

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCELO HIDEKI HIROTA

A DISCRICIONARIEDADE NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

CURITIBA

2010

MARCELO HIDEKI HIROTA

A DISCRICIONARIEDADE NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito.

Orientador: Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

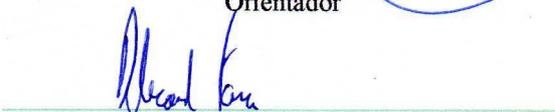
MARCELO HIDEKI HIROTA

A DISCRICIONARIEDADE NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EGON BOCKMANN MOREIRA
Orientador



ALEXANDRE DITZEL FARACO
Primeiro Membro



RODRIGO LUÍS KANAYAMA
Segundo Membro

À Beatriz, meu amor.

Aos meus pais, Rosa e Mário; se tenho algo de bom certamente devo a vocês.

AGRADECIMENTOS

Ao mestre Egon Bockmann Moreira, pela orientação, apoio e amizade.

*Government is not reason, it is not eloquence, it is a force;
like fire, a troublesome servant and a fearful master. Never
for a moment should it be left to irresponsible action.*

George Washington

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I: CONTEXTUALIZAÇÃO DAS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS: DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO REGULADOR	12
CAPÍTULO II: DISCRICIONARIEDADE	16
2.1. CONCEITO	16
2.2. LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE	18
2.2.1. Princípio da Legalidade	18
2.2.2. Princípio da Razoabilidade	20
2.2.3. Princípio da Proporcionalidade	21
2.2.4. Princípio da Motivação dos Atos Administrativos	22
2.3. REGULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE NORMATIVA.....	23
2.4. DISCRICIONARIEDADE E DELEGAÇÃO NORMATIVA	26
CAPÍTULO III: AGÊNCIAS REGULADORAS	28
3.1. ORIGEM.....	28
3.2. DEFINIÇÃO	30
3.3. NATUREZA JURÍDICA.....	31
3.4. REGIME ESPECIAL.....	31
3.5. FUNÇÕES REGULATÓRIAS.....	34
3.5.1. Função Executiva	35
3.5.2. Função Judicante	36
3.5.3. Função Normativa	37
3.5.3.1 Legitimidade da Função Normativa	37
3.5.3.2. Competência Normativa e Regulamentar.....	39
3.5.3.3 Deslegalização	40
3.6. CONTROLE DOS ATOS REGULATÓRIOS.....	41
3.6.1. Controle Político	42
3.6.2. Controle Popular	43
3.6.3. Controle Judicial	45

CAPÍTULO IV: A DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	48
4.1. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA	48
4.2. REFLEXIVIDADE ADMINISTRATIVA	52
4.1. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	62

RESUMO

As Agências Reguladoras vêm sendo criadas no Brasil desde a metade da década de 1990 e regulam setores importantes da economia, impactando diretamente na vida dos cidadãos. De modo que se faz necessário entender o fundamento do poder normativo dessas entidades, seja para controlar tais atos, seja para lhes dar validade. Três diferentes teses que tentam explicar o fundamento desse poder têm sido apresentadas: a discricionariedade técnica, a reflexividade administrativa e a discricionariedade administrativa. A discricionariedade técnica prega que o caráter eminentemente técnico dos atos normativos impediria o controle judicial de tais atos. A reflexividade administrativa também tenta afastar o controle judicial dos atos exarados pela agência reguladora em virtude de tais atos decorrerem de consenso entre os sistemas interessados. Ambas as teses são tentativas de limitar a revisão dos atos normativos pelo poder judiciário e por isso devem ser rejeitadas. A discricionariedade administrativa segue o primado da lei, de forma que a técnica é aplicada apenas para diminuir a quantidade de escolhas, não para fundamentar a escolha presente no ato normativo, nem para afastar a revisão pelo poder judiciário. Esta tese parece a mais adequada para fundamentar e legitimar os atos normativos das Agências Reguladoras.

Palavras-chaves: Agências Reguladoras. Discricionariedade técnica. Reflexividade administrativa. Discricionariedade.

ABSTRACT

Regulatory agencies have been created in Brazil since the mid-1990s and they regulate key sectors of the economy, directly impacting citizens' lives. So it is necessary to understand the basis of the normative power of these entities, either to control such acts, whether to give them validity. Three different theories that attempt to explain the basis of that power have been presented: the technical discretion, administrative reflexivity and administrative discretion. The technical discretion asserts that the eminently technical regulatory acts would preclude judicial review of such acts. Administrative reflexivity also tries to stave off judicial review of acts formally drawn up by the regulatory agency because such acts were the result of the consensus between the systems concerned. Both theories are attempts to limit the review of normative acts by the judiciary and therefore must be rejected. The administrative discretion follows the rule of law, so the technique is applied only to decrease the amount of choices, not to justify the choice in this normative act, nor to preclude review in the courts. This argument seems more appropriate to support and legitimize the normative acts of regulatory agencies.

Keywords: Regulatory agencies. Technical discretion. Administrative reflexivity. Discretion.

INTRODUÇÃO

A economia mundial experimentou recentemente uma crise de proporções globais, comparável a quebra da Bolsa de New York em 1939, embora tenha tido efeitos diferentes de acordo com a condição econômica, financeira e jurídica de cada nação.

O Brasil não foi exceção e também sofreu com a crise financeira. No entanto, foi um dos países que mais teve sucesso em minorar seus efeitos. No futuro, certamente serão escritas muitas monografias, dissertações e teses detalhando os acertos e erros cometidos na política econômica no Brasil e no mundo para a superação desta crise. Contudo, esse não é o objetivo deste trabalho. O que se pode destacar disso tudo é que no Brasil, um dos fatores que tem sido apontado como determinantes para o impacto relativamente suave no setor financeiro nacional, diante da crise mundial, foi a forte regulação existente no setor.

Na esteira deste breve relato, adentra-se no assunto desta monografia.

Em meados dos anos 90, o Brasil tenta acompanhar as mudanças estruturais que ocorreram no mundo, em particular, a retirada do Estado de setores da economia não caracterizados pela sua necessária presença direta.

Assim, com a execução do Plano Nacional de Desestatização muitas das empresas estatais foram vendidas para particulares, inclusive as prestadoras de serviços públicos.

O Estado brasileiro, para controlar, organizar, dar credibilidade para tais vendas e visando garantir um mínimo de segurança jurídica e estabilidade para as empresas que prestariam os serviços públicos, em face aos vultuosos valores que seriam demandados, criou as Agências Reguladoras, entidades integrantes da Administração Pública Indireta, mas com independência nas suas ações e decisões e dotadas de quadros eminentemente técnicos.

Tais entidades, comandadas por pessoas com conhecimento no setor regulado, deveriam então definir e exigir o cumprimento das regras a serem seguidas no setor. Visando não só o que está estabelecido, mas também o que está por vir, pavimentando uma estrada para o futuro.

Os atos normativos das Agências Reguladoras, e em especial suas motivações, no entanto, não devem ser comandos inabaláveis. É do jogo democrático, é característica fundamental do Estado Democrático de Direito que todo poder pode e deve ser controlado.

Deste modo, esta monografia irá, num primeiro momento, fazer uma breve análise histórica da evolução das escolhas administrativas, desde o surgimento do Estado até o momento atual. E com base nisso estabelecer as razões que levaram à configuração atual das escolhas administrativas.

Também será tema deste trabalho a discricionariedade, pedra fundamental da motivação dos atos normativos, espécie de escolha administrativa. Serão discutidos seu conceito, seus principais limites e sua relação com a regulação estatal.

Em seguida serão tratadas das características que conformam as Agências Reguladoras. O que as tornam entidades especiais. Também será objeto de consideração as suas funções, os limites de sua atuação e as suas formas de controle.

Finalmente, serão discutidas as teses encontradas na doutrina que pretendem ser a base fundante do poder normativo das agências reguladoras. Serão objeto de análise a discricionariedade técnica, a reflexividade administrativa e a discricionariedade administrativa.

O estudo da força normativa das Agências Reguladoras se faz essencial para entender e fortalecer o papel primordial que tais entidades têm hoje e no futuro da economia nacional. Permitir a crítica à validade, legalidade, concretude e à correção de seus atos, em especial dos normativos, é dar base sólida a essa força, e este é o objetivo do presente trabalho.

CAPÍTULO I: CONTEXTUALIZAÇÃO DAS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS: DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO REGULADOR

No Estado Absolutista, ou *Ancien Régime*, todo poder emanava do rei, pois ele não era simplesmente o mandatário do Estado, ele era o próprio Estado (“*L’État c’est moi*”, frase de Luis XIV, rei da França). Assim, como todo o poder emanava do Poder Executivo, este podia fazer escolhas administrativas a seu bel prazer sem que sofresse qualquer tipo de controle ou sanção. Não era sequer permitido demandar judicialmente contra o rei.

Com a Revolução Francesa e a Revolução Americana, surge o Estado Liberal, Estado este influenciado pelas teorizações de John Locke¹ e Charles de Montesquieu² e que apresentava um profundo ressentimento em relação ao Estado Absolutista, o *Ancien Régime*. Com base nesses pensadores, o Estado Liberal introduz a defesa da liberdade individual, pelo primado da lei geral e abstrata, pois era imposta a todos os cidadãos, e a separação dos Poderes do Estado.

A liberdade individual é pedra fundamental do Estado Liberal, afinal, impõe limites ao poder estatal. Tais limites são determinados pelas leis, que são fruto da vontade geral³. As leis, portanto, deveriam, suprir todas as carências humanas. O Estado Liberal também fez a separação dos poderes em Poder Legislativo, que detém os poderes legiferantes; Poder Executivo, que executa os desígnios das leis; e Poder Judiciário, que aplica as leis. Deste modo, nos Estados Liberais, o poder de fato emana do Poder Legislativo, pois estes escrevem as leis que serão cumpridas

¹ A filosofia de Locke pode ser conferida em grande parte no livro “O Segundo Tratado Sobre o Governo” (LOCKE, *Segundo tratado sobre o governo*).

² As concepções filosóficas de Montesquieu podem ser conferidas em seu livro “Do Espírito das Leis” (MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*).

³³ Locke explicita que na sociedade civil o indivíduo transfere parte de seu poder para a sociedade que por meio do legislativo lhe representa: “Sempre que, pois, certo número de indivíduos se reúnem em sociedade, de tal modo que cada um abra mão do próprio poder de executar a lei de natureza, transferindo-o à comunidade, nesse caso, e somente nele, haverá uma sociedade civil ou política. [...] com isso autoriza a sociedade, ou, o que vem a dar no mesmo, o poder legislativo dela, a elaborar leis para ele, dentro da exigência do bem da sociedade, sendo que poderá ser solicitado seu auxílio para a sua execução, como se fossem decretos dele mesmo. Dessa forma os homens saem do estado de natureza para entrarem no de comunidade, estabelecendo um juiz no mundo com autoridade para deslindar as demandas e reparar os danos que atinjam a qualquer membro da comunidade; juiz esse que é o legislativo, ou os magistrados por ele nomeados” (LOCKE, *Segundo tratado sobre o governo*, p.70). Assim, a vontade do parlamento legitimamente eleito é a vontade da nação, a vontade geral, não podendo ser questionada pelo Poder Executivo.

pelos demais poderes. Coube então à Administração Pública apenas cumprir a lei, não havendo qualquer liberdade de escolha, apenas uma vinculação direta a ela (lei).

No entanto, a idéia de separação dos poderes, que antes resignava o Poder Executivo apenas ao papel de executor dos desígnios das leis, mais tarde trouxe a noção de independência dos poderes. E em face da impossibilidade do legislador prever em lei todas as hipóteses possíveis e imagináveis para a execução das leis e da impraticabilidade de convocar os órgãos de representação popular a toda hora e por qualquer motivo para legislar, a Administração Pública passou a exercer suas escolhas de forma relativamente vinculada, mas não mais de forma absoluta. A partir daí as escolhas administrativas começaram a tomar forma.

Ao final da primeira metade do século XX o desenvolvimento científico, técnico e industrial, bem como o aumento populacional demandou uma Administração Pública cada vez mais presente e atuante. Isso, aliado a incapacidade do Estado Liberal em atender aos anseios da maior parte da população levou a uma mudança de paradigma e ao surgimento do *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar Social, inaugurado com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição de Weimar de 1919.

