

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

CLEON FIGUEIRÓ WARTH

**CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

PORTO ALEGRE

2013

CLEON FIGUEIRÓ WARTH

**CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Internacional.

Orientador: Prof. Bruno Miragem

PORTO ALEGRE

2013

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Cleon Figueiró Warth

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal analisar o controle judicial dos atos normativos produzidos pelo sistema regulatório brasileiro, o qual sofreu grande influência do modelo americano. Diante deste contexto, serão trazidas algumas particularidades das agências americanas a fim de explicar a necessidade de haver um maior controle dos atos normativos. Ao mesmo tempo, será exposto que não pode haver uma limitação da análise judicial diante da discricionariedade técnica, especialmente porque esta deve atender ao interesse público. O estudo é desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica, análise de texto legislativo, em especial a Constituição Federal de 1988, o Código do Consumidor e a Lei da ANATEL (9472/97). Realiza-se, também, uma sucinta análise de alguns precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, do Supremo Tribunal Federal e de importantes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, já que estes últimos vêm afastando o controle judicial de atos normativos emitidos pelas agências reguladoras.

Palavra-chave: Controle Judicial dos Atos Normativos. Agências Reguladoras. Discricionariedade Técnica.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe analisar o controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras no Brasil a partir do estudo sobre o modelo regulatório americano e de uma análise doutrinária e jurisprudencial brasileira sobre o assunto.

Tendo em vista de que não há um consenso doutrinário e nem jurisprudencial sobre o tema, se buscará, inicialmente, por meio de um estudo sobre o sistema regulatório americano, expor que neste país há um controle prévio e rígido dos atos normativos das agências. Demonstrar-se-á o contraste com o modelo brasileiro no qual a participação dos usuários na elaboração de normas é quase que inexistente, dada complexidade de como o assunto é

apresentado para debate em consultas e audiências públicas, podendo caracterizar elevado grau de ilegitimidade dos atos das agências reguladoras. Daí a necessidade de uma interferência quase natural do Ministério Público e do Judiciário no controle desses atos normativos.

Ao depois, será exposto o entendimento de que não há delegação de função legislativa às agências reguladoras. A doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal, em posição mais recente, não admitem a delegação.

Por fim, rechaça-se o entendimento de que a discricionariedade técnica possa afastar a análise judicial sobre determinado assunto regulatório. Expõe-se que mesmo que as decisões do agente regulador sejam baseadas em estudos técnicos-científicos, haverá invariavelmente uma escolha que poderá ser controlada juridicamente.

2 CONCEITO DE REGULAÇÃO

O termo *regulação* significa a atividade estatal intervencionista indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados com o fim de buscar a implementação dos direitos fundamentais e a política governamental.¹ Equivale à expressão americana *regulation* a qual indica a atividade promovida pelo estado.²

Frise-se que regulação não se confunde com *regulamentação*, já que esta é a função normativa infralegal que complementa a norma feita pelo legislador comum, possibilitando sua aplicação a determinado caso concreto.

Com isso, a regulação é uma função executiva, que eventualmente pode se traduzir na regulamentação (art. 84, IV, CF/88), e não função legislativa; assim legislar não é regular e nem a regulação representa uma delegação da função legislativa, como será visto mais adiante.

3 O NASCIMENTO DAS AGÊNCIAS AMERICANAS

Os Estados Unidos da América vivia no século XIX e início do século XX o mais puro liberalismo econômico, o chamado *laissez-faire* (deixai fazer), ou seja, a ideia da não-intervenção do Estado nas relações econômicas privadas. Esse período foi conhecido como a

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 638.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 15.

“Era *Lochner*”. Entretanto, paulatinamente, com os avanços no campo do transporte, das comunicações e da produção em massa terminaram por mudar a ordem social e econômica e com isso a necessidade de promover o bem-estar dos governados, com interferência do estado, principalmente na economia através das agências reguladoras.

Esse novo formato de Estado, algo nunca visto antes pelos americanos, foi chamado de “*revolução sem derramamento de sangue*”³ e nasceu das deficiências das funções judiciais e legislativas do Estado no período do *laissez-faire*, incapazes de proteger a população de problemas complexos que surgiram, como por exemplo, com os avanços tecnológicos na área da comunicação e o de energia.

A trajetória das agências reguladoras nos Estados Unidos é sintetizado por Conrado Hübner Mendes⁴, o qual informa que as agências reguladoras nos Estados Unidos passaram por quatro fases. O nascimento da regulação se deu em 1887, quando se verificou a necessidade de se conferir uma resposta reguladora às disputas que ocorriam entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais. É que as companhias de estrada de ferro procuravam obter o lucro máximo nas tarifas que livremente estipulavam sob o critério de qual valor máximo os usuários pudessem suportar - *traffic would bear*. Os fazendeiros se organizaram no movimento chamado *Nacional Grange* e atuaram como grupo de pressão sobre as Assembleias estaduais com o fim de obter a regulação, legislativamente, das tarifas ferroviárias e do preço de armazenagem de cereais. Nesse ano criou-se, então, um ente regulador (*ICC*, que pouco depois foi chamada de *FTC*) que tinha por finalidade a controlar condutas anti-competitivas de empresas e corporações monopolistas.

Na segunda fase, entre os anos de 1930 e 1945, período que a economia dos Estados Unidos estava abalada por uma forte crise, emergiram-se inúmeras agências administrativas que, como parte da política do *New Deal*, liderada pelo Presidente Roosevelt, intervieram fortemente na economia. Nessa intervenção foram suprimidos princípios básicos do liberalismo e conferido ampla autonomia as agências administrativas, motivo pelo qual se deu início a um debate constitucional-jurisprudencial substancial.

No terceiro estágio, já entre 1945 e 1965, houve a edição de uma lei geral de procedimento administrativo denominado *APA – Federal Administrative Procedural Act*. Ela

³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia (uma reflexão do direito constitucional e comparado. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 22.

⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia (uma reflexão do direito constitucional e comparado. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 29-30.

trouxo uma uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade.

Mais adiante, nos anos de 1965 e 1985, aconteceu no sistema regulatório americano um problema que desvirtuou as finalidades da regulação até então desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Na captura os agentes privados, como enorme poder econômico e grande exercício de influência perante entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores.

Por fim, de 1985 até os dias de hoje, o modelo começou a se redefinir para consolidar um modelo regulador independente, mas com controles externos adequados para garantir essa independência.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE AGÊNCIAS AMERICANAS E AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

A doutrina brasileira assevera que diversas são as leis americanas que conceituam o que seria agência, demonstrando que não haveria uma uniformidade na conceituação. Mas, no *APA – Federal Administrative Procedural Act*, especificamente na seção 552, há a definição de que agência incluiria qualquer departamento administrativo, militar, empresa pública, empresa controlada pelo Estado ou outro estabelecimento no Poder Executivo do Governo ou qualquer agência regulatória independente. Independente deste conceito, a verdade é que há no direito americano diversas leis que definem agências, não havendo uma uniformidade.⁵

A agência reguladora é chamada nos Estados Unidos de *Independent Regulatory Commission*. É uma entidade administrativa autônoma e altamente descentralizada, com estrutura colegiada, sendo seus membros nomeados para cumprir um mandato fixo do qual eles podem ser exonerados em caso de deslize administrativo ou falta grave. Há um colegiado que são dos Diretores sendo que um desses será nomeado pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, para uma gestão de normalmente 01 (um) ano. Gozam seus diretores de estabilidade funcional garantida pelo fato de serem nomeados para um mandato fixo.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 62.

Além disso, leis que criaram as mais recentes agências americanas impõem que nas direções vigore um entendimento bipartidário, ou seja, que os partidos do governo e a oposição possam conjuntamente indicar os diretores das agências. Isso significa que tais agências são representativas das múltiplas sensibilidades política-ideológicas em que se divide a nação americana. A democracia é a maior beneficiada.

Já no sistema brasileiro, tendo como fator comparativo o direito americano, mostra pouco caso com os princípios democráticos. No Brasil, a agência reguladora é uma autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada e que tem por fim normatizar, disciplinar e fiscalizar os serviços de interesse público executados por agentes privados ou mesmo públicos.

Entretanto, o Conselho-Diretor, órgão máximo, por exemplo, da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e que tem o poder de decisão, seus membros são indicados 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 (art. 23, da Lei 9472/97). Não há aqui, como nas agências americanas, diretores sendo indicado pelos partidos de oposição ao governo.

Quando há um órgão colegiado e representativo de classes, como Conselho Consultivo, presente em algumas agências como na própria ANATEL, e que são compostos por representantes indicados pelo Senado, Câmara de Deputados, Executivo, entidades de classes dos usuários ou da sociedade, este se mostra meramente consultivo ⁶ já que suas recomendações não tem caráter vinculatório para direção da entidade que é do Conselho Diretor.

5 O CONTEXTO DA RECEPÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E A INFLUÊNCIA DO ESTADO

Diferente dos Estados Unidos da América, em que se alterou o modelo estatal de total ausência de intervenção do Estado (*laissez-faire*) para um Estado de Bem Estar com o surgimento das agências reguladoras, no Brasil já se vivia em estado intervencionista em que

⁶ Art. 35. “Cabe ao Conselho Consultivo: I - opinar, antes de seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações; II - aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público; III - apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor; IV - requerer informação e fazer proposição a respeito das ações referidas no art. 22.”

haveria transferência aos agentes privados da prestação dos serviços públicos que eram monopolizados.

Assim, as agências reguladoras não surgem no Brasil – reforma do estado dos anos 90 - porque o mercado estava totalmente desregulado e o livre arbítrio das empresas gerava problemas na economia. Ao contrário, o estado era bastante presente, mas com muito custo e desconfiança transferiu responsabilidades sobre determinados serviços públicos por meio das privatizações, sob o olhar atento das agências reguladoras.

