maria Sylvia Zanella di Piettro (2014, p. 828) engrossa esse posicionamento ao afirmar que “nos casos concretos, poderá o Poder Judiciário apreciar a legalidade ou constitucionalidade dos atos normativos do Poder Executivo”.⁹⁵

Muito embora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional esteja expressamente disposto na CRFB-88, há que se ressaltar que sua existência antecede tal dispositivo constitucional.

Esta afirmação decorre do fato de que a normatização do controle jurisdicional ocorreu cerca de 20 anos antes da promulgação da CRFB-88, quando da edição da positivação da Ação Popular por meio da Lei 4.717/1965, lei essa que autoriza expressamente o poder judiciário a exercer o controle do mérito dos atos administrativos discricionários.⁹⁶

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 12), em citação à obra de Cândido Dinamarco:

foi a ação popular que abriu o caminho do Judiciário em relação ao controle do mérito do ato discricionário, devendo-se a ela a desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo, provocando a ‘sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo.

⁹⁵ Assevera a autora, porém, que, nesses casos, a decisão produzirá efeitos somente entre as partes, observada a maioria absoluta dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, nos exatos termos do artigo 97 da CRFB-88. (DI PIETRO, 2014, p. 828)

⁹⁶ Ada Pellegrini Grinover afirma que “o controle da moralidade administrativa, por via da ação popular, não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade”

GRINOVER, A. P. **O Controle das Políticas Públicas pelo Judiciário**. Rev. Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.

Os Tribunais pátrios acompanham a doutrina no que se refere à legitimidade do controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos e, mais do que isso, reconhecem também que, além do controle do mérito propriamente dito, o Poder Judiciário deve analisar sua oportunidade e conveniência.⁹⁷

Em acórdão relatado pela Ministra Eliana Calmon, afirmou-se que “na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”.⁹⁸

Aduz referida Ministra, que a CRFB-88 ensejou uma verdadeira revolução no Direito Administrativo brasileiro, a partir do momento que o Estado Social e Democrático de Direito superou o modelo de Estado Liberal concebido durante o que se denominou de Era Vargas, porque o dito Estado Liberal não possuía qualquer relação com a vida social, econômica e religiosa dos cidadãos, devendo permanecer presente para garantir-lhes independência e fazendo com que a sociedade atuasse “como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente”.

Com a promulgação da CRFB-88, o novo modelo de Estado que se propôs “emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os”⁹⁹, acarretando a

multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.¹⁰⁰

E é em decorrência dessa análise sociológica que se fundamenta a afirmação de que cabe ao Poder Judiciário a análise tanto da conveniência quanto da oportunidade do ato administrativo, ainda que adentrando no caráter discricionário da atuação da Administração Pública, uma vez que tanto a evolução da sociedade quanto a evolução do Direito Administrativo *per se* legitimam o exercício do controle jurisdicional do ato administrativo não somente no que se refere à sua legalidade, mas

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 429.570/GO 2002/ 0046110-8**. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. em 11/11/2003 [2003a]. DJe 22/03/2004.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 493.811/SP 2002/0169619-5**. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. em 11/11/2003. [2003b]. DJe 15/03/2004.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 493.811/SP 2002/0169619-5**. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. em 11/11/2003. [2003b]. DJe 15/03/2004.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 493.811/SP 2002/0169619-5**. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. em 11/11/2003. [2003b]. DJe 15/03/2004.

também no que diz respeito à sua essência, culminando em sua invalidação se constatados vícios insuperáveis.

Por todo o acima exposto, resta indubitável que o Poder Judiciário não só pode, como de fato deve realizar, ainda que de forma residual¹⁰¹, o controle dos atos praticados pela Administração Pública, mais precisamente das agências reguladoras, foco principal do presente trabalho. Cabe, no entanto, discutir o limite deste controle, o que se fará a seguir.

3.4 O limite do controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras

Como já exposto, os atos praticados pelas agências reguladoras são, indiscutivelmente, passíveis de controle jurisdicional, sendo imprescindível que o Poder Judiciário, responsável por exercer este controle, o faça de forma independente e definitiva, ao que a doutrina denomina de *last enforcing power*¹⁰², a fim de garantir a efetividade de sua atuação (MOREIRA NETO, 2014, p. 329).

As agências reguladoras estão sujeitas ao controle de seus atos, até porque esta é uma das premissas do Estado de Direito.¹⁰³ E o controle externo exercido pelo Poder Judiciário objeto deste trabalho, é essencial à garantia da submissão destes entes governamentais à lei, inclusive no que se refere ao mérito do ato administrativo, como será melhor demonstrado a seguir.

¹⁰¹ Sérgio Varella Bruna assevera que o controle dos atos administrativos exercido pelo Poder Judiciário é realizado de forma residual, “tendo em vista que deverá ser exercido nos casos em que a correção do ato abusivo tenha escapado aos controles administrativo e legislativo, restando ao judiciário a tarefa de corrigir os excessos ou desvios de poder eventualmente ocorridos”.

BRUNA, S. V. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 262.

¹⁰² Poder decisório final – tradução livre

¹⁰³ Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007, p. 2) explica “que a ideia de Estado de Direito, desde suas origens, é inseparável da ideia de controle. Há Estado de Direito, não só quando a Administração Pública se submete à lei, mas também quando haja instituições hábeis para garantir essa sujeição à lei. Há que se lembrar que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público, caracterizado por dois aspectos opostos e conflitantes: de um lado as prerrogativas do poder público, que lhe asseguram supremacia sobre o particular, nos limites postos pelo ordenamento jurídico; de outro lado os direitos dos cidadãos, que têm que ser protegidos contra as ilegalidades, as arbitrariedades, os desmandos da Administração.

3.4.1 As formalidades do procedimento regulatório e seu controle jurisdicional

Como já mencionado, a legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras repousa na participação popular¹⁰⁴, durante o procedimento regulatório. É justamente essa participação que permite a adoção das medidas mais adequadas para a proteção do interesse coletivo de determinado setor regulado.

No entanto, para que seja efetiva, a participação popular no procedimento regulatório deve considerar tanto os interesses e sugestões dos atores que atuam no setor regulado, quanto daqueles que possuem interesses que podem vir a ser afetados pela norma advinda da agência reguladora competente. Caso contrário, poder-se-á alegar a ilegitimidade desse ato normativo.

Dessa forma, o papel do Poder Judiciário ao realizar o controle das formalidades do procedimento regulatório é o de garantir a efetividade da participação dos entes regulados, bem como o de assegurar ao setor regulado a análise de todas as contribuições apresentadas durante referido procedimento, bem como a sua aplicação à norma posteriormente expedida, se pertinentes.

Além da participação do setor regulado no processo de elaboração do ato normativo, há que se observar a motivação para sua expedição.

A motivação do ato administrativo é requisito inerente à sua validade e eventual inexistência de motivação, ou motivação insuficiente ou disfarçada ensejará a nulidade de referido ato, nulidade esta que, em última instância deve ser declarada pelo Poder Judiciário.

Como assevera Sergio Resende de Barros ([2010b, p. 3]), ao discorrer sobre a motivação como princípio da Administração Pública, em artigo que trata do controle judicial das políticas públicas:

¹⁰⁴ Sobre a participação popular no âmbito da atuação das agências reguladoras, cite-se o artigo 31, §1º, da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), que regula o processo administrativo na esfera federal: “Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.” Ainda, via de regra, a lei de criação de cada agência reguladora traz, também, a previsão da participação popular. Especificamente no caso da ANAC, a Lei nº 11.182/05 (BRASIL, 2005) preceitua, em seu artigo 27 que “As iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC”.

[...] a discricionarietà administrativa está hoje reduzida a uns poucos casos em que a opção do administrador é livre no sentido de prescindir de justificação. Sobretudo no caso das políticas públicas, cujos princípios são fixados preferentemente na Constituição ou, no mínimo, em leis imediatamente infraconstitucionais, a motivação da conduta comissiva ou omissiva da administração pública é exigível, “sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados”, como asseverou Rodolfo de Camargo Mancuso na sua definição supratranscrita. Pelo que, o juiz não só pode e deve apreciar os motivos, mas até ordenar que o administrador público proceda à motivação do seu ato, se ainda não a fez, sob pena de ser anulado pelo Judiciário por ausência de motivos. Em suma, constitui um indeclinável poder-dever do juiz sindicarem os motivos determinantes dos atos administrativos que consubstanciem a formulação e a execução dos programas governamentais enformados pelas políticas públicas.

Isto posto, não há dúvidas de que é dever-poder do Poder Judiciário o exercício do controle dos atos normativos das agências reguladoras, escopo do presente trabalho, também quando tratar-se da motivação desses atos, nos exatos termos do disposto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB-88, sendo, portanto, a motivação dos atos administrativos uma importante ferramenta de referido controle jurisdicional.

Não obstante, há que ressaltar que nem todo vício ensejará a nulidade do ato normativo, mas somente aqueles que causem real prejuízo à parte, conforme preceitua a doutrina do *pas de nullité*¹⁰⁵, corroborada pelas palavras de Egon Bockmann Moreira (2010, p. 217):

A nulidade não deve ser decretada se não houver prejuízo real à parte que a alega. O sistema de nulidades processuais não pode ser compreendido em abstrato, como um fim em si mesmo, mas é construído na defesa do processo e das partes que nele interagem. Para sua aplicação exige a configuração de dano efetivo, que prejudique o processo em si ou seus sujeitos (Administração e particulares interessados).

