Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 21 – fevereiro/março/abril - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

ATUALIDADES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

Sérgio Guerra
Mestre e Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e de Mestrado da Escola de Direito do Rio de Janeiro – Fundação Getulio Vargas.

O controle judicial dos atos administrativos discricionários, na maioria das vezes, limita-se à mera invalidação deste mesmo ato para que a administração pública edite outro que não esteja maculado de arbitrariedade, irazzoabilidade ou desproporcionalidade. No entanto, é cada vez mais comum que, em determinadas situações de natureza regulatória, notadamente de grande apelo popular, essa invalidação do ato administrativo seja seguida de um comando judicial que o substitui no mérito.[1]

Para provocar a questão lembre-se que no dia 29 de junho de 2003 (um domingo) as empresas de telefonia fixa que atuam no Estado do Rio de Janeiro foram proibidas de aplicar os reajustes autorizados pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, de até 41,7%, nas tarifas de telefonia. A decisão foi proferida por um juiz de plantão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que concedeu liminar em ação popular impetrada pelo então Secretário de Justiça do Estado.[2]

Nos termos daquela decisão, as empresas foram proibidas de aplicar os índices de reajustes autorizados regulamente pela ANATEL, sob pena de aplicação de multa diária de no mínimo R$ 1 milhão por dia. Como argumento para o ingresso em juízo, o Secretário de Justiça sustentou que os reajustes de até 41,7% nas tarifas de telefonia provocaram inconformismo de toda a

[1] Renato Alessi, analisando o mérito dos atos administrativos e os limites do controle judicial, denota que o conceito de mérito pode ser considerado sob esses dois aspectos diversos. O primeiro é o aspecto meramente negativo, como limite ao poder de cognição do juiz de mera legitimidade (em sentido estrito). O segundo é sob o aspecto positivo, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica, ou seja, sua correspondência ao concreto interesse público, segundo um critério de efetiva oportunidade e conveniência. ALESSI, Renato. *Diritto aministrativo*. Milão: Giuffré, 1949, p. 135.

[2] Jornal O Globo, Editoria Econômica, edição de 30/06/2003, p. 16.

sociedade, em especial de políticos, ministros e sindicalistas, em flagrante prejuízo aos consumidores se aplicados aos contratos que estes mantêm com as operadoras de telefonia. Curiosamente, no ano de 2005 o índice geral de preços – antes fortemente criticado – despencou, propiciando uma contenção nos preços das tarifas.

Recentemente, os jornais noticiaram decisões judiciais que determinaram o bloqueio de sinais para celulares, próximo aos presídios, sem amparo técnico, causando significativo transtorno aos cidadãos. Ademais, registre-se, ainda as decisões judiciais que, também na complexa área de telecomunicações, determinaram que as operadoras de telefonia fixa teriam que detalhar as ligações locais na fatura telefônica de todos os consumidores, em que pese a impossibilidade técnica em atender à determinação, uma vez que o sistema "analógico" utilizado pelas empresas não permitiria a contagem das ligações por tempo, o que só seria possibilitado com altos custos operacionais que inviabilizam as concessões ou oneram substancialmente os usuários. Por causa de situações como estas, o controle judicial positivo somente deveria ser possível quando o ordenamento jurídico estabelecesse exatamente qual é o sentido em que a Administração Pública há de ter diante do caso concreto.[3] Ou seja, o controle judicial deveria ser negativo quando o ordenamento jurídico se limitasse a estabelecer qual é o sentido que em nenhum caso pode ser adotado pela Administração Pública.[4] A atuação administrativa, na visão de Bacigalupo, não deve ser, por exemplo, arbitrária, irrazoável, desproporcional, mas, por outro lado, nenhum desses princípios indica positivamente qual deve ser a atuação razoável ou proporcional.[5] É nessa ordem de questões que os limites de atuação do Poder Judiciário para controlar os atos administrativos, notadamente os discricionários, têm sido objeto de inúmeros debates, voltados, em especial, à busca da segurança jurídica nas relações entre a iniciativa privada e o Estado. Há uma revisitação do tema concernente à colisão entre o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o clássico princípio oitocentista tripartite da separação dos poderes. É indisputável o destaque e o incremento das funções do Poder Executivo na ambivalência presente na pós-modernidade, em que se apresenta um verdadeiro *Estado da Sociedade de Riscos*.