6 FUNÇÃO LEGISLATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Sendo as agências reguladoras figuras oriundas de uma modelo regulatório americano, nascidas na institucionalização da *Interstate Commerce Commisso* (para regular o transporte ferroviário), surgindo no protótipo sistema presidencialista dos EUA, com as três funções bem distribuídas – Poder Legislativo, Executivo e Judiciário - e adotado pelo Brasil, com princípios proibitivos de acumulação de poder insculpido na sua raiz, como permitir que as agências reguladoras exerçam a função normativa?

Nem mesmo o berço dessa polêmica que é o EUA forneceu ao mundo ainda uma resposta jurídica satisfatória e clara sobre o assunto ⁷. O que se viu e se observa nesse país, na verdade, é um pragmatismo e a flexibilidade que existem nas Instituições americanas (inclusive a Suprema Corte) de se adaptarem a novas realidades econômicas e de enfrentarem as crises mundiais como foi a de 1929 e a de 2008. A agência reguladora americana é uma superação ou mitigação do dogma da não-delegação das funções específicas de cada um dos poderes estatais. ⁸

Em que pese a situação jurídica de delegação de poderes à agência reguladora não estar bem definida nos EUA, o certo é que a Suprema Corte deste país possui precedentes como o do *Mistrettta v United States*, 488 US 361 em que se mitigam os rigorismos da separação dos poderes, rejeitando a ideia de que são compartimentos estanques. Neste precedente a Corte enfatiza que os constituintes não impuseram a noção de que os três poderes deveriam ser inteiramente separados e distintos. Deixou bem claro que o poder

⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia (uma reflexão do direito constitucional e comparado. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 44.

⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia (uma reflexão do direito constitucional e comparado. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 40.

originário adotou uma visão flexível da separação dos poderes e que isso representava um mecanismo que evitava a tirania, já que haveria um sistema de pesos e contra-pesos no interior de cada Poder.

Tendo em vista este precedente e outros – uma visão mais flexível sobre a separação dos poderes - a Suprema Corte americana tem a visão de que é constitucional as leis do Congresso que delegam a função legislativa ao Chefe do Executivo e, num segundo momento, às agências reguladoras.

Mas a chave da questão está nas condições impostas caso a caso pela Corte na aprovação dessas delegações: i) ela examina se o legislador delimitou os objetivos da agência reguladora criada; ii) se a lei instituidora da agência fixa critérios (“*standards*”) claros para o exercício da função normativa, verificando se não há margem de para abusos ou excessos e, por fim, iii) se o ato legislativo abre espaço aos exercícios das garantias constitucionais clássicas, tais como a da cláusula *due process of law*.

A Suprema Corte dos Estados Unidos também foi pragmática ao entender que a realidade sócio-econômica não mais permitia um estado abstencionista em sua totalidade, mas um governo que agisse em pontos fundamentais com tecnicidade, regulando uniforme e sistematizada áreas que merecessem esse cuidado – como é o caso da telefonia, do transporte, etc.

Voltando para o Brasil, o princípio da separação dos poderes positivado no art. 2º da CFRB ⁹, não deve nos dias de hoje ser compreendido nos moldes de quando foi criado por Montesquieu há dois séculos. Como já é perceptível no direito comparado, a partir do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos que já aplica esse princípio sem se preocupar com “os compartimentos estanques” idealizado naquela época, observa-se que esse princípio histórico deve ser repaginado nos moldes de nossa realidade, qual seja, um estado com órgãos distintos, com repartições de funções, mas com uma essência única: o controle recíproco.

Em que pese à possibilidade de delegação no modelo americano, no Brasil, em função da falta de unicidade do que signifique esse princípio nos dias de hoje, a doutrina e a própria jurisprudência não são unânimes em dizer se as agências possuem função legislativa - o Supremo Tribunal Federal em decisão mais recente não admitiu. Entretanto a doutrina mais especializada, como será visto, não admite a delegação da função legislativa, principalmente

⁹ Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

quando se diz que o constituinte estancou as delegações no tempo quando redigiu o artigo 25 dos Atos de Disposições Complementares (ADCT).¹⁰

De toda forma há um consenso: as agências reguladoras tem poder normativo, ou seja, produzem normas. Como será exposto no tópico abaixo, ter o poder normativo significa produzir normas dentro da legalidade, existindo mecanismos de controle para que isso se confirme.

De acordo com Lais Calil¹¹ poder criar normas é uma das características de como foram introduzidas na estrutura administrativa brasileira as agências reguladoras. Elas possuem natureza jurídica de autarquias especiais, isto é, possuem um regime jurídico especial justamente porque lhes são conferidas a independência que permite exercer as funções normativas, fiscalizadoras, julgadoras e sancionatórias. Mas, a especialidade e a independência trazem dificuldades ao jurista para introduzi-las no sistema presidencialista adotado, principalmente pelo princípio da separação dos poderes.

7 UM PROCESSO DE FORMAÇÃO DA NORMA REGULATÓRIA COM PRECÁRIA PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS

Como instrumento de realização do princípio da eficiência que buscam as agências, a norma regulatória de grande impacto no setor regulado deve resultar do procedimento fundamentado na lei e necessidades públicas, calcado em normas técnicas, com oitiva da sociedade e das corporações (sindicatos, conselhos profissionais, câmaras de comércio, associações civis e entidades de classe). Do contrário a norma será inconstitucional, por violar a legalidade, ou a legitimidade, ou a eficiência ou a razoabilidade ¹². Assim, as agências não são livres para editar as normas que desejarem.

Vale novamente aqui trazer algumas peculiaridades do direito regulatório americano.

Nos Estados Unidos foi criado a *U.S Office of Management and Budget - OMB* que supervisionava a competência regulatória das agências, estabelecendo regras procedimentais

¹⁰ Art. 25. “Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; [...]”

¹¹ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 130.

¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 56.

de controle. Averiguava primeiramente, por exemplo se todo o tramite processual fora obedecido.

Em outro momento, o mesmo órgão fazia a Análise do Impacto Regulatório (*Regulatory Impact Analysis – RIA*), no qual eram calculados pela agência reguladora os benefícios e os custos da nova regulação.

Com a aprovação da OMB, a agência publicava a norma no *Federal Register*, demonstrando para todos os benefícios que seriam obtidos, ao mesmo tempo em que abria o debate público sobre a mesma (período de 30 a 90 dias). Só após esse debate se concluía o *RIA*, quando então a agência apresentava a redação final à OMB e após, com a aprovação, o registro definitivo no *Federal Register*, com uma data de vigência.

Feito o parêntese, no sistema brasileiro não existe esse órgão de controle de elaboração normativa por parte das agências, fato que aumenta muito o risco das normas serem desfeitas pelo Poder Judiciário.

Há, no entanto, no Brasil o direito da participação dos administrados na elaboração da norma pelo agente regulador, conforme dispõe, por exemplo, a Lei 9472/97 que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações, em seu artigo 42 que trata da consulta pública, ou, ainda, o artigo 6º do Decreto 2.335/97 que dispõe sobre a ANEEL, assim redigidos respectivamente:

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Art. 6º A estruturação da Superintendência de Processos Organizacionais deverá contemplar os seguintes processos básicos:

[...]

IV – consulta aos agentes, aos consumidores e à sociedade.

Essa consulta pública seria algo parecido com o debate público que acontece no sistema americano.

No Brasil não são todas as agências reguladoras que possuem essa abertura ao administrado. Tanto que tramita na Câmara de Deputados o Projeto de Lei nº 3.337/2004 que introduz a obrigatoriedade da consulta para todas as agências reguladoras.

Deve ser oportunizado efetiva participação aos grupos organizados (ex. empresarial ou associação de consumidores) ou mesmo temporários, constituídos em função de um objetivo limitado no tempo e/ou no espaço (grupos idealísticos), com o fim de debater publicamente a norma a ser inserida e que irá regular determinado setor da economia. Essa

obrigação advém do próprio princípio democrático de que o povo não pode ser afastado da elaboração de normas que lhe irão afetar. Da mesma forma que no Congresso o povo participa elegendo seus representantes, a legitimidade na elaboração da norma regulatória advém das participações dos agentes regulados.

Assim, o interesse público perseguido pelas agências reguladoras na confecção de suas normas significa o somatório de interesses privados que há em um determinado setor regulado da economia e que são harmonizados pela administração por meio das consultas ou audiências públicas.

A não participação – também configurada quando ouvidas poucas pessoas ou, ainda, sem relação com o segmento regulado - significa, invariavelmente, a rejeição de diversas normas regulatórias (levando o Poder Judiciário a atuar) sob os fundamentos da ineficiência e/ou ilegitimidade. A participação dos administrados não é uma faculdade, é uma obrigação.

8 PROCESSO DECISÓRIO NAS AGÊNCIAS E OS INTERESSES DOS AGENTES ECONÔMICOS

Conrado Hübner Mendes, examinando a questão sob a ótica do destinatário final de toda e qualquer regulamentação, isto é, o usuário, registrou com muita propriedade que no processo decisório das agências, seja para elaboração de uma norma ou na solução de algum conflito, identifica-se três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Para saber qual destes é atendido numa decisão da agência é de fundamental importância para que não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Conclui que a legitimidade de uma decisão passaria pela abertura de canais de representação de cada um desses interesses.¹³

Nessa primeira parte da análise do autor pode se extrair a conclusão de que a representatividade de classes, conforme enfatizado em tópico anterior, devem ser ouvidas e atendidas no processo de elaboração de suas normas. E isso, como já se observou neste trabalho, se dá por meio de consultas públicas ou audiências públicas.