Ressalte-se que o entendimento do STJ segue esta mesma corrente, de que se faz necessária a demonstração do prejuízo efetivo da parte que o alega, para que o ato administrativo atacado seja declarado nulo.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Doutrina que assevera que não há nulidade sem prejuízo.

¹⁰⁶ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS CAPAZES DE MACULAR A LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

[...]

Resta evidente, portanto, que vícios sanáveis, ainda que posteriormente à prática do ato, não acarretarão a sua anulação.

Cite-se, como exemplo, a abertura de audiência pública para discussão da expedição ou alteração de determinada norma por parte de uma agência reguladora, sem que a publicação da íntegra da norma proposta tenha sido previamente disponibilizada a todos os interessados.

É fato que não há como os interessados se manifestarem sobre tal norma sem mencionada publicação. Porém, caso a agência reguladora corrija a falha com antecedência suficiente à participação popular no procedimento regulatório, sem que ocorra qualquer prejuízo às partes interessadas, não haverá motivos para que todo o procedimento seja anulado.

Se muito, dever-se-á prorrogar o prazo para as contribuições, de modo que todos aqueles que possam vir a ser afetados pelo atraso na publicação em comento tenham tempo razoável para se manifestarem quanto à norma proposta pelo ente regulador.¹⁰⁷

3.4.2 O controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos

Restou evidenciado no presente trabalho, que o mérito do ato administrativo está consubstanciado “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração Pública, incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar” (MEIRELLES, 2007, p. 155).

Em outras palavras, o mérito do ato administrativo representa o poder de decisão da Administração Pública, entre duas ou mais opções legais, analisando os

6. A declaração de possíveis nulidades no processo administrativo disciplinar, segundo o princípio da instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*), depende da efetiva demonstração de prejuízos à defesa do servidor.

(MS 14.502/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 24/02/2016, DJe 02/03/2016)

¹⁰⁷ Quando o ato é de interesse público, como são todos os atos administrativos, não se pode deixar ao arbítrio das partes ou do administrador público sua manutenção ou invalidação, porque restaria ofendido o princípio da legalidade e legitimidade administrativa: admite-se, entretanto, a “correção de mera irregularidade que não torna o ato nulo nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até sua ratificação.” ARAÚJO. E. N. **Curso de Direito Administrativo**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528.

critérios de conveniência e oportunidade que se lhe apresentem em determinada circunstância.

Não obstante, como já asseverado, ainda que se trate de ato discricionário, a Administração Pública, o que engloba também as agências reguladoras, estará sempre vinculada à lei.

Para Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 42):

[...] a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta pré-fixada, porém aceita pelo Direito.

Nessa esteira e em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em que pese a corrente doutrinária divergente, que afirma que a análise das questões relacionadas à motivação¹⁰⁸ e à finalidade¹⁰⁹ do ato administrativo representam, na realidade, o controle de legalidade, não se confundindo com o mérito

¹⁰⁸ Ao discorrer sobre o controle jurisdicional da motivação dos atos administrativos, Miguel Seabra Fagundes analisou a possibilidade de revisão jurisdicional de provas colhidas em processo administrativo disciplinar movido em face de servidores públicos, a fim de verificar se a penalidade que lhes foi imposta estaria de acordo com o resultado da apuração realizada no inquérito administrativo e concluiu que “Conquanto a demissão se processo no âmbito interno da Administração Pública, que apura a falta e aplica a penalidade, uma vez levado o ato ao conhecimento do Poder Judiciário, os tribunais entram no exame do inquérito, fundamento da medida, quer para constatar se foi feio como manda a lei, quer para aferir a conformidade do ato com o que se apurou no processo. A primeira questão é manifestamente de legalidade, a segunda, entretanto, poderá parecer de mérito. Mas não é. O judiciário de limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração de funcionário”. FAGUNDES, M. S. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. rev. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 182-183, nota de rodapé 127.

¹⁰⁹ Miguel Seabra Fagundes (FAGUNDES, 2004, p. 190, nota de rodapé 128) afirma que “A finalidade do ato é examinada como aspecto da legalidade, tendo-se em vista verificar se a Administração Pública agiu ou não com o fim previsto na lei. Indaga-se da finalidade para apurar se o ato administrativo foi praticado para alcançar o fim desejado pelo texto legal. A desvirtuação de finalidade (*détournement de pouvoir* do direito francês) pode tornar o ato ilegal. Aqui, o exame da legalidade quase chega ao mérito. Há porém, um sutil limite que se não deve esquecer. O julgamento examina se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi praticado segundo os fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o melhor. Enquanto se discute se o fim do ato foi o querido pela lei, há uma simples questão de legitimidade. Só haveria exame do mérito se se quisesse discutir o acerto do ao pelo bom uso da competência, em face das necessidades coletivas”

de referido ato em si próprio, o presente trabalho defende a posição de que o mérito do ato administrativo deve ser controlado pelo Poder Judiciário, como garantia da manutenção do Estado Democrático de Direito.

Até mesmo porque, defender uma posição contrária seria o mesmo que garantir irrestrita proteção às agências reguladoras para a prática de atos, ainda que em desacordo com o interesse público, sob o disfarce de suposta discricionariedade, o que não se pode admitir.¹¹⁰

Neste sentido assevera José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 398):

Os princípios de interdição à arbitrariedade, os princípios da razoabilidade, da racionalidade, da proporcionalidade, constituem um marco constitucional, isto é, exigência constitucional sob o atuar administrativo. Pode-se deduzir que o controle jurisdicional para a verificação da decisão discricionária tem esse objetivo de responder aos interesses gerais, por meio de controle de existência da motivação, da coerência e da lógica, examinando-se a relação entre a decisão administrativa e a realidade [...] A decisão responde a interesses gerais, não é arbitrária, desde que a escolha realizada pela Administração entre as diversas alternativas passíveis de serem seguidas esteja baseada em critérios políticos, étnicos, econômicos, sociais, de economicidade, entendidos de conformidade com pressupostos dos princípios; em todas essas situações deve-se garantir ao cidadão a tutela judicial e efetiva.

Portanto, o Poder Judiciário, sempre que instado a fazê-lo, tem o dever-poder de atuar também no controle do mérito do ato administrativo, o que abrange os atos normativos das agências reguladoras, a fim de garantir, sobretudo, a prevalência do interesse público.

Este também é o entendimento da jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. DEPENDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE EM MANDADO DE SEGURANÇA. REDUÇÃO EM 50% DA JORNADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ATENÇÃO À REALIDADE LOCAL E ÀS NECESSIDADES DO SERVIÇO. DISCRICIONARIEDADE NA ESCOLHA DAS ALTERNATIVAS POSSÍVEIS.

[...] 4. É certo que a jurisprudência do STJ entende que o Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, além de aferir a legalidade dos aspectos formais do procedimento, pode anular ou reformar atos administrativos quando

¹¹⁰ Para Celso Antônio Bandeira de Mello “dentre os controles o mais importante, evidentemente, é o que se efetua, a pedido dos interessados, por meio do Poder Judiciário. Quando se trata de contrastar a conduta administrativa vinculada com as normas que a presidem, não se propõem dificuldades jurídicas de monta. Quando, todavia, a Administração atuou fundada em norma da qual decorreria algum espaço de discricionariedade administrativa, o exame da legitimidade de sua ação pode se tornar tormentoso. Com efeito, tratar-se-á, aí, de verificar se, a pretexto de exercitar a discricionariedade, de que efetivamente dispunha, não ocorreu uma extrapolação dela.” (MELLO, 2019, p. 988).

contrários aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Entretanto, no caso concreto, há lacunas a serem preenchidas não com a aplicação direta de normas impositivas, mas com a apreciação discricionária das circunstâncias do caso posto.¹¹¹

Ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SÚMULA 7/STJ. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. NÃO INFRINGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação em que o recorrente alega que o acórdão do Tribunal Regional violou o princípio da separação dos poderes ao emitir juízo de valor no mérito administrativo da sanção imposta pelo Conselho Regional de Medicina.

[...]

3. A jurisprudência do STJ entende que o Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, além de aferir a legalidade dos aspectos formais do procedimento, pode anular ou reformar sanções aplicáveis à conduta do servidor quando contrárias aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.¹¹²

Nos dois casos retromencionados, ambos recentemente decididos pelo STJ, afirma-se que ao Poder Judiciário cabe o controle do mérito dos atos administrativos, a fim de reestabelecer a proporcionalidade e a razoabilidade da conduta da Administração Pública.

E não há que se falar que a análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário possa vir a representar eventual conflito entre os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Mas, para aqueles que entendam pela ocorrência de referido conflito, é importante lembrar a técnica de ponderação desenvolvida por Robert Alexy (2008, p. 92), cujo objetivo é o de interpretar os princípios adequando-os a cada caso concreto, para que não haja supremacia de um determinado princípio sobre qualquer outro.