---

[3] Veja sobre o tema o pensamento de Germana de Moraes: "O poder judiciário, quando revê os atos administrativos não vinculados, poderá invalidá-los, mas não poderá, via de regra, determinar sua substituição por outro". E conclui: "em certas situações excepcionais (...) é possível ao Juiz inferir, da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso". Leciona a Magistrada que "Cabe ao juiz, ao controlar a juridicidade da atuação administrativa não vinculada, depois de identificar se se cuida de discricionariedade ou da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, vencer as seguintes etapas (não necessariamente nesta ordem cronológica): 1º) extrair do sistema constitucional os critérios de controle jurisdicional; 2º) fixar, à luz dos princípios constitucionais, as fronteiras da sindicabilidade judicial da atividade administrativa não vinculada; 3º) ditar as conseqüências de sua atuação revisora". MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 155-156.

[4] BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución.* Madri: Ed. Marcial Pons, 1997, p. 208.

[5] Idem.

Sociedade de riscos, segundo Beck[6], designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isto levanta a questão da autolimitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências do dano, atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais. [7]

Certamente, a complexidade que se apresentou na sociedade a partir do século XIX, gerando novas carências, reclamou novos institutos e mecanismos de compatibilização das relações entre o sistema econômico e o sistema social, desestabilizando o modelo liberalizante suportado pelo Parlamento, e, consequentemente, aumentando a participação do Poder Executivo na administração do interesse público.

Nas palavras de Paolo Biscaretti Di Ruffia, constatou-se a partir dessa fase a genérica insuficiência demonstrada pelos Parlamentos contemporâneos para resolver completamente as inumeráveis exigências normativas do Estado.[8] Nessa senda intensifica-se o conflito sobre a profundidade do controle dos atos administrativos, notadamente quando objetivem regular subsistemas complexos e altamente guiados por questões técnicas e científicas.

Com essa complexidade e tecnicidade, se, de um lado, a doutrina sustenta uma maior participação do Poder Judiciário na sindicância dos atos administrativos discricionários, para evitar-se o arbítrio do administrador, de outro, também é defendida uma comedida e moderada atuação das funções jurisdicionais na revisão desses atos, haja vista o risco do magistrado usurpar a competência (técnica) do Administrador.

Com efeito, tivemos a oportunidade de sustentar algumas posições sob o tema em trabalho doutrinário concluído em julho de 2003.[9] Pretende-se, com este breve ensaio, revisitar o tema comentando-se decisões judiciais posteriores ao

---

[6] BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da mondernização reflexiva. In: Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scoth Lash. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 17. Título original *Reflexive modernization: politics, tradition and aesthetics in the modern social order*.

[7] "O Estado de Direito, em sua configuração mais recente de Estado Democrático e Social, que se afirmou a partir da queda do Muro de Berlim (1989), traz nova inflexão na problemática da segurança jurídica, tendo em vista que se caracteriza como Estado da Sociedade de Risco. Redesenha-se a segurança dos direitos fundamentais na fase atual do relacionamento entre Estado e Sociedade, em que esta assume o papel preponderante, restando ao Estado agir subsidiariamente na sua função regulatória e na impossibilidade de o indivíduo ou a sociedade resolverem os seus próprios problemas. De feito, o relacionamento entre Estado e Sociedade na fase do liberalismo social permite que se fale em uma sociedade de riscos, característica do Estado Subsidiário ou do Estado Democrático de Direito, que contrasta com a sociedade industrial, que dava sustentação ao Estado de Bem-estar Social ou Estado Providência. Na sociedade de riscos há uma cadeia de subsidiariedades, que se caracteriza pela responsabilidade primeira do indivíduo pela sua própria sobrevivência, secundada pela da comunidade se houver impossibilidade de cumprimento pelo cidadão, e complementada, em última instância, pelo Estado. (...) A sociedade de riscos se caracteriza por algumas notas relevantes: a ambivalência, a insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177, pp. 176-177.

[8] RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Derecho constitucional***.** Madrid: Ed. Tecnos, 1973, p. 480.

[9] Sob a orientação do Professor Doutor Marcos Juruena Villela Souto e posteriormente publicado: GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2005.

mesmo, de modo a confrontar aquilo que foi ponderado com os atuais julgados das cortes superiores.

1. A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

No atual contexto constitucional os atos administrativos de um modo geral - incluindo-se, portanto, aqueles exarados pelas Agências Reguladoras - sempre poderão ser submetidos ao Poder Judiciário[10] haja vista o princípio da jurisdição una previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988[11].

