

DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

Leopoldo Fontenele Teixeira¹

RESUMO

Apresenta noção geral sobre a possibilidade de controle jurisdicional dos atos regulatórios praticados pelas denominadas *agências reguladoras*. Menciona os principais argumentos manejados por autores que tratam do Direito Regulatório para justificar a necessidade de elaboração de técnicas especiais de controle dos atos regulatórios, a fim de demonstrar que as técnicas gerais de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário são plenamente aplicáveis para controlar os atos praticados no exercício da função regulatória do Estado, desde que o juiz conheça as peculiaridades dessa função. Aborda a necessidade de motivação dos atos regulatórios para o exercício de um controle correto pelo Judiciário. Cita hipóteses passíveis de controle dos atos regulatórios no âmbito das funções executiva, normativa e judicante das agências reguladoras.

PALAVRAS-CHAVE: Controle jurisdicional, administração pública, agências reguladoras, atos regulatórios.

INTRODUÇÃO

Dentro de um Estado Democrático de Direito, ganha relevo o tema relacionado ao controle da Administração Pública, já que é através do controle, em suas diversas modalidades, que se dá ao administrado

não só a certeza de que a Administração Pública, em caso de ocorrência de desconformidades entre a sua conduta e o ordenamento jurídico, pode ser compelida a ajustar o seu agir — ou não agir — aos parâmetros traçados nas normas jurídicas — o que abrange regras e princípios² —, preservando-se os direitos fundamentais do indivíduo, como permite aos administrados o efetivo exercício de sua cidadania, na medida em que contam com mecanismos para exigir dos administradores não só uma conduta conforme o direito, mas também uma conduta que colabore, eficientemente, para atingir os fins do Estado, assim como dispõem de mecanismos de participação na gestão da coisa pública, a exemplo das consultas e audiências públicas.

Pode-se definir *controle da Administração Pública* como o conjunto de mecanismos manejados quer pela própria Administração, no exercício de autotutela, quer por aqueles órgãos e entes vocacionados à sua fiscalização (Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, Judiciário e, por que não dizer?, os próprios administrados), a fim de assegurar que o agir da Administração permaneça em conformidade com os fins públicos a que se destina e que se dê através do uso dos meios adequados para tanto³.

Dentro do panorama geral do controle da Administração Pública, insere-se o controle dos atos regulatórios, entendidos estes como os atos administrativos praticados pelo Estado no exercício de sua função regulatória. Entretanto, as peculiaridades inerentes à função regulatória ensejam discussões a respeito do controle dos atos administrativos praticados em seu âmbito. Nesse sentido, confira-se a observação de Floriano de Azevedo Marques Neto⁴:

De um lado, o fato de a moderna regulação se efetivar, no mais das vezes, por meio de entes dotados de autonomia reforçada ou de independência (entre nós, a regra hoje é que tais atividades sejam exercidas por agências independentes), muitas

vezes, faz o debate acerca do controle desviar para iniciativas de se subordinar a atividade do regulador ao poder político. De outro, há a dificuldade que temos de bem entender a amplitude da atividade regulatória e divisar precisamente as competências que ela envolve. Por fim, creio que há o problema de saber ao certo quais os critérios a serem utilizados para exercer tais controles, adequando o regime geral de controle da Administração Pública às especificidades da atividade de regulação.

Estão tais atos sujeitos a controle ou o regime jurídico especial de que são dotadas as agências reguladoras inibe qualquer interferência no âmbito da atividade regulatória por elas exercida? Caso seja possível esse controle, ele se dará nos mesmos parâmetros estabelecidos para o controle dos atos administrativos em geral ou existe alguma peculiaridade que justifique tratamento diverso? Quais são os mecanismos de controle dos atos regulatórios? A resposta a essas indagações não é uníssona, havendo divergência entre os doutrinadores que cuidam do tema relativo à função regulatória.

A fim de não fugir dos limites deste artigo, após o exame panorâmico da possibilidade do exercício do controle sobre os atos regulatórios, passar-se-á, em seguida, a adentrar no tema relativo ao controle jurisdicional dos atos regulatórios.

1 DA VIABILIDADE DO CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O regime jurídico especial conferido pela legislação às agências reguladoras, a fim de garantir uma maior independência em relação às interferências políticas capazes de desestabilizar o equilíbrio do setor regulado, dá ensejo a questionamentos acerca da possibilidade do exercício de controle dos atos de tais entidades. Trata-se, indubitavelmente, de um falso problema.

Realmente, as agências reguladoras são autarquias e, como tais, integram a chamada Administração descentralizada, sujeitando-se

ao denominado *regime jurídico-administrativo*, isto é, ao conjunto de prerrogativas e sujeições a que estão sujeitos os órgãos e as entidades da Administração Pública, a fim de realizarem o seu mister.

Dentro dessas sujeições, indiscutivelmente, insere-se a possibilidade de controle de seus atos, haja vista que o *Direito das Agências*, ou *Direito Regulatório*, não constitui um novo ramo da ciência jurídica, mas, sim, um capítulo dentro da disciplina conhecida por Direito Administrativo. Ora, constitui ensinamento basilar do Direito Administrativo que aqueles que administram a coisa pública não são dela detentores, mas meros administradores que, nessa condição, têm o inafastável e impostergável dever de prestar contas ao verdadeiro senhor do patrimônio público: a coletividade. Daí segue que de nada adiantaria estipular a subserviência da Administração à lei e à soberania popular se não se estipulassem mecanismos de eficiente controle sobre seus atos⁵.

Destarte, é possível o controle dos atos praticados pelas agências reguladoras. Resta, no entanto, saber em que medida esse controle é possível. Sob pena de fulminar todo o modelo de Estado regulador, impõe-se adaptar alguns típicos mecanismos de controle da Administração Pública às peculiaridades da função regulatória desempenhada pelas agências reguladoras, sem, contudo, impedir esse controle, providência que seria inadmissível em um Estado de Direito que se possa chamar de *democrático*. Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto⁶:

É pressuposto que, sendo a regulação estatal uma atividade administrativa, está ela submetida aos mecanismos de controle a que se sujeita a generalidade dos órgãos que integram a Administração Pública. Porém, me parece fundamental que a atividade regulatória seja submetida a esse controle com algum temperamento e com alguma adequação às especificidades da atividade regulatória [...]

A atividade regulatória é espécie do gênero atividade administrativa. Mas trata-se de uma espécie bastante peculiar. Como já pude afirmar em outra oportunidade, é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de Direito Administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado. Portanto, o controle a ser exercido sobre essa atividade não poderá ser nem meramente reativo (como sói ocorrer com a Administração autoritária) nem meramente formal (devendo envolver também o controle de resultados). Tampouco deverá ser esse controle exercido apenas pelos órgãos e mecanismos tradicionais, assumindo relevância o controle social e parlamentar da atividade dos reguladores.

Assim, me parece pressuposto que, da mesma forma como não se pode cogitar o exercício da regulação estatal exercer-se sem estar submetido a mecanismos de controle, esses mecanismos devem assumir uma configuração bastante peculiar, adequada às características da moderna regulação.

Deve, pois, o aplicador e estudioso do Direito saber dosar a necessidade de controle dos atos regulatórios com a necessária preservação da autonomia indispensável ao exercício de uma regulação, na medida do possível, exercida segundo pautas técnicas, preservando-se, assim, a segurança jurídica e o equilíbrio desejado por todos os envolvidos no setor objeto de regulação.

2 DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

Indubitável, como visto, a necessidade, num Estado Democrático de Direito, do controle da Administração Pública, incluindo as agências

reguladoras. Essa afirmação ganha reforço, no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que prescreve que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça ao direito da apreciação do Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade), quando se está a falar do controle jurisdicional da Administração Pública.

Em razão de ser órgão do Estado vocacionado para aplicar o Direito às lides que lhes são trazidas, notadamente diante da imparcialidade, independência funcional e das garantias de que são dotados os seus membros, bem como da qualidade de imutabilidade atribuída, por lei, às suas decisões, cabe ao Poder Judiciário o controle da Administração Pública em última instância⁷, respeitado, evidentemente, o mérito dos atos administrativos, entendido este como o âmbito dentro do qual o administrador decide com base em critérios não positivados de oportunidade e conveniência⁸.

