



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Limites ao Controle Judicial dos Atos Normativos Discricionários das Agências Reguladoras

Ingrid Carvalho de Vasconcellos

Rio de Janeiro

2009

INGRID CARVALHO DE VASCONCELLOS

Limites ao Controle Judicial dos Atos Normativos Discricionários das Agências Reguladoras

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof.^a. Mônica Arcal

Rio de Janeiro

2009

LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS DISCRICIONÁRIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ingrid Carvalho de Vasconcellos

Graduada pela Universidade do Estado
do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Este trabalho pretende analisar questões relevantes envolvendo o controle judicial dos atos normativos discricionários das agências reguladoras. Apresentar-se-á possíveis balizas impeditivas da absorção pelo Judiciário de suas funções. Para melhor compreensão do tema, apresentam-se inicialmente os aspectos conceituais e as características das agências reguladoras, além das dificuldades que enfrentam para serem recebidas como entidades públicas legítimas. Nesse viés, trata-se do controle externo exercido sobre as agências reguladoras, apresentado como mecanismo legitimador de suas finalidades. Ao final, analisa-se o controle judicial sobre os atos regulatórios e, fechando o trabalho, apresentam-se alguns paradigmas limitadores da ingerência judicial realizada sobre os atos regulatórios.

Palavras-chave: Agência Reguladora, Controle Judicial, Discricionariedade.

Sumário: Introdução; 1. Agências Reguladoras; 1.1. Conceito; 1.2. Características; 1.3 Poder Normativo das Agências Reguladoras; 2. Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras; 3. Controle Judicial; 4. Paradigmas Limitadores: seus Reflexos e Fundamento Jurisprudencial; 5. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

As agências reguladoras surgiram como mecanismo propiciador do exercício regulatório do Estado nos diferentes setores sociais e econômicos, a fim de garantir uma maior eficiência, agilidade e estabilidade dentro de cada um desses contextos, em vista dos novos desafios e demandas trazidas por um mundo globalizado.

Ocorre, no entanto, que nesse intuito essas novas entidades autárquicas foram dotadas de uma série de características que reforçaram sua autonomia em face da

Administração Pública Central, fato que vem gerando sérios questionamentos e inúmeras dificuldades relativos à sua aceitação tanto no meio acadêmico, quanto pelo próprio Poder Público.

Nesse sentido, observou-se uma intensificação no controle exercido pelo Poder Judiciário em face dessas características garantidas de autonomia, com vistas a limitá-las, ou se possível eliminá-las.

Evidencia-se, com isso, uma enorme tensão entre o controle judicial dos atos administrativos regulatórios discricionários, mais especificamente a serem aqui abordados, e a prática desses pelas agências reguladoras. E esse é o objeto a que se pretende investigar.

Ademais, há muito, o tema acerca da discricionariedade vem sendo discutido no meio acadêmico, tendo ganhado novo incentivo com o surgimento das agências reguladoras, fazendo surgir, pouco a pouco, inúmeros estudos dedicados especificamente ao tema.

Cabe assinalar que o trabalho pretendido, embora vá ser traçado sob uma perspectiva essencialmente jurídica, não terá a pretensão de abordar os componentes metajurídicos que envolvem o tema regulatório, mas os reconhecerá como verdadeiros limites ao controle judicial exercido sobre essas entidades.

Por tais premissas, este estudo deverá ser desenvolvido sob um método dogmático formalista. Ademais, o Direito, como um fenômeno social, deve ser voltado para a busca de resultados práticos e concretos e, por isso, terá o intuito de apresentar limites a serem observados, seja pelo administrador quando da elaboração de uma norma reguladora abstrata, seja pelo magistrado quando chamado a analisar este ato.

Não se trata de criticar a ingerência do Poder Judiciário nas agências reguladoras, mas sim na definição de parâmetros e no desenho de limites a essa ingerência. Certo é que, se exercido de forma parametrizada, o controle judicial funcionará mais como elemento

legitimador das agências reguladoras, do que como mecanismo usurpador de funções constitucionais.

Assim, o presente trabalho seguirá uma ordem lógica de explanação dos assuntos. Primeiramente serão apresentadas as agências reguladoras como entidades capazes de realizar um rearranjo e equilíbrio entre os poderes constitucionais, recuperando, de certa forma, a legitimidade representativa do Estado, modernizando-o e instrumentalizando-o para que possa fazer frente às novas demandas econômico-sociais.

Em seguida, procurar-se-á fazer uma análise das agências reguladoras, apresentando-se suas principais características e funções, relatando-se as dificuldades que enfrentam para que sejam aceitas com entidades legitimadas para exercerem os papéis de regulação e fiscalização econômicas, que possui tamanha repercussão política, sem que sejam formadas por pessoas chanceladas pelo voto popular.

Em caminho à conclusão, será abordado o controle externo exercido sobre as agências reguladoras, apresentando-o como instrumento potencializador de sua legitimidade e representatividade social e política.

Ao final, então, caberá perquirir como realizar o controle judicial sobre os atos administrativos dessas entidades, abordando as discussões acerca dos limites da discricionariedade, dos conceitos jurídicos indeterminados e, por fim, tratando do contexto principiológico que propiciou uma limitação ao atuar administrativo, bem como uma ampliação da área de interferência judicial, assinalando os paradigmas apontados pela moderna doutrina e jurisprudência, para que se possa exercer um controle judicial dos atos regulatórios sem que se desrespeite o espaço de competência deixado para as autoridades administrativas independentes, a fim de que não se frustre sua finalidade regulatória.