O sistema de jurisdição una (sistema inglês)[12] significa dizer que tanto os atos privados como os atos administrativos se submetem à sindicância e, em determinados casos, à revisão pelo Poder Judiciário.[13]

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário está presente entre nós nos moldes da Constituição norte-americana de 1787. Isto porque, a partir do *leading case Marbury* x *Madison*, em 1803, ao se inferir o princípio da supremacia da Constituição e o controle dos atos legislativos pelo Judiciário, a Constituição estadunidense passou a ser o paradigma de um constitucionalismo moderno.

Nas palavras de Mauro Cappelletti[14]: "Marshall´s decision, with its enunciation of the supremacy of the constitution over other laws and of the judicial power to disregard unconstitutional laws, has certainly been a grand innovation. Today almost all modern constitutions of the western world tend to be rigid rather than flexible; this fundamentally import world-wide movement was effectively begun by the American Constitution of 1789 and its courageous interpretation by the Supreme Court".

Desse modo, desponta relevante uma breve recordação acerca do *judicial review* norte-americano, notadamente quanto ao controle judicial dos aspectos materiais e processuais dos atos das Agências Reguladoras independentes.

---

[10] É de notar-se que o socorro ao Poder Judiciário pode ocorrer quando o administrado sofrer lesão a direito, ou, até mesmo, no caso de mera ameaça de lesão. Ademais, o mesmo não precisa exaurir a via administrativa para postular a tutela jurisdicional. Nesse sentido, Odete Medauar adverte que quando a Constituição Federal pretendeu tal pressuposto para ingresso em juízo o fez expressamente, conforme disposições contidas nos §§ 1º e 2º do art. 217, em matéria de disciplina e competições esportivas. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 478. Nesse mesmo sentido, ver MORAES, Alexandre. Agências reguladoras. *In*: *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.). São Paulo: Atlas, 2002, p. 33.

[11] BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[12] Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência***.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29.

[13] Cabe destacar que o *sistema dúplice de jurisdição*, como ocorre no ordenamento francês, ao contrário do nosso sistema possui uma jurisdição administrativa e outra judicial.

[14] CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in the contemporary world*. Indianápolis: The Bobbs-Merrill Company, 1979, p. 27

2. O *JUDICIAL REVIEW* NORTE-AMERICANO

O paradigma das Agências Reguladoras brasileiras é a *independent regulatory commission* norte-americana, entidade estatal autônoma dirigida por um órgão colegiado, com poderes executivos, normativos e judicantes.

Não só o Brasil seguiu, em parte, o modelo regulatório estadunidense. Jean-Jacques Daigre[15], da Universidade de Paris I (Panthéon Sorbonne), adverte que as Agências Reguladoras francesas também tiveram como paradigma as agências norte-americanas: "Les autorités de régulation sont nés de la transposition des agences américaines et em particulier, dans le secter financier, de la SEC, la Securities and Exchange Comission, mise en place à la suite de 1929, pour marquer la politique nouvelle engagée par Roosevelt".

Diante dos conflitos decorrentes da delegação de funções às entidades regulatórias estadunidenses, tanto a imparcialidade quanto a independência/autonomia desses entes sofreram questionamentos em diversas situações. Na verdade, houve uma oscilação no alcance do *judicial review*, em vista da alternância entre o controle adjetivo e substantivo exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos regulatórios.[16]

Ao lado do controle adjetivo da regulação administrativa, o *due process of law* teve um importante papel nos Estados Unidos da América, com o controle do conteúdo das decisões emanadas da Administração Pública. A origem foi processual penal, passando, depois, para a esfera cível.

A garantia do devido processo legal espraiou-se pelos procedimentos administrativos e assumiu grande importância na área de regulação exercida pelas Agências Reguladoras, haja vista a competência destas entidades para disciplinar o exercício das liberdades mediante ponderação dos direitos individuais em harmonia com os interesses coletivos. O *due process of law* erigiu-se como limite do poder de polícia do Estado, em particular no campo regulatório, que ocupou grande parcela da produção normativa estatal.

A concepção adjetiva da cláusula do devido processo legal não se dirigia a um questionamento ou controle substantivo dos atos do Poder Público. Por essa razão, essa garantia não se apresentou, inicialmente, como controle do mérito dos atos administrativos (*substantive due process*).[17]

---

[15] DAIGRE, Jean-Jacques. Ombres et lumières: examen critique du fonctionnement des autorités administratives indépendantes. *In*: *Le contrôle démocratique des autorités administratives independántes à caractère économique***.** Paris: Economica, 2002, p. 5.