Entretanto, é bastante perceptível que nessa relação entre a agência e os interessados, os usuários possuem maior carência de representatividade. A participação destes é extremamente dificultosa, pois são, na maioria dos casos, leigos nos assuntos eminentemente

¹³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia (uma reflexão do direito constitucional e comparado. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 49.

técnicos postos na pauta decisória da agência. Quando participam da consulta pública, na maioria das vezes, não conseguem decifrar o que se está discutindo, ao contrário das concessionárias que possuem toda a capacitação técnica e o poder de barganha econômica para debater e exporem suas posições.¹⁴

Uma pesquisa realizada para saber o grau de contribuição da sociedade organizada nas consultas públicas realizadas pela ANATEL averiguou-se que 68,69% das contribuições oferecidas eram de companhias de telefonia e escritórios de advocacia ligados a elas. A presença de entidades do consumidor foi ínfima.¹⁵

É bom frisar novamente que não basta a faculdade da participação de segmentos da sociedade nos processos decisórios da agência. Não é satisfatório apenas a publicação de avisos na imprensa, na *internet* ou em órgãos oficiais; o agente regulador deve buscar a efetiva participação da sociedade,¹⁶ ou seja, o maior acesso possível as informações e a compreensão dos temas em discussão, sob pena de rejeição da decisão ou normas produzidas pelo órgão regulador.¹⁷

Consigne-se, também, que o resultado da baixa participação de segmentos dos consumidores combinado com a independência conferida às agências reguladoras, “sem interferência dos controles políticos”, carrega com ela um problema que é o surgimento de uma maior vulnerabilidade à atuação dos grupos econômicos interessados naquele mercado específico. A doutrina chama isso de *risco de captura*¹⁸ e que já havia sido visto nos Estados Unidos entre os anos de 1965 e 1985.

¹⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia (uma reflexão do direito constitucional e comparado. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 22.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 109-110.

¹⁶ De acordo com Bruno Miragem ocorre “na prática, a mera previsão legal de realização de audiências públicas e consultas públicas não assegura a efetiva participação no processo de tomada de decisão. Isto porque, dentre as diversas deficiências destes procedimentos na experiência recente, podem ser relacionadas, especialmente em relação às audiências públicas (que por serem presenciais, em tese permitiriam maior participação e o estabelecimento do contraditório): a) a *disparidade de informação e poder de argumentação* entre os agentes econômicos regulados e os cidadãos, usuários e consumidores em geral; b) a *ausência de dever de resposta* por parte do órgão regulador, porquanto as manifestações são apenas registradas e arquivadas; c) a *possibilidade de construção artificial de maiorias e consensos*, mediante a arregimentação episódica de participantes.” (MIRAGEM, Bruno. **A nova administração e o direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 76).

¹⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 59.

¹⁸ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 133.

Entretanto, diferente do Brasil, nos Estados Unidos existia um órgão criado justamente para controlar essa produção de normas pelas agências (*U.S Office of Management and Budget*), atenuando assim o risco de captura e mantendo a independência desejada.

No Brasil não há um controle por um órgão técnico, ou seja, a própria agência reguladora analisa as críticas e sugestões providas da consulta pública. É o que se deduz, por exemplo, das Leis da ANATEL (artigo 42 da Lei 9472/97) e da ANEEL (art. 6º do Decreto nº 2.335/97).

Daí porque o papel fundamental do Ministério Público e do Poder Judiciário no controle de eventuais excessos, fazendo o *checks and balances* nesse caso.

9 A NORMA REGULATÓRIA BRASILEIRA E O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO

A pergunta que se deve fazer de começo e que serve de introdução desse tópico é: a norma produzida pela agência reguladora pode criar, ou seja, pode inovar o ordenamento jurídico brasileiro? Esse é o ponto de grande debate jurídico, especialmente na doutrina.

Primeiramente cabe dizer que não há dúvida que as agências reguladoras no Brasil possuem competência para expedir normas a respeito do funcionamento de determinado serviço público ou segmento da economia.¹⁹ Isso se deve muito, como já mencionado, ao fato do legislativo não ter a proximidade suficiente com a pluralidade de interesses que regem o setor regulado, daí a necessidade do órgão técnico para a emissão da melhor norma.

Ainda antes de responder a pergunta acima, deve-se primeiro estabelecer uma premissa a partir de outro questionamento: há de fato uma delegação da função legislativa à agência reguladora?

Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, consigna que teria o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 264289/CE – acórdão publicado em 14/12/2001 - admitido implicitamente a delegação da função legislativa às agências reguladoras²⁰ desde que acompanhada de *standards* fixados pelo próprio Poder Legislativo, posição muito parecida com da Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme visto no ponto 6, *in fine*, deste trabalho. Trazendo um trecho da decisão do STF, resume essa posição:

¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 51.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 83.

‘O legislador local, como se vê, institui e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo – livre de quaisquer parâmetros legais –, a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina – a qual, acrescente-se, se revelou extremamente complexa – incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínimas e máximas e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função. Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61 §1º, II, a)’ (STF, RE nº 264289/CE, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.12.01).

Entretanto, o STF no julgamento da ADI 1668/DF – acórdão publicado em 2004 - o Plenário em caráter de liminar deu interpretação conforme a Constituição para os incisos IV e X do artigo 19 da Lei 9472/97 ²¹ em que o Min. Marco Aurélio de Mello proferiu o voto no seguinte sentido:

a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução do texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia.

Ou seja, o STF, sem mencionar a palavra delegação e estabelecer condicionantes para tanto, deixa bem claro nesta decisão que no momento da criação de normas pelas agências reguladoras, estas devem ser motivadas nos preceitos e nos limites que o legislador comum determinou. Assim, o entendimento exposto na ADI 1668/DF é mais claro e conclusivo do que o produzido no RE nº 264289/CE, fixando que a posição do STF é no sentido de não permitir que a agência exerça sua função normativa sem observar o princípio da legalidade, em “absoluta subordinação à legislação”, para usar aqui a expressão do Ministro Sepúlveda Pertence na mencionada decisão. O Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio, asseverou: “[...] Estou de acordo com S. Exa., em que nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, as normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar [...]”. Neste julgamento, o STF definitivamente não admite a delegação do poder de legislar à agência reguladora.

²¹ Art. 019 – “À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado.”

O insigne doutrinador Eros Roberto Grau se manifesta sobre o assunto expondo que não existe “delegação” do poder legislativo, pois o Executivo possui um poder normativo próprio, classificando este como gênero e o poder legislativo como espécie.²²

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto o que há na verdade é uma lei - com baixa densidade normativa - atribuindo ao regulador o papel de preencher a moldura com conhecimentos técnicos e à luz da realidade em que a lei vai ser aplicada. O legislador apenas atribui a obrigação, ou seja, o dever de eficiência (valores morais, políticos e econômicos), cabendo ao regulador definir, por meio de atos normativos ou executivos, a técnica de execução da vontade da lei.²³

Assim, para o Supremo Tribunal Federal e para a doutrina majoritária, as agências reguladoras não podem elaborar uma norma regulatória autonomamente, como se fossem o legislador comum. Embora possuam capacidade e conhecimento técnico o suficiente para criarem normas pertinentes para os setores regulados da economia, as mesmas devem ser criadas a partir do ordenamento que dispõem sobre a organização do serviço público explorado, como é o caso da Lei 9.742/97 das telecomunicações, da própria Constituição Federal e demais preceitos legais, criados pelo legislador comum e que regem o setor. Há um motivo muito especial para isso: o Poder Público quer garantir que determinadas políticas públicas sejam alcançadas pelas empresas que exploram o setor.

Marçal Justen Filho é bem objetivo ao falar que não

[...] há impedimento constitucional a que uma agência reguladora (ou qualquer autoridade administrativa) produza essa espécie de concretização de normas jurídicas. O que não se pode admitir é que a ausência de lei autorizando um elenco de escolhas para a autoridade administrativa seja suprida por ato infralegislativo. A autoridade administrativa não é investida de competência para criar normas de conduta não delineadas por uma lei.²⁴

Lais Calil,²⁵ aprofundando mais o assunto e respondendo o questionamento feito acima sobre a possibilidade das agências inovarem o ordenamento jurídico, adentra na questão da possibilidade das agências de criarem normas autônomas com base no artigo 84, VI, da Constituição Federal de 1988.

²² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 147.

²³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 51.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 214

²⁵ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 145.

De pronto a autora²⁶ assevera que a administração pública - a qual as agências reguladoras fazem parte - está adstrita à lei, razão pela qual somente poderiam produzir regulamentos de execução, afastando os regulamentos autônomos ou delegados. Suscita, em sequência, que o decreto autônomo previsto no artigo 84, VI da CRFB²⁷ deve ter sua eficácia apenas interna, ou seja, que diga respeito somente à *estruturação e funcionamento* da administração federal como expressamente está no artigo constitucional.

Assim, cabe aos Ministros dos Estados, caso seja delegado pelo Presidente da República (artigo, 84, §único, CRFB), produzirem decretos autônomos para, por exemplo, estabelecer competência organizacional de uma agência reguladora, mas não que ela possa ter competência normativa autônoma, incluindo aí os decretos autônomos. Até porque, o próprio constituinte limitou no tempo a delegação do poder-dever de legislar, conforme art. 25 do ADCT.

No entanto, há uma parte da doutrina que aceita que as agências reguladoras tenham a capacidade de legislar autonomamente devido ao fenômeno da deslegalização ou delegificação.