No entanto, se, no que tange ao controle jurisdicional em geral da Administração Pública, já existem suficientes polêmicas, dada a permanente tensão entre as normas constitucionais que preveem, de um lado, o princípio da separação dos Poderes e, de outro, um amplo acesso à jurisdição, o que traz à tona a questão dos limites do controle externo da Administração Pública pelo Poder Judiciário, no que toca ao controle jurisdicional da função regulatória do Estado, essas polêmicas ganham um certo reforço, consideradas todas as peculiaridades da função regulatória, mormente quando desempenhada por meio das agências reguladoras, autarquias sob regime jurídico especial.

Com efeito, há autores que defendem que não há diferenças relevantes entre o controle jurisdicional da Administração Pública em geral e o controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras no exercício de sua atividade-fim⁹. Por outro lado, existem doutrinadores

que se posicionam pela necessidade de um controle especial da atividade regulatória¹⁰. Por fim, há quem postule um controle mais aprofundado dos atos regulatórios quando comparado àquele exercido para os atos administrativos em geral¹¹.

A doutrina que defende um controle diferenciado dos atos regulatórios assenta-se nas seguintes premissas: a) necessidade de preservação da *discricionariedade técnica ou pura* das agências; b) necessidade de respeito, pelo Judiciário, do caráter prospectivo das decisões do regulador; c) necessidade de um controle judicial mais reforçado para superar o déficit democrático das agências; d) risco de afetação do equilíbrio do sistema regulado. Ousa-se discordar, aqui, da necessidade ou mesmo da existência de um controle especial dos atos regulatórios, pois é plenamente possível, sem prejuízo dos direitos dos administrados ou mesmo da eficiência da regulação, a aplicação do sistema geral de controle dos atos administrativos, desde que o julgador atue com parcimônia. É o que se demonstrará a seguir.

No que diz respeito à necessidade de preservação do âmbito de liberdade de atuação conferido às agências reguladoras expressamente pela norma atributiva de competência ou mesmo pela existência de conceitos jurídicos indeterminados, notadamente técnicos, nessa norma, não há nenhuma nota que justifique a não aplicação da doutrina dita geral do controle dos atos administrativos ao controle dos atos regulatórios.

Primeiramente, é impróprio falar em *discricionariedade técnica*, existindo, na atividade de densificação dos conceitos jurídicos indeterminados que envolvam a aplicação de conhecimentos técnico-científicos, quando houver entrelaçamento entre conceitos técnicos e critérios administrativos ou pluralidade de critérios técnicos à escolha da Administração, simplesmente *discricionariedade pura e simples*. Por outro lado, se a decisão administrativa se fundar, única e exclusivamente, em critérios técnicos, há grande chance

de se estar diante de atividade vinculada à Administração. Tal entendimento já colabora para o afastamento da necessidade do surgimento de uma espécie de controle jurisdicional dos atos regulatórios técnicos, como espécie do gênero controle jurisdicional dos atos administrativos.

De fato, havendo margem de liberdade conferida ao agente regulador, a fim de que este possa, mediante a ponderação dos interesses em conflito em determinado caso concreto, integrar, por meio de critérios positivados ou não, o conteúdo da norma aberta, seja para eleger a providência necessária ao atendimento do fim previsto na norma, seja para decidir se age ou não e quando e de que forma age diante de determinado suporte fático, seja para avaliar a existência desse suporte fático apto a justificar a ação administrativa, o que se tem é a discricionariedade clássica, que, por conseguinte, atrai para o controle dos atos regulatórios oriundos do exercício da discricionariedade os parâmetros e limites gerais de controle da atividade não vinculada da Administração Pública, tais como: a) a teoria dos motivos determinantes; b) a teoria do desvio de finalidade; c) a aplicação dos princípios jurídicos como limites, no caso concreto, à liberdade do regulador, ganhando destaque os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, etc.

É de se ressaltar, no ponto, a observação já feita, no sentido de que o *Direito das Agências*, ou *Direito Regulatório*, não constitui um novo ramo da ciência jurídica, mas, sim, um capítulo dentro da disciplina conhecida por Direito Administrativo¹². Ora, se o *Direito das Agências*, ou *Direito Regulatório*, está inserido no objeto de estudo do Direito Administrativo e se não há distinção essencial (ôntica) entre a discricionariedade detida pelos agentes reguladores e a discricionariedade conferida aos demais entes e órgãos da Administração, segue que, no tema de controle dos atos regulatórios discricionários, não há peculiaridade que justifique a afirmação de que são insuficientes os parâmetros do controle judicial dos

atos administrativos em geral.

Prova disso é a conclusão a que chega a doutrina que pretende defender a existência de um controle especial dos atos regulatórios, qual seja, toda vez que o juiz não tiver parâmetros objetivos de controle e a decisão técnica do regulador puder ser considerada razoável, deve o julgador prestigiar a decisão tomada pela Administração Pública¹³. Ora, o que é isso senão a aplicação, pura e simples, da doutrina clássica a respeito dos limites do controle judicial dos atos discricionários?

Ressalte-se que, quanto a esse aspecto (preservação das decisões do regulador na falta de parâmetros objetivos de controle de seus atos), não se diverge da doutrina, haja vista que é evidente a necessidade de preservação do campo de atuação discricionária conferido ao regulador pela legislação, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes, à medida que o magistrado deixasse de aplicar o Direito para exercer atividade administrativa de criação, metajurídica, fundada em critérios de oportunidade e conveniência, atividade esta privativa daquele que exerce a função administrativa.

Discorda-se apenas do entendimento no sentido da necessidade de técnicas específicas de controle dos atos regulatórios praticados no exercício da atividade não vinculada da Administração.

Outra preocupação corrente dos doutrinadores que tratam dos temas afetos ao controle dos atos regulatórios pelo Poder Judiciário é a necessidade de preservação da análise prospectiva feita pelo agente regulador a respeito de determinada matéria. De fato, o regulador, no exercício da ponderação dos múltiplos interesses envolvidos no sistema regulado, frequentemente edita atos destinados não só a regular uma determinada situação concreta atual, mas também a buscar o equilíbrio desse sistema a longo prazo, para tanto levando em consideração todas as repercussões que a decisão regulatória adotada possa ter dentro e fora

do sistema, sob os mais diversos matizes.

Segundo tal argumento, que se entrelaça com o argumento de risco de afetação do equilíbrio do sistema regulado, ambos destinados a justificar a necessidade de um controle especial dos atos regulatórios, o juiz, porque detentor, exclusivamente, de conhecimentos jurídicos e porque a jurisdição, ao contrário da regulação, se volta à análise de fatos pretéritos, não teria condições de bem avaliar o ato regulatório, ressalvada a existência de erro manifesto que tornasse patente a invalidade do ato.

Sustenta essa doutrina que o juiz, por meio de uma decisão que não leve em conta a totalidade dos aspectos envolvidos no conflito nem as implicações que essa decisão pode gerar, poderia acabar causando um grave desequilíbrio, pondo em risco a própria atividade regulatória, gerando insegurança e afastando investimentos necessários ao desenvolvimento nacional¹⁴.

Acrescenta que não se pode também aceitar o uso de peritos para o auxílio do magistrado no julgamento que envolva conhecimentos não jurídicos, porque, em assim procedendo, estar-se-ia substituindo a decisão técnica do regulador pela opinião técnica do perito judicial¹⁵. Quanto a tais argumentos, também não se concorda com a afirmação de que seria necessário um regime especial de controle dos atos regulatórios.

No que toca à vedação de análise de juízos prospectivos feitos pelo ente regulador, cumpre, primeiro, assentar que não há vedação, *in abstracto*, no ordenamento jurídico pátrio, para o controle jurisdicional de quaisquer atos administrativos, sejam eles frutos do exercício de competência discricionária ou vinculada da Administração, devendo, sempre, o magistrado se debruçar sobre o caso submetido à sua análise (examinar o mérito do pedido, processualmente falando), ainda que seja para reconhecer que a Administração Pública exerceu, legitimamente, os instrumentos que lhe foram conferidos para melhor atender ao interesse

público¹⁶.