[16] Sobre a origem do conflito entre o Poder Judiciário e as Agências Reguladoras norteamericanas, ver, dentre outros, BIANCHI, Alberto B. *La regulación econômica*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 1998, p. 43 ss. Entre nós, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 362 ss.

[17] Sobre o avanço do alcance do devido processo legal na questão de regulação de preços: "...o precedente Slaughter-House cases bloqueou temporariamente, até que fosse alterada a composição do Tribunal, a exploração pretoriana das pontencialidades da cláusula due process of law com mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes. Assim é que, nos dez casos que se seguiram a esse julgamento até a virada do século, a Suprema Corte americana, sem embargo de vislumbrar aqui e ali uma perspectiva de direito substantivo para a garantia contida na 14ª Emenda ainda insistiu, através de várias decisões, nesse approach estreito e processual do princípio do devido processo legal. Pode-se destacar, dentre elas, o acórdão no caso Munn v. Illinois, do ano de 1877, quando o Tribunal, também por maioria e estribado no precedente dos Slaughter-House cases rejeitou o ataque feito contra uma lei estadual que regulava os preços de determinado produto industrial (grain elevators), afirmando, em

Contudo, a Suprema Corte norte-americana, com o intuito de repelir a arbitrariedade, passou a aplicar a cláusula do devido processo legal como instrumento de controle do mérito dos atos estatais.

Foi com base na compreensão estrutural dos valores da liberdade estadunidense que a Suprema Corte passou a vislumbrar na cláusula *due process of law* a fórmula para suportar e fundamentar a expansão da *judicial review*, por meio do controle da razoabilidade e a racionalidade dos atos estatais.

Sem uma prévia definição da cláusula *due process of law*, nos moldes da *common law*, a sua aplicação deu-se segundo o método de "inclusão" e "exclusão" no caso concreto, caracterizador do *case system.* Antes mesmo do fim do século XIX, várias decisões judiciais anularam as primeiras normativas de cunho intervencionista, sob o enfoque do liberalismo. Foi o período conhecido como "governo dos Juízes", em que o Judiciário assumiu o papel de censor dos aspectos econômicos e sociais.[18]

No início do século XX, a garantia do *devido processo legal* assumiu um nítido caráter substantivo e limitador do mérito das ações estatal, tendo como *leading case* a área do controle judicial da legislação econômica, em 1905. No famoso *case Lochner v. New York* a Suprema Corte declarou inconsistente com a Constituição a lei que fixara jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria. Aquela Corte reconheceu que a garantia do *devido processo legal* assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, sem qualquer ingerência do Poder Público.[19]

---

essência, que não competia ao Poder Judiciário invalidar deliberações de Legislativo em assuntos que envolvam interesse público. Convém registrar que, ao assim fazer, a Corte recusou-se de forma terminante a examinar a 'razoabilidade' (reasonableness) dos preços objeto do tabelamento governamental. Considerou, para tanto, conforme a sustentação de Chief Justice Waite, que até mesmo os eventuais abusos na fixação de preços não deveriam ser corrigidos pelos órgãos da justiça, mas sim mediante a reprovação popular a ser dirigida aos legisladores através das urnas: 'we know that this is a power which may be abused, but that is no argument against its existence. For protection against abuses by legislatures the people must resort to the polls'." CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 49-50.

[18] "O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (procedural due process) e o início da fase 'substantiva' na evolução desse instituto (substantive due process) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente 'substantivo' no seio das instituições governativas*".* Idem, cit., p. 57.

[19] A superior instância da justiça estadunidense considerou que a faculdade de contratar as condições de trabalho entre empregado e empregador configura uma liberdade individual protegida pela 14.ª Emenda da Constituição Federal. Ao rechaçar as justificativas apresentadas pelo Poder Legislativo do Estado interessado para a preservação do ato normativo increpado de inconstitucionalidade, a Suprema Corte firmou o entendimento de que não se cuidava no caso de uma lei de saúde pública (*health law*), para o que destinguiu a hipótese do precedente *Holden v. Hardy*, julgado no ano de 1898, no qual houvera considerado compatível com a Constituição a lei do Estado de Utah, que estabelecera a limitação em oito horas da jornada de trabalho dos trabalhadores de minas de carvão. O caso Lochner simboliza a tendência da restrição judicial no princípio deste século contra a legislação de ordem econômica constrangedora da liberdade de iniciativa. Desautoriza, em específico, as normas pretensamente cogentes, que buscavam disciplinar as relações de emprego em beneficio das partes economicamente menos favorecidas (empregados), relações essas ainda vistas sob a ótica privatista e sobremodo complacente com as desigualdades que grassam na ordem social, isto até a afirmação subseqüente e definitiva do Direito do Trabalho, como conjunto de princípios de ordem pública imponíveis às condições oriundas das relações de trabalho assalariado. Idem, p. 65.