Assim, espera-se que este trabalho contribua para a formulação de novos paradigmas no controle judicial envolvendo as agências reguladoras.

1. AGÊNCIAS REGULADORAS

A criação das agências reguladoras foi resultado de diversos fatores histórico-culturais, dentre os quais se podem destacar a transformação histórica das concepções de Estado e do seu papel frente à sociedade. Decorre, também, da rápida evolução tecnológica e da globalização, que acabaram por trazer uma série de demandas inconciliáveis com a enorme burocratização do Estado, o qual se viu incapacitado de dar respostas eficientes e principalmente céleres, às situações que exigiam da autoridade estatal um comportamento imediato, uma vez que a ideia clássica de que tudo se regula por lei estava gerando, se não uma desregulação, uma regulação deficitária.

Outra questão muito importante foi a necessidade da atuação do Estado em assuntos que demandavam um conhecimento técnico muito específico, exigindo conhecimento aprofundado em determinadas matérias com vistas a dar uma resposta satisfatória e capaz de fazer frente aos outros países.

Ainda é de se destacar, na globalização, a criação de um mercado mundial, o qual exige uma maior estabilidade e segurança política nacional, impondo ao Estado certa racionalidade em relação a determinados setores, sob pena de perda de sua credibilidade, não sendo, portanto, possível se conciliar essa necessidade de estabilidade com a volatilidade das agitações políticas.

Diante desse contexto, as agências reguladoras surgiram como uma resposta satisfatória a esses problemas da sociedade moderna, uma vez que, segundo nos ensina ARAGÃO (2005), são dotadas de independência, assegurada principalmente pela vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes (autonomia orgânica) e pela inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central (dos Ministros de Estado e do próprio

Presidente da República) sobre os seus atos decisórios (autonomia funcional). Apresenta-se, por isso, como um importante e fundamental instrumento para o Estado ser capaz de lidar com esses novos desafios.

1.1. CONCEITO

O conceito de agência reguladora surge no momento em que o Estado se conscientiza de que não estava sendo capaz de assegurar as necessidades individuais e coletivas, dando, por isso, início a uma mudança na forma de intervenção, passando de interventor direto, para um agente regulador (modalidade de intervenção indireta). Tal mudança fica clara no próprio texto constitucional, por meio do qual se verifica que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado passa de regra a exceção, de acordo com o artigo 173 da Carta Magna, só sendo permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

As agências reguladoras são, então, pessoas administrativas de natureza autárquica, com a função constitucional de regular diversas atividades de interesse público, dotadas, para tanto, de inúmeras particularidades que permitem atuação de forma mais ágil e, embora não completamente despolitizada, com elevado conhecimento técnico.

Dessa forma, a entrega das atividades ao setor privado não significou um retorno ao Estado Liberal, visto que, embora não mais atuando diretamente, o ente estatal passou a atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme artigo 174 da Carta, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento pela *longa manus* das agências reguladoras.

1.2. CARACTERÍSTICAS

As agências reguladoras, como o próprio nome revela, têm função eminentemente reguladora, atuando com poderes típicos do Estado.

Tais entidades possuem a personalidade jurídica de direito público integrada à administração indireta do ente político titular da competência descentralizada e, por sua autonomia no exercício desta função, a adoção do modelo autárquico lhe foi um imperativo.

Às agências reguladoras, como entidades politicamente neutras e tecnicamente especializadas, então, foi dado um regime diferenciado, para que pudessem exercer essa regulação. Assim, apesar do *nomen iures* de autarquias, possuem um *plus*, que as destacam e as diferenciam das demais, uma vez que estão aparelhadas de um conjunto de mecanismos institucionais de garantia, que lhes reforçam essa autonomia. Assim, as agências reguladoras possuem um conjunto de privilégios específicos com o intuito de conferir-lhes autonomia em relação ao Poder Público.

Em síntese, podem-se destacar como elementos de sua identificação: organização colegiada; proibição de recurso hierárquico impróprio, o que garante a não ingerência de terceiros; nomeação por mandato fixo de seus dirigentes desvinculado dos mandatos políticos; não possibilidade de exonerações *ad nutum*, visto que exercem um múnus público; receitas próprias (autonomia financeira e orçamentária); competência normativa especial; além de poder judicante (independência decisória).

Conclui-se, portanto, na linha de pensamento de BINENBOJM (2006), que há independência política dos dirigentes, técnica decisional, normativa e gerencial, orçamentária, e financeira ampliada.

A independência político-decisória faz-se presente ao se colocar o Conselho Diretor da agência reguladora como última instância decisória. Uma vez que suas decisões não podem ser revistas pelo Ministério ao qual é vinculado, possuem, destarte, apenas vinculação administrativa e não subordinação hierárquica.

Em vista dessas características, as autarquias de regime especial passam a estar revestidas de uma blindagem política, pois certo é que determinados setores para que sejam eficientes e/ou atrativos ao mercado mundial e aos investidores estrangeiros, têm que ser estáveis e seguros, não podendo estar expostos às inconstantes alterações e oscilações políticas, funcionando como a assunção pelo Estado de um compromisso com a manutenção de regras e contratos de longo prazo.

Observa-se, por fim, que a antiga e absoluta concentração dos poderes na mão do ente central começa, pouco a pouco, a se dissolver por meio da criação dessas entidades geradas por lei, permitindo a formação de pequenos núcleos de poder paralelamente ao poder central do Estado, sendo-lhe subordinado não hierarquicamente, mas há, sim, uma subordinação de direção.