Este novo Estado trouxe consigo o surgimento e a crescente ampliação dos serviços públicos⁴ ofertados pela Administração Pública e, conseqüentemente, o

⁴ O termo Serviço Público consta na Constituição nacional sob os mais diversos significados, porém, não tendo uma definição exata do que seja. Tomando inicialmente a definição de serviço público de Hely Lopes Meirelles, para quem “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, pp.350-351) e de Alexandre Santos de Aragão, para quem “o serviço público é a atividade econômica *lato sensu* que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas” (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.146), nota-se que ambos os doutrinadores, Meirelles e Aragão, falam somente da necessidade da coletividade, sem ressaltar que a prestação do serviço é individual. Já na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (DI PIETRO, *Direito administrativo*, p.102), a autora fala do regime jurídico poder ser parcialmente público em face da possibilidade de considerar que a prestação de serviço público por particular pode, no caso concreto, eventualmente levar a aplicação do direito privado. No entanto, não se pode se ater à exceção para se definir a regra. Logo, tem-se em Marçal Justen Filho que “Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificadas legislativamente e executada sob regime de direito público” (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.596). No entanto, a vinculação da prestação do serviço público à realização de direitos fundamentais, necessita demasiadamente da elasticidade

aumento do intervencionismo estatal na esfera dos particulares, seja para que o novo Estado pudesse prestar e uniformizar tais serviços, seja pela necessidade de financiar tais serviços. As novas Cartas Políticas trouxeram então em seu bojo uma ampliação das escolhas administrativas e deste modo o Administrador Público teve ampliada sua liberdade de escolha, baseada principalmente no binômio conveniência e oportunidade. O Estado, então, passa atuar em todas as áreas nas quais entendia ser oportuna e necessária sua presença.

Ocorre que o Estado do Bem-Estar Social, que abarcava cada vez mais serviços públicos e incursões diretas na Economia, tornou-se muito grande e financeiramente inoperável. Assim, na década de 80, liderados pela Inglaterra, da ex-primeira-ministra Margareth Thatcher, operou-se um processo de privatização das empresas estatais que participavam de setores considerados não essenciais⁵, bem como dos prestadores de serviços públicos.

Então, na esteira do reordenamento estrutural dos Estados, a execução de muitos serviços públicos passou para as mãos da iniciativa privada sob a regulação do Poder Público. Assim, surge o Estado Regulador, que gradualmente se retira da atuação direta na economia, mas mantém a coordenação da atuação dos particulares nos serviços públicos por meio de regulamentos proferidos diretamente ou indiretamente pela Administração Pública.

Neste ponto, tem-se a lição de Leila Cuéllar, que afirma:

[...] busca-se modificar a forma de intervenção estatal na economia, com a diminuição de sua atuação direta (na qualidade de produtor, empresário) e a valorização da intervenção indireta (influenciando, incentivando ou disciplinando o comportamento dos particulares). Procura-se estabelecer um Estado menor, mais enxuto – porém mais forte e eficiente. Em decorrência, a atividade regulatória do Estado também sofreu sérias mudanças qualitativas e quantitativas, pois se deu uma (parcial) alteração da forma pela qual se revela a presença do Estado na economia – de gestor e prestador de atividades econômicas, ele passou a regulador e garantidor⁶.

deste conceito. Finalmente, há a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o serviço Público é “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – Portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais” (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.665), que bem ressalta a imposição de limites e restrições aos particulares que prestarem serviço público, fiquemos com a definição deste doutrinador.

⁵ Até certo momento o Estado detinha empresas nas mais diversas áreas. No Brasil, a União detinha empresas estatais desde o setor de mineração e metalurgia até o setor de fabricação de computadores.

⁶ (CUÉLLAR, *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, p.33)

No contexto atual, portanto, o Estado não atua diretamente em todas as prestações de serviço público. Nas que não o faz, atua de modo a regular o setor.

As escolhas administrativas inicialmente eram onipotentes. Passaram a ser quase inexistentes. Paulatinamente foram ganhando mais espaço, entretanto, baseadas nos critérios de conveniência e oportunidade, e sempre limitadas pela lei. Nessas bases, as escolhas administrativas ganham força novamente.

As escolhas administrativas evoluíram e ganharam força, mas não são mais uma força por si só, são limitadas pela lei e pela conjuntura atual, e são voltadas para atender aos anseios e as necessidades da sociedade.

CAPÍTULO II: DISCRICIONARIEDADE

2.1. CONCEITO

Para a doutrina, em alguns casos, a lei determina com precisão ao Administrador Público a prática de determinados atos, vale dizer que há um único comportamento é cabível. Estes seriam os atos vinculados. Aqui não há margem para escolhas do Administrador Público. A este cabe apenas e somente a execução dos desígnios da lei.

No entanto, em outros casos, a lei estabelece espaços para que o Administrador Público possa atuar. Embora nestes atos também haja delimitações legais, o Legislador concede ao Administrador Público certa margem de liberdade de avaliação e decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade, para adequar a execução dos atos em face da situação concreta. Este espaço de atuação é a Discricionariedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente⁷

Ainda em Celso Antônio Bandeira de Mello, se pode ler que “o chamado ‘poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*.”⁸

Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza o conceito ao dizer que: “A atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto,

⁷ (BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p.48).

⁸ (BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p.15).

tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.⁹

Marçal Justen Filho se soma à essa corrente ao afirmar que “discricionariedade é 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”¹⁰.

Já Eros Roberto Grau, com fulcro em Miguel Seabra Fagundes, aduz que:

A discricção que a lei deixa à autoridade administrativa se refere, quanto ao motivo, à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência); quanto ao objeto (conteúdo), a discricção está em a autoridade administrativa poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender.¹¹

Um dos elementos centrais do conceito de discricionariedade são os conceitos jurídicos indeterminados. Eros Roberto Grau discorda da existência de conceitos jurídicos indeterminados. Diz o doutrinador que “a lição de Seabra Fagundes ... não chega ao extremo de afirmar que pode haver discricionariedade inclusive quanto à finalidade da norma jurídica”¹². Desta forma, para Eros Roberto Grau, a doutrina dominante se equivoca ao admitir a existência de “conceitos indeterminados”, segundo seu entendimento, para ser conceito deve haver determinação, e o que a doutrina chama de conceito, é de fato “noção”.

Entretanto, Eros Roberto Grau, não se atém ao cerne da questão, como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que:

Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvície’ e quaisquer outras do gênero.¹³

Por fim, se pode trazer o pensamento de Marçal Justen Filho, para quem:

A ausência de determinação precisa não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A

⁹ (DI PIETRO, *Direito administrativo*, p.212).

¹⁰ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.142)

¹¹ (GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p.192).

¹² (GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, pp.192-193).

¹³ (BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p.21)

indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real.¹⁴

Deste modo, parece mais acertado continuar com o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho sobre o tema.

2.2. LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

A Discricionariedade é um espaço de liberdade concedido ao Administrador Público para realizar a lei no caso concreto. Esse espaço, no entanto não é infinito e tampouco incontrolável.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles “Mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração”¹⁵.

Então, pode-se dizer que a Discricionariedade, como matéria inserta no Direito Administrativo que é, está adstrita aos mesmos contornos e lindes deste Direito. De modo que alguns dos princípios que norteiam o Direito Administrativo e, em especial, a Discricionariedade, devem ser tratados.

2.2.1. Princípio da Legalidade

O primeiro grande limite da discricionariedade é o Princípio da Legalidade. Este princípio constitucional remonta ao Estado Liberal, que tinha uma profunda desconfiança em relação ao Administrador Público, como já tratado anteriormente. Por este princípio constitucional tem-se que ao particular é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, mas ao Administrador Público cabe fazer apenas o que a lei

¹⁴ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.147)

¹⁵ (MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p.123).

permite, quando este, o Administrador Público, for impelido por lei a praticar o tal ato.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva”¹⁶. Embora Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Roberto Grau discordem em muitos aspectos, neste ponto há certa concordância como se lê em Grau:

Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de atos discricionários – isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da legalidade – quando norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de juízos de oportunidade. Fora dessa hipótese, qualquer agente público estará jungido, subordinado, à legalidade.¹⁷

No mesmo sentido tem-se Hely Lopes Meirelles que trata do tema e aduz que:

Para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinala limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato.¹⁸

Tem-se ainda que a atividade do Administrador Público é uma “complementação” da lei. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que “A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta”¹⁹.

Finalmente, não se pode interpretar a limitação pela lei literalmente, como bem lembra Marçal Justen Filho:

Quando se afirma que o princípio da legalidade envolve a existência de lei, isso não pode ser interpretado como exigência de disciplina legal literal e expressa.

[...]

Há princípios jurídicos implícitos. Também há regras jurídicas implícitas. A disciplina jurídica produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem exigir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa.²⁰

¹⁶ (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.950).

¹⁷ (GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p.206).

¹⁸ (MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p.173).

¹⁹ (DI PIETRO, *Direito administrativo*, p.213).

²⁰ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.130)

O Princípio da Legalidade traz então que a discricionariedade deve ser autorizada por lei e também limitada e ordenada por ela. Seja essa lei explícita ou implícita, seja lei, regra ou princípio, desde que norma jurídica válida.

2.2.2. Princípio da Razoabilidade

Por este princípio se tem que a Administração Pública, em seus atos, deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, sendo que os atos desarrazoados ou incoerentes não são apenas inconvenientes, mas também inválidos e, conseqüentemente, passíveis de controle jurisdicional.

Embora a doutrina majoritária fale em razoabilidade, desvelar o sentido do princípio de forma literal poderia causar confusão. A razoabilidade trata mais especificamente da razão, ou racionalidade. Marçal Justen Filho explicita melhor ao dizer que:

A expressão 'razoável' envolve uma tradução literal, mas não necessariamente a melhor para traduzir as idéias relacionadas com a teoria examinada. Essa advertência é necessária para evitar a desnaturação do conceito, o que ocorrerá se o intérprete adotar o sentido vulgar e comum de 'razoável'. Talvez se pudesse utilizar o vocábulo racionável como alternativa mais adequada para traduzir para o português a expressão '*razonable*'²¹.

Portanto, sendo a Discricionariedade um espaço de atuação do Administrador Público, este, por óbvio, deve seguir o referido princípio. Os tais espaços deixados para sua atuação devem ter uma racionalidade (ou razoabilidade) evidente. Celso Antônio Bandeira de Mello diz que:

[A Administração Pública] ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos

²¹ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.74)

normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.²²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro simplifica a discussão do tema ao afirmar "a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei"²³.

O Princípio da Razoabilidade vem para garantir que os atos discricionários sejam coerentes com a concretude que fez necessário tal ato. Assim, a conduta adotada pelo Administrador Público fica adstrita a sua real necessidade.

2.2.3. Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade vem para evitar o excesso dos atos do Administrador. Em particular, na Discricionariedade, como este é um espaço de liberdade concedido ao agente público, é primordial a delimitação dos lindes, se não na forma da lei para cada caso, na forma de um princípio que norteia o Direito Administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que "os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade"²⁴.

No que se complementa com o pensamento de Marçal Justen Filho:

A proporcionalidade se avalia por meio de comparação entre duas ou mais alternativas de atuação, consideradas sob três ângulos. [...] O primeiro aspecto é o da adequação ou compatibilidade com o fim. [...] Em segundo lugar, deverão ser selecionadas as providências teoricamente disponíveis para realizar o fim visado. [...] Uma vez identificado o fim a realizar e os meios adequados a tanto, devem ser escolhida a solução de acordo com o critério da necessidade ou menor onerosidade. [...] Não basta constatar que a solução é apta a produzir certo resultado pretendido e que é a menos onerosa possível. Apesar disso, será inválida a providência quando se verificar sua incompatibilidade com os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.²⁵

²² (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.108)

²³ (DI PIETRO, *Direito administrativo*, pp.218-219).

²⁴ (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.110).

²⁵ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, pp.76-77).

O Princípio da Proporcionalidade, além de conformar os lindes do ato administrativo, adéqua a solução ao caso concreto e ao ordenamento jurídico. Assim, enquanto o Princípio da Razoabilidade mantém a discricção adstrita ao tema a que se refere o ato administrativo, o Princípio da Proporcionalidade não permite que a discricção seja excessivo ou, numa hipótese remota, insuficiente para a concretude do ato.