Dito isso, cumpre ressaltar que a vedação de substituição, pelo juiz, de juízos prospectivos da Administração Pública, como, por exemplo, a atividade de planificação, não se dá apenas no que toca aos atos regulatórios, também ocorrendo no que concerne aos atos administrativos em geral. É que, em tal situação, quando a Administração efetua análises e toma decisões fazendo conjecturas a respeito do futuro, está-se no domínio da atividade não vinculada da Administração, seja ela fruto de discricionariedade ou, como ensina Germana de Oliveira Moraes¹⁷, resultado da aplicação de conceitos de prognose. Por aí se vê, uma vez mais, que os parâmetros de controle dos atos administrativos em geral são suficientes para ensejar um eficiente controle da atividade regulatória, sem prejuízo desta. Realmente, se, no caso concreto, o juiz não possui elementos objetivos para reputar incorreto o ato regulatório e este se apresenta razoável, deve ser preservado o entendimento da agência reguladora, porque esta agiu dentro da discricção que lhe é conferida pela legislação.

Ainda quanto ao controle dos juízos prospectivos, bem como dos atos regulatórios em geral, como se verá adiante, é de fundamental importância, para a viabilização do seu controle pelo Judiciário, até para aferir a possibilidade da manutenção da decisão do regulador, a existência de uma ampla motivação.

Outrossim, o entendimento de que a jurisdição volta-se à análise de fatos pretéritos não parece correto, notadamente diante dos novos paradigmas que estruturam o chamado *processo civil de resultados*, bem como diante da realidade do denominado *processo coletivo*. Com efeito, tanto doutrina quanto legislação que versam acerca da atividade jurisdicional hodierna, cada vez mais preocupadas com o acesso efetivo à jurisdição e adotando a premissa de que o processo é um mero instrumento

para se chegar à justa composição da lide, dotam o juiz de instrumentos capazes de impedir a ocorrência do ilícito antes mesmo que ele ocorra (tutela inibitória) ou mesmo pôr fim a uma situação de ilicitude já ocorrida antes que provoque danos indesejados (tutela reintegratória)¹⁸; como se vê, a jurisdição é, hoje, cada vez mais preocupada com o futuro.

Na seara do processo coletivo, o magistrado se vê, cada vez mais frequentemente, diante de lides que envolvem toda a sociedade, podendo ter repercussões em todo um país e, no caso da tutela dos denominados *direitos difusos*, afetando pessoas indeterminadas e que nem sequer chegaram a nascer (por exemplo, a tutela jurisdicional do meio ambiente, que, segundo a Constituição de 1988, em seu art. 225, é bem de uso comum do povo, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e *futuras gerações*)¹⁹.

Esses breves exemplos demonstram que a afirmação de que a jurisdição não se ocupa do futuro é equivocada.

Quanto ao auxílio prestado pelos peritos ao magistrado, em causas que envolvam conhecimentos técnicos não jurídicos, entende-se ser possível, também sem prejuízo da atividade regulatória. Efetivamente, para que se possa ter um controle efetivo da Administração Pública, é imprescindível, destacadamente em uma sociedade marcadamente técnica e tecnológica como a atual, o auxílio de *experts*, sob pena de se ter um controle meramente formal e destituído de eficácia, uma vez que o magistrado, inibido de bem conhecer os contornos da lide, serviria de mero ratificador das decisões administrativas, o que representaria grave retrocesso na proteção dos direitos fundamentais, seara em que, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário deve ser protagonista.

É possível que atos administrativos — o que abrange os atos regulatórios — sejam praticados sob o manto da técnica, mas que, na verdade, escondam opções políticas, econômicas, etc.²⁰ Tais opções nem

sempre são legítimas, havendo concreto risco de desvios por parte do regulador.

Entender que o juiz não pode apreciar uma decisão administrativa quando fundada em critérios técnicos poderia, por exemplo, conduzir à esdrúxula situação em que, indeferida uma aposentadoria por invalidez, por entender o corpo médico da Administração Pública que o indivíduo é apto para o trabalho, não poderia essa pessoa recorrer à Justiça para comprovar que é, sim, inválida. Será que os técnicos da Administração são infalíveis? Será que o técnico ou conjunto de técnicos escolhido pelo magistrado não pode ostentar capacidade para emitir um laudo tão válido quanto aquele feito na seara administrativa?

Justamente por se prender a motivos de ordem técnica é que o ato administrativo praticado pelo ente regulador pode ser invalidado pelo Judiciário, que, por meio de motivação também dotada de tecnicidade, pode demonstrar, por exemplo, que os motivos embasadores da decisão administrativa são falsos ou mesmo inexistentes (teoria dos motivos determinantes), o que conduziria à invalidade do ato. Poderia, ainda, ser demonstrado que o ato praticado carece do atributo da proporcionalidade, seja porque a prova técnica colhida nos autos demonstra que os meios escolhidos não são adequados para atingir o fim desejado, seja porque a medida adotada vai além do necessário, seja porque os benefícios auferidos são inferiores aos prejuízos causados. Haveria, ainda, a possibilidade de demonstração de desvios de finalidade — por exemplo, a medida poderia ter sido adotada para beneficiar alguma empresa regulada, numa verdadeira demonstração de que a agência reguladora teria sido *capturada*²¹ pelos entes regulados.

Enfim, poderia ocorrer uma infinidade de situações em que seria possível demonstrar que decisões técnicas, porque, no caso concreto, são ilegais ou inconstitucionais, portanto submetidas a critérios objetivos e

positivos de controle, são sindicáveis pelo Poder Judiciário. Como, para chegar a tais conclusões e, com isso, efetuar uma real e efetiva proteção dos direitos dos administrados, o juiz necessita se valer de peritos, concorda-se com o pensamento de Eros Roberto Grau e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que é possível e desejável a colaboração de peritos para o exercício do controle judicial dos atos técnicos da Administração Pública²².

Nem por isso ficará prejudicada a eficiência da atividade regulatória do Estado. Antes, durante ou após os estudos de natureza técnica, podem ser adotadas decisões verdadeiramente discricionárias. Essas decisões, sim, não podem ser substituídas por uma decisão judicial, porque, em tais situações, o juiz faria as vezes de administrador, o que é inadmissível sem que haja vilipêndio ao princípio da separação dos Poderes.

Nessa senda, útil é o manejo do chamado *enfoque jurídico-funcional* do controle dos atos administrativos discricionários, surgido no âmbito da doutrina alemã. A respeito de tal doutrina, vale conferir os ensinamentos de Andreas J. Krell²³:

Na discussão da doutrina alemã sobre os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários, está ganhando espaço o “enfoque jurídico-funcional” (funktionell-rechtliche Betrachtungsweise). Ele parte da premissa de que o clássico princípio da separação dos Poderes, hoje, deve ser entendido mais como princípio de divisão de funções, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito. Visto por essa perspectiva, as figuras do conceito jurídico indeterminado, da margem de livre apreciação e da discricionariedade são nada mais do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios da Administração e dos tribunais.

[...] sendo a questão justamente definir a quem a ordem jurídica atribui a interpretação e concretização desses conceitos e a decisão final sobre sua correta aplicação ao caso concreto:

ao administrador, ao juiz ou se há uma distribuição dessa tarefa entre os dois Poderes. Essa pergunta pela “densidade de controle” (Kontrolldichte) surge de forma idêntica no âmbito da discricionariedade administrativa stricto sensu, localizada no mandamento da norma.

Nessa linha, exige-se uma distribuição de tarefas e responsabilidades “funcionalmente adequada” entre o Executivo e o Judiciário, que deve levar em conta a específica idoneidade em virtude de sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica, etc., para decidir sobre a propriedade e intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas. Para Herzog, o controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da decisão judicial uma “qualidade material pelo menos igual” à da decisão administrativa que se pretende corrigir [...]

Nesses e em muitos outros casos, existe uma maior e melhor preparação técnica do órgão administrativo competente para realizar juízos prospectivos de caráter técnico complexo. Especialmente na área de proteção do meio ambiente, os atos administrativos costumam ser adotados na base de um conhecimento ou uma perícia técnicos que se presumem próprios da Administração e alheios à idoneidade do órgão jurisdicional, o que faz crescer a margem discricionária da decisão.