1.3. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como o controle judicial dos atos das agências reguladoras neste trabalho será focado nos atos normativos discricionários emitidos por essas entidades, passa-se, agora, a abordar o poder normativo das agências reguladoras de forma mais específica.

Faz-se necessário destacar inicialmente que o exercício do poder normativo não é característica exclusiva dessas entidades, no entanto, é parte que, obrigatoriamente, integra

seu conceito, pois a edição de normas pelas agências reguladoras visa a traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Constituição e nas leis infraconstitucionais acerca do subsistema regulado. É exatamente mediante esse poder normativo que tais autarquias passam a poder exercer sua capacidade administrativa e técnica dentro do subsistema que pretendem regular.

O poder normativo ou regulamentar da Administração Pública *lato sensu* consiste, segundo BINENBOJM (2006), na possibilidade de emitir normas de efeitos gerais e abstratos. Essa competência normativa abstrata das agências reguladoras, por sua vez, nada mais é do que uma forma de manifestação de sua discricionariedade. E é justamente por ostentarem normatividade, ou seja, serem normas que se aplicam a pessoas indeterminadas com cunho de generalidade, impessoalidade e abstração, que o poder normativo das agências reguladoras causa enorme polêmica.

As alegações de possível inconstitucionalidade nesse particular estão embasadas no fato de que tais entidades dotadas de poder de expedir normas não estão sincronizadas com as noções de separação rígida de poderes e legalidade estrita presentes na Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, a discussão acerca do controle judicial dos atos administrativos apresenta como pano de fundo a concreta delimitação do princípio da separação de poderes, ambos estabelecidos constitucionalmente. De um lado, figura a garantia ao amplo e irrestrito acesso ao Judiciário, órgão estatal responsável pelo controle da correta aplicação do Direito. De outro, está a autonomia da Administração Pública para exercer a função que lhe foi constitucionalmente assegurada, qual seja, a de escolher, dentro dos limites estabelecidos em lei, qual a melhor opção a ser seguida pelo Poder Público diante de uma situação concreta.

Certo é que a noção de Separação de Poderes apresentada por Montesquieu não pode nem nunca foi aplicada em sua plenitude e rigidez, tendo sido temperada com certas exceções,

funcionando assim como um sistema de freios e contrapesos, para atingir a finalidade primordial de sua criação, qual seja, a não concentração de funções estatais.

Sobre esse tema, ARAGÃO (2005, p. 49) afirma que “o princípio da separação não significa que as funções devam ser especializadas, mas que é suficiente que elas sejam divididas entre várias autoridades, qualquer que seja o modo de repartição”.

Apesar de haver sérias controvérsias acerca da natureza desse poder normativo, entende-se, de acordo com GUERRA (2005), não se tratar de delegação feita pelo Poder Legislativo, ante a sua característica de temporalidade e precariedade, já que a qualquer tempo aquele poder poderia retomar o que delegou. Acredita-se, portanto, que a melhor doutrina está no sentido de que se trata de verdadeira faceta da função de regular a inclusão de parcela normativa própria, a qual não compete ao Poder Legislativo, não se confundindo, pois, com o poder de legislar.

Desse modo, não se está tratando de função legislativa, mas sim de função regulatória, ou seja, o poder normativo das agências reguladoras constitui-se, na verdade, em exercício de função administrativa, e não, repita-se, de função tipicamente legislativa, por isso não haveria qualquer usurpação de função de um poder por outro.

Outro ponto que causa ainda muita polêmica no meio acadêmico é a discussão acerca da posição dentro da pirâmide de Kelsen em que se colocariam os atos regulatórios emitidos pelas entidades autárquicas especiais.

Nesse ponto, entende-se que pela natureza regulamentar infralegal desses atos normativos, conforme destacou TÁCITO (2002), eles só podem inovar na ordem jurídica como ato administrativo.

Nessa linha de pensamento, as agências reguladoras, ao exercerem função regulamentadora, estabelecem disciplina, de caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhes transferiu aquela função. Ressalte-se que esta função

regulamentar é direta, origina-se diretamente da lei, inexistindo qualquer outro ato intermediário entre a lei e o ato normativo da agência.

2. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Diante de toda essa independência entregue às agências reguladoras, bem como seu enorme poder de direcionar grande parte dos principais setores econômicos e a prestação de serviços de enorme importância para a coletividade; há, desde sua origem, enorme resistência dos mais variados segmentos sociais a sua existência, tendo em vista que, como já verificado, criou-se uma entidade dentro da estrutura do Poder Executivo, formada por pessoas não eleitas, com poder para exercer funções de regular, gerenciar, julgar e normatizar, funções típicas dos três Poderes Constitucionais. Ou seja, acredita-se que dentro desse novo contexto regulatório - e as agências como parte dele - se tenha subtraído dos governantes eleitos a prerrogativa de interferir nas políticas públicas.

No entanto, a legitimidade do governante de interferir (com papel destacado) na Economia segue incólume. O que mudou, na verdade, são os mecanismos que o Estado dispõe para efetivar as políticas públicas.

E dadas as transformações no papel do Estado, num contexto de nova regulação estatal, MARQUES NETO (2005) descreve que as 'políticas públicas' não são mais impostas ao setor regulado, e sim introduzidas mediante critérios de mediação, ponderação e prudência.