Desenvolvido pela doutrina francesa e italiana (*delegificazione*), é chamado por Figueiredo Moreira Neto de deslegalização ou delegificação.²⁸ Esta teoria diz que o titular de um determinado poder não tem dele disposição, mas somente do seu exercício, ou seja, o fundamento da deslegalização seria a retirada de determinada matéria da necessidade de se produzir uma lei, regularmente feita pelo Congresso Nacional. Tal fato não poderia ser chamado de delegação legislativa, pois não se estaria transferindo poder, mas o seu exercício por meio de uma lei que não adentraria na matéria, pois apenas transferiria a capacidade de criar um regulamento sobre determinado assunto.

Conforme Lais Calil, de acordo com esse entendimento,

[...] estar-se-ia admitindo a reserva de regulação de uma dada matéria às agências, que lançariam mão de seu poder normativo de forma autônoma e independente, o que teria, v.g., ocorrido nos casos previstos nos arts. 21, XI, e 177, §2º, III, da CFRB/88²⁹, que seriam casos de deslegalização com previsão constitucional.

²⁶ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p.145-146.

²⁷ Art. 84: “[...], VI - dispor, mediante decreto, sobre a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [...]”

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, v. 215, p. 71-83, jan./mar. 1999.

²⁹ Art. 21. “Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um

Seguindo esta lógica, pode-se admitir, inclusive, que na área de sua atuação, a norma criada pela agência revogue lei anterior.³⁰

Assim, o regulamento poderia inovar e até revogar leis formais anteriores. Isso só seria possível com a lei degradadora, já que transfere o exercício de criar norma infra-legal que teria o poder de “completar” a lei material.

Entretanto, Marcos Juruena Villela Souto³¹ discorda quanto à capacidade revogatória da norma regulatória, pois a revogação de uma lei editada pelo Congresso Nacional, por exemplo, somente poderia ocorrer com a edição de norma de igual hierarquia.

Contrariando também esse entendimento, Gustavo Binimbojm assevera que não seria possível que a lei de criação da agência “degradasse” o *status* hierárquico da legislação anterior, permitindo a alteração desta ou mesmo revogação por atos normativos editados pela agência. Consigna, ainda, que a Constituição Federal estabelece taxativamente as hipóteses e instrumentos por meio dos quais o Poder Executivo está autorizado a editar normas com força de lei, compreendendo as medidas provisórias e as leis delegadas, expressamente previstas respectivamente nos artigos 62 e 68 da CFRB.

Entretanto, isso não significa dizer que as agências reguladoras não possam tomar decisões normativas de cunho político – perseguindo, por exemplo, a proteção de um produto brasileiro e, caso existam desvios nesse caminho, existem mecanismo de controle como as audiências públicas, consultas públicas, os conselhos consultivos e, em último caso, o próprio Poder Judiciário.³²

10 A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

É necessário, antes de tudo, mencionar que no direito americano é comum o controle dos atos das agências em que pese a qualidade da legitimação que possuem se comparada com a brasileira, conforme já visto no ponto 8 deste trabalho.

órgão regulador e outros aspectos institucionais; [...] Art. 177. Constituem monopólio da União: § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

³⁰ CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. p. 145-146.

³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 54.

³² BINENBOJM Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 100.

No julgamento *Immigration & Naturalization Service v. Cardoza Fonseca* (1987) a Corte Suprema dos Estados Unidos reconheceu que o Judiciário era a autoridade final na questão de hermenêutica jurídica. Consignou-se que se o Poder Judiciário, aplicando os métodos conhecidos de hermenêutica jurídica, identificar a vontade do Congresso (entenda-se, a vontade que está na lei feita pelo legislador comum), deverá fazê-la prevalecer.³³

Em uma realidade de participação dos regulados bem diferente da americana, a “interferência” do Ministério Público e do Poder judiciário na função normativa exercida pelas agências reguladoras deve ser visto como algo necessário. Especialmente também porque as agências brasileiras lidam com fortes interesses econômicos (telefonía, energia) e a chance da influência dos agentes econômicos é muito grande. Torna-se pertinente transcrever as palavras de Conrado Hübner Mendes,³⁴ examinando a questão sob a ótica do destinatário final de toda e qualquer regulamentação, isto é, o cidadão usuário:

‘Identificamos no interior do processo decisório das agências ao menos três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Desvelar qual destes é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para que não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação de cada um desses interesses’. E segue: ‘Não há o ‘regime democrático’. Há aqueles que se aproximam em maior ou menor grau da hipótese ideal de democracia. As agências reguladoras se aproximam ou se distanciam deste modelo ideal? Até onde a retórica não tem manipulado nossa já limitada consciência? Existe algum mecanismo de participação popular (no sentido de efetivamente ter peso na decisão, e não de dar meras opiniões providas dos portadores de boa vontade cívica)? Notamos que a esfera da relação com o maior carência de representatividade é, definitivamente, a parcela de usuários. A participação deste, ressalte-se, é extremamente dificultosa, eis que são leigos nos assuntos eminentemente técnicos postos na pauta decisória da agência. Para que emitam sua opinião, ao contrário dos concessionários que possuem toda a capacitação técnica e o poder de barganha econômica para discutir, são necessárias traduções que demonstrem a essência dos problemas postos na mesa.

Não há dúvidas de que o Ministério Público e o Judiciário devem interferir nos processos decisórios quando o suposto equilíbrio de interesses é ameaçado, notadamente os dos consumidores, que como se percebe tem a representatividade mais fraca nesse processo. Não é, por isso, de mal tom consignar que a intervenção do Ministério Público e do Judiciário, para corrigir mazelas, deve ser visto como um processo natural, pois o sistema regulatório brasileiro é impregnado de disparidades entre seus beneficiados e interessados.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 107.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 131.

Outra circunstância a ser considerada para se demonstrar a necessidade dessa fiscalização é que, embora no arcabouço legislativo do direito regulatório brasileiro terem sido realizadas diversas referências ao direito do consumidor - como, por exemplo, a lei criadora da ANATEL que consigna expressamente que na “[...] disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais de defesa do consumidor [...]” (art.5º. Lei 9472/97) - as agências não têm em sua essência a defesa do consumidor-usuário, mas a regulação do mercado na qual se busca proteger o interesse público, expressão que muitas vezes é distorcida para justificar a proteção de minorias e empresas que atuam no setor, sob o argumento vazio da necessidade da manutenção do equilíbrio econômico de algum contrato a fim de se alcançar a eficiência desejada. Portanto, representa um papel fundamental nesse “jogo” de equilíbrios a atuação fiscalizatória tanto do Ministério Público, quanto do Poder Judiciário.

10.1 CASO DO SIGILO DOS PROCEDIMENTOS DA ANATEL (PADOs) E A DECISIVA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O Ministério Público Federal atuou (*custos legis*) recentemente em um caso emblemático no setor de regulação das telefonias e que pode muito bem representar o papel (*ombudsman* ³⁵) que o Ministério Público deve exercer frente às agências reguladoras.

Foi na ação civil pública nº 5007684-30.2010.404.7100 movida pela ANDICOM (Associação Nacional de Defesa e Informação do Consumidor) em face da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), no Rio Grande do Sul, com o fim de assegurar a todo cidadão brasileiro, associações e membros do Ministério Público o acesso e cópias aos Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações instaurados pela Agência (PADOs), ou seja, buscou-se tutelar o direito difuso à informação.

³⁵ “Por último, queremos observar que a função do artigo 29, II, CF, conquanto primordialmente desempenhada pelos Procuradores dos Direitos do Cidadão a eles não se restringe, podendo todos os outros membros com atuação na área cível vir a exercê-la em suas áreas temáticas. Assim, por exemplo, na defesa dos consumidores, quando a atuação do Ministério Público Federal se dirige a assegurar que as agências reguladoras, como órgão do Estado que são, promovam a defesa dos consumidores na forma da lei – um direito constitucional fundamental assegurado no art. , XXXII, CF – atuando para reduzir a hipossuficiência destes e a acentuada desigualdade entre eles e os fornecedores de serviços regulados, de regra oferecidos no mercado de massa.” - GAVRONSKI, Alexandre Amaral, As funções constitucionais na área cível, In: LÉPORE, Paulo (Coord.). **Manual do Procurador da República**. Bahia: JusPODIVM, 2013. p. 638.

Uma das mais importantes agências reguladoras do país, a ANATEL determinou, por meio de norma prevista em seu Regimento Interno,³⁶ que seus Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADOS) deveriam ser sigilosos. Nos PADOS são basicamente analisadas as ilegalidades cometidas pelas operadoras de telefonia. Nem o Ministério Público Federal e muito menos os usuários poderiam ter acesso e conhecer das informações que diziam respeito às “falhas” cometidas pelas empresas de telefonia, sob a alegação de (motivo) que teria o dever de dar tratamento confidencial às informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis das prestadoras de serviços de telecomunicações, realidade que andava em total descompasso com a Constituição Federal que apregoa a publicidade dos atos administrativos da administração direta ou indireta e o acesso à informação (art. 5, XXXIII e LX e art. 37, *caput*, da CFRB).

Assegurar ao cidadão acesso à informação não significava apenas a defesa de direitos, mas também o controle social da administração. A regra da transparência é ainda mais importante para o exercício da atividade regulatória, dado que incumbida de disciplinar juridicamente poderosos interesses econômicos muitas vezes conflitantes com a adequada prestação dos serviços de relevante interesse coletivo. Como sabido, é nessas áreas em que o risco da predominância do interesse privado sobre o social é mais perigoso, fazendo-se imperioso efetivo controle social.

Ademais, o simples cotejo entre o Regimento Interno da ANATEL e a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) permitiu constatar que aquela normativa excedera a função de meramente regulamentar a norma, sendo o responsável pela extensão ilegal do sigilo a todo o trâmite do PADO.