2.2.4. Princípio da Motivação dos Atos Administrativos

Por fim, mas não menos importante, traz-se a lúmen o Princípio da Motivação dos Atos Administrativos. A motivação dos atos explicita a todos as razões, de fato e de direito, que levaram o Administrador à prática de determinado ato. Em se tratando de Discricionariiedade é mais do que evidente a necessidade de sua conformação com tal princípio, pois a relação dialógica entre fato, direito e ato é o que justifica e dá fundo de validade ao ato discricionário.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que:

Dito princípio [*princípio da motivação*] implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situação que deu por existentes e a providência tomada [...]²⁶

O doutrinador ainda complementa seu pensamento, desvelando o fundamento que compele a existência desse princípio e afirma que:

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direitos individual a não se

²⁶ (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.112).

assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só tem que se conformar às que forem ajustadas às leis.²⁷

Marçal Justen Filho sintetiza o princípio e assevera que:

A motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido.²⁸

Deste modo, como se pode depreender desses doutrinadores, os atos administrativos devem ser devidamente motivados, conforme os critérios de conveniência e oportunidade que preceitua a discricionariedade e em face da lei. Tal motivação é fundamental, pois só a partir dela que se pode por a prova a validade dos atos administrativos e questioná-los perante instâncias superiores da Administração Pública, quando possível, ou perante o Poder Judiciário. Isso também confere-se legitimidade aos atos, visto que são passíveis de sindicância e menos sujeitos a abusos autoritários, enquanto não impede a atuação legítima do Administrador Público.

2.3. REGULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE NORMATIVA

O legislador por vezes deixa espaços no ordenamento jurídico para que o Administrador Público às complete, visto que este está mais próximo à execução das leis. Uma das formas de executar os desígnios de uma lei é regulamentar o direito nela contido em face da situação de fato presente ou da situação desejada no futuro.

Ao tratar do arcabouço jurídico acerca dos regulamentos vinculados²⁹ do Art. 84, IV da Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva assevera que:

²⁷ (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, pp.112-113)

²⁸ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.297).

²⁹ Para José Afonso da Silva, há dois tipos de regulamento, os vinculados e os autônomos, sendo que o segundo, na opinião do doutrinador, não foi recepcionado na Constituição nacional.

É este o regulamento que o Executivo baixa para a fiel execução das leis, quer porque estas expressamente o exigem em certo prazo, quer por sua própria iniciativa, quando o julgue indispensável ou conveniente.³⁰

Clèmerson Merlin Clève, acerca do mesmo artigo, diz que esse “poder regulamentar, conferido ao Presidente da República pela Constituição, consiste no mais importante meio pelo qual a Administração Pública exerce atividade normativa secundária”³¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o regulamento no Direito Brasileiro como:

Ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.³²

O doutrinador ainda complementa dizendo que:

O regulamento executivo, único existente no sistema brasileiro³³, é um meio de disciplinar a discricção administrativa, vale dizer, regular a liberdade relativa que viceje no interior das balizas legais, quando a Administração esteja posta na contingência de executar lei que demande ulteriores precisões.³⁴

Segundo Marçal Justen Filho, para além dos Atos Administrativos em Sentido Estrito³⁵, o Administrador Público, no exercício de suas funções, também tem o condão de praticar Atos Administrativos Normativos, quais sejam aqueles praticados que regulam ou ordenam determinadas condutas, sempre, é claro, com a devida autorização legislativa.

³⁰ (SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*).

³¹ (CLÈVE, *Atividade legislativa do poder executivo*, p.271).

³² (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.339).

³³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, embora haja outros tipos de regulamentos, no Sistema nacional o único permitido é o regulamento executivo, principalmente em face do princípio da legalidade e da negação de delegação legislativa no Direito Pátrio, a ser tratada mais adiante.

³⁴ (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.348).

³⁵ Por mera escolha lingüística, os Atos Administrativos serão tratados em Sentido Estrito como sinônimo dos Atos Administrativos de Sentido Restrito de Marçal Justen Filho. Em tempo, o doutrinador trata dos atos Administrativos em três categorias: Ato Administrativo Ilícito, Ato Administrativos em Sentido Restrito e Ato Administrativo Normativo. Ainda neste doutrinador podemos desvelar a diferenciação entre os dois últimos: “O ato administrativo em sentido restrito não produz efeitos normativos, mas apenas desencadeia a aplicação do mandamento contido em uma norma. O ato administrativo normativo complementa o mandamento de uma norma legal, disciplinando como as condutas futuras serão praticadas” (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.284).

Marçal Justen Filho assevera sobre o tema que:

Utiliza-se a expressão *discricionariedade normativa* para indicar a situação em que a lei atribui à Administração Pública competência para complementar normas de conduta, de modo que a conduta futura das pessoas será qualificada como lícita ou ilícita não só em vista da disciplina contemplada em sua essência em uma lei, mas também pelos preceitos de um ato administrativo. A discricionariedade normativa se traduz na produção de regulamentos.³⁶

A criação desses regulamentos, no entanto, não deve ultrapassar os desígnios do Poder Legislativo, como o próprio Marçal Justen Filho delinea 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.³⁷

E o doutrinador finaliza dizendo que:

Como regra, não haverá defeito se a lei produzir a descrição sumária de uma hipótese e estabelecer os aspectos fundamentais do mandamento, atribuindo à Administração Pública competência para, em face de circunstâncias e tomando em vista critérios mais apropriados, editar atos que complementem a disciplina normativa – entendendo-se por isso a enunciação das demais circunstâncias constitutivas da hipótese e dos ângulos complementares do mandamento.³⁸

Tome-se que até aqui os regulamentos foram tratados de modo genérico. No entanto, a regulação pode ser vista e estudada na seara econômica, campo fértil para tanto. Alexandre Santos de Aragão transpõe a síntese dos doutrinadores sobre tema da regulação para a seara da Economia, e afirma que:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.³⁹

³⁶ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.153).

³⁷ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.154).

³⁸ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.157).

³⁹ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.37).

Deste modo pode-se entender que o *regulamento vinculado* de José Afonso da Silva, ou o *regulamento executivo*, de Celso Antônio Bandeira de Mello, se complementam e se mimetizam com a *discricionariedade normativa* de Marçal Justen Filho, de modo a respaldar a existência de atos regulatórios com natureza discricionária, enquanto Alexandre Santos de Aragão transpõe o tema para a seara Econômica, reafirmando-a. Na verdade, a regulação, enquanto instrumento ordenador e submetido à lei, é quase a materialização da discricionariedade.

2.4. DISCRICIONARIEDADE E DELEGAÇÃO NORMATIVA

O Poder Constituinte Originário permitiu apenas uma delegação do poder legiferante, a que consta no art. 68 da Constituição Federal. Entretanto, o Poder Legislativo não tem como prever todas as situações possíveis, ou todos os atos que devem ser tomados de antemão, e deixa espaços na lei para que possam ser completadas no caso concreto ou numa análise mais próxima ao caso concreto.

Cabe então ao Administrador Público preencher os espaços da lei detalhando, especificando, regulando e normatizando, enfim, as ações administrativas para adequá-las à situação fática mais próxima, presente ou futura, mas sempre adstrita aos desígnios da lei.

José Afonso da Silva, tratando do poder regulamentar, afirma que

Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites, naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder.⁴⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o mesmo tema, assevera que

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas.⁴¹

⁴⁰ (SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p.426).

⁴¹ (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, pp.351-352).

Marçal Justen Filho esclarece que:

É evidente que a discricionariedade não se confunde com a delegação legislativa do art. 68 da Constituição, que produz poderes legislativos para autoridade delegada. Neste último caso, existe uma única competência legiferante, cujo exercício é parcial e limitadamente transferido pelo Poder legislativo para o executivo.⁴²

E complementa dizendo que “Já a Discricionariedade não atribui à autoridade administrativa poderes de natureza primária equivalentes aos reservados constitucionalmente para o Poder Legislativo”⁴³.

Desta forma, não há de se falar, portanto em delegação legislativa, a não ser pela exceção já mencionada na Constituição Federal. A discricionariedade, em especial a discricionariedade normativa, não pode criar, modificar ou restringir direito, senão para o cumprimento da lei ou para sua complementação. A delegação normativa não se confunde com delegação legislativa. Esta não é permitida, exceção já tratada anteriormente, aquela é desejável, em face da impossibilidade da onipresença legislativa.

⁴² (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.156).

⁴³ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.156).

CAPÍTULO III: AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1. ORIGEM

O marco inicial das agências reguladoras no mundo se dá com a criação do *Interstate Commerce Commission*, criado nos Estados Unidos da América⁴⁴ em 1887. A principal função dessa comissão era regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário.

No Brasil, embora a primeira agência reguladora, da forma como são conceituadas hoje, tenha surgido em 1996⁴⁵, o Estado Brasileiro já praticava a intervenção indireta na atividade econômica muito antes disso. Tome-se como exemplo BACEN⁴⁶, SUSEP⁴⁷, CVM⁴⁸, CADE⁴⁹, DAC⁵⁰, dentre outros. Estas entidades, no entanto não podem ser consideradas como agências reguladoras, exceto a CVM, cuja caracterização como agência reguladora é palco de controvérsia⁵¹.

⁴⁴ Faz-se necessário fazer uma breve explicação que nos estados Unidos da América a concepção do que seja serviço público difere do entendimento brasileiro, que se filia à doutrina francesa. Na doutrina norte-americana não haveria titularidade do Estado em atividades econômicas, o que ocorre é que determinadas atividades econômicas merecem atenção especial do Estado em face do interesse coletivo e devem, portanto sofrer regulação estatal.

⁴⁵ A primeira Agência Reguladora criada nesses moldes foi a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), criada pela lei 9.427 de 26/12/1996.

⁴⁶ Banco Central do Brasil, autarquia federal integrante do Sistema Financeiro Nacional, criado em 31/12/1964 com a promulgação da lei nº 4.595 (nome alterado pelo decreto-lei nº 278 de 28/02/1967). Atualmente tem a função de autoridade monetária.

⁴⁷ Superintendência de Seguros Privados, autarquia federal criada pelo decreto-lei nº 73 de 21/11/1966. É o órgão responsável pelo controle e fiscalização do mercado de seguros, previdência privada aberta, capitalização e resseguros.

⁴⁸ Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal criada em 07/12/1976 pela lei nº 6.385. Tem a função de disciplinar o funcionamento do mercado de valores mobiliários e a atuação de seus agentes.

⁴⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal criada em 10/09/1962 pela lei nº 4.137 (alterado pela lei nº 8.884 de 11/06/1994). Tem como função de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica em matéria concorrencial.

⁵⁰ Departamento de Aviação Civil, órgão criado junto ao então Ministério de Viação e Obras Públicas pelo decreto nº 19.902 de 22/04/1932 (nome alterado pelo decreto nº 65.144 de 12/09/1969). Tinha como função controlar e fiscalizar a Aviação Civil.

⁵¹ O BACEN e a SUSEP são autarquias vinculadas ao Ministério da fazenda, mas não possuem independência orgânica. O DAC deu lugar à ANAC. O CADE, embora tenha independência orgânica e funcional, não tem competência normativa. A CVM foi reestruturada pela lei nº 10.411 de 26/02/2002 que alterou sua natureza jurídica para autarquia sob regime especial e concedeu aos seus dirigentes mandatos com prazo definido e a impossibilidade de exoneração *ad nutum*,

Note-se, no entanto, que a regulação experimentada anteriormente ocorria principalmente no setor financeiro. Isso se dá pelo fato de que em alguns setores da economia a intervenção era desempenhada de maneira direta, valendo-se de empresas públicas. Tome-se como exemplo Petrobrás⁵², Eletrobrás⁵³, Telebrás⁵⁴, RFFSA⁵⁵, dentre outras.

Desta forma a regulação econômica deixou de atuar em certos nichos para se estender por boa parte da economia com a execução do Programa Nacional de Desestatização⁵⁶, que privatizou⁵⁷ boa parte dessas empresas estatais e deu margem a criação de entidades que pudessem controlar determinados setores econômicos de forma indireta, em especial as concessionárias⁵⁸ ou permissionárias⁵⁹ de serviço público.

Finalmente, Sergio Guerra justifica a criação das Agências Reguladoras dizendo que:

conseqüentemente lhe garantiu independência orgânica. Essa alteração estrutural fez com que, embora a CVM não se chame agência reguladora, se estrutura como tal, razão pela qual muitos doutrinadores a tem como agência reguladora de fato. Alexandre Santos de Aragão, no entanto, discorda dessa posição. Para o doutrinador, em face do cabimento de recurso administrativo perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro das decisões sancionatórias exaradas pela CVM, restaria, portanto, aniquilada a tese de que a entidade detenha independência funcional, razão pela qual não pode ser considerada uma Agência Reguladora.