Assim, caso o magistrado apure, por meio de exame das provas trazidas aos autos, notadamente a prova pericial, que a opção do ente regulador, apesar de não ser a única, é tão adequada, necessária e vantajosa quanto as demais apontadas pela técnica ou, pelo menos, que haja uma dúvida razoável a respeito de qual seja a melhor solução, deve o juiz manter intacta a decisão do ente regulador, pois, aí, o julgador estará diante de verdadeira discricionariedade ou mesmo do mérito do ato regulatório, que deve ser respeitado, por uma presunção, assentada na divisão de funções entre os órgãos do Estado, de que a Administração é que está legitimada a tomar essa decisão.

Ainda sob essa perspectiva, qual seja, a necessidade de limitação do controle jurisdicional dos atos regulatórios, a fim de preservar o princípio da separação dos Poderes, cumpre sublinhar que, *assim como ocorre com os atos administrativos em geral*, o controle jurisdicional deve ser, em regra, de caráter negativo — o juiz, caso constate vícios no ato, deve se limitar a desconstituí-lo, devolvendo a matéria para análise da Administração — e, excepcionalmente, positivo — situação em que o magistrado, para além de anular o ato, determina qual o ato a ser praticado.

Realmente, para que o juiz pudesse, ao constatar vício no ato administrativo, anular o ato e substituí-lo pelo correto, não poderia haver, no caso concreto, nenhuma margem de decisão para o administrador; em outras palavras, o julgador estaria diante de ato administrativo vinculado²⁴, já que as circunstâncias do caso concreto ou mesmo a expressa disposição normativa nesse sentido não permitem que outra solução seja adotada.

Assim, constatado, com base na prova dos autos, inclusive pericial, que o ato praticado pelo regulador não poderia subsistir no caso concreto e havendo, ainda, margem de escolha, escoimada dos vícios apontados, para a Administração, deve o magistrado devolver a matéria à análise do regulador, a fim de que ele, ente/órgão funcionalmente melhor adaptado para apreciar o caso, emita outro, livre dos vícios detectados pelo controle jurisdicional.

Ademais, quanto aos conhecimentos necessários à correta compreensão da lide, a multidisciplinaridade imprescindível para o completo conhecimento da realidade não é característica exclusiva da atividade regulatória, uma vez que o avanço da legislação sobre mais e mais espaços sociais e o caráter técnico dessas normas demandam do jurista um conhecimento cada vez maior de biologia, sociologia, informática, urbanismo, etc.

Por fim, quanto ao argumento de que é necessário um controle judicial mais reforçado para compensar o déficit democrático das agências²⁵, também não se vê justificativa para a criação de mecanismos especiais de controle jurisdicional dos atos regulatórios, visto que, como os magistrados não são eleitos por meio de sufrágio universal, também não terão legitimidade democrática para, com o exercício de seu controle sobre os atos regulatórios, efetuar a compensação da suposta dívida gerada pelo exercício da função normativa das agências reguladoras. Muito ao contrário, haja vista que o aumento do uso de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais tem suscitado discussão sobre o que se costuma chamar de *governo de juízes*, em que há transferência da competência de densificação normativa do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, gerando, justamente, o déficit democrático que se busca equacionar²⁶.

Assim, como conclusão deste tópico, tem-se que o controle jurisdicional dos atos regulatórios não apresenta peculiaridade que justifique afirmar-se a necessidade da adoção de uma espécie de controle específico, diferenciado do regime geral de controle dos atos administrativos. É perfeitamente possível aplicar os parâmetros de controle dos atos administrativos em geral sem prejuízo da atividade regulatória, mormente no Direito brasileiro, em que, apesar do caráter progressista da doutrina em tema de controle dos atos administrativos pelo Judiciário, a jurisprudência tem adotado postura restritiva, evitando realizar um exame mais profundo dos atos praticados no exercício da atividade discricionária.

Não se trata, pois, de uma nova espécie de controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, como se de novas técnicas de controle se estivesse a falar, mas, sim, de saber manejar o arsenal doutrinário existente diante dos traços que delineiam e particularizam

os contornos da atividade regulatória do Estado. O que é necessário — isto não se discute — é que o magistrado tenha conhecimento do que seja a atividade de regulação, para que possa saber extrair a máxima efetividade dessa nova forma de relação Estado-sociedade sem prejuízo da proteção dos direitos dos administrados. Como bem disse Floriano de Azevedo Marques Neto²⁷:

O que se faz necessário é que o Judiciário se aparelhe e se especialize de modo a estar apto a exercer o controle dos atos típicos de regulação. Além disso, é necessário que a resposta judicial ao questionamento das decisões dos reguladores seja pronta e célere, como exige o tempo das decisões nos setores regulados.

2.1 Da Necessária Motivação dos Atos Regulatórios para Viabilização do Controle Jurisdicional

Motivo são as razões de fato e de direito que, expostas pelo administrador (motivação), justificam a prática de determinado ato administrativo²⁸. Na seara da regulação, a motivação dos atos regulatórios, frequentemente, deve ser dotada de caráter prospectivo²⁹, haja vista a necessidade de o regulador demonstrar que o ato de regulação que irá praticar é, de fato, fruto da ponderação dos diversos interesses afetados e se apresenta como o mais vantajoso para propiciar, no decorrer do tempo, o desejável equilíbrio do setor regulado.

A motivação, no âmbito da regulação, é essencial, ao mesmo tempo, para diminuir o déficit democrático no exercício do poder normativo das agências, bem como para assegurar, na órbita administrativa, o exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. Sob o ângulo do controle externo da Administração Pública pelo Poder Judiciário, é a motivação requisito indispensável para viabilizar um controle efetivo do

ato regulatório, bem como, em última análise, para preservar a própria esfera de autonomia que se deseja atribuir ao Estado regulador.

Realmente, por meio da oitiva dos diversos interessados no futuro ato regulatório a ser editado, com o uso de mecanismos como audiências e consultas públicas, assegura-se a elevação do coeficiente democrático dos atos editados pelas agências reguladoras. Contudo, essa participação não pode ser apenas uma formalidade a ser superada pelo regulador para editar o ato de regulação. É imperioso que a colaboração fornecida por esses interessados seja, efetivamente, sopesada pelo regulador, que deve, em caso de rejeição de determinado argumento, motivar amplamente, notadamente com base em estudos técnicos, o porquê de ter adotado determinado comportamento.

Nessa linha, ganha destaque o chamado princípio do *hard look*, que condiciona a validade dos atos regulatórios à realização de motivação ampla, que seja capaz de levar em conta as considerações que foram trazidas à autoridade administrativa. Essa motivação é que demonstrará a legitimidade da escolha do regulador, pois esclarecerá por que determinado modo de agir foi preferido à outra possibilidade aventada durante o procedimento de elaboração do ato regulatório, mormente o normativo.

Essa indispensável motivação do ato regulatório, além de ser exigência do Estado Democrático de Direito, uma vez que torna efetiva a participação da sociedade na administração da coisa pública, permite a prática, pelo administrado, do exercício da ampla defesa e do contraditório, visto que o regulado somente terá condições de defender seus interesses na esfera administrativa quando tiver conhecimento das razões em que se funda o ente regulador para restringir seus direitos, bem como tiver a certeza de que suas razões foram apreciadas pela Administração. Nesse sentido, confira-se trecho do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes,

no MS 24268/MG³⁰:

Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar — como bem anota Pontes de Miranda — é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234) [...]

Não é outra a avaliação do tema no Direito Constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no Direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*),

que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver também Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz- -Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, no 97).

Em controle jurisdicional dos atos regulatórios, a ampla motivação desses atos pela Administração é imprescindível para viabilizar o controle jurisdicional³¹, pois só de posse das razões do ente regulador é que o juiz terá condições de bem avaliar a existência, ou não, de violação ao ordenamento jurídico por parte do regulador³². Por outro prisma, a existência de motivação tem a finalidade de resguardar a própria incolumidade do ato regulatório, preservando-o de um indevido avanço do controle jurisdicional.

Um ato regulatório que contenha motivação veraz, coerente, transbordando legitimidade democrática, na medida em que constitui resultado da ponderação dos diversos interesses passíveis de afetação na prática do ato regulatório, e baseada em critérios técnicos terá,

indubitavelmente, por sua transparência, melhores condições de subsistir, para o bem do setor regulado, caso seja questionado judicialmente.