Referido autor observa que cabe ao julgador do caso concreto a busca por uma decisão racional quando houver um conflito entre princípios constitucionais garantidores de direitos e garantias fundamentais, sendo que o parâmetro, nessas

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no MS nº 24.635/DF**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, Brasília, DF j. em 12 de junho de 2019. [2019b], DJe 01/07/2019.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1762260/SP 2018/0159082-8**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Brasília, DF, j. em 27 de novembro de 2018, DJe 11/03/2019.

situações deve ser o princípio da proporcionalidade – subdividido em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008 p. 116-118).

Afirma ainda, que a opção do julgador deve ser pelo princípio que satisfaça um “dever ideal”, realizando-o “na maior medida possível”, ao que denomina de “lei da ponderação”, lei esta que preceitua que quanto maior o nível de descumprimento de um determinado princípio, maior importância deve ser dada ao efetivo cumprimento do outro princípio supostamente conflitante, consagrando a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008 p. 116-118).

Mencionada técnica é reconhecida também no território nacional. Para Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 69):

O juízo de ponderação é construído a partir da própria concretização do entendimento extraído de um determinado princípio, ocasionando, portanto, a densificação da referida norma *in concreto*. Desta forma, a prática da ponderação não gera a desqualificação e não nega a validade de um princípio preterido, mas, tão-somente, em virtude do peso menor apresentado em determinado caso, terá a sua aplicação afastada, não impedindo, portanto, a sua preferência pelo jurista em outra lide.

Diante de todo o acima exposto, conclui-se que a discussão acerca da possibilidade da realização do controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário é totalmente ultrapassada, uma vez que tanto a doutrina moderna quanto a jurisprudência pátria reconhecem a legitimidade de referido controle.

O mesmo se aplica à temática do suposto conflito entre os princípios da separação de poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional, devendo a análise do caso concreto resultar na aplicação do princípio que melhor se adequar à situação *sub judice*, naquela oportunidade.

3.4.3 O controle judicial como um mecanismo efetivo de fiscalização da atuação normativa das Agências Reguladoras – *Hard Look Doctrine*

Conforme exaustivamente demonstrado no presente trabalho, muito embora exista uma corrente doutrinária que defenda uma severa restrição aplicável ao controle jurisdicional do ato administrativo, sob o fundamento de que este controle deve ser exercido tão e somente no que se refere à sua legalidade, este estudo filia-

se ao entendimento de que o mérito do ato administrativo também está sujeito ao exercício deste controle, a fim de se evitar que a Administração Pública perpetre abusos e arbitrariedades em sua atuação.

Dito isso, defende-se, portanto, a posição de que referido controle jurisdicional se estende à atuação normativa das agências reguladoras, como medida de defesa dos interesses dos cidadãos, seja em caráter individual, seja em caráter coletivo.

Dessa forma, se determinada agência reguladora vier a expedir um ato normativo que desrespeite os ditames legais aos quais está vinculada, deverá o Poder Judiciário entrar em ação no caso concreto, a fim de impedir que este ato normativo maculado gere efeitos no ordenamento jurídico pátrio.

Ou, ainda, deve o Poder Judiciário atuar de forma a garantir a manutenção, no ordenamento jurídico, de norma que não apresente qualquer irregularidade em sua concepção.

Portanto, além de todos os outros mecanismos de controle da atuação das agências reguladoras¹¹³, sobre os quais não nos aprofundaremos por não estarem abrangidos no objeto ora em discussão, tem-se que o controle jurisdicional dos atos normativos das agências reguladoras é um importante instrumento de fiscalização de mencionada atuação, sobretudo para salvaguardar o interesse público, fim precípua da atividade da Administração Pública.

E não é possível tratar do controle jurisdicional das agências reguladoras, inclusive de sua função normativa, sem discorrer sobre a *Hard Look Doctrine*, originária do Direito estrangeiro, mais precisamente do APA, que determina expressamente que as Cortes Federais norte-americanas invalidem as decisões das agências classificadas como arbitrárias ou caprichosas.

Tal doutrina consiste em um método denominado de *hard look review*¹¹⁴, utilizado pelo Poder Judiciário norte-americano justamente para controlar a atividade normativa das agências reguladoras do país, principalmente visando a redução das chances de captura dessas agências pelo setor regulado.

¹¹³ A título de exemplo, citamos o controle interno por parte da própria Administração Pública, bem como o controle externo, que pode vir a ser exercido pelo Poder Legislativo, no qual se inclui o Tribunal de Contas, entre outros.

¹¹⁴ Assim como o termo *Hard Look Doctrine*, o termo *hard look review* será utilizado em inglês ao longo de todo o presente trabalho, por não apresentar termo equivalente em português.

Note-se que segundo a *Hard Look Doctrine* norte-americana, cabe ao Poder Judiciário a revisão, não somente dos aspectos procedimentais das agências reguladoras, mas também dos aspectos materiais, possibilitando uma significativa atuação jurisdicional como mecanismo de controle normativo de referidas agências, como assevera Patrick M. Garry (2017, p. 36-37):

A hard look doctrine evoluiu da própria natureza da revisão judicial. Diante do crescente número de processos relacionados à legislação administrativa, os tribunais, por sua vez, passaram a ser menos tolerantes e menos respeitosos com as decisões preferidas pelas agências. E, assim, mesmo que os preceitos da *hard look doctrine* violem o espírito do *Vermont Yankee*, estes preceitos foram usados como um ingrediente necessário à significativa revisão judicial. Portanto, a *Hard look doctrine* pode ser vista como um fator inerente à própria revisão judicial. De certa forma, referida doutrina representa um dever interno dos tribunais, decorrentes da sua função constitucional de revisão judicial, mais do que um dever externo do tipo que foi imposto pela APA, no que se refere ao relacionamento entre os tribunais e as agências administrativas (“tradução nossa”).¹¹⁵

Sergio Varella Bruna comunga deste entendimento ao afirmar que a *Hard Look Doctrine* aplicada no cenário estrangeiro apresenta um aspecto híbrido, pois engloba tanto os requisitos dos aspectos processuais quanto a razoabilidade da atuação da agência, o que resulta em uma “abordagem mais objetiva, orientada pelos princípios estabelecidos pelo próprio legislador para o exercício das competências legais atribuídas à autoridade administrativa” (BRUNA, 2003, p. 233), corroborando, portanto o caráter significativo do controle exercido pelo Poder Judiciário norte-americano.

Para referido autor, muito embora a regularidade do aspecto processual do ato seja de extrema importância, o aspecto material é ainda mais valioso quando se trata de evitar a atuação desarrazoada e abusiva das agências reguladoras, devendo o órgão julgador considerar, em sua análise do caso concreto e posterior decisão, “os

¹¹⁵ No original: “*The hard look doctrine has evolved from the very nature of judicial review. Facing increasing numbers of administrative law cases, the courts in turn have become less deferential and less of a rubber stamp on agency decisions. And so, even though the hard look standards arguably violate the spirit of Vermont Yankee, it has nonetheless been used as a necessary ingredient of “meaningful” judicial review. Hard look can thus be seen as inherent in the very process of judicial review. In a way, hard look represents an internal duty owed by the courts to the constitutional function of judicial review, rather than an external duty of the type imposed by the APA on the relationship between the courts and administrative agencies.*” GARRY, P. M. Judicial review and the “hard look” doctrine. *Revista de Direito Administrativo*, v. 275, p. 36-37, 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71645/69320>>. Acesso em 05 dez. 2019. doi: 10.12660/rda.v275.2017.71645.

elementos constantes dos autos e de sua confrontação com as finalidades legais a atingir” (BRUNA, 2003, p. 225).

E justamente em razão dessa valoração do aspecto material é que as agências reguladoras são tidas como “parceiras” do Poder Judiciário na análise, em maiores detalhes, dos casos concretos.

Para Martin Shapiro (1988, p. 52-73), todas as questões relevantes à tomada de decisão no âmbito regulatório devem ser consideradas, inclusive aquelas que se referem ao “custo-benefício” da medida regulatória em análise, cabendo às agências reguladoras auxiliarem na formação do convencimento dos tribunais, de que tomaram a medida mais adequada, diante das circunstâncias em apreço.

Neste ponto cabe ressaltar a importância do novo marco regulatório como instrumento de fortalecimento da atuação das agências reguladoras, já tratado no presente trabalho, na medida em que reforça a obrigatoriedade de uma análise preliminar e pormenorizada das autoridades de todos os impactos, sejam positivos ou negativos e que possam advir de uma nova norma, para que somente então, mediante justificativa fundamentada, decida-se pela expedição – ou não – de um ato normativo, o que certamente contribuirá para a evolução do processo regulatório em geral.

Outro ponto importante sobre a *Hard Look Doctrine* a ser destacado refere-se aos efeitos atribuídos à decisão judicial que declara determinado ato normativo ilegal.

Via de regra, mencionada decisão não possui caráter irremediável, mesmo que motivada por uma conduta abusiva da agência reguladora. Nessas situações, os tribunais usualmente retornam o processo à agência envolvida, para que se realize uma análise mais aprofundada e se apresentem maiores esclarecimentos acerca do processo regulatório conduzido (BREYER et al., 2011, p. 386-387).