Com a chamada *doutrina Lochner*, que serviu de base para o controle jurisdicional sobre as medidas de intervenção do Estado na ordem econômica e social, a Suprema Corte invalidou dezenas de normas na década de 20 do século passado, que regulavam vários subsistemas econômicos.

O *New Deal* de Roosevelt adotou a regulação econômica por meio das Agências Reguladoras. Após a *grande depressão*, reergueu-se a economia com a prática de políticas públicas setoriais, importando na delegação de uma grande parcela da função regulatória às Agências Reguladoras, para que pudessem definir o modo de intervir nas esferas econômica e social dos subsistemas. A partir desta fase, a Suprema Corte dos Estados Unidos passou a admitir as decisões de política econômica inspirada no modelo *keynesiano*.

Mas foi com a edição do *Administrative Procedure Act*, em 1946, que uniformizou-se o tratamento dispensado às Agências Reguladoras. Esse *act* definiu as entidades regulatórias como sendo qualquer autoridade do Governo, sujeita ou não ao controle por outra agência, à exceção do Congresso e dos Tribunais. O *judicial review* funciona, assim, com uma instância revisora das Agências Reguladoras, em que se verifica a forma com que a entidade regulatória fundamentou sua decisão, seja de forma singular (*adjudication making*) ou normativa (*rulemaking*). [20]

Nesse contexto, o *Administrative Procedure Act*, de 1946, contém na seção 706 uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme o direito.

Conforme lição de Bernard Schwartz, para esse controle judicial há uma pluralidade de motivos ou técnicas de controle da discricionariedade, resumidamente inseridos no teste de razoabilidade (*test of reasonableness).* [21]

---

[20] Acerca dos antecendentes e desenvolvimento da técnica do *Rulemaking*, Keith Krehbiel expõe: "The explosion of federal programs and agencies during the Great Depression coincided with a sharp increase in regulatory activity by the U.S. national government generally and executive agencies specifically. In earlier years, executive agencies primary vehicle for regulation was adjudications, which were adversarial and approximated judicial proceedings. As of the 1930s, however, laws increasingly granted to executive agencies the power to engage in rulemaking. The process of rulemaking tended to rest more on compromise and consensus building and, thus, was more akin to the legislative process than the judicial process. The precipitous increase in the use of regulations during the 1930s heightened concerns in Congress and in the Executive Branch regarding the lack of uniformity in the ways that agencies exercised their delegated authority. The Attorney General accordingly formed a Committee on Administrative Proceedings in 1939 whose purpose was to make recommendations to Congress on how to achieve greater procedural uniformity. The Committee completed its work in 1941, and Congress eventually responded to the recommendations by passing the Administrative Procedure Act (APA) of 1946. A procedural distinction between formal and informal rulemaking has evolved since 1946. The APA describes formal rulemaking as a trial-like, on-the-record proceeding. Historically, the preferred method of rulemaking is informal, also known as notice and comment. The main statutory requirements are: Publication of a Notice of Proposed Rulemaking (NPRM) in the Federal Register,2; Opportunity for public participation by submission of written comments; Consideration by the agency of the public comments and other relevant material, and Publication of a final rule not less than 30 days before its effective date, with a statement explaining the purpose of the rule. If and when these procedures are followed, once a rule is passed, it has the force of law"*. In: An introduction to rulemaking*. Board of Trustees of the Leland Stanford Junior University, 1998.

[21] SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986, pp. 616 ss.

Na verdade, a aplicação do princípio da razoabilidade não identifica efetivamente um parâmetro ou critério único para aplicação a todos os casos decididos pelas Agências Reguladoras. No entanto, em geral, os Tribunais estadunidenses respeitam as decisões das entidades reguladoras, diante do reconhecimento da capacidade técnica e científica detida pelas Agências (*judicial deference*).