A motivação, em tal situação, será um forte elemento para dificultar a desconstituição do ato regulatório, porque, por uma questão de simetria, da mesma forma que o princípio do *hard look* impele o regulador a fundamentar amplamente sua decisão, para refutar as razões que justificassem decisão contrária àquela que acabou por prevalecer em sede administrativa, o juiz terá, em homenagem aos princípios do contraditório, da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, que rechaçar tal motivação, por meio de decisão também amplamente motivada³³, que tenha o condão de sobrepujar as razões da Administração, que, conforme visto, devem prevalecer, caso se apresentem tão ou mais razoáveis e proporcionais que a decisão que o magistrado julga ser correta³⁴.

2.2 Do Controle Jurisdicional das Funções Executiva, Normativa e Judicante das Agências Reguladoras

Inicialmente, impõe-se destacar que os tópicos a seguir destinam-se, tão somente, a exemplificar situações em que as diversas funções inerentes à função regulatória do Estado podem ser submetidas ao crivo do controle jurisdicional. Em outras palavras, não se busca, aqui — e nem se poderia, dada a extensa gama de situações que a realidade pode apresentar —, esgotar as situações em que o Estado regulador pode ser sindicado pelo Estado-juiz.

2.2.1 Do controle jurisdicional da função normativa

A função normativa pode ser controlada pelo Poder Judiciário em razão de diversos vícios, tais como: a) violação do quórum necessário à

edição do ato regulatório³⁵; b) regulação, por meio de ato infralegal de matéria sujeita ao princípio da reserva legal; c) invasão, pelo regulador, das políticas públicas traçadas para o setor regulado; d) edição de atos regulatórios que desbordem dos *standards* fixados nas leis que tratam do setor regulado.

Os atos regulatórios, normalmente, são editados por seus órgãos de cúpula, que são colegiados. Daí por que tanto os atos tomados de forma singular que contrariem os atos fixados pelo colegiado como os atos elaborados pelo colegiado que não respeitem o *quorum* necessário para sua aprovação — respeitadas as ressalvas previstas nas normas de regência — são inválidos por desrespeitarem o princípio da legalidade e, em razão disso, podem ser controlados pelo Judiciário³⁶.

A função normativa das agências reguladoras ocorre por meio da *deslegalização*, o que permite que a agência reguladora edite atos infralegais que regularão determinado setor, haja vista que a lei de deslegalização quebra o *grau hierárquico* de determinada matéria. Ocorre que há determinados assuntos que a Constituição submete ao chamado *princípio da reserva de lei*, notadamente por sua importância ou seu grau de vinculação aos direitos fundamentais do indivíduo, como sói ocorrer com a instituição de crimes e penalidades em geral ou a criação de tributos³⁷. Tais matérias, evidentemente, não podem ser reguladas por ato infralegal. Portanto, ato regulatório que, por exemplo, institua taxas ou penas é inválido, podendo ser desconstituído pelo Poder Judiciário.

Outrossim, caso o regulador, em vez de se limitar a implementar as políticas públicas anteriormente elaboradas pelo Legislativo juntamente com a Administração central, passe a editar normas que configurem elaboração de políticas públicas para o setor regulado, sujeita-se ao controle jurisdicional, que poderá invalidar tais atos. Com efeito, sob pena de usurpação da atividade de legislar — as agências possuem

poder normativo, e não legislativo —, em nítida violação ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio democrático, já que a elaboração de políticas públicas deve ficar a cargo dos representantes legitimamente eleitos pelo povo, os atos regulatórios devem se limitar a implementar as políticas públicas contidas nas normas elaboradas pelo Poder Legislativo.

Por fim, é evidente que, uma vez que regular é uma atividade tipicamente administrativa, e não legislativa, não poderá o regulador editar atos regulatórios que contrariem ou exorbitem as normas que visam a concretizar. Na hipótese de o juiz, em caso submetido à sua análise, verificar que o ato regulatório contraria, frontalmente, a norma legal ou mesmo que desborda das zonas de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados pela lei, deverá invalidar o ato e, conforme a hipótese, até mesmo substituí-lo (controle positivo).

Ainda no âmbito do controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras, Alexandre de Moraes³⁸ ressalta que, em regra, não haverá a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pois, para tanto, haveria a necessidade de confrontar os atos normativos editados pelas agências com os *standards* fixados na legislação, situação que a jurisprudência do STF considera não poder ser objeto de controle por meio de ação direta de constitucionalidade, por implicar ofensa reflexa à Constituição. Entretanto, o referido autor alerta para a possibilidade de manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), com o que concorda Floriano de Azevedo Marques Neto³⁹.

2.2.2 Do controle jurisdicional da função executiva

No que diz respeito à função executiva desempenhada em meio à função regulatória do Estado, não se vislumbram maiores controvérsias.

De fato, as atividades desempenhadas pelas agências reguladoras, sob o prisma executivo, identificam-se com aquelas costumeiramente desempenhadas pela Administração Pública em geral, razão por que é desnecessário e até improdutivo enumerar situações em que se pode dar o controle jurisdicional.

Apenas para ilustrar o presente tópico, podem ser citados os seguintes exemplos⁴⁰: a) o regulador indefere outorga para que determinado agente atue no setor sob regulação ou utilize, em caráter privativo, determinado bem público. Nessa situação, o prejudicado pode postular, em juízo, a desconstituição do ato restritivo de seu direito ou, quiçá, a própria substituição do ato; b) em caso de exercício abusivo da competência fiscalizatória ou punitiva do regulador, que atua de maneira desproporcional, ou mesmo na hipótese de omissão de uma fiscalização efetiva, por exemplo, de um serviço público, o interessado poderá requerer a recondução da sanção ou da fiscalização a patamares razoáveis ou, ainda, o efetivo exercício do dever-poder de fiscalizar/punir; c) na hipótese de a agência, por ação ou omissão, causar dano a outrem, situação em que se estará diante da responsabilidade civil do ente regulatório⁴¹.

2.2.3 Do controle jurisdicional da função judicante

Questiona-se se os atos praticados pelas agências reguladoras no exercício da arbitragem podem ser submetidos à análise do Poder Judiciário. Com efeito, parte da doutrina, em aplicação analógica do sistema previsto na Lei nº 9307/96, sustenta que os atos exarados pelas agências no exercício da arbitragem só podem ser apreciados pelo Poder Judiciário caso apresentem nulidades.

Considera-se acertado o ensinamento de Marcos Juruena Villela

Souto⁴², que, diferenciando a arbitragem comercial, regida pela Lei nº 9307/96, da arbitragem desempenhada pelas agências reguladoras, assevera que esta é materializada na edição de atos administrativos, que, como tais, podem ser submetidos ao controle jurisdicional.

CONCLUSÃO

Indubitável a necessidade, num Estado Democrático de Direito, do controle da Administração Pública, incluindo as agências reguladoras. Essa afirmação ganha reforço, no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que prescreve que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça ao direito da apreciação do Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade), quando se está a falar do controle jurisdicional da Administração Pública.

Em razão de ser órgão do Estado vocacionado para aplicar o Direito às lides que lhe são trazidas, notadamente diante da imparcialidade, independência funcional e das garantias de que são dotados os seus membros, bem como da qualidade de imutabilidade atribuída, por lei, às suas decisões, cabe ao Poder Judiciário o controle da Administração Pública em última instância, respeitado, evidentemente, o mérito dos atos administrativos, entendido este como o âmbito dentro do qual o administrador decide com base em critérios não positivados de oportunidade e conveniência.

Havendo margem de liberdade conferida ao agente regulador, a fim de que este possa, mediante a ponderação dos interesses em conflito em determinado caso concreto, integrar, por meio de critérios positivados ou não, o conteúdo da norma aberta, seja para eleger a providência necessária ao atendimento do fim previsto na norma, seja para decidir se age ou não e quando e de que forma age diante de determinado suporte

fático, seja para avaliar a existência desse suporte fático apto a justificar a ação administrativa, o que se tem é a discricionariedade clássica, que, por conseguinte, atrai para o controle dos atos regulatórios oriundos do exercício da discricionariedade os parâmetros e limites gerais de controle da atividade não vinculada da Administração Pública, tais como: a) a teoria dos motivos determinantes; b) a teoria do desvio de finalidade; c) a aplicação dos princípios jurídicos como limites, no caso concreto, à liberdade do regulador, ganhando destaque os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; etc.