Eis os termos do antigo dispositivo 79 do RI da ANATEL e o artigo 174 da Lei nº 9.472/97: “Artigo 79. O PADO será sigiloso até o seu encerramento, salvo para as partes e seus procuradores.” e “Art. 174. Toda acusação será circunstanciada, permanecendo em sigilo até sua completa apuração.”

A Lei da ANATEL descrevia que o sigilo será mantido enquanto perdurar a apuração; de outro lado, o regimento mencionava que o sigilo estender-se-ia até o encerramento do PADO. Era evidente a ilegalidade, pois havia uma diferença substancial entre apuração e procedimento administrativo, sendo a apuração apenas uma das fases do procedimento administrativo.

³⁶ “Art. 79. O PADO será sigiloso até o seu encerramento, salvo para as partes e seus procuradores.”

Foi pertinente descrever o caso concreto para que o operador da lei faça sempre a comparação entre a lei que dispõe sobre a outorga do serviço público e os dispositivos que a regulamentam deve ser reiteradamente realizada pelo interprete. Além disso, deve ter em mente que uma norma regulamentadora não pode ampliar restrições de direitos e muito menos criá-los. Conforme já referido, o Supremo Tribunal Federal foi enfático ao asseverar na ADI 1668/DF que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, sendo evidente a ilegalidade cometida pela agência reguladora.

A atuação do Ministério Público Federal neste caso, na condição de *custos legis*, foi fundamental para o sucesso da demanda. É importante frisar que o MPF tomou, ainda, conhecimento de parecer elaborado pela Procuradoria Federal Especializada da ANATEL acerca da abrangência do art. 79 do Regimento Interno da Agência que estabelecia o sigilo dos PADOs. Referido parecer tinha sido assinado por 10 (dez) procuradores federais da ANATEL e aprovado pela Procuradora-Geral Federal em novembro de 2009, um ano antes da contestação apresentada pela ANATEL. Tal documento corroborava com o entendimento do autor da demanda e com o MPF, ou seja, que os PADOs em regra deveriam ser públicos.

O resultado desta atuação foi fantástico. A ação além de ser julgada procedente, levou a ANATEL – muito também pelo fato do MPF ter trazido aos autos a posição da Procuradoria Federal da ANATEL, criando um certo constrangimento internamente na Agência - a reconhecer nos próprios autos que aos PADOs deveriam ser em regras públicos, anulando por contra própria o artigo 79 de seu Regimento Interno.³⁷

10.2 INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS ATOS NORMATIVOS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No que se refere à atuação do Poder Judiciário sobre as decisões das agências reguladoras a grande justificativa para a limitação ao princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CFRB) seria a *discricionariedade técnica* na criação

³⁷ “ATO No- 1.133, DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012 O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelos artigos 19 e 22, ambos do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, [...] CONSIDERANDO o que consta no Procedimento autuado sob o nº 53500.004159/2012, notadamente no Parecer nº 185/2012/PGF/PFE-Anatel; [...] RESOLVE: Art. 1º Declarar nulo o art. 79 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001, e alterado pela Resolução nº 489, de 5 de dezembro de 2007.”

de normas – lembrando que não é o foco desse trabalho a discricionariedade das decisões da autoridade administrativa.

É imperioso descrever, primeiramente, o que significa a discricionariedade administrativa. Segundo Marçal Justen Filho a discricionariedade significa o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto – , respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Para o festejado doutrinador a discricionariedade é um tipo de disciplina legislativa em que não estão previstas todos os elementos necessários a sua aplicação. A discricionariedade é atribuída pelo direito ao criar intencionalmente margens de autonomia no desempenho da função administrativa. Até porque, explica o autor, há certos casos que não há como o legislador prever minúcias e até não deveria, pois assim a autoridade administrativa pode exercer a sua competência de modo a formular a melhor solução possível, a adotar a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente para resolver o caso em concreto.

Ressalta, ainda, o autor que pode acontecer que diante de um caso concreto exista somente uma solução, um único modo de agir da autoridade administrativa. Caso isto ocorra, ela é obrigada a escolher essa única hipótese, porque a discricionariedade existe somente para se tomar a melhor solução possível.³⁸

É interessante notar que Marçal Justen Filho deixa bem claro que a discricionariedade é instituída de modo intencional pelo direito, ou seja, é a lei que confere a discricionariedade. Por isso, não tem dúvida em afirmar que essa autonomia tem limites. Francisco Campos comenta sobre a limitação da discricionariedade normativa ao dizer que:

[...] no exercício do poder regulamentar, a administração não pode, portanto, sob pretexto de lacuna na lei a ser executada, dispor em relação ao seu objeto com a mesma amplitude e a mesma liberdade com que em relação a ele poderia dispor o Poder Legislativo, ainda que se limite a criação de meios e instrumentos destinados à realização de uma finalidade, que a lei se cinge a formular em termos vagos e gerais.³⁹

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 203, 204, 210.

³⁹ CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento: matéria reservada à competência do Poder Legislativo: limites do poder regulamentar: direitos e garantias individuais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 146, p. 69-77, abr./jun. 1949. Parecer.

Ainda nesse raciocínio, Marçal Justen Filho chega à conclusão que o nível de discricionariedade varia de acordo com seu maior ou menor grau de autonomia, mas todas são passíveis de controle:⁴⁰

Em alguns casos, os limites à autonomia consistem nos princípios mais gerais, nos valores fundamentais. Em outros casos, a norma instituidora da discricionariedade estabelece limites mais precisos e determinados. Há casos em que tais limites se traduzem em requisitos para a escolha. Em outras situações, a norma veda a adoção de certas decisões. Há situações em que os limites se relacionam com a escolha da oportunidade para decidir, enquanto há outros casos em que a restrição envolve o conteúdo propriamente dito da decisão a ser tomada.

Justamente por isso, é absolutamente incorreto afirmar que, configurada a existência de competência discricionária, existiria um poder insuscetível de controle. A intensidade e a extensão do controle serão variáveis em vista da configuração adotada, no caso concreto, pela forma instituidora da competência discricionária.

Observe-se que não há discricionariedade que escape ao crivo do controle do Poder Judiciário.

Diante dessa variação do instituto da discricionariedade, devido ao grau de autonomia conferida à autoridade administrativa, a doutrina não mais usa a expressão ato vinculado ou ato discricionário, pois alguns aspectos dos atos são vinculados e outros discricionários.⁴¹

O problema começa a surgir quando a lei utiliza o conhecimento técnico-científico como critério para disciplinar a atividade administrativa. O aplicador, a mando da lei, terá que buscar na ciência e na técnica como proceder, havendo nesse caso uma delimitação inafastável da margem de escolha. Daí surge a expressão *discricionariedade técnica*. A administração estabelece parâmetros normativos gerais, mas a administração disporá de autonomia para decidir nos termos dos juízos técnico-científicos.

Entretanto, é imperioso consignar que mesmo nesse caso a ciência ou a técnica não conduzem, e com frequência, a uma única conclusão, pois sempre haverá necessidade de escolhas. O aplicador deverá escolher uma dentre as alternativas prestigiadas pelo conhecimento científico, além de indicar os fundamentos pelos quais a escolheu.⁴² Até porque não haveria sentido usar a expressão discricionariedade se não houvesse opção de escolha.

É problemático dizer que a ciência assegura absoluta certeza para as decisões a serem tomadas. Ainda que se trate de decisões a partir de questões técnicas haverá uma escolha, pois dificilmente o conhecimento técnico eliminará a pluralidade de alternativas. E é nessa hora

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 205.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 218.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 208.

que o interesse econômico (lucro) de agentes poderosos que atuam em determinado setor da economia poderão prevalecer em detrimento do interesse dos consumidores.

Assim, o aplicador do direito tem que estar atento a essa escolha, pois não poderá haver livre arbítrio (busca somente de interesses próprios) por parte do administrado que terá que buscar sempre o interesse público como será visto mais adiante. Daí o controle também sobre a discricionariedade técnica e o papel fundamental do Poder Judiciário para que isso aconteça.

10.2.1 POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E AS CRÍTICAS QUE DELA RESULTAM

De início, cabe trazer à baila decisões do Superior Tribunal de Justiça que reiteradamente não analisam os atos administrativos das agências reguladoras, por se entender que se trata de uma matéria técnica não afeta aos juízes:

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

2. A delimitação da chamada 'área local' para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.

3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das 'áreas locais' estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

[....]

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 572070/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 14/06/2004, p. 206).

Há outras decisões do STJ neste sentido. Cite-se, por exemplo, AgRg na SLS .163/PE , REsp 1171688/DF e AgRg no REsp 1070923/SP, que não analisam os atos normativos regulatórios desempenhados por se entender que a agência reguladora tem alta capacidade técnica na matéria (entenda-se no setor regulado em que atua) a ser abarcada pelos atos

normativos, não devendo o Poder Judiciário se aventurar na análise de seus motivos, ficando apenas, quando muito, no campo dos aspectos procedimentais.

Para servir de exemplo, pois são argumentos invariavelmente usados pelo STJ, no AgRg no REsp 1070923/SP o Ministro Relator Humberto Martins para justificar a legalidade da cobrança da tarifa básica pelo uso da telefonia fixa imposta por norma regulamentar da ANATEL usa dos seguintes fundamentos:

[...] O poder normativo da Anatel tem caracteres de autonomia. Ao regular, a Anatel ocupa um limbo legislativo deixado propositadamente pelo regime constitucional das agências, como uma metafórica renúncia de soberania em nome das vantagens advindas do controle técnico dos serviços de infra-estrutura. Há reconhecimento dessa autonomia pelo próprio STJ [erro material, deveria contar STF], na Adin n. 1.668-5 .

[...] O Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação, ou quando a regulação extrapolar os limites *científicos* do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações. [...]