Os Tribunais adotam um critério mais flexível de controle judicial quando apreciam decisões proferidas por *regulatory agencies*, com competência normativa, valendo-se, apenas, do sistema *hard look* quando do controle das decisões discricionárias de grande impacto, a exemplo da implantação de grandes projetos de infraestrutura e de complexos nucleares. [22]

Por este princípio (*hard look*) se permite ao Poder Judiciário o controle efetivo do ato, pois o mesmo "visa obrigar a entidade com competência normativa a valorizar devidamente os elementos do facto e de direito constantes do 'dossier' sob pena de anulação da norma final pelos Tribunais".[23]

Segundo leciona Cabral de Moncada, o *hard look* tem sido um importante remédio na limitação da liberdade discricionária das Agências Reguladoras, pois as mesmas têm a obrigação de decidir de acordo com o que consta do *record*, ou seja do resultado material que congrega, de forma exaustiva e completa, os elementos de fato e de direito.[24]

O princípio do *hard look review,* como sustenta Sérgio Varella Bruna, pode ser considerado uma forma híbrida das versões material, que compreende o exame da razoabilidade do ato, e processual, voltado às garantias do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação, dentre outras.[25]

Denota o Autor que o Poder Judiciário, no exercício do controle da atividade normativa da Agência Reguladora, verifica se houve a correta atenção às alternativas "regulamentares existentes quanto à decisão adotada, bem como aos assuntos-chave compreendidos na matéria regulamentar, incluindo as principais sugestões formuladas pelo público".[26]

Pela aplicação do *hard look review* há predominância do controle judicial do ponto de vista adjetivo, de modo a respeitar a decisão adotada pela Agência Reguladora sempre que a motivação seja aceitável, evitando-se que juízos políticos de competência do Legislativo e Executivo venham a ser substituídos pelo Judiciário.Vale dizer, a investigação deve ser detalhada e cuidadosa, porém estreita. [27]

---

[22] Idem, p. 614.
[23] MONCADA, Luis S. de Cabral. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, p. 132. Nesse mesmo sentido, Fábio Medina Osório leciona que é a motivação do ato administrativo *"que permite ao Judiciário o desempenho de suas funções controladoras, averiguando a correção formal e material da decisão administrativa. Motivação inexata não se confunde com falta de motivação. Se a motivação é inexata, materialmente, há desvio de poder. Daí a distinção entre motivação real e formal. A falsidade dos fundamentos do ato, sem dúvida, proporciona configuração do desvio de poder lato sensu".* OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 405.
[24] Idem, p. 134.
[25] BRUNA, Sergio Varella. Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico. *In: Regulação e desenvolvimento.* Calixto Salomão Filho (Org.) São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.
[26] Idem, pp. 251-252.
[27] Idem, p. 252.

Esse modelo, instituído para controlar as decisões das Agências Reguladoras, teve como *leading case* a sentença proferida pela Suprema Corte no caso *Citizens to preserve Overton Park, Inc v. Volpe*, julgado em 1971. Nesse caso a decisão da Agência Reguladora permitia a construção de uma estrada através de um parque nacional. [28]

Depois desse caso, tantos outros vieram a exemplo dos *cases Vermont Yankee Nuclear Power Corpn. v. Natural Resources Defense Council Inc.* (1978), *Sierra Club v. Costle* (1981), *Motor Vehicle Manufactures Association of the United States v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company* (1983), e *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*. (1984).[29]

Como dito, pelo *judicial review* estadunidense resta claro que o Judiciário pode e deve pronunciar-se sobre a questão de fundo da decisão regulatória, respeitando, contudo, os juízos prospectivos técnicos dos agentes reguladores. Por óbvio, não se aplicam às Agências Reguladoras brasileiras a integralidade das considerações antes expostas sobre o controle judicial sobre as decisões das Agências reguladoras norteamericanas. Contudo, algumas lições devem ser refletidas pelos nossos Operadores do Direito sobre esse modelo regulatório, como de fato já começa a ocorrer, como adiante veremos.

3. A INTERPRETAÇÃO PROSPECTIVA DA ENTIDADE REGULADORA.

No estágio em que se encontra o pluralismo social[30] há um conjunto de valores conflituosos, e a intervenção regulatória estatal em um determinado aspecto do conjunto social tende a produzir reflexos em outro seguimento, regulado ou não, e afetar o direito individual.[31]

Com efeito, em determinadas situações os benefícios advindos da intervenção para uma determinada camada social pode: (i) gerar aporias[32]; (ii)

[28] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994, pp. 77-78.

[29] Idem. Um profundo estudo acerca do caso *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council* (1984), foi desenvolvido por BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pp. 249, ss.

[30] O pluralismo aqui aludido se refere às sociedades contemporâneas, que devem perseguir uma convivência de culturas e grupos diversificados, em um consenso democrático que respeite as diferenças. Nesse sentido, ver a obra do filósofo da Universidade de Harvard, John Rawls, *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (publicada originalmente em francês sob o título *Justice e démocratie*, em 1978).