Se o Direito das Agências, ou Direito Regulatório, está inserido no objeto de estudo do Direito Administrativo e se não há distinção essencial (ôntica) entre a discricionariedade detida pelos agentes reguladores e a discricionariedade conferida aos demais entes e órgãos da Administração, segue que, no tema de controle dos atos regulatórios discricionários, não há peculiaridades que justifiquem a afirmação de que são insuficientes os parâmetros do controle judicial dos atos administrativos.

O controle jurisdicional dos atos regulatórios não apresenta peculiaridade que justifique afirmar-se a necessidade da adoção de uma espécie de controle específico, diferenciado do regime geral de controle dos atos administrativos. É perfeitamente possível aplicar os parâmetros de controle dos atos administrativos em geral sem prejuízo da atividade regulatória, mormente no Direito brasileiro, em que, apesar do caráter progressista da doutrina em tema de controle dos atos administrativos pelo Judiciário, a jurisprudência tem adotado postura restritiva, evitando realizar um exame mais profundo dos atos praticados no exercício da atividade discricionária.

Não se trata, pois, de uma nova espécie de controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, como se de novas técnicas de controle se estivesse a falar, mas, sim, de saber manejar o arsenal doutrinário

existente diante dos traços que delineiam e particularizam os contornos da atividade regulatória do Estado. O que é necessário — isto não se discute — é que o magistrado tenha conhecimento do que seja a atividade de regulação, para que possa saber extrair a máxima efetividade dessa nova forma de relação Estado-sociedade sem prejuízo da proteção dos direitos dos administrados.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Nota de atualização doutrinária nº 1. In: FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo*

Poder Judiciário. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FILHO, Ary Casagrande. *Estado Regulador e Controle Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Reforma do Estado: o Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Discricionabilidade Técnica e Agências Reguladoras*:

uma Abordagem em Sede Doutrinária e Pretoriana. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Normatização por Entidades Reguladoras Independentes: uma Contribuição para o Desafio da Tecnicidade. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. *Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JÚNIOR, Marcus Vinícius Filgueiras. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife: TRF 5ª Região, nº 8. 2004.

MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 8ª. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I: Introdução.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos*

Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOTAS

¹ Juiz Federal Substituto da 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. MBA em Poder Judiciário (FGV).

² “Aceita-se, após a superação da dicotomia jusnaturalismo *versus* positivismo, na segunda metade deste século findante, que o Direito inclui tanto princípios quanto regras (ou normas em sentido estrito). A fase atual do constitucionalismo, denominada *pós-positivista*, é marcada justamente pela normatividade e positividade dos princípios gerais de Direito.” MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 20.

³ “[...] controlar significa, basicamente, o exercício de uma função política, de um dever jurídico e de uma etapa ínsita a todo processo sistêmico de trabalho. É manifestação de função política porque decorre necessariamente da Constituição, da aplicação dos freios e contrapesos que viabilizam a harmonia e a independência entre os Poderes, coibindo-lhe eventuais abusos. É dever jurídico porque predeterminado à produção de resultados de interesse público, que é o que se espera do funcionamento de qualquer sistema estatal em favor das populações. É também etapa necessária de um processo sistêmico de trabalho na medida em que toda atuação estatal deve almejar gestão eficiente e eficaz dos meios que a sociedade deposita na mão dos gestores públicos. É o devido processo legal aplicado às relações de administração entre o Estado e os cidadãos.” JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. *Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 21. “Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 587. “Controle, em tema de Administração Pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 598.

⁴ NETO, Floriano de Azevedo Marques. Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005. p. 200 - 201.

⁵ “Portanto, a idéia de independência no Estado de Direito não é absoluta, na medida em que deve comportar sempre a noção de controle. A limitação da autoridade consubstancia, assim, uma idéia fundamental do Estado moderno. Nesse contexto, a indepen-

dência como característica basilar das agências reguladoras não afasta a necessidade de controle, antes até não prescinde de sua existência. Com efeito, a legitimidade de suas decisões deve ser aferida de forma constante pelos diversos meios de controle, não apenas o legislativo, o administrativo e o jurisdicional, mas principalmente o controle social. A entidade reguladora é entidade que se compatibiliza, portanto, com o princípio da separação de poderes e com o sistema de freios e contrapesos.” AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 76. “Entende-se que, apesar de sua independência, as Agências Reguladoras devem sofrer controle dos poderes constituídos, em face da necessária manutenção do sistema de freios e contrapesos caracterizador da idéia de separação de poderes e manutenção da *centralização governamental*.” MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 29. “Como dito, as Agências Reguladoras são detentoras de competências que agregam elementos subsumidos a funções executivas, normativas e judicantes. Assim, impõe-se como qualquer órgão ou entidade pública, o controle de todas as suas atividades e atos, com o uso de instrumentos tradicionalmente empregados para conter os excessos perpetrados pelos Poderes Executivo e Legislativo.” GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 247.

⁶ NETO, Floriano de Azevedo Marques. Op. cit., p. 201 - 202.

⁷ “[...] Se o subsistema de controles pudesse ser ilustrado geometricamente, caberia representá-lo por uma pirâmide, à semelhança da de Kelsen, que evidencia a hierarquia das leis. Nesta, o vértice é ocupado pela Constituição, com a qual se devem compor todas as normas de inferior hierarquia. Na pirâmide dos controles, o vértice é ocupado pelo Judiciário, posto que lhe cabe dar a última palavra sobre se as normas expedidas e os atos praticados nos mais recônditos escaninhos da ordem jurídica se compadecem, ou não, com os princípios e normas do sistema. Sob a perspectiva sistêmica da ordem jurídico-constitucional brasileira vigente, nada, ou quase nada, escapa ao controle jurisdicional, inclusive os atos praticados pelos demais agentes de controle, interno (autocontrole) e externo (parlamentar e popular).” JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. *Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 29. “[...] Nos países de regime presidencial, como o nosso, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento, que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e a fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa. Torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel no vinculamento da função administrativa à ordem jurídica. Na realidade, é só por ele que se confina, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo, que, colocado acima do controle eficiente do Parlamento, só na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz do ponto de vista jurídico.” FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 137.

⁸ MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 42.

⁹ “Em relação ao Poder Judiciário, entende-se que a instituição de Agências Reguladoras em nada alterou a possibilidade de controle judicial da Administração Pública, consagrada em nosso ordenamento jurídico pátrio [...] Dessa forma, a inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrada constitucionalmente, aplica-se integralmente às Agências Reguladoras, pois a Administração Pública Direta ou Indireta deve, como todos os administrados, total obediência ao primado da Constituição e à legalidade, pois discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade administrativa.” MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 30 - 33.

¹⁰ “Nessa ordem de idéias, os parâmetros de controle judicial do gênero ‘ato administrativo’ são insuficientes para desvendar todas as indagações que envolvem os fins e repercussões do controle judicial da tecnicidade do ‘ato administrativo regulatório’ de atividades econômicas.” GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 275. No mesmo sentido: NETO, Floriano de Azevedo Marques. Op. cit., p. 201 - 202; BARROSO, Luís Roberto. Aparentamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 127.

¹¹ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 166.

¹² A necessidade de regular as atividades em que o setor privado substituiu ou ocupou espaços não atendidos pelo público, bem como aquelas de interesse econômico geral acarretou o surgimento de novas estruturas administrativas e de novas categorias de normas, respectivamente, as agências reguladoras e as normas regulatórias. Contudo, em que pese o critério especial de composição de tais entidades e do processo normativo, não surge daí um novo ramo do Direito, visto que não nasce um novo sistema, com princípios e regras próprios; trata-se, pois, de uma mera evolução do Direito Administrativo, de modo que se adequa ao estudo do exercício da função pública destinada ao atendimento dos interesses dos administrados. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21 - 22. No mesmo sentido, vale transcrever as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem não faz sentido afirmar-se que a matéria jurídica que trata do fenômeno da regulação constitua um ramo científico do Direito, uma vez que isso importaria em reconhecer-lhe autonomia disciplinar, com princípios e conceitos próprios, destacados da matriz do Direito Administrativo. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003. p.12.

¹³ Nesse sentido, se posicionam: AMARAL, Alexandra da Silva. Op. cit., p. 85; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 127; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 370 - 371; GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 278 - 279; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 350 - 351.