Ademais, a atuação das agências reguladoras pauta-se sempre dentro do contexto legal que a criou, tendo como fio condutor as políticas públicas desenhadas no texto constitucional e, ainda que fosse possível vislumbrar um déficit democrático ou uma

concentração de funções constitucionais em um único ente capaz de desequilibrar a estrutura montada há séculos por Montesquieu, pode-se, no entanto, constatar a estruturação de enorme controle externo sobre essas entidades, havendo, assim, um leque de influxos dos demais poderes e da sociedade. Sobre tais influxos, então, passa-se a discorrer mais detidamente.

Enfatiza-se, de início, porém, que tal controle externo visa a impedir que essas autarquias especiais fujam de suas finalidades constitucionais, sem, no entanto, suprir a capacidade de tais entes de implementá-las.

A primeira forma de controle que se verifica é a política, a qual pode ser exercida de forma preventiva ou também reativa. Esse controle, parafraseando SOUTO (2002), dá-se desde o nascedouro da agência reguladora quando do projeto de lei que lhe dará origem, o qual pode determinar as suas competências, a que estrutura da administração direta ficará vinculada, o valor da taxa de regulação, critérios de nomeação e exoneração de seus dirigentes, organização e formas de remuneração de seus agentes, dentre outras, bem como pela anulação dos atos praticados por essas entidades que exorbitem seu âmbito de competência, ou, ainda, pela sua extinção por meio de lei.

O controle pelo Executivo, por sua vez, apresenta-se de diferentes formas e em diversas fases da vida das entidades reguladoras independentes. Desde logo, no nascimento das agências reguladoras, o chefe do Poder Executivo tem a iniciativa do projeto de lei criador dessas entidades, ficando, por isso, na dependência deste pontapé inicial. Mas não é só. A escolha dos dirigentes das entidades autárquicas especiais cabe ao chefe da Administração Direta a que a agência especial é ligada.

Destaca-se a submissão dos órgãos reguladores às políticas públicas traçadas pela Administração Central que nada mais é do que um limite ao atuar regulatório, além da possibilidade de verificação do atendimento das metas, diretrizes e políticas públicas

determinadas para o setor regulado, em um controle finalístico, com base no artigo 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal.

Quanto ao controle por parte do Poder Legislativo, esse é possível também no nascedouro das entidades estudadas, uma vez que a criação legislativa das agências reguladoras depende da atuação conjunta desse poder com o Executivo, conforme preceitua o artigo 37, inciso XIX da Constituição Federal, podendo, inclusive, o legislador alterar o seu regime jurídico, ou mesmo extingui-lo.

Cabe, ainda, ao Poder Legislativo exercer o controle sobre o poder normativo das agências reguladoras mediante o veto legislativo, previsto no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal, podendo sustar os atos normativos da Administração que exorbitem do poder regulamentar conferido e fiscalizar os seus atos, com base na sua competência descrita no mesmo artigo, no inciso X.

Também em sede de prestação de contas exerce o controle financeiro, por meio, inclusive, do Tribunal de Contas. Pode requerer informações pela convocação dos seus dirigentes, conforme redação do artigo 50 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outra importante forma de controle pelo poder Legislativo pode ser verificada pela exigência de sabatina quanto à escolha do dirigente da entidade autárquica especial feita pelo chefe do poder Executivo.

Pertence, ainda, ao poder Legislativo a competência de ditar as políticas setoriais que devem ser observadas pelas entidades reguladoras em sua atuação, além do que, os atos regulatórios das agências reguladoras são de natureza infralegal, funcionando a lei como mais um limite ao atuar regulatório dessas entidades, tendo em vista que nova legislação sobre o tema regulado pode modificar, diminuir, ou ampliar o espaço de liberdade regulamentar conferido às agências reguladoras, ou ainda dar maior clareza, ou interpretação corretiva.

Conforme afirma SOUTO (2002), o controle administrativo, por sua vez, é o exercido pelo Executivo e pelos órgãos administrativos dos demais poderes, de natureza interna, resultante do princípio da autotutela, referente ao poder-dever de a Administração Pública rever seus próprios atos, a título de exemplo, tem-se a possibilidade de revisão de atos de dirigentes singulares pelo colegiado.

Em relação às agências reguladoras, à Administração Central é lícito realizar um controle finalístico, uma supervisão. Nesse aspecto, há forte posição doutrinária, com destaque para DI PIETRO (2004), defendendo a possibilidade, ainda que excepcional, de interposição de recurso hierárquico impróprio, o que, no entanto, não se deve aceitar como razoável, tendo em vista que uma decisão tomada com base em uma discricionariedade técnica desnaturar-se-ia se revisto com base em uma discricionariedade política.

Outra forma de controle, que se acredita seja o mais importante e capaz de revestir-se de maior aceitação e legitimidade, é a social. É certo, pois, que a sociedade, como ensina MARQUES NETO (2005), sempre pode exercer o controle tanto de forma direta, pela via participativa, como de forma indireta por meio de mecanismos de pressão.

Esse controle é um importante mecanismo legitimador e otimizador da atividade das agências reguladoras, capaz de solucionar, de certa forma, o “déficit de legitimação democrática” que se lhe atribui em razão da não escolha eletiva de seus dirigentes.

À evidência, quanto maior e mais bem realizada a participação da sociedade, pode-se suprir e, de certa forma, responder a estas críticas, uma vez que a “democracia participativa” apresenta-se tão ou mais legítima, nos dias atuais, quanto a já em crise “democracia representativa”.