Esta medida, entende-se, tem como objetivo aperfeiçoar o processo regulatório, inclusive evitando-se que se percam os estudos e trabalhos já realizados e que podem vir a ser aproveitados em um novo cenário, onde os vícios do expediente regulatório anterior já tenham sido sanados, proporcionando, em última análise, o aprimoramento da atuação do ente regulador, bem como maior eficácia nos desdobramentos de referida atuação.

Por tudo o que foi explicado, não restam dúvidas que, embora criticada por parte da doutrina estrangeira, que alega, entre outros fatores, que a revisão dos atos

normativos das agências reguladoras atrasa o processo regulatório¹¹⁶, a *Hard Look Doctrine* representa, de fato, um precioso e indispensável mecanismo de fiscalização da atuação desses entes da Administração Pública.

E justamente por tratar-se de um instrumento tão valioso na ratificação do processo regulatório conduzido pelas agências reguladoras norte-americanas, o presente trabalho discutirá, a seguir, se esse mesmo mecanismo de fiscalização pode ser aplicado também no cenário jurídico brasileiro.

3.4.4 A aplicabilidade da *Hard Look Doctrine* ao Direito Brasileiro

Diante de todos os argumentos retro expostos, não há dúvidas de que a *Hard Look Doctrine* deve ser aplicada no Direito Brasileiro, principalmente no que se refere à efetiva análise da real motivação das agências reguladoras quando da expedição de seus atos normativos.

Como já mencionado, essa doutrina defende, além da verificação de todas as provas e argumentos colacionados nos autos do processo, a realização de uma análise mais aprofundada dos motivos que levaram a agência reguladora a promover determinado expediente regulatório e que culminou em uma norma oponível a todo o setor regulado.

Nesse “novo modelo” de fiscalização, o Poder Judiciário adentraria profundamente no mérito do ato normativo, verificando em detalhes todos os

¹¹⁶ “Uma ilógica fundamental do Direito Administrativo é que os tribunais revisem de forma rigorosa as determinações políticas e de fato das agências reguladoras, mas adiam suas interpretações da lei. Presumivelmente, o oposto deveria ocorrer: os juízes deveriam prestar mais atenção à sua especialidade – a lei – e menos atenção às áreas nas quais não detém conhecimento específico, como, por exemplo, os aspectos técnicos e científicos. Esta não é, porém, a forma como a revisão judicial do processo decisório das agências é realizada. Ao invés de transferirem às agências o julgamento técnico, os tribunais revisam as determinações políticas e de fato, utilizando padrões arbitrários e caprichosos, que são frequentemente criticados por serem demasiado exigentes, acarretando, dessa forma, atrasos e inflexibilidade.” (“tradução nossa”). No original: “A fundamental illogic of administrative law is that courts strictly review agencies’ determinations of fact and policy but defer to their interpretations of law. 1 Presumably, the opposite should be the case: judges should pay closer attention to their specialty — the law — and less to areas in which they have no particular expertise, such as those with scientific and technical aspects. This is not, however, how judicial review of agency decisionmaking is practiced. Instead of deferring to agencies’ expert judgment, courts review agencies’ fact and policy determinations under an “arbitrary and capricious” standard that has been frequently criticized as being too demanding and therefore generating delays and ossification.”

RATIONALIZING Hard Look Review after the fact. Harvard Law Review, v. 122, n. 7, p. 1909-1930, 2009. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2009/05/rationalizing-hard-look-review-after-the-fact/>. Acesso em 05 dez. 2019.

elementos que ensejaram a expedição da norma em análise, avaliando, inclusive, todas as contribuições que foram apresentadas pelos interessados no decorrer das consultas públicas, bem como as justificativas da agência para acatar ou não tais contribuições.

Essa análise mais aprofundada do aspecto material da regulação permitiria uma maior segurança jurídica, na medida em que o Poder Judiciário teria maiores condições de julgar, não somente a conveniência e oportunidade da atuação da agência reguladora no caso concreto, mas também a existência de eventual violação aos princípios que regem a Administração Pública, entre eles a razoabilidade e proporcionalidade, assim como aos direitos das partes afetadas pela regulação.

Vale ainda mencionar que a efetiva participação da agência reguladora no curso do processo judicial, colaborando com dados e informações essenciais ao convencimento do órgão julgador seria de extrema relevância ao processo decisório, pois traria aos autos deste processo elementos que poderiam passar despercebidos aos olhos do Poder Judiciário, caso não oportunizada mencionada participação.

Alie-se a isso o fato de que, como já mencionado, todo o material proveniente de um processo regulatório desafiado em juízo poderia ser reaproveitado em um novo momento deste processo, trazendo maior eficiência e eficácia à atuação das agências reguladoras, o que também representa redução de custos aos cofres públicos.

Em última instância, a aplicabilidade da *Hard Look Doctrine* no cenário nacional representaria uma modernização e quiçá o fortalecimento do sistema de freios e contrapesos defendido pela doutrina pátria, possibilitando uma fiscalização mais efetiva da conduta das agências reguladoras, cuja consequência direta seria a menor incidência de atos abusivos e arbitrários, voltados à defesa de interesses particulares em detrimento do interesse público.

Como observa Fábio Nusdeo (1995, p. 94), “os grupos de interesse tendem, desde logo, a capturar as agências reguladoras. Estas nem sempre se destinam a proteger o público, mas podem vir a significar uma defesa e proteção para os empresários do setor”, chegando até a ocasionar o que o autor define como uma flexibilização da fiscalização e do controle do setor regulado que devem ser precipuamente realizados pelas agências.

Logo, quanto mais amplo for o alcance do controle jurisdicional dos atos normativos da agência reguladoras, mais efetivo será o seu resultado e, via de consequência, menor será a possibilidade de captura dessas agências pelo setor regulado.

Ou ainda, se porventura essa captura venha a ocorrer, maiores serão as chances de que os responsáveis sejam exemplarmente penalizados, objetivando coibir a continuidade de práticas ilegais.

E essa medida fortaleceria sobremaneira o setor regulado, principalmente pela manutenção da isonomia nas relações entre os empresários atuantes no setor e os cidadãos destinatários dos serviços prestados, resguardada a real supremacia do interesse público.

Ultrapassada essa breve análise sobre a aplicabilidade da *Hard Look Doctrine* no Direito Brasileiro, discorrer-se-á, a seguir, sobre um caso concreto de controle jurisdicional sobre a atuação da ANAC, em que a análise detalhada de todos os elementos e justificativas que ensejaram a expedição de um ato normativo foi determinante à sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio, corroborando a legitimidade e, via de consequência, fortalecendo sua atuação no processo regulatório.

3.4.5 Análise de um caso concreto de controle jurisdicional da atuação das Agências Reguladoras: A Resolução ANAC 400/2016 x Ação Civil Pública nº 081636341.2016.4.05.8100

Analisar-se-á, a seguir, um caso concreto recente, em que o controle jurisdicional de um ato normativo emanado de uma agência reguladora foi imprescindível para a defesa do interesse público.

Cabe ressaltar que o caso a ser analisado no presente trabalho foi escolhido justamente por representar a atuação do Poder Judiciário no processo regulatório da ANAC e que culminou na manutenção do ato normativo atacado, como será melhor detalhado a seguir.

Assim, o que se pretende demonstrar neste estudo é que cabe ao Poder Judiciário não somente invalidar atos normativos que não estejam de acordo com o

ordenamento jurídico pátrio, mas também reforçar a validade daqueles atos que tenham sido praticados em estrita consonância com os ditames legais, atuando, portanto, de forma a garantir a segurança jurídica e, sobretudo, o interesse público, o que corrobora a importância da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre os atos das agências reguladoras, especialmente os de cunho normativo.

Mencionado caso concreto trata-se da discussão envolvendo a Resolução ANAC 400/2016, publicada no Diário Oficial da União em 14 de dezembro de 2016 e que dispõe acerca das Condições Gerais de Transporte (ANAC, 2016).

A referida resolução tem sido objeto de discussão judicial desde sua publicação, inclusive no que se refere à sua Seção V, que trata do transporte de bagagens, mais especificamente em virtude da desregulamentação da franquia obrigatória de bagagem despachada que até então vigia no país.

No entanto, para que se possa analisar este caso concreto, faz-se necessário discorrer brevemente acerca de mencionada franquia obrigatória de bagagem despachada¹¹⁷, que até então encontrava-se regulada, principalmente¹¹⁸, pela Portaria 676/GC-5/2000 (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2000).

Conforme os artigos 37 e seguintes de mencionada portaria (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2000), as companhias aéreas eram obrigadas a conceder aos passageiros uma franquia mínima de bagagem despachada em suas aeronaves:

Da Franquia de Bagagem

Art. 37. Nas linhas domésticas, a franquia mínima de bagagem por passageiro é de:

- a) 30 (trinta) quilos para a primeira classe; a) trinta quilos para a primeira classe, nas aeronaves acima de 31 assentos; (Redação dada pela Portaria N° 689/GC5, de 22 de junho de 2005)
- b) 20 (vinte) quilos para as demais classes; e b) 23 quilos para as demais classes, nas aeronaves acima de 31 assentos; (Redação dada pela Portaria N° 689/GC5, de 22 de junho de 2005)

¹¹⁷ Por franquia despachada entenda-se as bagagens que são transportadas nos porões das aeronaves e não aquelas que os passageiros carregam consigo na cabine da aeronave, denominadas de bagagem de mão.