⁵² Petrobrás: Petróleo Brasileiro S. A., sociedade de economia mista, criada em 03/10/1953 pela lei nº 2.004 (alterada pela lei nº 9.478 de 06/08/1997).

⁵³ Eletrobrás: Centrais Elétricas Brasileiras S.A., sociedade de economia mista, criada em 25/04/1961 pela lei 3.0980-A.

⁵⁴ Telecomunicações Brasileiras S.A, *holding* criada em 11/07/1972 pela lei nº 5.792, para controlar as companhias de telefonia locais e a Embratel, companhia de telefonia de longa distância.

⁵⁵ Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima, sociedade de economia mista, criada em 16/03/1957 pela lei nº 3.115, encampando as demais companhias ferroviárias da União.

⁵⁶ O Programa Nacional de Desestatização foi instituído pela lei nº 8.031 de 12/04/1990 e alterado pela lei nº 9.491 de 09/09/1997, sendo um dos principais marcos legais na reforma do Estado, pois em seu art. 1º, I preceitua como um de seus objetivos “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividade indevidamente exploradas pelo setor público”. Há de se destacar a grande relevância da lei nº 8.987 de 13/02/1995 sobre o tema, pois esta dispõe sobre o regime das concessões e permissões de serviços públicos previstas no Art. 175 da Constituição Federal.

⁵⁷ Sobre o tema privatização, vale ressaltar que na Constituição brasileira o serviço público pode ser concedido, permitido ou autorizado, logo, o PND, como lei infraconstitucional não pode transferir sua titularidade. Egon Bockmann Moreira trata do tema ao dizer que “A desestatização dá-se na superfície do serviço prestado, não na sua essência. [...] Apenas a gestão e o domínio imediato dos bens a elas essenciais são transferidos ao empreendedor privado por prazo certo.” (MOREIRA, *Direito das concessões de serviço público - inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)*, p.23).

⁵⁸ Concessão de serviço público é um contrato administrativo que delega a alguém, agindo em nome próprio e por sua conta e risco, a execução de um serviço público e sendo remunerado mediante tarifa paga pelo usuário desse serviço. Não se transfere a titularidade do serviço, apenas a execução. O regime de concessão está previsto na lei 8.987 de 13/02/1995.

⁵⁹ A permissão de execução de serviço público muito se assemelha à concessão, no entanto, na permissão tem-se um contrato precário, sem termo definido, e unilateral. Nos termos da lei a permissão é um contrato de adesão. O regime de permissão está previsto na lei 8.987 de 13/02/1995.

A criação das Agências Reguladoras como entidades autônomas e independentes serviu, dentre outros objetivos, a isolar, nas funções da Administração Pública direta, aquelas atribuições de caráter eminentemente técnico. Vale dizer, a regulação exercida por essas autarquias não deve se orientar por juízo político ou burocrático, de modo a permanecer equidistante dos interesses em jogo, ou seja, do estado, dos agentes regulados e dos usuários/consumidores.⁶⁰

As Agências Reguladoras vêm, portanto, para preencher a lacuna deixada pela retirada do Estado na intervenção direta na economia. Tais entidades, no entanto, embora sejam criadas pelo Estado, dele detêm certa autonomia. Isso se faz necessário, principalmente, para que desempenhem o papel de reguladores da forma mais técnica quanto possível e de modo a se tentar evitar que tais entidades fiquem a mercê de mudanças constantes do humor político da Administração Direta.

3.2. DEFINIÇÃO

As Agências Reguladoras preenchem a lacuna de controle do Estado nos setores da economia, em especial no setor de prestação de serviços públicos, em que o Estado se retirara da atuação direta.

Alexandre Santos de Aragão conceitua as Agências Reguladoras brasileiras como “autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias”⁶¹. Posição compartilhada por Marçal Justen Filho⁶², Hely Lopes Meirelles⁶³ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁴, que fazem definição parecida sobre o tema.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro, conceitua de forma diferente dizendo que a “agência reguladora, em sentido amplo, seria no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”⁶⁵. Grife-se que Maria Sylvia Zanella Di Pietro

⁶⁰ (GUERRA, *Controle judicial dos atos regulatórios*, p.280).

⁶¹ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.275).

⁶² (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.584).

⁶³ (MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p.377).

⁶⁴ (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, pp.169-170).

⁶⁵ (DI PIETRO, *Direito administrativo*, p.467).

amplia o conceito ao adicionar os órgãos da Administração Direta numa categoria jurídica tratada por Agências Reguladoras em sentido amplo.

Tal ampliação não se faz necessária, e poderia até desvirtuar o conceito, pois como a maioria dos doutrinadores concorda, trata-se de uma autarquia sob regime especial. Mas o que ela tem de tão especial assim? As Agências Reguladoras, de modo geral, têm certa independência relativa, que será tratada posteriormente, em relação à Administração Pública. Não seria, portanto, o caso de o conceito de Agência Reguladora abarcar os órgãos da Administração Direta⁶⁶, sob pena de eventualmente serem necessárias exceções à regra em face da hierarquia funcional.

3.3. NATUREZA JURÍDICA

Como visto anteriormente, a posição predominante na doutrina é de que o regime jurídico das agências reguladoras é de autarquias sob regime especiais, ou seja, pessoas jurídicas de direito público ligadas à Administração Pública Indireta, mas sob um regime especial.

3.4. REGIME ESPECIAL

No caso das Agências Reguladoras, não se criou um modelo estrutural dessas entidades para em seguida se criar realmente as Agências Reguladoras como espécies desse novo gênero. O que se sucedeu foi que as primeiras Agências

⁶⁶ O Decreto-lei nº 200 de 25/02/1967 trata do tema Administração Direta e Indireta, e dispõe em seu art. 4º, inciso I que “A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.” e no inciso II do referido artigo “A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:”, e alíneas a “Autarquias;”, b “Empresas[SIC] Públicas;”, c “Sociedades de Economia Mista” e d “Fundações Públicas”.

Reguladoras foram criadas e suas estruturas jurídicas foram sendo repetidas nas leis seguintes que criaram e instituíram as demais Agências.

Com isso se transpôs para cada uma delas um modelo parecido, mas com particularidades específicas em razão das características do setor em que atuariam, ou conforme desejo do legislador. De modo que se pode falar das características que elas têm em comum, não porque são espécies de um mesmo gênero pormenorizado em lei, mas porque elas simplesmente têm de fato características semelhantes.

A princípio, tem-se a impressão que o regime especial de que tratam os doutrinadores é a independência relativa em relação à Administração Direta, em especial a independência administrativa e financeira. Este não é o caso, pois no conceito de autarquia já está embutida a independência administrativa e financeira, como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello

Ora, 'independência administrativa' ou 'autonomia administrativa', 'autonomia financeira', 'autonomia funcional' e 'patrimonial e da gestão de recursos humanos' ou de quaisquer outros que lhes pertencam, 'autonomia nas decisões técnicas', 'ausência de subordinação hierárquica', são elementos intrínsecos à natureza de *toda e qualquer autarquia*, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto não há particularidade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso desses caracteres.⁶⁷

O primeiro marco que se pode destacar para a caracterização do regime especial é a independência funcional. Isso confere às Agências Reguladoras autonomia em suas decisões, como bem destaca Marçal Justem Filho ao afirmar que “a agência reguladora independente não se sujeita à revisão de seus atos por autoridade integrante da Administração direta, mas apenas perante o Poder Judiciário”⁶⁸.

Leila Cuéllar explica a independência funcional dizendo que:

Essa autonomia [independência funcional] abrange uma independência na fixação dos objetivos perseguidos, na escolha dos instrumentos a serem utilizados para atingi-los da maneira mais eficiente possível. Note-se que aqui não se está a defender que as agências deteriam competência para definir políticas públicas: não se trata disso, mas sim da capacidade de implementar tais políticas do modo mais eficiente possível.

[...]

Além disso, a independência funcional deriva da definitividade das decisões que emitem. Conforme já indicado, não existe subordinação direta das

⁶⁷ (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.174).

⁶⁸ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.585).

agências a outros órgãos da Administração Pública, não sendo cabível recurso a nenhuma outra esfera administrativa.⁶⁹

A independência funcional é um ponto importante para a caracterização do regime especial e, conseqüentemente, também é bastante relevante para a caracterização das Agências Reguladoras como tal, embora não seja o motivo o principal de tal caracterização.

Além da independência funcional, as Agências Reguladoras trazem em seu arcabouço jurídico⁷⁰ o regime de mandato por prazo determinado em que os dirigentes são indicados pelo Presidente da República e somente podem ser demitidos em face da prática de atos irregulares, não se admitindo a exoneração *ad nutum*⁷¹. A princípio isso poderia passar por irrelevante, não fosse o fato de que com isso as decisões desses dirigentes não ficariam a mercê de vontade política, haja vista que o dirigente não seria compelido a agir conforme instrução de quem o põs no cargo, sob pena de exoneração *ad nutum*. Trata-se da independência orgânica, como explica Leila Cuéllar

Para que a regulação seja eficiente é preciso que ela seja desempenhada por órgão que possua estabilidade, neutralidade e independência, não só em relação aos operadores presentes no mercado, mas sobretudo no que diz respeito às variações dos poderes políticos [...] pretende-se tornar a regulação imune às pressões políticas e econômicas. [...] Procura-se também garantir a continuidade e a estabilidade da atuação regulatória, no intuito de prestigiar o desenvolvimento duradouro do mercado em benefício dos usuários.⁷²

Por fim, pode-se citar Alexandre Santos de Aragão, que assim as caracterizam:

As agências reguladoras possuem, portanto, do ponto de vista da autonomia frente ao Executivo Central, dois pontos básicos da sua própria existência conceitual: vedação de exoneração *ad nutum* e ser a última instância no âmbito da Administração Pública. Sem um deles, a entidade poderá até continuar existindo, mas seguramente não será mais uma agência reguladora.⁷³

⁶⁹ (CUÉLLAR, *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, p.94)

⁷⁰ Referência especial à lei 9.986, de 18/07/200, que dispõe da gestão de recursos humanos das agências reguladoras, em especial a ANATEL, ANEEL, ANP, ANVS e ANS

⁷¹ Exoneração *ad nutum*: exoneração imotivada, sem justificativa.

⁷² (CUÉLLAR, *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, pp.82-83).

⁷³ (ARAGÃO, *As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da agência nacional de vigilância sanitária*).

A independência orgânica concedida às Agências Reguladoras traduz-se em elemento essencial para a caracterização do regime especial pois garante ao dirigente da entidade a segurança necessária para que possa cumprir seu dever, sem se preocupar que a Autoridade Pública (neste caso, geralmente, o Presidente da República) o demita caso não atenda a qualquer pedido seu. Isso, no entanto também não é o elemento principal na caracterização do regime especial.

Na verdade, o regime especial concedido às Agências Reguladoras se configura pela presença simultânea de independência funcional, qual seja emitir regulamentos não sujeitos a recurso dentro da esfera administrativa, e de independência orgânica, qual seja, uma vez que seus dirigentes tenham sido conduzidos aos seus cargos não podem ser exonerados *ad nutum*. A presença de ambas, portanto, caracteriza uma Agência Reguladora como a tal autarquia sob regime especial.

3.5. FUNÇÕES REGULATÓRIAS

Em decorrência do conceito de regulação algumas funções foram atribuídas às agências reguladoras para que pudessem desempenhar as competências⁷⁴ atribuídas em seu papel de entidade reguladora.

Alexandre Santos de Aragão fala das funções designadas ao dizer que:

Como o conceito de regulação agrega o exercício de uma série de funções e poderes administrativos, é decorrência necessária que as agências reguladoras desempenhem uma série de distintas funções, o que chega mesmo a desafiar algumas formulações mais tradicionais da doutrina da separação dos poderes.⁷⁵

Das funções apresentadas pelo doutrinador têm-se a normativa, a fiscalizadora, a sancionatória e a julgadora. Sérgio Guerra, com base em Alexandre

⁷⁴ José Afonso da Silva define competência como “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.” (SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p.479).

⁷⁵ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.316).