Esse controle tende a reforçar na sociedade o sentimento de participação política na construção dos direitos e das regras a que se submetem, garantindo maior interlocução entre o

Poder Público e os particulares direta ou indiretamente interessados, apresentando-se, por isso, como importante instrumento para formação da vontade democrática.

Nesse sentido, a fim de viabilizar um controle social mais efetivo, é fundamental que as entidades deem a maior transparência e publicidade possível a seus atos.

Importante mecanismo de se incentivar essa participação popular, criando o que se chamou de “espaço público de discussão”, segundo ARAGÃO (2005), pode se dar através da própria lei criadora da agência reguladora, a qual pode prever a participação de particulares (representados por sindicatos, associações, por exemplo) como condição de validade e/ou legitimidade para tomada de determinadas decisões.

Os mecanismos mais usuais desse tipo de participação são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos, funcionando como foro de debate e canal de ligação direta entre Administração e particulares interessados.

Finalmente, apresenta-se o controle pelo Judiciário, que, por ser objeto direto deste trabalho, será tratado em tópico separado.

3. CONTROLE JUDICIAL

A atividade regulatória envolve interesses não só dos agentes diretamente submetidos ao controle das entidades autárquicas especiais, como também da sociedade de ver as situações econômicas e sociais harmonicamente regidas, visando ao interesse público como um todo, e, deste modo, o controle pelo Poder Judiciário pode e deve ser exercido por todos os interessados, como Poder Público, agentes econômicos envolvidos, particulares diretamente atingidos pela regulação, ou não, visto ser direito da sociedade que uma entidade

da Administração Pública aja dentro dos limites a que foi proposta e no interesse da coletividade, em virtude do princípio da inafastabilidade do controle judicial, capitulado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O controle judicial, de acordo com SOUTO (2002), é posterior e tem como alvo a legalidade do ato administrativo emanado, sempre tendo o cuidado de não alcançar o mérito deste. No entanto, tem se verificado uma ampliação do controle judicial, que, diante dos abusos perpetrados pela Administração, protegida do controle judicial pela intangibilidade do mérito administrativo, acabou por desenvolver técnicas e teorias que ampliaram as possibilidades de atuação judicial corretiva e, muitas vezes, substitutiva, por meio da limitação do espaço de discricionariedade deixado ao administrador.

Essa invasão do Judiciário na esfera de competência Executiva, por sua vez, tem reflexos ainda mais impactantes quando se trata de ato regulatório de agências reguladoras, que são, em regra, decisões de caráter estritamente técnico, tomadas após procedimentos complexos, envolvendo a participação dos diretamente interessados, após a realização e análise de laudos técnicos, visando não só a uma política setorial específica, mas tendo em vista o ambiente econômico, político e social existente no momento, fazendo sempre uma leitura das repercussões futuras de suas decisões, fatores que são ignorados e desconsiderados pelo Judiciário, que não tem uma estrutura capaz de levar em conta todas essas circunstâncias.

Nesses termos, tem-se que a finalidade é exatamente evitar que o Judiciário não se substitua à Administração Pública, quando couber a essa realizar determinado comportamento de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, nem que, por outro lado, deixe o magistrado de se manifestar, quando haja necessidade de anular ato manifestamente ilegal, alegando, por exemplo, ser caso de discricionariedade administrativa.

O ponto nevrálgico da discussão é a análise da extensão da interferência do Judiciário nas autarquias de regime especial, através da correta identificação do que seja o

espaço de discricionariiedade administrativa, onde aquele não poderia se imiscuir sob pena de adentrar no mérito administrativo, desequilibrando, assim, o sistema de freios e contrapesos.

A princípio, então, percebe-se estar diante de ideias que são aparentemente inconciliáveis: a inafastabilidade do controle judicial e o mérito administrativo. E é justamente por essa falta de definição, ou seja, pela formação deste espaço de incerteza, em que tais conceitos se convergem e se confundem, que se tem observado uma brecha pela qual o Poder Judiciário vem ampliando sua interferência nas decisões administrativas.

Aliado a esta margem de discricionariiedade, verificam-se leis com densidade semântica cada vez menor, através do uso frequente de conceitos jurídicos indeterminados. Tal técnica legislativa, por sua vez, se, por um lado permite que as leis possam ser aplicadas a um número maior de situações que antes ficavam desreguladas por escapar a sua tipicidade fechada, por outro, facilita ao aplicador do direito imiscuir-se na atuação administrativa, sob a alegação de se tratar de matéria prescrita em lei, por isso se estaria atuando em defesa da legalidade.

Por fim, acresce-se o desenvolvimento da Teoria dos Princípios, o que confere um instrumental muito grande para a atuação do juiz, conforme mais abaixo será detalhado.

Feita essa introdução, passa-se a tratar desses *novos* mecanismos utilizados pelo Poder Judiciário na análise de questões envolvendo decisões administrativas.

Inicialmente, destaca-se a evolução no conceito de legalidade administrativa. Certo é que, a princípio, entendia-se existir uma vinculação negativa à lei pelo administrador, ou seja, este atuaria quando a lei mandasse ou quando a lei não proibisse. E isso garantia ao administrador uma enorme liberdade de atuação nos espaços deixados pela lei, já que o regramento legal integral dos atos administrativos sempre foi exceção, visto ser impossível à lei abarcar todas as possibilidades fáticas cabíveis, sendo um mito a noção de completude da

lei, bem como pela insuscetibilidade de controle judicial dos espaços deixados pela lei para o administrador atuar discricionariamente.