Esses fundamentos lançados nessa decisão ensejam uma análise bastante crítica diante do que já foi escrito e estudado até o momento, especialmente porque, ao contrário do que o Ministro Relator Humberto Martins descreve, a sua decisão contraia a posição mais recente do Supremo Tribunal Federal insculpida na ADI 1668/DF.

Primeiramente não é cabível a premissa de que o “Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação [...]”. A atividade regulatória tem nas normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico a fonte de sua validade e legitimidade. Como já referido, o Supremo Tribunal Federal na ADI 1668/DF deixou bem claro que “[...] a competência da Agência Nacional de Telecomunicações [entenda-se agências reguladoras] para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga[...]” E quais são esses preceitos legais e regulamentares que regem a outorga? São eles: a Constituição Federal, as leis que fazem parte da ordem constitucional positivo (ex: Código do Consumidor - desenvolvido por atividade legislativa determinada pela própria Constituição) e as leis que dispõem sobre a organização dos serviços públicos delegados e a criação e o funcionamento de um órgão regulador (ex: Lei da ANATEL - 9742/97 e da ANEEL – 9427/96). Sobre a fonte de validade das normas regulatórias a partir das leis consumerista, assevera com muita propriedade Bruno Miragem⁴³:

⁴³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 528.

Como parte da ordem constitucional positiva, e tendo sido desenvolvido [Código do Consumidor] sob a atividade legislativa por expressa determinação da Constituição, não pode o mesmo ser afastado ou desconsiderado na atividade de regulação econômica. Deve ser necessariamente observado, desde as disposições do Próprio Código de Defesa do Consumidor, cujo primado é a exigência do princípio da legalidade, ou mesmo, de modo direto, as disposições referidas nos artigos 5º, XXXII, e 170, IV, critérios de aferição da constitucionalidade da atuação administrativa propriamente dita.

Ao depois, dizer que “a Anatel [entenda-se agência reguladora] ocupa um limbo legislativo deixado propositadamente pelo regime constitucional das agências, como uma metafórica renúncia de soberania em nome das vantagens advindas do controle técnico dos serviços [...]” é ir de encontro à esmagadora maioria da doutrina e afrontar a posição do Supremo Tribunal Federal prevista na ADI 1688/DF. Frise-se, não há delegação do poder legislativo às agências reguladoras, ou seja, suas normas devem respeito aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga. Em vários momentos deste texto enfatizou-se que na criação de normas pelas agências reguladoras, as suas decisões devem ser motivadas nos preceitos e nos limites que o legislador comum determinou.

O Superior Tribunal de Justiça vem batendo na tecla da discricionariedade técnica para justificar a autonomia das agências na função regulatória, afastando qualquer controle, especialmente o do Poder Judiciário.

A tese da discricionariedade técnica, quando usada para afastar qualquer controle – sequer o Superior Tribunal de Justiça admite a discussão judicial sobre os limites dessa discricionariedade - vai de encontro ao princípio constitucional da legalidade e da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB). Não pode ela servir de barreira para análise de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma.

A autonomia que se reconhece à agência reguladora e que chega a ser mencionada nos fundamentos da ADI 1668/DF, se revela sob os seguintes aspectos, de acordo com as palavras do próprio Ministro Relator Marco Aurélio:

[...] Na verdade o que encerra a alusão a citada independência é a autonomia, em si, do serviço, valendo notar que, de acordo com o artigo 8º, a Agência Nacional de Telecomunicação está vinculada ao Ministério das Comunicações. Destarte, o enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou como regime autárquico especial, longe esta de se revelar entidade soberana, afastada do controle pertinente [...]

Ou seja, a autonomia que se descreve diz respeito àquela própria do regime autárquico especial,⁴⁴ longe de ser algo que se sobreponha ao princípio da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário.

E como já frisado acima, o mesmo Ministro Marco Aurélio foi bem claro quanto aos limites da competência de editar normas pelas agências reguladoras. Extraí-se mais uma outra parte do seu voto na ADI 1668/DF, quando interpreta o artigo 19, incisos IV e X que tratam sobre a expedição de normas pela agência sobre os serviços de telecomunicações:

Talvez mesmo esse aspecto seja decorrente do fato de os incisos IV e X estarem ligados a questão simplesmente administrativas da prestação dos serviços de telecomunicação nos regimes públicos e no privado, valendo notar que se presume que os preceitos a serem expedidos observem o que já se contém no arcabouço normativo sobre pena, aí sim, de extravasamento, a resolver-se no campo da legalidade.

O professor Bruno Miragem, citando Sérgio Varella Souto, comenta que o “[...] exame da adequação dessas normas à lei não prescinde do exame dos objetivos incorporados no ato legislativo e as finalidades a serem perseguidas na produção normativa infralegal.”⁴⁵

Como se observará no próximo tópico deste trabalho, não se pode conceber que a especificidade técnica seja uma barreira para análise do juiz quanto à adequação da norma infralegal. Nas decisões do Superior Tribunal de Justiça acima citadas e alguns de seus fundamentos transcritos, o que se percebe é um subjetivismo total ao se levantar a tese da discricionariedade técnica, pois também não se menciona claramente onde se estaria o caráter técnico, em que parte da norma ou decisão está o estudo científico.

10.2.2 CONCEITOS E INDEFINIÇÕES DO TERMO “DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA”

Esse tema ainda enseja um maior aprofundamento doutrinário no direito brasileiro. O Ministério Público e o Poder Judiciário ainda não despertaram para a importância desse conceito, pois como se percebe nos precedentes acima, a discricionariedade técnica está sendo usada como um instituto jurídico capaz de limitar o princípio constitucional da

⁴⁴ Confirma-se o que Bruno Miragem diz sobre a autonomia das agências: “O caráter autônomo das agências reguladoras, caracterizado pela independência de suas decisões em relação à influência político-administrativa do Poder Executivo, o que se dá especialmente pela ausência de subordinação hierárquica, pronuncia-se como um dos mais destacados traços de sua estrutura institucional.” (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 90).

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 530.

inafastabilidade do controle do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB). As decisões do Superior Tribunal de Justiça, se bem analisadas, não dizem o que significa discricionariedade técnica, apenas a adotam como se fosse um instituto jurídico enraizado em nosso sistema, conceituado pela doutrina e aceito pela jurisprudência. Entretanto, é um instituto muito criticado pela doutrina e não aceito pacificamente pelos demais tribunais brasileiros.

É tão controverso o uso da discricionariedade técnica, que há muitos autores especialistas no assunto que enfatizam a sua inexistência.

O autor italiano Giannini adverte a clara distinção entre discricionariedade pura e a discricionariedade técnica. A primeira se apresenta quando existe uma eleição entre alternativas com a finalidade de satisfazer o interesse público. A segunda é quando se utiliza os critérios técnicos para apreciação de um fato que é delimitado por conceito jurídico indeterminado. Aduz que aplicação de conceitos técnicos dá margem a opinião e não a discricionariedade, não havendo margem para liberdade de decisão, pois vinculado por regras e critérios técnicos. Assim, defende ser inapropriado o uso do termo discricionariedade e adverte que é um erro histórico o seu uso, pois leva erroneamente o Poder Judiciário a entender que não cabe seu controle.⁴⁶

Maria Sylvia Di Pietro quando toca no assunto discricionariedade técnica assevera que, em certos casos, a lei usa conceitos que dependem de manifestação do órgão técnico, havendo neste caso somente uma escolha jurídica válida. Por isso o termo “discricionariedade” não poderia ser usado, pois não se trata de uma modalidade da discricionariedade.⁴⁷

Tércio Sampaio Ferraz Junior,⁴⁸ não negando a propriedade do termo, mas indo na mesma linha dos autores anteriores, diferencia “*discricionariedade técnica*” de “*discricionariedade técnica própria*”:

A primeira ocorre quando a lei usa conceitos que dependem de manifestação dos órgãos técnicos, não cabendo ao administrador senão uma única solução juridicamente válida. Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado. Por exemplo, o CADE, para constatar prejuízo à concorrência de um ato de concentração, recorre à critérios técnicos, como o de barreiras à entrada. ‘Prejuízo à concorrência’ é aí um conceito indeterminado a ser interpretado tecnicamente. Já a discricionariedade técnica própria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga por eles, podendo exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade. Por exemplo, os laudos técnicos recomendam o tombamento de um determinado bem pelo seu valor cultural, mas em virtude de seus critérios

⁴⁶ GUERRA, Sérgio. **Controle dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 196 .

⁴⁷ GUERRA, Sérgio. **Controle dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 201.

⁴⁸ GUERRA, Sérgio. **Controle dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 202-203.

(segurança, finanças etc) a autoridade opta por não realizá-lo. O que guia a decisão são conceitos que tomam sentido, renovadamente, em cada caso.

Diogo Figueiredo Moreira Neto consigna que a discricionariedade técnica comporta noções mais restritas que a discricionariedade administrativa conhecida. Para o autor, aquela existe somente quando a decisão que nela foi baseada possa ser motivada tecnicamente.⁴⁹

Após analisar vários conceitos trazidos pela doutrina comparada e brasileira, Sérgio Guerra comenta: “[...] pode-se verificar que em linha gerais não existem correntes doutrinárias polarizadas acerca da denominada discricionariedade técnica; vale dizer, não restou detectada na presente investigação uma uniformidade de linhas de pensamento acerca do tema em comento, entre nós e alhures.”⁵⁰

A falta de uma definição homogênea do que seja discricionariedade técnica talvez justifique as imprecisões das decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça quando tocam no assunto.