Santos de Aragão, sintetiza essas funções em função Executiva, Judicante e Normativa; classificação a ser utilizada por exprimir bem como essas funções atribuídas às agência reguladoras confrontam os limites da separação entre os poderes.

3.5.1. Função Executiva

A função executiva das agências reguladoras diz respeito ao poder de polícia⁷⁶ que elas detêm. Sérgio Guerra assim afirma:

Por meio dessas funções, as agências reguladoras concedem, permitem e autorizam serviços e usos de bem público, expedem licenças, autorizam reajuste e revisão ordinária e extraordinária de tarifas de serviços públicos para manter o equilíbrio econômico e financeiro das concessões.⁷⁷

Alexandre Santos de Aragão trata do assunto ao falar da atividade fiscalizadora dizendo que:

[...] todas as leis que as instituíram [agências reguladoras] prevêm o desempenho por parte delas de competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram no seu âmbito de atuação.⁷⁸

E o doutrinador complementa o assunto, ao tratar da atividade sancionatória, dizendo que:

⁷⁶ Bandeira de Mello assevera que o Poder de Polícia existe no sentido amplo, em que o Estado como um todo, “delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos” (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.815), ou no sentido estrito, que “relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais ou abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais” (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.815). Meirelles conceitua Poder de Polícia como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p.134). Di Pietro sintetiza o conceito como a “atividade do estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, *Direito administrativo*, p.117).

⁷⁷ (GUERRA, *Controle judicial dos atos regulatórios*, p.97).

⁷⁸ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.317).

Como decorrência da competência fiscalizatória, as agências reguladoras também aplicam as sanções decorrentes do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados.⁷⁹

No que tange à função executiva destaca-se principalmente o poder de polícia atribuído às Agências Reguladoras. Tais entidades são constituídas para, dentre outras funções, controlar a ações e a relação dos regulados entre si, em relação aos usuários ou em relação ao Estado. Cabe ao ente, então, controlar e, se necessário, sancionar. Sempre, é claro, na medida do que foi autorizado pela lei.

3.5.2. Função Judicante

A função judicante é atribuída às agências reguladoras por força de lei e, de modo geral, a função judicante das agências reguladoras é exercida na forma de solução de conflitos entre os agentes regulados entre si ou dos agentes regulados com os consumidores/usuário ou com o poder público, como leciona Marçal Justen Filho:

A agência reguladora independente é titular de competência regulatória setorial. Isso significa poder de [...] compor conflitos num setor econômico. [...] E as decisões adotadas são vinculantes para os diversos setores estatais e não estatais, ressalvada a revisão jurisdicional.⁸⁰

Marcos Jurena Villela Souto, tratando da Regulação Judicante, diferencia a atuação judicante das Agências Reguladoras do processo administrativo ou judicial ao afirmar que estes “são voltados para solucionar o conflito que ocorre entre as partes, fazendo coisa julgada somente para elas e voltado para o passado”⁸¹, enquanto que na atividade judicante das agências reguladoras o processo não termina por aí. O doutrinador ainda diz que:

A partir de uma decisão regulatória, a agência reguladora, sopesando custos e benefícios, fixa um entendimento acerca do que deve ser a correta

⁷⁹ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.317).

⁸⁰ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.585)

⁸¹ (SOUTO, *Agências reguladoras e entidades similares*, p.393).

conduta ou o resultado eficiente, não apenas das partes conflitantes, mas de todo o segmento regulado. Portanto a decisão regulatória é voltada para o futuro [...] e, assim, deve ponderar sobre o impacto que aquela decisão vai gerar não só sobre as partes, mas sobre todo o segmento regulado.⁸²

Alexandre Santos de Aragão finaliza a questão ao dizer que a função judicante das Agências Reguladoras tem “um marcante caráter prospectivo de realização de políticas públicas cuja implementação lhes incumbe.”⁸³.

Assim, tem-se que a função judicante das Agências Reguladoras se faz pela resolução de conflitos, mas sempre visando o interesse público e a realização das políticas públicas. A resolução do conflito por parte da entidade reguladora, no entanto, não tem o condão de se transformar em decisão judicial, aliás, o Poder Judiciário pode ser instado a tratar do assunto. A irrecorribilidade das ações e decisões das Agências Reguladoras se resume à negação da revisão pela própria Administração Pública, direta ou indireta. Não se nega, portanto, a recorribilidade por parte do Poder Judiciário, e dependendo do caso, do Poder Legislativo.

3.5.3. Função Normativa

A função normativa é primordial para as Agências Reguladoras. Pode-se dizer que é a razão de ser das Agências Reguladoras, de modo que será tratada de forma um pouco mais detalhada.

3.5.3.1 Legitimidade da Função Normativa

O artigo 174 da Constituição Federal prevê que o Estado regulará a atividade econômica, na forma da lei. O artigo 24, I, da Carta Magna, atribui à União, Estados e Distrito Federal a competência para legislar sobre o direito econômico.

⁸² (SOUTO, *Agências reguladoras e entidades similares*, pp.393-394).

⁸³ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.319).

Desta forma, a regulação não é uma usurpação legislativa, visto que está expressamente prevista na Carta Maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Note-se que o artigo 174 assegura a regulação na forma da lei, logo, não é porque a Constituição Federal permite o exercício da regulação pelo Poder Executivo que este pode fazer o que bem quiser. Os entes federativos devem fazê-lo na forma da lei, dentro de seus lindes. Deste modo, preserva-se a legitimidade da função normativa frente o Princípio da Legalidade.

Também não há déficit democrático pela ausência de escolha por sufrágio popular. Muito embora Marcos Jurena Villela Souto preceitue que “o princípio democrático exige que somente as autoridades eleitas e legitimadas pelo povo sejam as responsáveis pela formulação de políticas públicas”⁸⁴, Marçal Justen Filho relembra que “O princípio fundamental da soberania popular não significa a necessidade de todos os agentes públicos serem eleitos por sufrágio popular”⁸⁵.

Marcos Jurena Villela Souto ainda afasta a violação do princípio da legitimidade, posto que “O processo de criação das agências e de nomeação de seus dirigentes é um processo político, fruto de um processo legislativo democraticamente votado pelos representantes da sociedade.”⁸⁶.

Assim não há de se falar em ilegitimidade por violação dos princípios democráticos e do princípio da legitimidade.

Marcos Jurena Villela Souto ainda defende os mandatos fixos e descoincidentes para assegurar a independência das Agências Reguladoras e diz que “Isso não representa violação do princípio republicano, já que as funções exigem conhecimento especializado sobre o setor (são técnicas e não políticas)”⁸⁷. Marçal Justen Filho também trata dos mandatos descoincidentes dizendo, mas sob o argumento de que:

Essa solução destina-se a impedir que todos os dirigentes sejam escolhidos e indicados por um mesmo partido ou governante. Partindo do pressuposto de que a escolha do dirigente da agência refletirá algum tipo de identidade política com o titular da competência para a nomeação, a descoincidência

⁸⁴ (SOUTO, *Extensão do poder normativo das agências reguladoras*, p.128).

⁸⁵ (JUSTEN FILHO, *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"*, p.316).

⁸⁶ (SOUTO, *Extensão do poder normativo das agências reguladoras*, p.128).

⁸⁷ (SOUTO, *Extensão do poder normativo das agências reguladoras*, p.128).

dos mandatos propiciará que a alternância política externa se reflita no âmbito interno da agência.⁸⁸

Deste modo, afasta-se a ilegitimidade pela violação do princípio republicano para o exercício da função normativa pelas Agências Reguladoras, embora seus dirigentes não tenham sido eleitos por sufrágio universal, foram alçadas ao cargo por autoridades públicas que passaram pelo crivo popular, e que lhe dão a legitimidade necessária. A ausência de subordinação à Administração Direta ainda lhe garante a tranqüilidade para agir mesmo contra os interesses do mandatário político atual, mas no melhor interesse público, o que lhe conferiria ainda mais legitimidade.

3.5.3.2. Competência Normativa e Regulamentar

Como já vimos anteriormente, o ordenamento jurídico nacional não permite a delegação legislativa. Portanto, não há de se falar em regulamentos independentes. Logo, a competência normativa das Agências Reguladoras decorre de lei, mais exatamente das leis que as instituíram.

Egon Bockmann Moreira se aprofunda no tema da competência, em especial a competência normativa ao defini-la como:

Uma realidade normativa atribuída pela lei – a qual, ao mesmo tempo em que outorga a capacidade da prática de determinados atos à Administração, estabelece lindes estreitos à sua própria compreensão e exercício.⁸⁹

Carlos Ari Sunfeld explicita que as Agências Reguladoras não usurpam função legislativa, mas detém competência normativa, como se vê em suas palavras:

Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia

⁸⁸ (JUSTEN FILHO, *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"*, pp.317-318)

⁸⁹ (MOREIRA, *Os limites à Competência normativa das agências reguladoras*, p.186).

do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.

É isso que justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado.⁹⁰

Deste modo, das definições apresentadas pelos doutrinadores e da negação da existência de regulamentos independentes, se pode desvelar que o regulamento editado pela Administração Pública não pode contrariar a lei, nem criar, modificar, suspender, agravar ou atenuar direitos assegurados por lei. No entanto, podem policiá-los, discipliná-los, regulá-los e normatizá-los.

Daí se conclui que as Agências Reguladoras, criadas por lei, que dita sua forma e função, não podem ser titulares de competência legislativa, entretanto podem ser titulares de competência normativa, não criam direito, mas podem discipliná-los.

3.5.3.3 Deslegalização

A deslegalização, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é “a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-a para o domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)”⁹¹.

Não se trata de delegação, apenas da diminuição do que será legislado e do que será regulado. Alexandre Santos de Aragão concorda com o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e assevera que:

Não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria, e, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico?⁹²

⁹⁰ (SUNDFELD, *Introdução às agências reguladoras*, p.27)

⁹¹ (MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, p.218).

⁹² (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, pp.422-423).

Alexandre Santos de Aragão ainda justifica a deslegalização dizendo que:

O Poder Legislativo, em face da complexidade, dinamismo e tecnicidade da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos de natureza preponderantemente técnica da regulação social, retendo os primeiros, mas consciente de suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico.⁹³

Deste modo, pode-se destacar que a deslegalização em favor da regulação para tratar dos aspectos técnicos da atividade econômica é legal e desejável, em face da dificuldade dos legisladores preverem toda e qualquer situação, especialmente as de cunho eminentemente técnico. E não se confunde com delegação legislativa, pois a deslegalização pretende normatizar o que a própria lei determinar.

3.6. CONTROLE DOS ATOS REGULATÓRIOS

As Agências Reguladoras, como qualquer outra entidade do Estado, podem e devem ser controladas em seus atos. Como bem lembra Marçal Justen Filho:

As agências independentes têm de estar subordinadas ao princípio de que o poder limita o poder. Isso não significa a possibilidade da revisão direta dos atos praticados pelas agências, muito menos por critérios de natureza técnico-científica. O controle envolve especificamente a fiscalização destinada à identificação de defeitos ou abusos no exercício das competências próprias e privativas das agências.⁹⁴

Desse modo se evitam abusos no exercício de seus poderes e, de certa forma, legitima a existência desses mesmos poderes.

⁹³ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.425).

⁹⁴ (JUSTEN FILHO, *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"*, pp.329-330).

3.6.1. Controle Político

O primeiro meio de controle que surge é o controle político. As Agências Reguladoras têm em seu bojo independência orgânica e independência funcional, no entanto, elas foram e são criadas por lei e também podem ser desconstituídas por lei⁹⁵, como Alexandre Santos de Aragão assim assevera:

[...] podemos afirmar que a eventual previsão de determinada agência reguladora independente no ato ou no contrato de admissão ao ordenamento setorial, não impede que o legislador venha a extingui-la. Posição diversa subordinaria a soberania estatal ao interesse privado, razão pela qual não é procedente eventual argüição de violação do ato jurídico perfeito ou a direito adquirido.⁹⁶

Por essa mesma razão a lei também pode reconformar seus lindes e mudar, ampliando ou restringindo, suas competências⁹⁷.

E ainda, ao Poder Legislativo é assegurado o controle sobre atos regulamentares exarados pelo Poder Executivo, bem como controlar e fiscalizar seus atos, e conseqüentemente as autarquias.

CF: Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso nacional:

[...]

V – Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa;

[..]

X – Fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

O controle político também se dá pelo processo de escolha de seus dirigentes. Uma vez constituída a Agência Reguladora ou findo o mandato do dirigente em exercício inicia-se o processo de seleção do novo dirigente. Cabe então ao mandatário do Poder Executivo designado pela lei que conforma a Agência Reguladora indicar o nome do novo dirigente. Uma vez indicado, o nome do

⁹⁵ Aqui se faz necessário abrir um pequeno parêntese. Embora todas as Agências Reguladoras sejam instituídas por lei, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) são previstas constitucionalmente nos artigos 21, XI e 177, § 2º, III, respectivamente. Não que isso impeça a extinção de tais entidades, mas certamente elas devem ter tratamento mais cuidadoso.

⁹⁶ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.335)

⁹⁷ Novamente, a previsão constitucional da ANATEL e da ANP faz com que elas mereçam tratamento diferenciado e mais cuidados ao se tratar, aqui, da reconfiguração de seus lindes.

candidato é enviado ao Poder Legislativo para sabatina e subsequente aprovação ou reprovação. Uma vez reprovado reinicia-se o processo. Se o candidato for aprovado ele segue para assumir o cargo.

Apesar da independência funcional e orgânica das Agências Reguladoras em relação ao restante do Poder Executivo, não se pode dizer que inexistente um controle político, ao menos prévio. Já em relação ao Poder Legislativo o controle é mais efetivo. Apesar da garantia constitucional da separação entre os poderes, a independência de que as Agências Reguladoras detém é só em relação aos demais entes do Poder Executivo, em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário tal independência não existe.

3.6.2. Controle Popular

O segundo meio de controle que se apresenta é o controle popular. As Agências Reguladoras, ao analisar alguma matéria de sua competência pode se valer de audiências públicas ou consultas populares.

Marçal Justen Filho trata do tema ao dizer que:

A concepção da agência independente legitima-se democraticamente não pela eleição dos seus membros, mas pela participação da sociedade na formação das decisões de competência da agência.⁹⁸

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também trata do controle popular ao dizer que:

O cabimento dessa específica modalidade de participação social dirigida amplamente ao controle da legalidade, da legitimidade e da licitude dos atos das agências reguladoras não necessita estar prevista na lei instituidora, uma vez que a Constituição já assegura em inúmeros dispositivos, mas tanto a lei instituidora como o regimento de cada uma dessas entidades deverão prever o acesso dos interessados e definir processos participativos, para que se realize o mais amplamente possível esta saudável modalidade de controle.⁹⁹

⁹⁸ (JUSTEN FILHO, *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"*, p.328)

⁹⁹ (MOREIRA NETO, *Direito regulatório*, p.203)

As legislações instituidoras das Agências Reguladoras, de modo geral, prevêm a realização dessas consultas ou audiências, porém, somente na ANATEL há a obrigatoriedade de ocorrerem consultas públicas e somente em um caso em específico¹⁰⁰. Nas demais, cabe à própria Agência Reguladora definir o que deve ser discutido e quando deve ser discutido.

Para Marçal Justen Filho, muito embora não haja qualquer obrigatoriedade explícita por parte das agências reguladoras em incorporar a participação popular, as agências reguladoras devem fazê-lo ou justificar-se, como assevera o doutrinador:

A agência independente tem o dever de justificar suas decisões regulatórias, inclusive apresentando os fundamentos pelos quais reputou inadequado acolher as colaborações, manifestações e propostas formuladas pela sociedade.¹⁰¹

No entanto, Egon Bockmann Moreira adverte que

Bem verdade que as decisões devem ser motivadas e estão a disposição do público, mas não há 'direito ao contraditório' para a formação das avaliações internas das agências nem 'direito a recurso' contra as decisões que porventura rejeitem as propostas dos interessados. Existem apenas 'colaborações' ou 'contribuições' espontâneas dos interessados (termos que qualificam a participação externa), cuja influência na decisão final é oriunda de um critério interno da agência, com lastro na competência técnica sobranceira de seus diretores.¹⁰²

O doutrinador ainda complementa e explica a ausência de ilegalidade dessa falta de influência ao dizer que “a ausência de colaboradores não frustra a edição da norma: não é considerado um requisito de validade a concreta participação de interessados no procedimento”¹⁰³ e complementa, ao asseverar que “as legislações prestigiam a legitimidade em potência dos processos de elaboração normativa, não a procura da legitimidade real. Basta haver participação popular; não é necessário que ela efetivamente exista.”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Na ANATEL há a previsão de que todas as minutas de atos normativos deverão ser submetidas à consulta pública. Art. 42 da lei nº 9.472 de 16/07/1997.

¹⁰¹ (JUSTEN FILHO, *Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"*, p.329)

¹⁰² (MOREIRA, *Os limites à Competência normativa das agências reguladoras*, pp.208-209)

¹⁰³ (MOREIRA, *Os limites à Competência normativa das agências reguladoras*, p.209)

¹⁰⁴ (MOREIRA, *Os limites à Competência normativa das agências reguladoras*, p.209)

Deste modo, embora se possa dizer que exista um controle popular dos atos regulatórios, por meio de consultas ou audiências públicas, este controle é abstrato, não tem força coativa.

3.6.3. Controle Judicial

O terceiro meio de controle dos atos regulatório que se apresenta é o controle judicial. De todos os meios de controle, este é o que tem o condão do controle efetivo dos atos regulatórios.

Na definição das agências reguladoras vê-se claramente que elas estão sujeitas às leis e embora tenham independência funcional, como já explicado anteriormente, esta independência só se aplica à própria administração pública. O Poder Judiciário pode, e deve, intervir quando provocado para o cumprimento fiel do ordenamento jurídico. Então, a despeito da separação dos poderes, o controle judicial deve ser exercido pois faz parte do sistema de freios e contrapesos que limitam os excessos no exercício dos poderes.

Inicialmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário pode controlar os atos regulatórios em razão de seus aspectos formais, visto que são atos exarados por uma entidade da administração pública e estão sujeitas aos controles formais do Direito Administrativo, quanto a isso não há controvérsia.

No entanto, no que tange ao mérito do ato regulatório a questão merece uma apreciação mais detalhada, afinal, se os magistrados se imiscuírem no mérito, poderão, eventualmente, invadir o que é de competência do Poder Executivo e fazer as vezes de uma autoridade pública eleita.

Marçal Justen Filho trata do tema ao dizer que:

Insta-se em que o ato produzido pela agência, ainda quando apto a produzir efeitos abstratos e gerais, continua a qualificar-se como ato administrativo. Trata-se de uma manifestação de discricionariedade, que demanda exame e qualificação pelo Judiciário segundo os princípios vigentes. Isso significa que o exercício de competências vinculadas comporta ampla investigação pelo Judiciário. Mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização jurisdicional. O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. [...] O judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências

necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. É possível invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico.¹⁰⁵

Alexandre Santos de Aragão também entra no tema, e se posiciona pela possibilidade do controle dos atos regulatórios pela via judicial, no entanto, estabelece limites à atuação jurisdicional, como se lê em suas palavras:

Em tese, sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as suas decisões. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário.¹⁰⁶

O doutrinador ainda fornece uma das possibilidades de controle dos atos regulatórios tratando do mérito ao dizer que:

Malgrado a existência de respeitáveis opiniões no sentido da possibilidade *tout court* de substituição judicial das decisões discricionárias da Administração Pública – cabendo ao poder judiciário apenas anular as decisões que chegarem a violar o âmbito de apreciação deixado pela lei -, entendemos que em casos concretos nos quais os autos e a norma discricionária a ser aplicada ofereçam elementos suficientes para que seja cabível apenas uma única solução razoável, o Poder Judiciário não deverá se furtar em aplicá-la.¹⁰⁷

Deste modo, como se vê na doutrina, o controle dos atos regulatórios pelo Poder Judiciário não só é possível como desejável, quando provocado. No entanto, enfrenta certos limites, sob pena dos magistrados se substituírem no papel de administradores públicos. No fundo, os atos regulatórios derivam da discricionariedade, cujo controle judicial ocorre sob uma linha tênue. De um lado estão os atos regulatórios exarados por um agente público alçado a este cargo por autoridade pública regularmente eleita, do outro estão os magistrados chamados ao processo para fazer um exame de validade jurídica dos mesmos atos regulatórios. E se por um lado o magistrado pode estar corrigindo um ato inválido, por outro pode estar invalidando um ato legítimo. Isto sim constituiria uma violação à separação dos

¹⁰⁵ (JUSTEN FILHO, *O direito das agências reguladoras independentes*, p.590).

¹⁰⁶ (ARAGÃO, *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*)

¹⁰⁷ (ARAGÃO, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p.353)

poderes. Mas tanto melhor eventualmente permitir isso do que não se poder questionar juridicamente um ato expedido por autoridade pública.

CAPÍTULO IV: A DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O fundamento de poder das agências reguladoras reside na lei que as constitui. Leis que definem os lindes de sua atuação e de suas funções. Funções estas que podem ser divididas em funções executivas, judicantes e normativas.

Das funções executivas se depreende o controle e a fiscalização dos agentes regulados e suas relações com outros agentes, com o Estado e com os usuários ou consumidores.

Das funções judicantes se depreende a interpretação dos regulamentos e o eventual arbitramento dos processos instaurados em sua competência.

Das funções normativas se depreende os regulamentos em si, que se materializam na forma dos atos normativos, que nada mais são do que o exercício dessa função.

Os atos normativos, como todo ato da Administração Pública, contêm forte conteúdo principiológico administrativo. Em especial, a necessidade de motivação, haja vista o caráter eminentemente técnico de suas atribuições. E justamente na motivação dos atos normativos reside a discricionariedade, que será tratado a seguir.

Deste modo, neste capítulo serão tratadas as espécies de discricionariedades que têm sido utilizadas para fundamentar tal ato normativo. A começar pela discricionariedade técnica, seguida pela reflexividade administrativa e finalizando com a discricionariedade administrativa.

4.1. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

Em face da alta complexidade técnica de que dependem os atos normativos das Agências Reguladoras, muitos doutrinadores trouxeram a lume a tese de que a discricionariedade exercida por essas entidades seria diferente da discricionariedade

administrativa. A propalada discricionarietà técnica podia então ser definida como uma sub-espécie de discricionarietà administrativa que tem como cerne um conhecimento técnico aprofundado, o que impossibilitaria o controle jurisdicional de tais atos.

Nessa linha de pensamento se encontra Vitor Rhein Schirato, que diz:

Sempre que a decisão das agências reguladoras recair sobre elementos eminentemente técnicos, o controle jurisdicional será *ipso facto* limitado. Não pode, segundo entendemos, o Poder Judiciário imiscuir-se em decisões administrativas baseadas em elementos que não são dominados por tal poder. As agências reguladoras são (ou ao menos devem ser) constituídas por técnicos, por especialistas nas matérias afetas ao setor regulado. As decisões exaradas por tais entidades são repletas de conhecimento científicos específicos, que não são, normalmente, dominados pelo Poder Judiciário.¹⁰⁸

A doutrina nacional não se aprofundou muito no assunto, mas pode-se encontrar doutrinadores alhures que o fizeram, cite-se Eva Desdentado Daroca, que diz:

Las diferencias entre ambas [Discricionarietà Administrativa e Discricionarietà Técnica] pueden resumirse de la siguiente forma: 1) en la discrecionalidad tecnica no hay nunca ponderación ni elección entre intereses; 2) en la discrecionalidad tecnica la Administración recurre a la utilización de criterios técnicos, y 3) mientras que en la discrecionalidad administrativa conviven juicio y voluntad, en la discrecionalidad tecnica se realiza una actividad de mero juicio en la que no interviene en modo alguno la voluntad.¹⁰⁹

Deste modo se pode notar que a doutrina que trata da discricionarietà técnica coloca o conhecimento técnico como imparcial, impassível de elementos volitivos, em face do conhecimento científico e portanto mais confiável que um agente político, ou mesmo um magistrado não versado no conhecimento científico específico sobre o tema regulado.

¹⁰⁸ (SCHIRATO, *As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do estado*, p.530)

¹⁰⁹ (DAROCA, *Los problemas del controle judicial de la discrecionalidad tecnica (un estudio critico de la jurisprudencia)*, p.37). “As diferenças entre ambas [Discricionarietà Administrativa e Discricionarietà Técnica] podem ser resumidas da seguinte forma: 1) na discricionarietà técnica nunca há ponderação nem eleição de interesses; 2) na discricionarietà técnica a Administração recorre a utilização de critérios técnicos; e 3) enquanto na discricionarietà técnica convivem juízo e vontade, na discricionarietà técnica se realiza uma atividade de mero juízo em que não intervém de modo algum a vontade” (tradução do autor).