Posteriormente, surge, em sentido contrário, a noção de vinculação positiva à lei do administrador, segundo a qual este só poderia atuar tendo a lei como seu fundamento, uma vez que seus atos são, dentro da pirâmide hierárquica de Kelsen, inferiores à lei, tendo esta como seu fundamento e limite.

No entanto, modernamente, entende a doutrina, capitaneada por BINENBOJM (2006), que essa vinculação não está ligada apenas à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo: trata-se da “juridicidade administrativa” em vez da “legalidade administrativa”.

Expõe BINENBOJM (2006, p. 142) que “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”, concluindo que se tem hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo e isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Nesse ponto, encontra-se, então, a possibilidade de uma “invasão positiva” do Poder Judiciário na atividade administrativa, pois o ato administrativo que nega vigência à lei por considerá-la inconstitucional, é, a princípio, ilegal, mas se o ato for compatível com as finalidades constitucionais poderá ter seus efeitos reconhecidos pelo Judiciário, sendo uma forma otimizada de cumprir a Constituição.

Outro importante aspecto a ser tratado em sede de controle judicial é a noção de discricionariedade. Cabe desde logo, quanto a essa matéria, rechaçar qualquer *preconceito* que paire sobre a discricionariedade, visto que, ao mesmo tempo em que esta é, de certa forma, perigosa quando não bem parametrizada, também é imprescindível para o agir da Administração Pública, por ser impossível à lei detalhar e precisar todas as hipóteses fáticas que ensejam o atuar do administrador.

Exposta essa premissa, analisa-se a clássica distinção dos atos administrativos em discricionários e vinculados, que, como já pacificado na doutrina moderna, com esteio nos ensinamentos de MELLO (2006), é completamente equivocada. Pontua o autor que o próprio ato administrativo, qualquer que seja, possui sempre elementos obrigatoriamente vinculados. E é nesse sentido que sintetiza seus ensinamentos, ao afirmar que o que se pode considerar discricionário é a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais e vinculada é sua situação em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração.

Outra pertinente classificação que a doutrina apresenta refere-se à discricionariedade técnica e a discricionariedade administrativa. Para a doutrina italiana, a “discricionariedade técnica”, segundo cita DI PIETRO (2001), referir-se-ia a decisões que, por sua complexidade técnica, eram retiradas do controle jurisdicional; já a “discricionariedade administrativa” seria a discricionariedade propriamente dita.

O autor SÉRGIO GUERRA (2006) traz crítica ao citado conceito, sustentando que discricionariedade técnica está relacionada apenas aos atos em que a aplicação das normas imprecisas requer um juízo de um fato concreto, não relativo ao interesse público concreto, tratando-se de um poder da Administração Pública diverso do atribuído pela discricionariedade administrativa pura, e finaliza relacionando a discricionariedade técnica aos conceitos jurídicos indeterminados, ao dizer que aquela se verifica quando se faz

necessário utilizar critérios técnicos para a apreciação de um fato delimitado por um conceito jurídico indeterminado, havendo um juízo de valor, mas não de vontade, pelo administrador.

Diante de toda essa controvérsia, claro fica que não há um critério técnico único (os métodos científicos normalmente não levam a uma verdade absoluta), cabendo a aplicação de diversas técnicas possíveis para se avaliar um determinado caso, no qual se verifica um componente político na decisão. Dessa forma, pode haver um espaço de discricionariedade para que a Administração Pública realize um juízo de valor e vontade, pela não eliminação de alternativas possíveis. Assim, as opções ficam mais restritas em vista da necessidade de utilização de um determinado critério científico.

A solução encontrada pela Administração pode variar conforme os conceitos técnicos estejam ou não ligados a critérios administrativos. Caso aqueles não estejam vinculados a estes, não haveria espaço para um juízo de valor da Administração Pública, tratando-se de mera verificação prática e objetiva pelo administrador se os critérios legalmente definidos foram preenchidos pelo administrado.

Nesse diapasão, começa-se a observar que discricionariedade não implica necessariamente liberdade absoluta entregue pelo legislador ao administrador público para agir segundo aquela concepção que tenha de interesse público, uma vez que toda ação que pratica para ser legítima tem que visar a esse fim (aqui se observa mais um parâmetro limitador ao agir do administrador).

A discricionariedade seria, em breves palavras, uma técnica de integração jurídica do ato abstrato à consecução de um interesse público, e, nesse viés, apresenta-se mais como uma competência administrativa do que como um espaço de ampla liberdade para a Administração, uma vez que todo ato administrativo tem como elemento vinculado a sua finalidade: realização concreta de um interesse público, e os únicos elementos que podem ser

não vinculados, motivo e objeto, têm sempre como limite essa finalidade, não podendo, por isso, serem exercidos de forma contrária a ela.

Portanto, essa ideia de discricionariedade, mais como competência do que como um poder específico da Administração, facilita a absorção da ideia de que ela pode ser controlada judicialmente quanto a seus limites.