[31] Esse seria, para Willis Santiago Guerra Filho, um dos traços da pós-modernidade. Segundo o autor, o problema básico de qualquer Constituição política contemporânea não pode mais ser captado em toda sua extensão por aquela fórmula clássica, em que se tinha um problema de delimitação do poder estatal em face do cidadão individualmente considerado. Hoje entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública, com base em um princípio de proporcionalidade. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição.* 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 159.

[32] Sob o ponto de vista filosófico, *aporia* é a dificuldade de escolher entre duas opiniões contrárias e igualmente racionais sobre um dado problema.

não ser adequado aos problemas e desvantagens que acarretarão para outro grupo da sociedade, ou mesmo (iii) comprometer garantias individuais[33].

Vimos que não se pode contestar, no atual ordenamento constitucional brasileiro, a possibilidade de controle jurisdicional de todos os atos administrativos. Há preceito constitucionalmente positivado (art. 5º, XXXV, CF) nesse sentido. No entanto, a partir da década de 90 do século XX foram criadas diversas entidades autárquicas reguladoras com funções judicantes, uma delas, inclusive, com essas funções expressamente previstas na lei de sua criação.[34] Por isso se deve, ao menos em parte, entre nós e alhures[35], a amplificação do debate acerca da fronteira do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos executivos estatais. A função jurisdicional, instituída, dentre outros fins, para evitar ou sustar os atos administrativos exarados com erro, abuso e arbitrariedade, é imprescindível para o Estado Democrático de Direito e para a manutenção das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, em alguns casos, o excesso da atuação jurisdicional sobre as decisões administrativas traz consigo a controvérsia acerca da substituição das decisões de agentes públicos, democraticamente eleitos ou não, pelos juízes.

Alejandro Nieto García[36] adverte que "si admitimos que la discrecionalidad era el caballo de Troya del Estado de Derecho (...) hay que admitir también que el control judicial de tales actos es el caballo de Troya del decisionismo judicial en la actividad política y estrictamente administrativa, que en cualquier Estado está confiada a los políticos y a los administradores, no a los jueces".

Quando um juiz decide modificar um ato administrativo de caráter geral, seja ele vinculado ou discricionário, exarado com o fim de apreciar um determinado direito, individual ou coletivo, os efeitos desse ato, em regra, afetam os administrados envolvidos, ou seus impactos quase sempre são abrandados e diluídos na coletividade.

Por outro lado, se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais - despido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio - esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma decisão voltada a apenas um dos aspectos em questão, danificar a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado.[37]

---

[33] Sobre o novo individualismo, ver a obra de GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 44.

[34] Lei nº 8884/94, que transformou o CADE em autarquia.

[35] Acerca do controle judicial dos atos das *autorités administratives indépendantes* da França, sugere-se a leitura do artigo de Jacqueline Riffault, Conselheira da Corte de Apelação de Paris, intitulado: Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes: le rôle de la jurisdiction judiciare. *In: Le contrôle démocratique des autorités administratives independántes à caractère économique***.** Paris: Economica, 2002, p. 23, ss.

[36] NIETO GARCÍA, Alejandro. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo.* Madri: INAP, 1986, p. 274.

[37] A exemplo do serviço público de energia elétrica que envolve diversas fases (geração, distribuição e comercialização).

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para motivar se determinada decisão administrativa deve ser considerada justa para a hipótese, é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja retrospectiva, levando em conta dados do passado, mas que sejam considerados também elementos justificativos voltados para o futuro, através de um exercício prospectivo. Desse modo será possível demonstrar que as soluções adotadas, uma vez aplicadas, não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais, que a própria ordem jurídica declara e preserva".[38]

A bem da verdade, o controle judicial é necessariamente balizado pelo Direito, de modo que esse aspecto limita o controle de todos os aspectos da decisão regulatória. É consabido que o ato regulatório se fundamenta, via de regra, em critérios metajurídicos.[39]

A confrontação de razões da Administração com as razões dos Tribunais não se desenvolve em um plano de igualdade; isto é, não é simétrica. A Administração é livre para eleger, dentro do amplo espaço que em cada caso lhe permite a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito.[40]

Registre-se, ainda, que em conformidade com o vigorante princípio norteador da ordem econômica, a liberdade de iniciativa visa assegurar a dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social. Desse modo, a regulação das atividades econômicas *lato sensu* se legitima através da ponderação de valores e interesses envolvidos.[41]

---

[38] *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 101-102.