Eros Roberto Grau discorda da existência dessa categoria de discricionariedade. O autor, inicialmente, se refere à discricionariedade técnica como:

Decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar; assim, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos *erros manifestos* que nelas se exteriorizem; daí por que a Administração, nesses casos, goza de liberdade (técnica) de decisão, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto.¹¹⁰

No entanto, Eros Roberto Grau não concorda com tal definição, só a delimitou para poder rebatê-la adequadamente, como de fato o fez utilizando a exposição de Antônio Francisco de Sousa, e afirmando que:

i) a definição do que seja 'decisão altamente técnica' é altamente subjetiva, visto que não se pode responder em termos satisfatórios onde começa e onde acaba o caráter 'altamente técnico'; ii) quando se trata de decisões referidas a matérias que o juiz não conheça – até porque não tem o dever de conhecer todas as matérias –, pode e deve ouvir peritos, a fim de que sejam plenamente esclarecidos os fatos a respeito dos quais decidirá; iii) da inegável dificuldade de controle de tais decisões não se pode extrair, a benefício da certeza e da segurança do direito, uma liberdade (autorização) para que a Administração decida ao seu talante.¹¹¹

Ao magistrado não se põe a obrigação de conhecer tudo, quando não sabe ele pode e deve recorrer aos peritos. Não se trata de substituir o técnico da Agência Reguladora pelo técnico do juizado, mas de prestar esclarecimentos para que o magistrado possa ter mais base do assunto em que pretende decidir. Além disso, ora se o conhecimento técnico fosse assim tão exato e desfeito de vontade e parcialidade por certo chegariam à mesma conclusão, o que nem sempre ocorre.

Marçal Justen Filho também nega a existência da Discricionariedade Técnica afirmando que:

O conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade delas. Haverá uma margem de escolha, a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral.¹¹²

¹¹⁰ (GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p.214).

¹¹¹ (GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, p.214).

¹¹² (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.159).

O doutrinador relembra que onde há margem para escolhas, há margem para discricção, se houvesse apenas uma alternativa, haveria decerto ato vinculado.

Sergio Guerra, após reflexão acerca do tema com fulcro na doutrina nacional e estrangeira, resume o posicionamento da doutrina sobre o tema e assim conclui:

Com efeito, e após examinar a doutrina local e alienígena, pode-se verificar que, em linhas gerais, não existem correntes doutrinárias que polarizem a denominada “discricionariiedade técnica”; vale dizer, não restou detectada uma uniformidade de linha de pensamento acerca do tema em comento. Constatam-se entendimentos no sentido de haver “discricionariiedade técnica” em determinados atos administrativos, haja vista a existência de uma margem de discricção e subjetividade na eleição de uma solução para o caso concreto, dentre outras auferidas segundo critérios técnicos. De acordo com essa concepção, existe “discricionariiedade técnica” quando os critérios técnicos são suficientes para alcançar a única solução correta para o caso.

Verifica-se ainda que há entendimento de que a “discricionariiedade técnica” está vinculada aos interesses públicos, enquanto outros vislumbram essa espécie de discricionariiedade apenas nos atos com repercussões administrativas internas. Sob outro ponto de vista, sustenta-se a idéia de que a teoria da “discricionariiedade técnica” não deve ser admitida sustentando-se a existência de uma discricionariiedade intermediária entre a pura e a técnica. Ademais, constatam-se posições no sentido de que há uma diferença entre “discricionariiedade técnica” própria e imprópria sem uma precisa identificação dessa antinomia.

[...]

Conclui-se que o termo ‘discricionariiedade técnica’ visa apenas a uma tentativa de limitação do controle jurisprudencial, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz. A crítica, portanto, à tentativa de solucionar a ‘crise’ da discricionariiedade administrativa por meio da ‘discricionariiedade técnica’ começa na ausência, no atual ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, de qualquer instituto juridicamente aplicável à segunda como uma pseudo-espécie da discricionariiedade administrativa que possa atender a uma fórmula que isole valores e questões política dos aspectos técnicos, que supostamente despersonalizados e, portanto, mais legítimos que os outros. O Poder Executivo não goza de uma função discricionária estritamente técnica na expedição de seus atos, e sim, nos casos em que se aplica uma discricionariiedade administrativa pura.¹¹³

De forma que é falha a tese de que o fundamento do poder dos atos normativos das agências reguladoras reside na discricionariiedade técnica. Como se vê, por mais que a tecnicidade tenha peso relevante para a motivação dos atos normativos exarados pelas Agências Reguladoras, sempre há margem para escolhas, pois se não houvesse o ato seria então um ato vinculado.

¹¹³ (GUERRA, *Discricionariiedade e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, pp.173-175).

O conhecimento científico ou técnico, também envolve escolhas, que não são baseadas exclusivamente na técnica. Eventualmente, podem ser políticas e serem tomadas visando buscar o benefício da sociedade, a despeito do caráter técnico da decisão.

Tome-se como exemplo o modelo adotado pela ANATEL no caso da televisão de alta resolução. Ao final sobraram três modelos em disputa para ser a escolha da Agência Reguladora para o mercado nacional: O modelo norte-americano, o modelo europeu e o modelo japonês. Cada qual tinha seus prós e contras em relação aos demais. Ao final foi escolhido o modelo que permitia a transferência de tecnologia. O conhecimento técnico levou a Agência Reguladora até certo ponto, restringiu o leque de opções a serem escolhidas, daí por diante a escolha passou a ser tanto técnica quanto política.

4.2. REFLEXIVIDADE ADMINISTRATIVA

A reflexividade foi introduzida no Brasil por José Eduardo Faria, que a importou da doutrina francesa. O doutrinador define o direito reflexivo da seguinte maneira:

[...] “direito reflexivo” – reflexividade entendida aqui como a capacidade de um sistema tematizar sua própria identidade; de perceber como, em seu meio ambiente, operam outros sistemas em relações de interdependência, relações essas que incluem o próprio sistema reflexivo; de colocar-se a si mesmo no papel de outros sistemas para ver, dessa perspectiva, seu próprio papel; de institucionalizar mecanismos aptos a viabilizar uma recíproca autolimitação das possibilidades de ação dos sistemas, tendo em vista seus respectivos valores e necessidades. O principal objeto deste direito é, assim, a própria autonomia dos sistemas. Sua função é viabilizar a “autonomia regulada” desses sistemas, a fim de que possam maximizar sua racionalidade interna mediante os adequados procedimentos tanto de formação do consenso quanto de tomada de decisão coletiva.¹¹⁴

Sérgio Guerra adapta o pensamento de José Eduardo Faria, à discricionariedade dos atos normativos, chamando-a de reflexividade administrativa. Nas palavras do doutrinador:

¹¹⁴ (FARIA, *O direito na economia globalizada*, pp.195-196)

A proposta de teorização da reflexividade administrativa não se limita a rebatizar a vetusta discricionariedade [...] A idéia que norteia a pretensão de deslocar a discricionariedade administrativa do eixo de atuação do administrador público está no fato de que a Administração e o poder Judiciário, cada um dentro de suas competências constitucionais, carecem de um instituto de direito administrativo para, efetivamente, exercerem um papel ativo na atuação executiva – e respectivo controle – dos temas cotidianos que, sob a forma de conflitos distributivos, afetam direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.¹¹⁵

A reflexividade propõe que cada sistema se auto-regule e interfira o mínimo possível nos outros sistemas, a conversão dessa tese para a reflexividade administrativa se faz pelo exercício da atividade administrativa por meio da composição dos conflitos entre os sistemas.

José Eduardo Faria, vai complementar sua definição inicial e se aprofunda na questão da autonomia dos sistemas do direito reflexivo, e diz que a este direito cabe:

[...] preservar o processo de auto-regulação em cada área específica das sociedades complexas e assegurar a 'integração' de seus sistemas parciais diferenciados. Em seu funcionamento, ele não interfere na autonomia de cada sistema particular; o que faz é procurar levá-lo a aprender a ouvir as diferentes pressões vindas dos sistemas que o rodeiam. Dito de outro modo, como dentro dessas áreas são forjadas racionalidades normativas próprias e uma vez que o Estado não está em condições para impor soluções padronizadoras e universais para problemas complexos, seu papel é promover entre diferentes sistemas uma (auto) atuação sobre seus interesses específicos [...].¹¹⁶

Tese também amparada por Sérgio Guerra, que novamente transporta a concepção de José Eduardo Faria para a seara das Agências Reguladoras, e diz:

A reflexividade caminha no sentido de viabilizar a autonomia regulada dos sistemas, permitindo a maximização de sua racionalidade interna mediante adequados procedimentos de formação de consenso e tomada de decisão coletiva.¹¹⁷

O doutrinador complementa sua tese ao afirmar que:

¹¹⁵ (GUERRA, *Discricionariedade e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, pp.223-224).

¹¹⁶ (FARIA, *O direito na economia globalizada*, p.196)

¹¹⁷ (GUERRA, *Discricionariedade e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, p.225)

O regulador deve [...] deixar de fazer suas escolhas com base no que entende ser, em sua ótica, conveniente e oportuno, encarando a situação (o caso concreto) em si mesma, sistemática e transparentemente, ao longo de uma interpretação analítica e empírica, para além de suas experiências pessoais, de difícil – se não impossível – sindicabilidade por terceiros. Na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito, para ter eficácia diante da realidade prática do setor regulado, deve tentar 'compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, através da permeabilização das fronteiras dos sistemas jurídico e econômico, o acoplamento de suas respectivas lógicas'[ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 366].¹¹⁸

Sérgio Guerra sintetiza seu pensamento sobre o tema dizendo que:

Nas escolhas regulatórias, não mais baseadas em oportunidade e conveniência, em que suscitarem dúvidas acerca da decisão ideal adotada, sempre comportará análise dos precedentes regulatórios de acordo com mecanismos que tragam previsibilidade técnica; contudo, desde que cumprida corretamente toda a procedimentalização necessária, notadamente a apresentação da motivação regulatória, a escolha técnica não deve ser alterada pelo Poder Judiciário. A escolha regulatória corresponderá a um encaminhamento decorrente das próprias condições originárias do subsistema regulado, confrontado pelo regulador. Em outras palavras, espelhará uma ponderação de interesses diretamente vinculados à circularidade ocorrida na clausura auto-referencial do subsistema, mediante análise de custos e benefícios a serem alocados, de forma prospectiva, na sociedade.

O pluralismo conduz a atuação estatal para uma modelagem de escolha regulatória, que deve ponderar interesses e, desse modo, representar a reflexividade e o equilíbrio dos diversos subsistemas.¹¹⁹

Assim, Sérgio Guerra, trata da Reflexividade Administrativa como um novo fundamento dos atos normativos, baseados na auto-regulação dos sistemas. Os sistemas regulados deteriam, então, autonomia em relação ao sistema jurídico e ao invés de pautar a discussão dos atos normativos das Agências Reguladoras pela oportunidade e conveniência do regulador, desloca-se a decisão para análise de cada sistema afetado pelo regulamento a ser exarado, numa espécie de auto-regulação coletiva.

Por se tratar de uma tese trazida a lume muito recentemente não se tem muitos outros doutrinadores brasileiros tratando do assunto. Entretanto, faz-se necessária algumas reflexões sobre o tema.

Pode-se destacar que, embora Sérgio Guerra afirme que não, a reflexividade administrativa, como categoria de fundamento de formação de atos normativos, se

¹¹⁸ (GUERRA, *Discricionariedade e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, p.229)

¹¹⁹ (GUERRA, *Discricionariedade e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, pp.247-248)

assemelha com a discricionariedade técnica em pontos cruciais, e de forma análoga irá ser desconstruída.

Pode se afirmar tal semelhança, inicialmente, em face do resultado concreto almejado, qual seja a tentativa encontrada em ambas as teses de retirar do controle do Poder Judiciário, que poderia ser denominada de sistema judicante pela tese da reflexividade, a sindicabilidade das decisões de cunho técnico exarados pelo órgão regulador. Enquanto a discricionariedade técnica trata desse assunto, fundando-se na incapacidade técnica do Poder Judiciário, a doutrina da reflexividade fala da insindicabilidade em face da recíproca auto regulação e da condição originária dos subsistemas.