¹⁴ “A dificuldade é que os juízes são generalistas e os reguladores especialistas; distantes da realidade das operações cotidianas, os juízes podem falhar em apreciar a complexidade dos pontos, o que pode representar em ordens inapropriadas e com a arrogância

decorrente da independência (impondo suas preferências políticas aos administradores que, ao contrário dos juízes, estão sujeitos a controles); ademais, os juízes só podem agir quando os litigantes levam o caso ao Judiciário e a decisão enfoca o que ocorreu no passado, e não as conseqüências do futuro; por fim, a descentralização e a hierarquia na organização do Judiciário permitem que os conflitos entre as Cortes persistam por anos.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 377.

¹⁵ “Assim, o controle judicial dos atos regulatórios não deve perscrutar a interpretação prospectiva do regulador, que concentra a preocupação com os impactos futuros, mediante a ponderação dos benefícios e dos ônus advindos da regulação. Os impactos sistêmicos do ato regulatório ultrapassam a competência do magistrado. Tem-se, ainda, o fato de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no contexto da discricionariedade regulatória (ou, para alguns, discricionariedade técnica), de modo que a apreciação desses conceitos, seguindo apenas os critérios técnicos correspondentes, poderá dar margem a mais de um resultado (solução justa), impedindo que o mérito desses atos seja revisto positivamente pelo Poder Judiciário. Vale dizer, pensar em sentido diverso estar-se-ia transferindo a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos indicados pelos magistrados.” GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 276. “Outro risco que se coloca é o de, diante da complexidade das matérias objeto de regulação estatal, o controle judicial acabar por ensejar que a competência regulatória seja exercida pelo perito a quem o juízo recorre para obter os elementos técnicos necessários a formar sua cognição. Neste sentido, estaríamos substituindo o regulador escolhido a partir de um processo complexo, que envolve o Executivo e o Legislativo, por um *expert* escolhido exclusivamente pelo juiz e sem ter a visão sistemática do setor regulado ou das implicações da decisão concretamente questionada. Por fim, há o problema da possível redução da efetividade regulatória gerada pela constante sujeição das decisões do regulador à revisão judicial, o que acaba por solapar o objetivo de certeza e segurança buscado com a moderna regulação.” NETO, Floriano de Azevedo Marques. Op. cit., p. 247.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 8ª. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24 e 44.

¹⁷ “Há, ainda, porém, uma categoria de conceitos indeterminados não vinculados — os conceitos de prognose [...], que não são discricionários, justamente porque não envolvem necessariamente uma valoração comparativa de interesses. São conceitos cuja complementação de sentido demanda uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro — juízo de prognose. A indeterminação dessa categoria de conceitos é superável através de uma avaliação da situação concreta, amparada numa prognose, isto é, numa estimativa, sobre a futura atuação de uma pessoa, baseada na valoração de suas qualidades, quando por exemplo se avalia, ao término do estágio probatório, se o funcionário demonstra aptidão para o serviço público; sobre a utilidade de uma coisa, quando se indica, para fins de doação, quais são os bens inservíveis para a Administração; sobre o futuro desenrolar de um processo social, como as decisões de planificação administrativa, tais como a definição de um local para instalação de centrais nucleares e do traçado das ruas e das estradas

[...] A aplicação dos conceitos indeterminados pode interceptar-se com a discricionariedade, nas hipóteses em que a decisão de prognose se conjuga com uma decisão discricionária, isto é, envolve um conflito de interesses, como pode ocorrer nas decisões de planificação.” MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 64 - 65.

¹⁸ ARENHART, Sérgio cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 439 - 450.

¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 17 - 58.

²⁰ Sérgio Guerra leciona que “É justo inferir que se as Agências Reguladoras exercem uma função discricionária na definição do que é oportuno e conveniente para a regulação do subsistema regulado sob sua competência, ponderando os múltiplos interesses envolvidos, poderá haver em seus atos uma certa dose de política que, logicamente, não pode se divorciar das políticas públicas traçadas para o setor. Contudo, deve se advertir que essa política não deve ser aquela voltada ao partidarismo de diversos grupos, e sim a discricionariedade na determinação e ponderação dos interesses gerais em presença”. GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 283.

²¹ “A captura decorre, basicamente, da experiência e do conhecimento técnico dos regulados, que forçaram, sempre, uma regulação que lhes seja mais viável. Isso se combate com a presença de agentes públicos qualificados, seja do quadro de apoio e direção, seja contratados para prestar serviços. A possibilidade de colapso regulatório em função da captura não decorre apenas do poder intelectual e econômico do regulado; a captura pode ser política, quando, por lei ou por ato de império (de duvidosa validade), o poder público retira a competência do órgão regulador ou lhe retira a característica de independência ou os elementos de autonomia a ela inerentes; pode ocorrer, também, pelo consumidor, que, detendo o direito de voto, pode organizar greves e manifestações, valendo-se de grupos de pressão e de instituições oficiais, que desautorizam as ações do regulador. Pode, até mesmo, decorrer da presença de empresas sob controle estatal em regime de competição com empresas privadas minoritárias no setor (como, por exemplo, no setor de energia elétrica, em relação à auto-regulação idealizada para o mercado atacadista de energia).” SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 260 - 261.

²² “Além disso, podemos ainda adotar, em relação à discricionariedade técnica, a exposição crítica de Antônio Francisco de Sousa (1987/308-309): i) a definição do que seja ‘decisão altamente técnica’ é subjetiva, visto que não se pode responder em termos satisfatórios onde começa e onde acaba o caráter ‘altamente técnico’; ii) quando se trata de decisões referidas a matérias que o juiz não conheça — até porque não tem o dever de conhecer todas as matérias —, pode e deve ouvir peritos, a fim de que sejam plenamente esclarecidos os fatos a respeito dos quais se decidirá; iii) da inegável dificuldade de controle de tais decisões não se pode extrair, a benefício da certeza e da segurança do direito, uma liberdade (autorização) para que a Administração decida a seu talante; essa liberdade apenas pode ser a ela atribuída diretamente, pela lei; iv) ao limitar-se o controle jurisdicional ao ‘erro manifesto’, coloca-se à margem desse

controle o ‘erro não manifesto’; é certo, porém, que tanto o ‘erro manifesto’ quanto o ‘erro não manifesto’ são ilegais e devem ser corrigidos, jurisdicionalmente; a tolerância do erro manifesto ou não manifesto, se não concedida pela lei, não pode ser concedida pelo juiz; ademais, também não se pode responder de modo satisfatório onde começa e onde acaba o caráter manifesto do erro. A tese da discricionariedade técnica é, como se vê, insustentável.” GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p.214 - 215. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 113.

²³ KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife: TRF 5ª Região, nº 8. 2004, p. 205 - 207.

²⁴ GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 277. “Há *redução da discricionariedade a zero*, quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível [...] Tem-se, então, hipótese de redução da discricionariedade a zero, também denominada de *atrofia do poder discricionário* [...] Quando há duas opções previstas na lei, ou seja, quando a lei prevê, em tese, a possibilidade de duas soluções, em princípio, indiferentemente aceitas pelo Direito, as condicionantes do caso concreto e as limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade poderão, na análise de cada caso, conduzir à conclusão de que uma das opções foi tomada sem levar em conta as peculiaridades da situação ou fora desses limites jurídicos. Por exclusão, restará uma solução unívoca para o caso, e a Administração estará obrigada a tomá-la, podendo, portanto, o juiz compeli-la a tanto.” MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 162.

²⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Op. cit., p. 166 - 170.

²⁶ “É interessante observar que a crise do modelo oitocentista da lei agrava-se dentro de um contexto de Estado pluralista e regime constitucional compromissório, que conduz a um paradoxo. Isso porque, para sua própria sobrevivência, a lei passou a incorporar preceitos vagos e indeterminados ou, até mesmo, contraditórios. Trata-se, na expressão de Hart, da adoção de uma ‘textura aberta’ por parte do legislador, para que o texto legal seja apto a incorporar os diversos interesses conflitantes (é verdade, reconheça-se, que isso por vezes é feito de forma dissimulada e proposital, o que agrava o déficit democrático). O que se passa, e é nesse ponto que o referido paradoxo se evidencia, é que optando o legislador pela indeterminação, acaba ele por delegar amplo espaço de concretização do direito pelo administrador e, em consequência, ao seu último controlador: o Poder Judiciário. Dessa forma, transferiu-se do legislador para o aplicador da lei a decisão da ‘vontade geral’. Verifica-se, pois, que em busca de nova legitimação para a atuação estatal, corre-se o risco do estabelecimento de um ‘governo de juízes’ não eleitos.” BINENBOJM, Gustavo. Nota de atualização doutrinária nº 1. In FAGUNDES, Miguel Seabra. Op. cit., p. 120 - 121.