10.2.3 DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E A BUSCA DO INTERESSE PÚBLICO

Em que pese falta de consenso do que seja discricionariedade técnica, é preciso mencionar o pensamento de Bruno Miragem que com muita propriedade e justificando o conceito ensina que na prática existe possibilidade de escolhas na medida em que “é possível, dentro de critérios técnicos-científicos, o agente público realizar opções sobre qual o melhor modo de realização de uma determinada finalidade pública”.⁵¹ Daí se falar em *discricionariedade técnica*.

Nessa linha de de buscar o interesse público, há uma decisão relativamente recente proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região em que se analisa composição do preço tarifa da energia elétrica diante da metodologia tarifária adotada pela ANEEL.⁵²

⁴⁹ GUERRA, Sérgio. **Controle dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 204.

⁵⁰ GUERRA, Sérgio. **Controle dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 206.

⁵¹ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração e o direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 90.

⁵² “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. LEI Nº 8.437/92. MP Nº 2.180-35/2001. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. INTERESSE PÚBLICO. REAJUSTE/REVISÃO (RECOMPOSIÇÃO) DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FIGURA DO ADMINISTRADO-CLIENTE (CONSUMIDOR). PRINCÍPIOS DA SIMPLICIDADE, DA TRANSPARÊNCIA E DA MODICIDADE DAS TARIFAS. HIPERTROFIA DE FATORES ALEATÓRIOS NA COMPOSIÇÃO DOS PREÇOS. FUGA À EXIGÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM OS CUSTOS. EXPRESSIVIDADE DOS REAJUSTES TARIFÁRIOS ANUAIS ACUMULADOS. CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ELÉTRICA EM INVESTIMENTO SEM RISCOS. INADMISSIBILIDADE.

IMPROPRIEDADE DA MAJORAÇÃO ATRELADA À VARIAÇÃO CAMBIAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. ESVAZIAMENTO POPULAR. IMPACTO ECONÔMICO E SOCIAL DO REAJUSTE PRETENDIDO. [...]

2. Competência da Justiça Federal para apreciar e julgar ação popular, por meio da qual se discute o reajustamento tarifário a ser efetivado pela Companhia Energética do Ceará, com fundamento em resolução homologatória da ANEEL, e, portanto, da Presidência desta Corte Regional para apreciar o pedido de suspensão de liminar. [...] 4. É manifesto o interesse público envolvido no litígio. [...]. A questão atinente à definição do preço das tarifas de energia elétrica, pelo alcance dos efeitos, revela-se como expressão de inegável interesse público, assim como foi reconhecida de interesse público, pelo Superior Tribunal de Justiça, a discussão relativa ao reajuste das tarifas dos serviços de telefonia. [...] 6. Indissociabilidade entre regulação e proteção do consumidor, existindo, a atividade reguladora e o exercício do poder de polícia decorrente do regulador, em função da necessidade de evitar os abusos do poder econômico e de atuar no interesse direto dos usuários frente às reguladas, realçando-se que, entre administrado e prestador do serviço público concedido, permitido ou autorizado, se efetiva relação de consumo. 7. [...]. A previsão de execução de serviços públicos por terceiros que não o ente estatal, viabilizada através das concessões e permissões, é acompanhada de determinação legal no sentido de que aos usuários seja garantido serviço adequado, conceituado, pelo próprio legislador, como o que se executa em respeito aos princípios da generalidade (serviço para todos), da continuidade (serviço perene), da eficiência (serviço qualitativa e quantitativamente ótimo), da cortesia (serviço humanizado) e da modicidade (serviço pelo qual se cobram preços razoáveis). Em se tratando de prestação de serviços de energia elétrica, cuja fiscalização e controle compete à ANEEL, estabeleceu a legislação que a atuação do agente regulador deve se dar em benefício da sociedade e em atenção às necessidades dos usuários. Das normas de regência avultam três diretrizes de atuação, quais sejam simplicidade, modicidade de tarifas e transparência, que exprimem as exigências no sentido da prática de preços moderados e na plena informação do consumidor, a partir das garantias de compreensibilidade e de acesso. 8. A atividade de regulação e, especificamente, a atuação das agências reguladoras, têm se pautado, na contramão, mais por pendores de natureza econômica, olvidando o aspecto social que lhes é imanente. Ocorre a captura do ente regulador, quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. 9. A discricionariedade de atuação das agências reguladoras não pode ser admitida com força a se converter em abuso de direito. Embora tenham elas amplo espaço de decisão, tal campo não pode ser dimensionado a ponto de comprometer exatamente os interesses a resguardar. Isso resvala para a questão dos preços. Nem as concessionárias têm irrestrita liberdade tarifária, nem as autoridades administrativas podem associar-se na fixação de preços excessivos. Não é nem mesmo necessário que esse preço reflita exclusivamente os valores de mercado, devendo ser considerados os outros elementos embutidos essencialmente na noção de serviço público, que diferenciam o regime jurídico aplicável. [...] 11. A simplicidade e a transparência prometidas aos usuários são apenas aparentes ou, de outro modo, são apregoadas tão-somente no discurso, não encontrando concretização na realidade dos fatos. A tecnicidade não explicada, a multiplicidade de conceitos sem concreção, por nitidamente voláteis, cambiáveis ou insuscetíveis de quantificação certa, contrastam com a constante repetição da expressão modicidade de tarifas, uma das únicas de pronta percepção. Na relação jurídica em análise, está embutido preço de difícil controle, haja vista a hipertrofia de fatores aleatórios. 12. Integram a composição do preço, segundo contrato, os custos gerenciáveis e os custos não gerenciáveis. Os custos gerenciáveis - denominados Parcela B - incluem distribuição de energia, manutenção da rede, cobrança de contas, instalação de centrais de atendimento, serviços de terceiros, remuneração de investimentos de expansão. Os custos não gerenciáveis - designados de Parcela A - referem-se aos serviços de geração e transmissão de energia, contratados pela distribuidora, e ao pagamento de obrigações setoriais. Além dessas parcelas, prevê-se o Fator X, inserido também na fórmula de composição do preço, que repassa aos consumidores os ganhos esperados de produtividade das distribuidoras. É evidente, pois, que algumas variáveis apontadas como influentes da definição do preço não são, em verdade, componentes de custo, gerando, a partir de sua consideração, preços superestimados. É o caso dos ganhos de produtividade. De igual modo, não é possível estabelecer comparações, para fins de adoção de paradigmas, entre realidades discrepantes, o que resulta em mais uma fuga à correlação de custos. [...] 14. Não encontra sustentação o argumento de que a majoração das tarifas de energia elétrica se imporia em vista da variação cambial. A razão é simples. Se, no início da gestão do atual Governo Federal, o dólar alcançava o valor aproximado de quatro reais, a moeda americana, hoje, está estimada em, aproximadamente, dois reais e cinquenta centavos. Assim, se alguma modificação do valor da tarifa devesse se efetivar, tal alteração seria no sentido da redução e não no aumento. [...]. 17. A majoração da tarifa de energia elétrica, no percentual pretendido pela concessionária requerente, afetará em grande medida a economia do Estado do Ceará, organizada, especialmente, como indústria têxtil e setor hoteleiro. Além do impacto econômico, a sociedade em geral será prejudicada, reduzindo para muitos a possibilidade de fazer uso

Nessa decisão o TRF da 5ª Região não deixou de enfrentar uma questão sabidamente complexa que era a metodologia de reajuste referendado pela ANEEL por meio de resolução. Em nome do interesse público, buscando a prestação de um serviço público adequado - modicidade da tarifa prevista no art. 6, parágrafo 1º, Lei 8987/95⁵³ – descartou a hipótese de que estaria frente a uma questão de que a agência reguladora pudesse regular sem sofrer o controle devido. Isso porque, quando a autarquia em tela exerceu sua função normativa, visou realização das finalidades públicas previstas na lei 8.987/95, a qual dispõe sobre o regime de concessão da prestação de serviço público.

É preciso se ter em mente que diante de dificuldades de compreensão e diante de uma matéria muito técnica e complexa – geralmente econômica, como é o caso da composição da tarifa de energia elétrica - a regra não é a ausência de controle do poder judiciário dos atos regulatórios, pois há meios de os juízes suprirem suas dúvidas com o uso da perícia técnica adequadas. A regra é a análise judicial, pois a discricionariedade técnica não prevalece frente ao princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB.

Conforme o eminente constitucionalista e Ministro Luís Roberto Barroso, mesmo sendo o juiz mais cauteloso com as valorações feitas pela instância especializada, não significa que deverá deixar de analisar a razoabilidade do direito posto e se fora observado o procedimento adequado para a tomada de decisão do ato administrativo. Aduz que a deferência não significa abdicação de competência.⁵⁴

Na linha de entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, o Superior Tribunal de Justiça no EDcl no AgRg no Ag 1161445/RS, caso de outorga pela ANATEL de autorização para funcionamento de Rádio Comunitária, embora não tenha julgado se cabia ou não outorga, o STJ entendeu que havia demasiada demora na análise administrativa. Asseverou que embora devesse respeitar a discricionariedade técnica, a análise dos requisitos para a outorga da autorização de funcionamento não poderia perdurar por tempo indeterminado, situação que configuraria verdadeira deferência ao abuso de direito. Vale a pena aqui frisar que neste caso o STJ, mesmo que sutilmente, reconheceu limites à discricionariedade técnica,

da energia elétrica em níveis suficientes de dignidade e ocasionando exclusão elétrica. 18. Precedente do Pleno desta Corte Regional (SL 3570/CE, j. em 08.06.2005, publ. em DJ de 14.06.2005). 19. Pelo não provimento do agravo.” (ARSLAP 20050500016192501, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Presidência, DJ - Data: 12/07/2005 - Página: 363 - Nº: 132).