Nesse sentido, individualizando esse tema dentro dos objetivos deste trabalho, GUERRA (2005, p. 209) conclui que a agência reguladora não goza de uma discricionariedade estritamente técnica na expedição de seus atos, e sim de uma discricionariedade administrativa pura. E esse entendimento mantém-se ainda que se cogite que a entidade reguladora autônoma somente desempenha as suas funções com arrimo em conhecimentos técnicos (e não políticos) para decidir o caso concreto. Isso porque, para integração de uma norma (seja por sua propositada abertura ou pela existência de conceitos jurídicos indeterminados), e diante de técnicas conhecidas e disponíveis, se a agência reguladora identificar vários meios igualmente racionais, razoáveis e proporcionais para a consecução do fim público, resta indisputável que deverá selecionar o que, no seu juízo, seja mais oportuno e conveniente para o subsistema regulado. Logicamente, essa decisão deverá ponderar a pluralidade dos interesses envolvidos e se enquadrar no limite de sua competência à luz das políticas públicas definidas para o setor regulado.

Como impossível seria falar de discricionariedade sem se abordar os conceitos jurídicos indeterminados, adentra-se, agora, a este assunto. Resumidamente, tem-se que dois são os entendimentos acerca deste tema: (i) os conceitos jurídicos indeterminados resultam em apenas uma única solução justa em cada caso concreto, alcançada pelo método cognitivo-interpretativo, ou (ii) estão inseridos no contexto da discricionariedade administrativa.

É certo que a escolha de um ou outro entendimento terá reflexo determinante na possibilidade de maior ou menor controle judicial, visto que na interpretação há apenas uma

única solução cabível e possível, já dentro da discricionariedade, com o dever de escolha entre as opções válidas decorrentes da norma.

Dessa maneira, o controle judicial no caso de integração/interpretação poderia ser total, já que, como afirmado, só há uma solução justa, enquanto que na discricionariedade a atuação do juiz está limitada a verificação se a atuação administrativa respeitou os limites legais.

Os conceitos jurídicos indeterminados apresentam-se como técnica legislativa de se atribuir à Administração Pública certa discricionariedade, mas que não seria ampla e imune ao controle judicial, uma vez que aqueles não possuem um significado único, têm um conteúdo tal que acaba por funcionar como uma moldura limitadora da interpretação conferindo parâmetros ao administrador, permitindo, assim, em certos casos, a interferência do Judiciário.

De acordo com KRELL (2004, p. 34), os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade são sim conceitos diferentes, conquanto tenham o mesmo objetivo, uma vez que são manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. E continua o autor: “conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles”.

Os conceitos jurídicos indeterminados apresentariam uma espécie de zona de vinculação intermediária entre a vinculação por regras e a vinculação direta por princípios, já que apresentam (i) uma área de escolhas puramente discricionária, a serem feitas pelos administrados em virtude de sua especialização funcional; ou (ii) uma vinculação a uma única solução, alcançável por interpretação, e por isso plenamente sindicável perante o Poder Judiciário; ou (iii) uma margem de livre apreciação por parte da autoridade administrativa, sujeita, porém, a balizamentos jurídicos controláveis pelo Judiciário.

É exatamente a existência dessa zona cinzenta, onde o conceito requer do intérprete uma valoração, que surge grande e longa discussão prático-teórica sobre a existência ou não de uma exata e bem definida linha limítrofe, capaz de separar tais fenômenos, garantindo ao administrado uma conduta da Administração Pública eficiente e amparada na juridicidade.

Conclui-se, nesse trabalho, que os conceitos jurídicos indeterminados encontram-se inseridos no conceito de discricionariedade, ainda que se apresentem como conceitos, visto que estes são indeterminados e sobremaneira amplos, exigindo uma valoração na sua interpretação. Não se pode sustentar uma unidade de solução justa, como se o processo interpretativo fosse capaz de alcançar apenas uma solução justa, já que podem existir distintas interpretações lícitas - o próprio conceito de justiça, inclusive, não é absoluto. Logo os conceitos jurídicos inserem-se no conceito da teoria da discricionariedade administrativa.

Por fim, sempre tendo por objetivo analisar os mecanismos de controle judicial para controle dos atos discricionários, tratar-se-á dos princípios.

Esses, nas lições de ÁVILA (2005), são normas que, sobreprescrevem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional.

Destarte, não só mais as regras, mas também os princípios passaram a compor o sistema constitucional, e, tendo em vista que os valores e princípios constitucionais se impõem aos três Poderes do Estado, estes passam a funcionar como mais um limite ao atuar administrativo.

Especificamente dentro do direito administrativo, observa-se uma clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, da qual se exige que se pautem não apenas na finalidade legal, como também nos fins constitucionais, por força especialmente dos princípios que lhe são impostos.

Tal fenômeno, como bem leciona BARROSO (2006, p. 81), tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, ao dogma de que não ser possível exercer

controle de mérito sobre os atos administrativos, e conclui, que “à luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar de modo peremptório que o mérito do ato administrativo não é passível de exame”.

Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade à atuação administrativa, podendo, inclusive, deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional, o âmbito de conveniência e oportunidade administrativa encontra na mesma Constituição um novo limite inafastável, visto que sua atuação deve sempre estar de acordo com os princípios e regras instituídos na Carta, sob pena de nulidade.

Tais ideias aqui esboçadas não tornam ilegítimo, é claro, o controle judicial feito através dos princípios, muito pelo contrário, estes surgiram como nova forma de controle da discricionariedade administrativa, principalmente os positivados no caput do artigo 37, da Constituição Federal. Mas o que se preconiza é o uso racional desse novo instrumento, sem que sob o argumento de limitar uma arbitrariedade administrativa ocorra uma arbitrariedade judicial.