¹¹⁸ Diversas normas complementares foram expedidas pelo DAC, regulamentando o sistema de peças e peso, para o transporte de bagagem despachada. Como exemplo citamos a Norma de Serviço Aéreo Internacional (NOSAI) CT-011, cujo objeto tratava-se da regulamentação de bagagem por peça. A referida norma estabelecia, entre outras franquias, a franquia obrigatória de 2 malas de 32 quilos cada, para os voos de/para o Brasil e os Estados Unidos.

DAC. **Norma de Serviço Aéreo Internacional nº CT-011; Ofício nº 342/PL-3/ de 20 de setembro de 2000.** Trata da regulamentação de bagagem por peça. Brasília: DAC. [2000]. Disponível em: <https://www2.anac.gov.br/imprensa/historicoaviacaocivil.asp>. Acesso em 07 jan. 2020.

c) 10 (dez) quilos para as aeronaves de até 20 (vinte) assentos. c) dezoito quilos para as aeronaves de 21 até trinta assentos; e (Redação dada pela Portaria N° 689/GC5, de 22 de junho de 2005)

d) dez quilos para as aeronaves de até vinte assentos; (Incluída pela Portaria N° 689/GC5, de 22 de junho de 2005)

§1º A franquía de bagagem não pode ser usada para transporte de animais vivos. (Parágrafo renumerado pela Portaria N° 689/GC5, de 22 de junho de 2005)

§ 2º A soma total do peso das bagagens de passageiros não pode ultrapassar os limites contidos no Manual de Vôo da Aeronave. (Incluído pela Portaria N° 689/GC5, de 22 de junho de 2005)

§ 3º Em voos com conexão, deverá prevalecer a franquía de bagagem referente à aeronave de menor capacidade. (Incluído pela Portaria N° 689/GC5, de 22 de junho de 2005)

Art. 38. Nas linhas internacionais, o franqueamento de bagagem será feito pelo sistema de peça ou peso, segundo o critério adotado em cada área e na conformidade com a regulamentação específica.

Art. 39. Nas linhas domésticas em conexão com linhas internacionais, quando conjugados os bilhetes de passagem, prevalecerá o sistema e o correspondente limite de franquía de bagagem, estabelecido para as viagens internacionais.

Pois bem. Após diversos estudos realizados pela ANAC, que contaram inclusive, com a efetiva participação popular, por meio da Audiência Pública nº 03/2016, a Portaria 676/GC-5/2000 foi revogada, tendo sido substituída pela Resolução ANAC 400/2016 (ANAC, 2016).

Um dos pontos dessa resolução que causou maior impacto na sociedade e que até hoje enseja calorosas discussões, sem sombra de dúvidas refere-se à desregulamentação da franquía obrigatória de bagagem despachada, nos termos do artigo 13 da Resolução ANAC 400/2016 (ANAC, 2016), o que equivale à extinção da obrigatoriedade de que as companhias aéreas garantissem aos passageiros o transporte de malas despachadas, nos termos da regulamentação específica.¹¹⁹

Conforme disposto no artigo 13 e seguintes da Resolução ANAC 400/2016 (ANAC, 2016), a única franquía mínima de bagagem obrigatória a partir do início da vigência de mencionada norma consubstancia-se em 10 quilos de bagagem de mão, por passageiro:

Art. 13. O transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador.

§1º A bagagem despachada poderá sofrer restrições, nos termos desta Resolução e de outras normas atinentes à segurança da aviação civil.

¹¹⁹ A NOSAI CT-011 é um dos exemplos dessa regulamentação específica (DAC, 2000)

§2º As regras referentes ao transporte de bagagem despachada, ainda que realizado por mais de um transportador, deverão ser uniformes para cada trecho contratado.

Art. 14. O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte.

§1º Considera-se bagagem de mão aquela transportada na cabine, sob a responsabilidade do passageiro.

§2º O transportador poderá restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão por motivo de segurança ou de capacidade da aeronave.

Art. 15. O transportador deverá informar aos usuários quais bagagens serão submetidas a procedimentos especiais de despacho, em razão de suas condições de manuseio ou de suas dimensões.

§1º As bagagens que não se enquadrarem nas regras estabelecidas pelo transportador, conforme o *caput* deste artigo, poderão ser recusadas ou submetidas a contrato de transporte de carga.

§2º O transporte de carga e de animais deverá observar regime de contratação e procedimento de despacho próprios.

Diversos setores da sociedade se voltaram contra a desregulamentação da franquia de bagagem despachada, o que culminou na propositura de diversas demandas judiciais em vários estados brasileiros e cuja discussão foi posteriormente concentrada nos autos da ACP nº 0816363-41.2016.4.05.8100, proposta pelo Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor ¹²⁰, processo originariamente instaurado na Justiça Federal do Estado do Ceará e que tramita atualmente perante o TRF-5.¹²¹

O cerne principal dessa ação judicial, em uma breve síntese, trata-se do pedido formulado pelo Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor, de que restasse declarada a nulidade de diversos artigos da norma expedida pela ANAC, entre eles o artigo 13 retromencionado, por violação ao CDC e ao CC.

De acordo com os autos, resumidamente, o Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor argumenta que parte das previsões da Resolução ANAC 400/2016 são ilegais e prejudiciais aos consumidores.

¹²⁰ Há que se ressaltar que a princípio, o objeto da ação civil pública em comento não tratou especificamente da franquia de bagagem, tema mais combatido até os dias atuais, como já mencionado, mas, por ter se tornado o juízo prevento para decidir sobre todas as impugnações judiciais da Resolução ANAC 400/2016 (ANAC, 2016) a 10ª Vara da Justiça Federal do Ceará foi o responsável por declarar a integral legalidade da norma expedida pela Agência.

¹²¹ Apenas a título de informação, o juízo da 10ª Vara Federal do Estado do Ceará foi considerado prevento e, por essa razão, todas as demais ações propostas no país objetivando a invalidação da Resolução ANAC 400/2016 foram reunidas nos autos da ACP nº 0816363-41.2016.4.05.8100.

Trata-se, portanto, de uma clara situação em que a função normativa da ANAC, como agência reguladora que é, foi desafiada judicialmente, com base no argumento de defesa do interesse público.

Como já asseverado neste trabalho, cabe ao Poder Judiciário analisar casos concretos como o ora discutido, a fim de assegurar a validação de atos normativos legítimos e legais, assim como de invalidar aqueles que contrariam o ordenamento jurídico.

E foi justamente isso o que o juízo da 10ª Vara Federal do Estado do Ceará fez. Em sentença proferida em março de 2017¹²², o juiz federal Alcides Saldanha Lima asseverou que:

Constata-se, pelas alegações da parte autora, assim como por aquelas do MPF, que há uma presunção de que a mera desregulamentação acerca de alguns dispositivos relativos ao transporte aéreo de pessoas, ou a modificação de alguns desses regramentos por parte da ANAC, ensejará prejuízos aos consumidores em geral, o que não se pode concluir de antemão pela mera edição da Resolução nº 400/2016 da ANAC, nem mesmo pelos dispositivos desse ato normativo que a parte autora pretende ver anulados.

[...]

Na qualidade de ato normativo infralegal, a Resolução deve se adequar ao disposto em lei, especialmente quando se tratar de norma de ordem pública, tal como o Código de Defesa do Consumidor, devendo ser afastada qualquer interpretação do ato infralegal que contrarie suas disposições. Nesse tocante, a própria ANAC destacou em sua manifestação que "o estabelecimento deste prazo administrativo não impede que o consumidor ou seus institutos cobrem dos fornecedores a observância do prazo do art. 49 do CDC. O Direito de arrependimento do CDC, por sua vez, se devido, deve ser pleiteado ao Judiciário e sua negativa não constitui infração aos regulamentos da ANAC, porque sua tutela é feita pelos Procons e demais órgãos de defesa do consumidor, o que, cumpre repetir, não é a finalidade essencial da regulação do setor do transporte aéreo.

Sobre a franquia de bagagem, avaliou, ainda, que:

Deve-se ponderar que a mera desregulamentação da franquia de bagagem despachada, por si só, não representa violação a direitos do consumidor ou concessão de vantagem excessiva ao fornecedor. Tratando-se o transporte aéreo de pessoas, além de um serviço de interesse público, de uma atividade empresarial, ainda que exaustivamente regulada pelo Poder Público, deve proporcionar lucro às pessoas jurídicas que exploram essa atividade, de modo que quaisquer custos que venham a ser impostos à sociedade empresária

¹²² BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau (5ª Região). ACP, Processo nº 0816363-41.2016.4.05.8100. AUTOR: Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor. Ré: ANAC. Sentença proferida em 10 de março de 2017, por Alcides Saldanha Lima, Juiz Federal Substituto da 10ª Vara Federal - CE.

devem ser repassados para o consumidor no preço final do produto ou serviço, do contrário a companhia aérea sofrerá prejuízos, o que ao longo do tempo inviabilizará a continuidade de seus serviços e a sua própria existência.