⁵³ Art. 6º: “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: SILVA, João. **A estrada**. Brasília; Senado Federal; 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242984>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

pois limitou no tempo o estudo técnico realizado pelo agente regulador para conceder ou não a outorga. Embora sendo uma matéria técnica e especializada, entendeu que a agência não poderia exercer um livre arbítrio quanto ao tempo de sua análise, sob pena de cometer abuso de direito.⁵⁵ Parece existir aí uma luz no fim do túnel quanto a possibilidade de haver controle judicial mesmo diante da discricionariedade técnica.

Outro ponto a ser frisado é que o legislador comum quando estabelece *standards* a serem observados pelas agências reguladoras, o faz em forma de princípios e valores econômicos ou morais, como é o caso da modicidade tarifária. A indeterminação, a vagueza que esses *standards* em si carregam não é um problema, pois um conceito jurídico indeterminado é *determinável*, conforme Eros Grau.⁵⁶

Quando o agente regulador fez a escolha de uma metodologia tarifária, por exemplo, a modicidade da tarifa que era algo imperceptível passou a ser algo concreto. A partir dos elementos que são usados para compor o preço, torna-se possível averiguar se no caso posto ocorreu eventual superfaturamento ou o não repasse de algum benefício ao usuário, como o direito à diminuição da tarifa.

Saber se uma tarifa é módica passa muitas vezes por uma análise jurídica-econômica. Na medida em que a agência define os componentes tarifários, transforma aquilo que era puramente econômico (custos e lucro) em Direito, já que busca o cumprimento de fins (interesse público) com emprego de instrumentos estritamente jurídicos, ou seja, a edição e aplicação de normas.⁵⁷ Assim, deixam os componentes de serem questões exclusivamente técnicas-econômicas e passam a ter um fim a ser buscado pelo Estado, o qual, se necessário, poderá ser objeto de análise judicial.

É importante enfatizar também que a vagueza desses *standards* se justifica exatamente para permitir a mobilidade, o aperfeiçoamento, a adaptação e a busca do melhor resultado econômico para o problema, mas tudo sob a ótica do interesse social e não exclusivamente do interesse econômico das empresas que atuam em determinado setor da economia.

O direito regulamentar, especialmente o econômico, não pode ser rígido sob pena de não ser dinâmico. Isso por que não se pode conceber que o Estado não possa agir rapidamente, com mobilidade e mutabilidade sobre a economia. De acordo com Eros Roberto

⁵⁵ EDcl no AgRg no Ag 1161445/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 211-213.

⁵⁷ SUNDFLED, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 37.

Grau a instabilidade no campo da economia impõe que sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos.⁵⁸ Mas isso não significa a ausência de limites na hora em que o agente regulador busca uma solução normativa para o caso concreto, pois esta só será aceita se visar à finalidade da lei.

Cabe às agências reguladoras executarem políticas públicas setoriais, por meio de finalidades públicas, conceitualmente fixadas em alto grau de abertura. Por sua vez, a regulação desenvolvida pelos agentes reguladores é norteadada pelo princípio da individualização e da concretude, sintetizados por Aragão⁵⁹ na constatação de que “se a regulação visa a modificar (melhorar) a realidade social, deve, com base e em cumprimento a princípios gerais que regem estas modificações, ter em conta as situações reais, concretas, sobre as quais deve atuar”. Desta forma, a própria execução da política pública (fixada pelas leis e pela Administração central) resulta na definição da política regulatória.

É preciso que o aplicador do direito tenha em mente que a agência ao regular, por exemplo, a política tarifária da energia não o faz como ato típico de cunho legislativo. O reconhecido doutrinador Marçal Justen Filho enfatiza que as normas produzidas pelas agências configuram-se como atos administrativos e que poderão ser objeto de controle perante o Poder Judiciário, tal como acontece com qualquer ato administrativo.⁶⁰

Outro caso de atuação exemplar do Poder Judiciário, mas que ainda depende da confirmação dos tribunais superiores, foi na ação coletiva 2007.71.00.046188-9 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul em face das empresas de transporte aéreo nacional em que se objetivava, em apertada síntese, ao ressarcimento de consumidores-advogados por voos atrasados.

O atraso do voo, por menor que seja, significa muitas vezes o desinteresse na prestação do serviço. Entretanto, há na Resolução nº 141 da ANAC (ainda não foi anulada) a disposição normativa⁶¹ que menciona que só há reembolso após o atraso de 4 horas. O juiz em correta análise do caso julgou parcialmente procedente a ação determinando o reembolso imediato do dinheiro pago, independente de prazos mínimos, determinando, à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), que procedesse a respectiva retificação do art. 3º, caput e

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 107.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 590-591.

⁶¹ Art. 4º “Em caso de atraso no aeroporto de escala ou de conexão por mais de 4 (quatro) horas, o transportador deverá oferecer as seguintes alternativas ao passageiro: I - a reacomodação: a) em voo próprio ou de terceiro, que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, na primeira oportunidade; b) em voo próprio, a ser realizado em data e horário de conveniência do passa.”

inciso II e art. 4º, caput e inciso II, ambos, da Resolução ANAC nº 141/2010, e determinando às concessionárias, ora requeridas, e à própria ANAC que procedam a ampla publicidade da retificação da Resolução ANAC nº 141/2010.⁶²

Sob o fundamento de que o artigo 20, caput e inciso II do CDC, que prevê imediato ressarcimento da quantia paga, impôs a retificação parcial da Resolução. Vale enfatizar que a Resolução nº 141/2010 é ato normativo infralegal e, portanto, deve se adequar às finalidades da legislação que justificaram a sua edição. E contava, também, claramente no preâmbulo da Resolução ANAC nº 141/2010 que a agência reguladora no exercício da competência que lhe foi outorgada, considerava o Código de Defesa do Consumidor para disciplinar as condições gerais de transporte aplicáveis aos atrasos e cancelamentos de voos. Nessa linha, cabia à agência aferir suas cláusulas de acordo com as disposições do mencionado diploma legal que protege os consumidores.

Nesse caso, também superou-se suposto entrave sobre ato técnico e econômico adotado pela ANAC, para se aplicar o interesse coletivo dos consumidores, consagrado explicitamente pelo artigo 20 do CDC. Necessário também mencionar que a decisão judicial foi ao encontro dos artigos 173 e 174 da CFRB (embora não tenha mencionado), pois o Estado ao normatizar a devolução imediata da quantia por meio do CDC atuou subsidiariamente na qualidade de agente normativo da atividade econômica, sendo determinante para o setor público, limitando assim a função regulamentar da agência reguladora.⁶³

11 CONCLUSÃO

Em uma realidade oposta ao modelo regulatório americano, o Brasil passa atualmente por uma crise de legitimação das agências reguladoras, especialmente porque não há uma participação efetiva dos usuários nos processos decisórios das agências, resultando em um maior atendimento aos interesses das empresas concessionárias.

Ao contrário, também, do que existe no sistema americano, não há no modelo brasileiros um órgão especializado que controle os atos normativos expedidos pelas agências

⁶² Brasil. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Ação ordinária (procedimento comum ordinário) nº 2007.71.00.046/RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfrs&documento=8544942&DocComposto=178759&Sequencia=2&hash=9f0775d18004f653ed46b80039c43a55>. Acesso em: 10 jul. 2013.

⁶³ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração e o direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 86.

reguladoras, o qual teria o fim de analisar o impacto que uma normativa pode causar na sociedade (*Regulatory Impact Analysis – RIA*).

Diante dessa realidade, cabe ao Ministério Público e o Judiciário controlarem as funções normativas das agências com o intuito de se buscar o equilíbrio e, ao fim, o interesse público. Não se pode ter como premissa que essa a interferência seja excepcional. O argumento da discricionariedade técnica para impedir o controle judicial não vinga quando se observa que a própria regulação transforma aquilo que era puramente técnico e econômico (custos e lucro), em Direito, acabando, com isso, por abrir as portas ao controle do Poder Judiciário.

JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATIVE ACTS PRODUCED BY THE BRAZILIAN REGULATORY SYSTEM

ABSTRACT

The present article has the main objective at analyzing the judicial review of legislative acts produced by the Brazilian regulatory system which was greatly influenced by the American model. This context will be brought some peculiarities of American agencies in order to explain the need for greater control of the normative acts. At the same time, be exposed that there can be a limitation of judicial review before the technical discretion, especially as this should serve the public interest. The study is developed through literature review, analysis of the legislation, in particular the Constitution of 1988, the Consumer Code and the Law of ANATEL (9472/97). It is held also a succinct analysis of some precedents of the Supreme Court of the United States, the Brazilian Supreme Court and important understandings of the Superior Court of Justice, as the latter comes away judicial review of normative acts issued by regulatory agencies.

Keyword: Judicial Review of Legislative Acts. Regulatory Agencies. Technical Discretion.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: SILVA, João. **A estrada**. Brasília; Senado Federal; 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242984>>. Acesso em: 13 jul. 2013
- BINENBOJM Gustavo. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Ação ordinária (procedimento comum ordinário) nº 2007.71.00.046/RS**. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfrs&documento=8544942&DocComposto=178759&Sequencia=2&hash=9f0775d18004f653ed46b80039c43a55>. Acesso em: 10 jul. 2013.
- CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.
- CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento: matéria reservada à competência do Poder Legislativo: limites do poder regulamentar: direitos e garantias individuais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 146, p. 69-77, abr./jun. 1949. Parecer.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral, As funções constitucionais na área cível, In: LÉPORE, Paulo (Coord.). **Manual do Procurador da República**. Bahia: JusPODIVM, 2013
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia (uma reflexão do direito constitucional e comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.
- MIRAGEM, Bruno. **A nova administração e o direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 71-83, jan./mar. 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SUNDFLED, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.