4. PARADIGMAS LIMITADORES: SEUS REFLEXOS E FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

Passa-se, neste momento final, tendo em vista todos os pontos supraexplanados, a apresentar critérios e premissas a serem observados pelo Poder Judiciário quando chamado a se manifestar acerca de um ato normativo discricionário emanado de uma agência reguladora.

Ressalta-se, no entanto, que a presente enumeração não tem a pretensão de ser exaustiva, mesmo porque o tema sofre, como abordado, divergências conceituais e

metodológicas, estando essa temática ainda fervilhando entre os estudiosos do direito administrativo.

Destarte, inicia-se com o controle da legalidade e legitimidade do ato regulatório, pois, por ser o ato regulatório de natureza infralegal, a opção administrativa não pode violar a lei. Logo, as agências reguladoras não podem editar normas que contrariem a lei, e a conformidade deve ser não só com a lei em sentido formal, mas com todo o ordenamento jurídico.

Outro importante parâmetro é a garantia do devido processo legal, através, por exemplo, da observância das regras de competência e demais formalidades.

As decisões administrativas deverão, ainda, ser caracterizadas pela transparência, com identificação dos motivos fáticos, técnicos e jurídicos do ato regulatório, demonstrando sua razoabilidade e proporcionalidade. Isso porque a fundamentação e a motivação (de fato e de direito) do ato regulatório facilitam a perquirição pelo Judiciário da observância pela Administração dos limites legais, bem como se agiu dentro de seu âmbito de competência.

A obediência à finalidade de atendimento do interesse público, por sua vez, é um critério importante e um objetivo inarredável ao administrador. O mesmo se diga da vinculação às políticas públicas.

Não obstante, tendo em vista o grau de tecnicidade das decisões autárquicas, assim como a presunção de legitimidade dos atos administrativos, devendo, em caso de dúvida, se manter a decisão administrativa. Ou seja, quando há dúvida quanto à valoração de uma determinada realidade de fato, em havendo argumentos lícitos e razoáveis apresentados tanto pela Administração, quanto por outro interessado, deve prevalecer a decisão administrativa.

Só desse modo, então, observados e respeitados esses limites, o controle judicial pode e deve ser exercido, até mesmo como forma de legitimar a atuação administrativa das

agências reguladoras, garantindo que sua atuação ocorrerá dentro do espaço de sua competência e em obediência aos limites legais que lhes são impostos.

5. CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, em que se procurou apresentar as agências reguladoras como legítimas entidades representantes do Estado, com capacidade técnica, estabilidade e (relativa) neutralidade política para implementação das políticas públicas, sendo, por isso, objeto de forte controle externo, foram delineados parâmetros que guiassem o controle judicial, especificamente, visto que essas entidades autárquicas especiais têm sido “vítimas” de abusos e interferências pelo Judiciário, que ultrapassam os limites da legalidade, adentrando o espaço de competência deixado a aquelas.

Nesse sentido, apresentou-se um breve histórico evolutivo dos conceitos de Estado até que se configurasse o terreno propício ao nascimento e desenvolvimento das agências reguladoras. Conceituaram-se as agências reguladoras, dando lhes as principais características, bem como as apresentando como entidades representantes dos três poderes constitucionais, por isso mais legitimadas que o Judiciário a representarem o Estado, bem como mais aparelhadas para executar suas funções, apresentando-se como autoridades politicamente neutras e tecnicamente especializadas.

Aprofundou-se a discussão envolvendo a legitimidade das agências reguladoras, uma vez que são formadas por representantes não eleitos diretamente pelo povo, limitando-se inicialmente a gerar certa dificuldade na aceitação de sua existência, além de questionamentos acerca de sua excessiva autonomia, e, num segundo momento a possibilidade de se dar canais

capazes de suprirem esse ‘déficit democrático’, através de um controle externo, seja pelo Poder Público, seja diretamente pela sociedade.

Seguindo para os fins visualizados mais especificamente neste trabalho, tratou-se do poder normativo das Agências Reguladoras, através do qual exercem sua capacidade administrativa e técnica dentro de seu subsistema regulado. As agências reguladoras exercem função regulamentadora, por isso expedem normas de natureza infralegal, devendo obediência à lei e, por óbvio, à Constituição.

Já quanto ao controle judicial dos atos normativos discricionários das agências reguladoras, ressaltou-se que o Judiciário não pode se substituir ao administrador, quando couber a este determinada escolha de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, sob pena de burla a separação das funções dos poderes. Nesse ponto, implementou-se uma abordagem sobre a noção de discricionariedade administrativa e sua (in)sindicabilidade pelo Poder Judiciário, tratando-se, ainda, da discussão envolvendo a discricionariedade técnica, os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios.

Por fim, tratou-se da formulação de paradigmas capazes de guiar o magistrado no controle dos atos regulatórios, a fim de que não deixasse de realizar um exame de sua legalidade, mas que também não acabasse por se substituir ao administrador em sua função decisória discricionária.

Diante dessas considerações, espera-se ter contribuído para uma melhor compreensão das agências reguladoras, sua importância dentro do cenário atual, bem como a necessidade de que o controle externo exercido sobre ela seja meio de legitimação e não forma de usurpação de suas funções, levando à frustração de sua tão importante finalidade regulatória, econômica e social.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 4, outubro/novembro/dezembro de 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 03 de agosto de 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, M. Sylvia Z.. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

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

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*. Rio de Janeiro, n. 23. 2004.

MARQUES NETO, Floreano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "RELATIVIDADE" da Competência Discricionária. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 5, janeiro/fevereiro/março de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 03 de agosto de 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito público: (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.