E, ao final, concluiu que:

Conclui-se, dessa forma, que não há fundamento para o reconhecimento da invalidade pretendida, o que impõe o reconhecimento da improcedência do pedido.

Cabe ressaltar que, ao longo de todo o processo judicial, restou claro e evidente que as previsões legais constantes da Resolução ANAC 400/2016 que foram desafiadas judicialmente foram minuciosamente analisadas pelo Poder Judiciário.

E essa análise não se limitou a critérios de legalidade do ato normativo, tais como competência e adequação à lei. Ao contrário, a resolução em comento foi esmiuçada em todo o seu conteúdo, o que também foi feito com as justificativas apresentadas pela ANAC e com os estudos técnicos realizados pela agência quando do processo de edição de referida norma.

Em vários momentos o juiz federal Alcides Saldanha Lima fundamenta sua decisão também em critérios econômicos utilizados pela ANAC, como medida legítima de defesa do interesse público, citando expressamente os estudos realizados pela agência sobre o tema.

Para o magistrado, a manutenção da desregulamentação da franquia de bagagem propiciará a prestação de um serviço mais adequado à realidade de cada passageiro, pois cada consumidor pagará somente pelo serviço que utilizar, o que possibilitará o surgimento de novos modelos de negócios e em última instância, garantirá maior acesso da população ao transporte aéreo:

Sendo assim, na realidade atual, ainda que o passageiro não se utilize de toda a franquia de bagagem oferecida nos voos domésticos ou internacionais, ele suporta, no preço final pago pelo serviço, o custo do serviço meramente posto à sua disposição. Em uma análise mais acurada, portanto, trata-se de verdadeira desvantagem imposta a esse consumidor, que, atualmente, não tem à sua disposição a opção de tarifa mais barata para o caso de viajar sem bagagem despachada ou com bagagem em peso e quantidade inferiores à franquia estabelecida. Em nome de uma uniformidade que, em princípio, parece proteger o consumidor, todos pagam por um limite que nem todos usufruem - segundo estudos da ANAC, mencionados em sua manifestação, a realidade é que a média de bagagem despachada por passageiro é inferior a 12 kg. Isso não impede certamente que eventuais abusos possam ocorrer em decorrência de fenômenos como a cartelização de preços, por exemplo, que deverão ser

apropriadamente coibidos caso aconteçam - a sua ocorrência nesse tocante pode se dar independentemente do fator pertinente ao limite estabelecido para franquia de bagagem. Também por outro lado isso não necessariamente irá redundar em redução imediata de preços para o consumidor, que, em uma ordem econômica com base no capitalismo, depende de fatores complexos além desse mero aspecto de que se trata, mas sem dúvida o favorecimento da livre concorrência, que é um dos princípios de nossa ordem econômica e que a desregulamentação nesse tocante proporciona, estimula a abertura ao ingresso de novos atores no mercado, o que aumentará a oferta e ampliará a concorrência, trazendo inequívocos benefícios ao consumidor, se não imediatamente, seguramente a médio ou longo prazo. A desregulamentação permitirá, ao menos, em um curto prazo, o fornecimento, pelas companhias aéreas, de tarifas mais baratas a passageiros que desejem viajar sem ou com pouca bagagem despachada, sem que esses consumidores tenham que arcar com os custos de uma franquia que não pretendem utilizar. Também não representa necessariamente o fim das franquias de bagagem despachada concedidas aos passageiros, que podem continuar a ser oferecidas pelas companhias aéreas dentre as opções tarifárias à disposição dos passageiros.

Conclui-se, portanto, que o desenrolar desta ACP é um claro exemplo tanto da correta aplicabilidade do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional pelos tribunais pátrios, como também da aplicabilidade da *hard look doctrine* no cenário nacional.

Isso porque, a própria agência reguladora foi quem subsidiou o Poder Judiciário com dados técnicos e estudos econômicos que demonstraram a necessidade de manutenção da vigência, na íntegra, da Resolução 400/2016, como efetiva medida de defesa do interesse público, o que foi essencial à construção da decisão ora em análise e que, repita-se, resultou de uma minuciosa apreciação dos critérios legais, econômicos e técnicos adotadas pela ANAC quando da edição de referida norma.

E é exatamente dessa forma que deve ser conduzido o controle jurisdicional dos atos normativos das agências reguladoras: um olhar crítico e esmiuçado de todos os elementos utilizados por essas autarquias especiais para a expedição de um ato normativo sem, contudo, tornar-se um fator impeditivo ao crescimento econômico do país.

Muito pelo contrário. A manutenção – ou não – de um ato normativo pelo Poder Judiciário deve se pautar precipuamente por todos os princípios estudados no presente trabalho, de forma a viabilizar o desenvolvimento dos setores regulados, propiciando a geração de empregos e, conseqüentemente, a expansão da economia,

visando sempre o equilíbrio do setor regulado e a conservação de um ambiente saudável para o seu desenvolvimento.

Posteriormente, em sessão de julgamento ocorrida em 03 de dezembro de 2019, o TRF-5 negou provimento ao Recurso de Apelação interposto em face da sentença exarada pelo juiz da 10ª Vara Federal do Ceará, corroborando os termos da decisão proferida em 1ª instância, que atestou a legitimidade e a legalidade da atuação da ANAC, no exercício do poder regulamentar que lhe foi outorgado, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESOLUÇÃO Nº. 400/2016 DA ANAC. DECISÃO FINAL NO CC Nº. 151.550/CE. COMPETÊNCIA DA 10ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DOS ARTS. 3º, 4º, §2º, 9º, 11º E 19º DA RESOLUÇÃO Nº. 400/2016 DA ANAC. PODER REGULAMENTAR EXERCIDO DENTRO DO MOVIMENTO DE DESREGULAMENTAÇÃO DO SETOR INICIADO NOS FINS DOS ANOS 80 E EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE TARIFÁRIA. REALIZAÇÃO PRÉVIA DE ESTUDOS TÉCNICOS E AUDIÊNCIA PÚBLICA. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DENTRO DAS LIMITAÇÕES LEGAIS. LEGALIDADE DOS DISPOSITIVOS OBJETO DA ACP. IMPROVIMENTO.¹²³

Note-se que novos recursos não foram interpostos pelas partes interessadas e, dessa forma, em 30 de março de 2020 foi lavrada a certidão de trânsito em julgado de referida decisão.

Portanto, após uma detalhada análise, pelo Poder Judiciário, da atuação da ANAC no caso concreto, restou confirmada a regularidade da conduta de referida autarquia especial, mantendo-se válida e eficaz a integralidade da Resolução ANAC 400/2016, posição à qual se afilia o presente trabalho.

Como já asseverado, a análise do Poder Judiciário foi muito além de critérios eminentemente jurídicos, resultando num debate técnico de alto nível e que se mostrou essencial à manutenção da norma, sobretudo em atendimento ao princípio da supremacia do interesse público e em garantia à segurança jurídica.

Demonstrou-se nos autos do processo judicial a regularidade da conduta da ANAC, sobretudo em defesa do interesse de milhares de passageiros e de empresas

¹²³ TRF-5. **APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA** Processo nº 0816363-41.2016.4.05.8100. Apelante: DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR. Apelado: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. Relator: Desembargador Federal Leonardo Carvalho - 2ª Turma. j. 03 de dez. de 2019.

aéreas que certamente se beneficiarão, ou melhor, já estão se beneficiando da desregulamentação – ainda que parcial, do setor aéreo.

Especialmente com a desregulamentação da franquia de bagagem obrigatória, apresenta-se a possibilidade de que novos produtos sejam ofertados aos consumidores da indústria aérea como, por exemplo, a comercialização de diversos tipos distintos de bilhetes aéreos, que podem englobar, ou não, a franquia de bagagem despachada.

Dessa forma, cabe ao passageiro o poder de escolha por adquirir um bilhete que lhe possibilite despachar a bagagem que lhe for necessária ou, ainda, nas circunstâncias em que sua viagem não exija uma franquia de bagagem despachada - caso dos passageiros que adquirem bilhetes para viagens de ida e volta do mesmo dia, como é frequente nas situações que envolvem a realização de reuniões de trabalho em outras cidades ou estados – optar por adquirir um bilhete com uma tarifa distinta e que lhe seja mais conveniente.

Além disso, a desregulamentação do setor aéreo é essencial para que novos modelos de negócio sejam atraídos ao Brasil, principalmente as chamadas companhias aéreas *low cost*¹²⁴.

Essas companhias aéreas *low cost* revolucionaram o transporte aéreo nos Estados Unidos e na Europa¹²⁵, principalmente, locais onde é possível realizar uma viagem pelo modal aéreo pagando um valor efetivamente muito baixo, se comparados aos parâmetros nacionais. Note-se, porém, que as tarifas dos bilhetes comercializados por essas companhias geralmente não englobam o serviço de transporte de bagagem ou refeições a bordo, serviços estes que são cobrados à parte, caso sejam de interesse do passageiro.

Na Europa por exemplo, é comum a disponibilização de tarifas para deslocamento entre dois países do continente Europeu por um valor inferior a 100 Euros, mas sem que esteja incluído nesse valor transporte de bagagem despachada. É exclusivamente do passageiro, portanto, o poder de decidir qual tarifa que lhe é mais conveniente.