Também aqui, cabe outro questionamento: O fato de os subsistemas chegarem a um consenso acerca dos atos normativos e seguirem o procedimento adequado consubstancia motivo suficiente para impossibilitar a revisão destes mesmo atos pelo Poder Judiciário? Não parece razoável que a mera composição de interesses dos subsistemas envolvidos seja suficiente para impedir o controle jurisdicional. Ora, isso nada mais seria do que uma nova roupagem para a *pacta sunt servada* do Estado Liberal¹²⁰. Isso seria a derrubada do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional¹²¹ em face da vontade de determinados grupos.

Assim, define-se a tese da reflexividade administrativa como uma categoria de escolha administrativa que repercute a composição de interesses de outros subsistemas, para afastá-la, em face da falta de razoabilidade de seus motivos para obstar a revisão dessa composição pelo Poder Judiciário.

4.1. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

¹²⁰ Onde o Estado não poderia de forma alguma intervir na autonomia da vontade dos particulares. Em especial quando formalmente contratada.

¹²¹ O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está insito nas normas contidas no artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV da Constituição Federal e se constitui na principal garantia dos direitos subjetivos. O artigo 5, XXV, em especial, trata justamente da impossibilidade de se afastar a lesão ou a ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

As Agências Reguladoras brasileiras são entidades ligadas à administração pública indireta e detêm, portanto, discricionariedade administrativa.

Relembrando o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente¹²²

Como já visto anteriormente, as Agências Reguladoras são criadas por lei. Lei esta que conforma seus lindes e lhe atribui competências, e dentre elas, tome-se em especial, a competência normativa. Para Marçal Justen Filho tal competência é decorrente da discricionariedade, como se lê em suas palavras:

A discricionariedade não se afigura apenas como manifestação de competência para editar normas concretas e individualizadas, destina-se a regular situação determinada entre sujeitos específicos. A discricionariedade também pode exteriorizar-se como fundamento de normas gerais.¹²³

O doutrinador se aprofunda no tema, focando nas Agências Reguladoras, ao dizer que:

As agências reguladoras são investidas de competência discricionária para decidir a solução mais adequada em face do caso concreto. Trata-se de competência própria da Administração [...] Essa competência discricionária compreende inclusive questões técnicas e regulatórias, no tocante à prestação de serviços públicos e disciplina de atividades econômicas.¹²⁴

Para o doutrinador, a competência discricionária que detêm as Agências Reguladoras descende da discricionariedade administrativa e pode ser utilizada para emitir normas gerais.

Leila Cuéllar não só concorda com Marçal Justen Filho como complementa seu pensamento ao dizer que:

¹²² (BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p.48).

¹²³ (JUSTEN FILHO, *O direito das agências reguladoras independentes*, p.519)

¹²⁴ (JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p.588)

Assim, a emanção dos regulamentos administrativos seria o exercício do poder-dever de adotar a escolha mais adequada para a implementação da política pública previamente estabelecida em lei. Isso em termos gerais e abstratos, mediante o manejo da competência discricionária por lei atribuída a cada uma das agências [reguladoras] (e dentro desses limites).¹²⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro reforça o papel técnico das Agências Reguladoras e destaca como as Agências Reguladoras desempenham o papel de integrador dos espaços deixados na lei para adequação no caso concreto, que o faz por intermédio de sua competência discricionária. Assim assevera a doutrinadora:

A Agência, dentro de seus conhecimentos técnicos, vai poder, lícitamente, sem inovar na ordem jurídica, baixar ato normativo definindo os “contaminantes”, os “resíduos técnicos”, os “desinfetantes”, etc., e estabelecendo os respectivos padrões e limites. Trata-se dos conceitos indeterminados que a agência vai tornar determinados. Ela não estará inovando na ordem jurídica, mas explicitando o sentido dos vocábulos contidos na lei.¹²⁶

Finalmente, Floriano de Azevedo Marques Neto, ao tratar do tema, assevera que:

Uma das razões pelas quais são instituídos órgãos reguladores dotados de independência (ou autonomia reforçada) é a necessidade de se alocar *expertises* técnicas num órgão imune às ingerências e interesses, atribuindo-lhe uma margem de liberdade para, em cada situação concreta, decidir – ao lume de marcos legais e das políticas públicas – qual é a solução mais adequada e conformada ao equilíbrio do sistema regulado.¹²⁷

Deste modo, pode-se observar que boa parte dos doutrinadores concordam com a tese de que os atos normativos exarados pelas Agências Reguladoras decorrem pura e simplesmente da discricionariedade administrativa, por mais técnica que seja.

Não se tenta conferir ao agente regulador o condão de tornar suas decisões insindicáveis, mesmo que baseadas em critérios técnicos. Admite-se que mesmo em face de conhecimento científico existe a possibilidade de escolhas, não necessariamente técnicas. Logo, tais escolhas estão sujeitas aos marcos principiológicos da discricionariedade, em especial o juízo de conveniência e oportunidade, e perfeitamente passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

¹²⁵ (CUÉLLAR, *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, pp.58-59)

¹²⁶ (DI PIETRO, *Direito administrativo*, pp.472-473)

¹²⁷ (MARQUES NETO, *Discricionariedade e regulação setorial - o caso do controle dos atos de concentração por setor regulado*, p.571)

Na tese da fundação dos atos normativos, com base na discricionariedade administrativa, os critérios técnicos e científicos servem para diminuir as escolhas e restringir o leque de opções do ente regulador. Entretanto, não se elimina a possibilidade do Poder Judiciário controlar as escolhas selecionadas pelo agente regulador.

Deste modo, resta então a discricionariedade administrativa como fundamento dos atos normativos, visto que reconhece caber aos agentes reguladores fundamentar muito bem os motivos que os levaram a exarar seus atos normativos, pois estes não estão fora do alcance do jurisdicionado. O que confere ainda mais legitimidade e confiabilidade para a atuação das Agências Reguladoras.

CONCLUSÃO

Em meados dos anos 90, com a promessa de reduzir o tamanho da intervenção direta do Estado na economia, foi posto em execução o Plano Nacional de Desestatização, que privatizou muitas empresas estatais, dentre elas as prestadoras de serviços públicos.

No entanto, a prestação de serviços públicos não é uma atividade econômica qualquer, razão pela qual sua titularidade permaneceu com o Estado. Para equalizar a situação foram criados mecanismos de controle dos agentes econômicos que assumiram a execução dessa prestação.

Na esteira dessas mudanças estruturais surgiram as Agências Reguladoras, autarquias sob regime especial da administração pública indireta. Tais entidades têm um caráter eminentemente técnico, visto que devem regular setores da economia pautados tanto pela complexidade técnica, quanto pela complexidade das relações entre os agentes. Setores que também demandam planejamento forte para seu desenvolvimento.

As agências reguladoras, embora ligadas à administração pública, detêm independência orgânica e funcional. Independências estas necessárias para não deixar que os setores regulados fiquem ao sabor da premência política mais recente. No entanto, não existe liberdade absoluta, como o Sistema Democrático de Direito prega, embora haja independência entre os Poderes, deve existir um sistema de freios e contrapesos para limitar o exercício abusivo do Poder.

Em se tratando dos atos normativos exarados pelas Agências Reguladoras, tais freios são exercidos em face da motivação de tais atos. Deste modo há de se analisar o fundamento da motivação desses atos, em especial a discricionariedade que reside na motivação.

No direito administrativo brasileiro, a discricionariedade é entendida como a margem de liberdade atribuída ao administrador público para que este cumpra com a finalidade legal a ele designada em face do caso concreto. A discricionariedade tem seus lindes conformados pela lei e por esta é controlada. No entanto, discute-se qual seria a discricionariedade que as agência reguladoras exercem, particularmente em virtude da alta complexidade técnica dos atos exarados.

A primeira tese que se apresenta é a da discricionariedade técnica. Tal tese afirma que em face da complexidade técnica dos temas tratados pela Agência Reguladora e do tratamento científico dados às suas decisões acerca da motivação dos atos normativos exarados por elas, as Agências Reguladoras deteriam uma categoria especial de discricionariedade, que não poderia ser revista pelo Poder Judiciário senão em face de erro ou dolo.

A discricionariedade técnica se mostrou apenas como uma tentativa de limitar o controle dos atos normativos em face ao Poder Judiciário sob o argumento de que a complexidade técnica não é da especialidade dos magistrados, ou que na ciência não haveria interesses. Teses essas rebatidas, pois, por mais técnico e científico que seja o ato, sempre há uma escolha, e não havendo margem para escolha, haveria um ato vinculado.

A segunda tese que se apresenta é a da reflexividade administrativa. Por esta tese as Agências Reguladoras deveriam permitir que os sistemas interessados entrassem em consenso. O fruto desse consenso embasaria os atos normativos exarados pelas Agências Reguladoras e ao Poder Judiciário não caberia rever tais atos, senão por erro de procedimento, pois cada sistema, por serem os interessados diretos no tema e deterem conhecimento específico sobre o assunto deveriam deter auto-regulação, e não caberia a um sistema externo controlá-los.

Novamente, o que se tem é uma tentativa de não permitir a sindicabilidade dos atos normativos pelas mãos do Poder Judiciário, desta vez, em face do consenso entre os sistemas interessados. Esta tese parece infundada pois o mero interesse sobre a causa não habilitaria os sistemas a decidirem o que lhes convém. A lei estabelece os limites e a administração pública não pode se furtar a evitar a sindicância da jurisdição. Não se trata de permitir a substituição das decisões dos administradores públicos pelos dos magistrados, mas de permitir que tais decisões sejam sindicáveis, respeitando previsão constitucional de que a jurisdição é inafastável.

A terceira tese apresentada é a da discricionariedade administrativa. Por esta tese, os atos normativos são sindicáveis, ponto. Não há de se falar em inibição do controle jurisdicional sobre os atos. A tecnicidade presente nas agências serve ao propósito de elencar os melhores caminhos a serem seguidos em face da implementação das políticas públicas definidas pelo mandatário ao qual a agência está ligada.

Conclui-se, portanto, que tanto a tese da discricionariedade técnica, quanto a tese da reflexividade administrativa falham num ponto primordial: a inafastabilidade do controle jurisdicional e a concretude do acesso à justiça em face de atos normativos inadequados. Já na discricionariedade administrativa não haveriam empecilhos para a revisão judicial dos atos normativos que não os já regularmente propostos e habituais do Direito Administrativo.

Cabe então aos mandatários do Poder Executivo escolherem adequadamente as pessoas detentoras de conhecimento técnico no setor a ser regulado, mas isso é palco para outra monografia.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25/09/2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense , 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes brasileiras: o caso da agência nacional de vigilância sanitária. **Rev. Direito Sanit.**, São Paulo, V. 10, n. 3, Fev. 2010. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792010000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 11/09/2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros , 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros , 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais , 2000.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Editora Fórum , 2008.

DAROCA, Eva Desdentado. **Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)**. Madrid: Civitas , 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. , 2010.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª ed. São Paulo , 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros , 2008.

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

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum , 2008.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente". In: **O poder normativo das agências reguladoras**, Alexandre Santos de ARAGÃO (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp.301-332.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva , 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. [trad.] Alex Marins. São Paulo: Martin Claret , 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e regulação setorial - o caso do controle dos atos de concentração por setor regulado. In: **O poder normativo das agências reguladoras**, Alexandre Santos de ARAGÃO (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp.569-604.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros , 2010.

MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. [trad.] Jean Melville. São Paulo: Martin Claret , 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à Competência normativa das agências reguladoras. In: **O poder normativa das agências reguladoras**, Alexandre Santos de ARAGÃO (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp.173-220.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público - inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros , 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar , 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar , 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do estado. In: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**, Alexandre Santos de ARAGÃO e Floriano de Azevedo MARQUES NETO (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp.469-537.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. Agências reguladoras e entidades similares. In: **Curso de direito administrativo econômico**, José Eduardo Martins CAMARGO, João Eduardo Lopes QUEIROZ, e Márcia Walquíria Batista dos SANTOS (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006, pp.374-412.

SOUTO, Marcos Juruna Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: **O poder normativo das agências reguladoras**, Alexandre Santos de ARAGÃO (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp.125-142.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: **Direito administrativo econômico**, Carlos Ari SUNDFELD (Coord.). 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp.17-38.