²⁷ NETO, Floriano de Azevedo Marques. Op. cit., p. 247.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p. 195.

²⁹ “Se a decisão administrativa, como, de resto, se reivindica para qualquer decisão jurídica, obedece a um *processo argumentativo*, tal como o vislumbra *Robert Alexy*, nada mais apropriado que nele concorram e se exponham, como argumentos, todas as considerações de valor pertinentes para o deslinde da questão a ser decidida, como tal consideradas não apenas as referidas a valores que são tradicionalmente levados em linha de conta como, inovadoramente, os que podem resultar do chamado *argumento sobre as conseqüências*, um tema que merece o desdobramento que se segue. Com efeito, para motivar se determinada *decisão administrativa* é ou não aquela considerada *justa* para a hipótese, é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja *retrospectiva*, levando em conta dados do passado, mas que sejam considerados também elementos justificativos voltados para o futuro, através de um exercício *prospectivo*, de modo que seja possível demonstrar que as soluções adotadas, uma vez aplicadas, não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais, que a própria ordem jurídica declara e preserva. Em outros termos: a decisão deve ser *prospectivamente responsável*, levantando e estimando, para esse efeito, *as conseqüências previsíveis*, ponderando-as, tanto quanto a seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada. Essa exigência, que se impõe a qualquer órgão decisório dotado de poder público, com muito mais razão é essencial à decisão proveniente do exercício da função reguladora, uma vez que, se é certo que qualquer intervenção do Estado, em princípio, traz uma exceção às ordens espontâneas da sociedade e da economia, que estão protegidas pelos direitos fundamentais, haverão de ser redobradas e agravadas as responsabilidades públicas de quem as deva tomar e, por isso, as exigências de visibilidade das razões por que o faz.” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 101 - 102.

³⁰ EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e

do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV) (MS 24268 / MG - MINAS GERAIS MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 05/02/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

³¹ “O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no Direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle.” MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 101.

³² “Desse modo, para que o Poder Judiciário possa perscrutar o mérito técnico do ato de regulação, há que se ter uma perfeita e clara identificação dos reais motivos que levaram o agente regulador à adoção da decisão [...] Neste contexto, pode-se sustentar que para a validade dos atos regulatórios emanados das Agências Reguladoras impõe-se que os mesmos sejam profundamente motivados, com a perfeita identificação da fundamentação técnica e a razoabilidade e proporcionalidade justificadora da decisão que atingirá todo um subsistema (motivação do ato regulatório). Somente uma motivação idônea dos atos regulatórios, que intercedam com interesses plurais da sociedade (nos quais se destacam os interesses e garantias fundamentais), poder-se-á legitimar a ação regulatória descentralizada, afastando qualquer sensação de arbítrio e despotismo que a ordem constitucional repele.” GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 263 - 264.

³³ “Nas sociedades pluralistas e dialéticas, portanto, democráticas, o método cartesiano, fundado na lógica formal e na razão teórica, não é suficiente, porque não realiza a comunhão de espíritos entre o orador e seu auditório. A nova retórica proposta por PERELMAN nasce da pesquisa de uma lógica dos julgamentos de valor, resgatando a noção do raciocínio dialético e trazendo significativa contribuição para o pensamento jusfilosófico [...] As razões elencadas pelo operador do direito não devem apenas ser de cunho formal, mas devem buscar o consenso, devem persuadir, e não ser meramente uma justificativa despreocupada com a adesão, conferindo apenas aparência de legitimidade. A motivação não é mero elenco de causas e razões, mas deve estar fundada em argumentos fortes que conduzam à adesão do auditório. Deve refletir a ética da sociedade, e não uma ética própria, dissociada do consenso.” AMARAL, Alexandra da Silva. Op. cit., p. 61.

³⁴ “Nesse passo, não basta a menção a fatos provados e ao direito legislado, porque esses elementos, por si sós, pouco dizem à ação regulatória. Nessa área, a decisão judicial precisa explicitar as razões sociais, econômicas e políticas que a fundamentam. Cuidando-se de decisões que possuem muitas vezes conteúdo econômico marcante, é importante que a decisão considere, sempre e de forma declarada, a medida que uma determinada distribuição de custos e benefícios é, por ela, empreendida entre a socie-

dade, determinados grupos de interesse e determinados agentes em especial, inclusive para fins de controle [...] Para que o controle judicial da ação normativa do Estado seja, efetivamente, democrático, as decisões respectivas devem ser fruto de uma apreciação ampla e completa de todas as variáveis técnicas e fáticas envolvidas em cada caso, bem como de todas as teses jurídicas e, finalmente, da exposição verdadeira das razões (inclusive *políticas* e *sociais*) envolvidas na decisão.” VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 416 - 417.

³⁵ A necessidade de respeito do princípio da colegialidade na edição dos atos regulatórios aplica-se, por igual, aos atos exercidos nas funções executiva e judicante.

³⁶ “Desse modo, nos casos em que a norma assim exigir, Agência Reguladora deverá exercer suas competências mediante deliberação do seu Conselho Diretor, que detém competência privativa para o exercício das funções regulatórias. Nesse caso, qualquer decisão individual de dirigente de Agência Reguladora visando criar ou restringir direitos e obrigações para o agente regulado, como, por exemplo, a desconstituição de um reajuste tarifário previsto no contrato de concessão de serviços públicos, é flagrantemente ilegal.” Idem, *Ibidem*, p. 144.

³⁷ “Dentro do princípio da legalidade, em determinadas hipóteses, se estabelece que algumas matérias devem ser reguladas tão-somente por lei. Nessas circunstâncias, estaríamos diante da reserva de lei, o que desautorizaria a normatização jurídica proveniente de outras fontes, como, por exemplo, os regulamentos [...] A matéria alcança importância significativa na medida em que bens a serem tutelados, como a liberdade e a propriedade, bem como os direitos fundamentais, só podem ser objeto de lei. A lei, desse modo, e tão-somente esta, pode restringir direitos, liberdades e garantias, ganhando uma dimensão ‘garantista’ e uma dimensão conformadora e concretizadora desses mesmos direitos.” FILHO, Ary Casagrande. *Estado Regulador e Controle Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 137 - 138.

³⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 34.

³⁹ NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Op. cit.*, p. 229.

⁴⁰ Alguns exemplos são retirados do artigo já citado de Floriano de Azevedo Marques Neto. Idem, *ibidem*, p. 229 - 241.

⁴¹ “Se, como a doutrina predominante aponta com precisão, no caso das concessões, permissões e autorizações de serviço público, a lei transfere às agências reguladoras as atribuições do Poder Público concedente nessa matéria, e, se a responsabilidade do Estado em relação à delegação de tais serviços e mesmo concernente às entidades que cria para desempenhar serviços é *subsidiária*, como tem reconhecido a jurisprudência, uma vez que o serviço público é assumido pelas concessionárias/permissionárias/autorizatórias em seu próprio nome, por sua conta e risco, no interesse geral, parece lógico que, no caso da *execução dos serviços*, a responsabilidade civil dos prejuízos causados deva ser direta e objetiva das prestadoras do serviço e subsidiária das agências ou do

próprio poder concedente. No entanto, se falhas ou ilegalidades se verificarem na própria regulação (fiscalização, normatização, controle, gerenciamento, etc.), que venham a indiretamente causar prejuízo ao administrado em geral e ao usuário do serviço em especial, a responsabilidade da agência reguladora poderá ser solidária à da prestadora e, conforme o caso, até mesmo direta.” ARAÚJO, Edmir Netto de. *A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 56 - 57. Acerca da responsabilidade civil da agências reguladoras, assim como de seus dirigentes, ver GUERRA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 347 - 355.

⁴² “Como dito ao longo deste estudo, a função regulatória se situa no âmbito do Direito Administrativo. Com a decisão de um conflito, tem-se um ato administrativo decisório dotado, pois, dos atributos da presunção de legalidade, de legitimidade, de imperatividade e de executoriedade, mas pode ser controlado pelo Judiciário.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 69.