¹²⁴ Em tradução livre: companhias aéreas de baixo custo.

¹²⁵ Cite-se, a título de exemplo, as empresas de baixo custo Spirit, Frontier, Southwest Airlines, Westjet, Jetblue, Ryanair, Easyjet, Norwegian e Eurowings, todas em plena operação nos Estados Unidos da América e na Europa.

E a manutenção da Resolução ANAC 400/2016 em sua totalidade, pelo Poder Judiciário, corroborando, inclusive, a legalidade da desregulamentação da franquia de bagagem despachada é, sem dúvida alguma, um importante instrumento para atrair as empresas de baixo custo ao Brasil, o que além de propiciar aos passageiros um maior poder de escolha, certamente trará impactos extremamente favoráveis à economia nacional, consubstanciados na geração de empregos diretos e indiretos, no fomento ao turismo, entre outros, o que ensejará maior circulação de riquezas e também representará uma maior arrecadação de tributos.

Desta feita, vislumbra-se a importância da irrestrita aplicabilidade do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional defendida no presente trabalho, inclusive, como medida de fortalecimento do processo regulatório.

CONCLUSÃO

O Estado deve, precipuamente, atuar de forma a atender o interesse público. Da mesma maneira, as agências reguladoras devem, no exercício de sua função, fiscalizar os entes regulados, visando o atendimento dos princípios da moralidade, legalidade, boa-fé e eficiência, dentre muitos outros, no decorrer da prestação dos serviços públicos.

No entanto, sabe-se que muitas vezes, a máquina pública é utilizada para atender a interesses diversos, seja para garantir facilidades e privilégios para determinados grupos políticos, seja para beneficiar empresas privadas e seus dirigentes, em processos licitatórios e celebração de contratos administrativos.

Nessa perspectiva, a captura dos órgãos reguladores pelo setor regulado é fator de extrema preocupação e que deve ser duramente combatido, a fim de se evitar a sobreposição do interesse de grupos com relevante poderio político e econômico, em detrimento do bem-estar geral da sociedade.

Ao longo dos últimos anos, escândalos envolvendo o uso da máquina estatal para facilitação e proteção de interesses minoritários passaram a assombrar o país, que mergulhou em uma crise econômica e política de precedentes até então jamais vistos, se considerada a recente democracia nacional.

Frequentemente surgem nos noticiários novas denúncias de corrupção, que demonstram de forma clara e inequívoca, que os atos da Administração Pública devem ser controlados, de forma a consertar erros perpetrados por agentes públicos que, no exercício de sua função, desviaram-se do fim precípuo do Estado – qual seja, a proteção do interesse público em sua essência – a fim de atenderem interesses individuais e, porque não ressaltar, em muitas situações, até mesmo escusos.

É essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito que todos os princípios constitucionais mencionados no presente trabalho sejam respeitados nas mais diversas áreas de atuação das agências reguladoras, para que os serviços públicos de fato sejam prestados a contento, atendendo, com eficiência e eficácia, aos interesses da coletividade.

Ainda, a concessão, autorização ou permissão para a prestação destes serviços e, conseqüentemente, sua fiscalização, não deve ser utilizada como moeda

de barganha para o favorecimento de determinados interesses individuais de uma parcela ínfima da sociedade.

Os recentes acontecimentos no âmbito político do país demonstram, de forma inequívoca, a necessidade urgente de se restaurar a confiança da população nos órgãos públicos, em nome do interesse coletivo e o controle jurisdicional da função regulatória é, certamente, um mecanismo essencial à manutenção da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

E é neste cenário de grave desconfiança acerca da lisura das atividades estatais e da urgente necessidade de que a Administração Pública seja reconhecida como uma importante garantidora dos direitos e garantias fundamentais que reside a importância de se delimitar a esfera da atuação das agências reguladoras, especificamente de seu poder regulador, por meio do controle jurisdicional dos atos que praticam.

A extensão do exercício deste controle, porém, não é completamente pacificada na doutrina nacional. De acordo com a corrente doutrinária tradicional, o controle jurisdicional pode versar somente sobre a legalidade dos atos praticados pelas agências reguladoras, não sendo, portanto, o mérito das decisões administrativas passível de revisão judicial.

Em contraponto, parte da doutrina defende o exame do mérito dos atos administrativos à luz dos princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência, cabendo ao Poder Judiciário invalidar os atos que se mostrem inconstitucionais.

Porém, a análise dos critérios técnicos dos atos administrativos avaliados deve ser realizada com parcimônia, a fim de que não haja invasão da competência da autoridade que os emanou, garantindo-se, dessa maneira, a autonomia do ente administrativo e a segurança jurídica.

Com a já citada evolução dos princípios da legalidade e da discricionariedade, entende-se que essa segunda corrente é a mais acertada, razão pela qual se sustenta, no presente trabalho, a posição de que o controle jurisdicional dos atos emanados das agências reguladoras é inafastável, desde que exercido dentro dos limites que se lhe impõem.

Portanto, resta claro que o controle, pelo Poder Judiciário, dos atos normativos das agências reguladoras, deve sim existir, sob pena de se perpetrarem abusos, autorizando-se o uso ilegal da máquina pública para atendimento de interesses particulares, dando-se azo ao surgimento das decisões tirânicas contra as quais tanto se posicionou Montesquieu.

Decisões que ainda hoje certamente são responsáveis pela manutenção de regimes ditatoriais em diversos lugares do mundo, nos quais o Poder Judiciário não tem o direito-dever de atuar como o guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos. Ou, a bem da verdade, lugares nos quais referidos direitos fundamentais sequer existem.

Não obstante, este controle jurisdicional deve, indiscutivelmente, obedecer a determinados limites, justamente para que seja mantida a autonomia das agências reguladoras e de sua função regulatória, desde que exercida dentro da legalidade e respeitados o interesse público, bem como os demais princípios que norteiam a sua atuação, tais como razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé, sob pena de restar configurada uma grave afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

E já não se pode admitir o fato de que a cada dia, novos ilícitos são praticados, muitas vezes acobertados pelo suposto manto da legalidade, sem que se analise profundamente a real motivação do ato administrativo, ensejando a ausência de punição daqueles que fazem mau uso da máquina administrativa em benefício próprio.

É importante frisar que referida punição deve ocorrer em todas as esferas da sociedade, aplicando-se, de forma exemplar, a todos aqueles que utilizam a máquina pública para defenderem interesses políticos, ou ainda, àqueles que em função do cargo público que exercem, atuem de forma a privilegiar seus próprios interesses.

E este mesmo raciocínio se aplica aos particulares que ajam de forma prejudicial à Administração Pública e, conseqüentemente, aos interesses dos administrados.

É imperioso que a busca por uma sociedade mais justa e equânime continue existindo e a discussão a que se propôs este estudo é de extrema relevância doutrinária, pois representa um grande impacto nas relações jurídicas que permeiam os setores regulados.

Mais do que isso, trata-se, de forma direta, de um importante instrumento de controle, a fim de se garantir que o interesse público sempre prevaleça frente aos interesses de poucos indivíduos que ainda insistem em se beneficiar das relações com o Estado.

E cabe o Poder Judiciário, como máximo guardião das leis deste país, exercer o controle sobre os atos normativos das agências reguladoras, como última barreira à captura dos setores regulados, respeitando, porém, as decisões legitimamente tomadas por referidas autarquias sempre que no exercício regular da discricionariedade administrativa, o que engloba também a discricionariedade técnica, desde que em benefício da coletividade.

Observe-se, ainda, que apesar da evolução já vislumbrada no cenário regulatório brasileiro, há muito o que se fazer a fim de sedimentar a atuação das agências reguladoras, de forma a respaldar o processo regulatório conduzido por estas autarquias em regime especial.

E referida sedimentação certamente acarretará um amadurecimento dos setores regulados em geral, em virtude do fortalecimento dos entes reguladores, propiciando maior estabilidade regulatória e, conseqüentemente, a necessária segurança jurídica nas relações entre regulados e órgãos reguladores, a fim de fomentar o crescimento econômico.

Assim, é imprescindível que se apliquem, no território nacional, mecanismos adicionais de fiscalização e controle internacionalmente utilizados e cuja eficácia já foi comprovada, como é o caso da *hard look doctrine*.

Fazendo-se referência ao dito popular de “quem não deve não teme”, aos justos e honestos, esses mecanismos somente trarão maior transparência e eficiência no decorrer do processo regulatório. Já àqueles que ainda hoje se valem da máquina pública para obter vantagens indevidas, nada mais lhes restará além da aplicação das duras penas da lei.

ÍNDICE DAS FONTES¹²⁶

1- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, J. M. Adeus à separação de poderes. In: NOVELINO, M. (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. 21a ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2013.

_____. **Agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, E. N. **Curso de Direito Administrativo**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARIÑO, G. **Economia Y Estado: Crisis y reforma del sector público**. Madri: Marcial Pons, 1993.

BARACHO, J. A. O. **Atos administrativos: elementos poder discricionário e o princípio da legalidade, limites da convalidação, forma de exercício**. Boletim de Direito Administrativo, v. 13, n. 7., jul.1997.

BARROSO, L. R. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, A. (Org). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002a.

_____. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. R. Dir. Adm, São Paulo, v. 229, p. 285-311, 2002b.

_____. Princípio da legalidade. Delegações legislativas. Poder regulamentar. Repartição constitucional das competências legislativas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 337, 1997.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. **Direito Econômico Brasileiro Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

BREYER, S. G.; STEWART, R. B.; SUSTEIN, C. R.; VERMEULE, A.; HERZ, M. E. **Administrative and law and regulatory policy: problems, texts and cases**. 7a ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

BRUNA, S. V. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹²⁶ De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBRB 6023).

CAETANO, M. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6a ed. Coimbra: Al-medina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 5a ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Direito Administrativo comparado**. São Paulo: Bushatsky; EDUSP, 1972.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do estado**. 24a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAGUNDES, M. S. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7a ed. rev. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIANNINI, M. S. **Diritto Amministrativo**. 2a ed. Milão: A. Giuffrè. 1988.

GRINOVER, A. P. **O Controle das Políticas Públicas pelo Judiciário**. Rev. Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.

JUSTEN FILHO, M. **O direito regulatório**. Fórum Administrativo: Direito Público – FA. Belo Horizonte, ano 6, n. 61, p. 6941-6943, mar.2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LASSALLE, F. **A Essência da Constituição**. 6a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARQUES NETO, F. A. **Agências Reguladoras independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 34a ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MONCKEBERG, M. O. **El Saqueo: de los grupos económicos al Estado chileno**. Ediciones B Chile: Santiago, 2001.

MONTESQUIEU, C. S., B. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes – Introdução**. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 8a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O Espírito das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada**. 7a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 5a ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, G. O. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Rio Grande do Sul: Dialética, 2004.

MOREIRA, E. B. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999**. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, V. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, D. F. **Curso de Direito Administrativo: Parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Direito Regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**. 3a. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NOHARA, I. P. **Direito Administrativo: versão compacta**. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUSDEO, F. **Fundamentos para Uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

QUEIRÓ, A. R. **A teoria do desvio de poder em direito administrativo**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 6, p.52-80, 1947.

QUINTILIANO, L. D. **Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional brasileiro**. 2012. 321 p. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIBEIRO, G. A. **As quatro estações**. São Paulo: All Print, 2018, p.17.

SHAPIRO, M. **Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration**. Athens: University of Georgia Press, 1988.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, R. M. F. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. **Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da Tutela de Urgência**. RDP, v. 16, p. 23-38, 2002.

SUSTEIN, C. R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, P. (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**, São Paulo: Editora 34, 2004.

TÁCITO, C. Presença norte-americana no Direito Administrativo brasileiro. In: _____. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 1997.

_____. **O Controle da Administração e a Nova Constituição do Brasil**. RDA, v. 90, p. 23-29, 1967.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 6a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOJAL, S. B. B. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. In.: MORAES, A. (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, A.; MORAES, L. R. **Agências reguladoras**. Revista de Informação Legislativa, ano 36, n.141, jan./mar 1999.

ZIMMER JÚNIOR, A. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

2- LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

ANAC. **Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Brasília: ANAC. [2016]. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes->

2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@ @display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf. Acesso em 07 de jan. de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília: Secretaria-Geral, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no MS Nº 24.635/DF**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, Brasília, DF, j. em 12 de junho de 2019. [2019b], DJe 01/07/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp Nº 1762260/SP 2018/0159082-8**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Brasília, DF, j. em 27 de novembro de 2018, DJe 11/03/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 14.502/DF**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 24/02/2016, DJe 02/03/2016

_____. Justiça Federal de Primeiro Grau (5ª Região). **ACP, Processo Nº 0816363-41.2016.4.05.8100**. AUTOR: Departamento Municipal de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor. Ré: ANAC. Sentença proferida em 10 de março de 2017, por Alcides Saldanha Lima, Juiz Federal Substituto da 10ª Vara Federal - CE.

_____. **Lei Nº 11.182, de 27 de setembro de 2005**. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [2005]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 429.570/GO 2002/ 0046110-8**. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. em 11/11/2003. [2003a] DJe 22/03/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 493.811/SP 2002/0169619-5**. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. em 11/11/2003. [2003b]. DJe 15/03/2004.

_____. **Lei Nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [2000a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. **Lei Nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [2000b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. **Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Casa Civil, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. **Lei Nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Casa Civil, [1997a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. **Lei Nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1997b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. **Lei Nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1996a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. **Lei Nº 9.295, de 19 de julho de 1996.** Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. Brasília: Casa Civil. [1996b]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9295.htm. Acesso em 13 jan. 2020.

_____. **Decreto Nº 1.647, de 26 de setembro de 1995.** Regulamenta as Leis nºs 7.862, de 30 de outubro de 1989, 8.029, de 12 de abril de 1990, 8.031, de 12 de abril de 1990, 8.250, de 24 de outubro de 1991, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1995]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1647.htm. Acesso em 13 jan. 2020.

_____. **Lei Nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em 3 jan. 2020.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988a.

_____. **Decreto Nº 95.886, de 29 de março de 1988.** Dispõe sobre o Programa Federal de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1988b]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D95886.htm. Acesso em 13 jan. 2020.

_____. **Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Brasília: Casa Civil, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 6 jan. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AC 379348 ES Processo nº 1973.50.01.014521-9**: TRF-2: Quinta Turma Especializada: Juiz Federal Convidado Mauro Luis Rocha Lopes. j.16/01/2008. [2008a]

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Processo nº 0816363-41.2016.4.05.8100**. TRF-5. Relator: Desembargador Federal Leonardo Carvalho - 2ª Turma. j. 03 de dez. de 2019. [2019a]

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 429.570/GO 2002/ 0046110-8**. Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, j. em 11/11/2003. [2003a] DJe 22/03/2004.

COMANDO DA AERONÁUTICA. **Portaria nº 676/GC-5, de 13 de novembro de 2000**. Aprova as Condições Gerais de Transporte. Brasília: Comando da Aeronáutica, [2000]. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/passageiros/arquivos/port676gc5.pdf>. Acesso em 07 jan. 2020.

DAC. **Norma de Serviço Aéreo Internacional nº CT-011; Ofício nº 342/PL-3/ de 20 de setembro de 2000**. Trata da regulamentação de bagagem por peça. Brasília: DAC. [2000]. Disponível em: <https://www2.anac.gov.br/imprensa/historicoaviacaocivil.asp>. Acesso em 07 jan. 2020.

3- INTERNET

BARROS, S. R. **Como reformar constitucionalmente**. [2010a]. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/como-reformar-constitucionalmente.cont>. Acesso em 06 jan. 2020.

_____. **O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação**. [2010b]. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-poder-judiciario-e-as-politicas-publicas--alguns-parametros-de-atuacao.cont>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

BNDES. **Privatização – Federais – PND**. [2018?] <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-encerrados/Privatizacao-Federais-PND>. Acesso em 04 de jul. de 2018.

BRESSER-PEREIRA, L. C. **Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, Cadernos MARE, n. 1, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n45/a04n45.pdf>>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

BARROSO, L. R. **Agências reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática**. 2003. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>>. Acesso em: 09 de jul. de 2018.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Sintomas denunciadores do "desvio de poder"**. Rev. Fac. Direito USP. v. 71, p. 79-97, 1976. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66774>>. Acesso em 17 jul. 2017.

DICIO. **Dicionário online de Português**. [2019?]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/constituicao/>. Acesso em 01 de ago. de 2019.

DI PIETRO, M. S. Z.. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. ReDAE, v. 9, p. 1-19, 2007. Disponível na Internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/discricionariedade-tecnica-e-discricionariedade-administrativa>. Acesso em 06 de outubro de 2014.

GARRY, P. M. **Judicial review and the "hard look" doctrine**. Revista de Direito Administrativo, v. 275, p. 36-37, 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71645/69320>>. Acesso em 05 dez. 2019. doi: 10.12660/rda.v275.2017.71645.

GASPARI, E. Uma nova política de desmanche: a privatização dos fígados; Pizzaria CPI; O leitor tem razão; Eremildo, o Idiota cria sua rede: a PauNet; Pedagogia pefelê; Rios de mel; Frase da semana; O Crea encruou. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 15 dez. 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/15/brasil/20.html>. Acesso em: 03 jan 2020.

NUNES, R. C.; NUNES, S. P. P. **Privatização e Ajuste Fiscal: a experiência brasileira**. Planejamento e Políticas Públicas. n. 17, p. 171-213, Jun.1998. Disponível na Internet em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/110>>. Acesso em 04 de jul. de 2018.

RATIONALIZING Hard Look Review after the fact. Harvard Law Review, v. 122, n. 7, p. 1909-1930, 2009. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2009/05/rationalizing-hard-look-review-after-the-fact/>. Acesso em 05 dez. 2019.

REVISTA EXAME. Antes e depois da venda. [2011]. <https://exame.abril.com.br/revista-exame/antes-e-depois-da-venda-m0051381/>. Acesso em 04 de jul. de 2018.

UOL. **Após 13 anos de privatização, setor de telecomunicações soma 286 mi de clientes**. [2011]. <https://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/07/29/apos-13-anos-de-privatizacao-setor-de-telecomunicacoes-soma-286-mi-de-clientes.jhtm> Acesso em 04 de julho de 2018.