[39] Carlos Ari Sundfeld cita como exemplo: *"os conflitos entre uma indústria poluidora, uma outra indústria que usa a água poluída lançada no rio e os vizinhos que também consomem, quer-se que eles sejam julgados por quem entenda do assunto. Não alguém que entenda de Direito apenas (isto é, das técnicas de produção e hermenêutica normativa), mas que entenda do problema específico: quem saiba das dificuldades para compor harmonicamente o conflito, consiga dar a solução mais harmoniosa por equidade, baseando-se em critérios técnicos, etc."*. Serviços públicos e regulação estatal. *In: Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 30.

[40] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 3. ed. Madri: Civitas, 1999, p. 247. Fábio Medina Osório comenta o dinamismo da sociedade pós-moderna e o descompasso entre o Direito e os hodiernos problemas sociais: "As estruturas extremamente dinâmicas da sociedade pós-capitalista certamente produzem angústia no jurista, que pode se sentir incapaz de acompanhar a velocidade das mudanças sociais. Se o Direito, em geral, sempre caminhou atrás dos fatos, em uma sociedade veloz, instantânea, de informação, pluralista, este instrumento de controle social resulta ainda mais lento diante da assustadora rapidez dos acontecimentos e transformações de topos os tipos que ocorrem nas civilizações globalizadas. O fenômeno jurídico, de um lado, vive um profundo descompasso com os fatos cuja regulação é necessária (e ambicionada) e, de outro, se mostra insuficiente como instrumento destinado a solucionar graves problemas sociais, não conseguindo atender demandas emergentes". Op. cit., p. 50.

[41] Nas palavras de Magide Herrero, em tradução livre: "Os critérios técnicos podem ser utilizados para a realização de uma ponderação dos diferentes interesses em presença, com o fim de completar a determinação do interesse geral que a lei remeteu, parcialmente, a Administração". MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madri: INAP, 2000, p. 297.

Nessa ordem de idéias, os parâmetros de controle judicial do gênero "ato administrativo" são insuficientes para desvendar todas as indagações que envolvem os fins e repercussões do controle judicial da tecnicidade do "ato administrativo regulatório" de atividades econômicas.[42]

Assim, nos parece que o controle judicial dos atos regulatórios deve estar presente sempre que houver dúvida acerca da observância do due processo of law, notadamente na apreciação da vinculação da decisão regulatória com os fatos do caso real. Entretanto, o magistrado não deve perscrutar a interpretação prospectiva do regulador, que deve concentrar a preocupação com os impactos futuros, mediante a ponderação dos benefícios e dos ônus advindos da regulação. Os impactos sistêmicos do ato regulatório ultrapassam a competência do magistrado.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso[43] conclui que em matéria de agências, "é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo".

Tem-se, ainda, o fato de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no contexto da discricionariedade regulatória (ou, para alguns, discricionariedade técnica), de modo que a apreciação desses conceitos, seguindo apenas os critérios técnicos correspondentes, poderá dar margem a mais de um resultado (solução justa)[44], impedindo que o mérito desses atos seja revisto positivamente pelo Poder Judiciário.[45]

---

[42] Conforme leciona Fábio Medina Osório: "Nenhum Juiz parece estar preparado para controlar litígios que envolvem temas multidisciplinares, v.g., economia, sociologia, moral, em prazo fixado em semanas ou, no máximo, meses. Esses controles judiciários têm se revelado claramente insuficientes, incapazes de inibir abusos que implicam o atropelamento de fórmulas legais ou mesmo constitucionais*".* Op. cit., p. 51.

[43] Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In: Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002, p. 127. Nessa linha de pensamento, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara sustentam que "eleger critérios importa escolher com discricionariedade técnica entre vários atributos que se prestem à mesma finalidade (...). Entre os critérios disponíveis, compete ao ente administrativo eleger o que se mostra mais adequado ao interesse público, de acordo com seu juízo técnico de conveniência ou oportunidade. Trata-se de decisão tipicamente político-administrativa, de mérito, que foge ao âmbito do exame da estrita legalidade ou juridicidade." Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. *Revista Interesse Público***,** Porto Alegre, ano 4, p. 23-38, out/dez/2002.p. 35.

[44] Acerca dessa questão, Marcos Juruena Villela Souto apostilou: "A solução justa de um conflito entre partes é da essência da função judicial, mas o juiz não pode reduzir todas as variáveis a uma solução justa, pois a Administração não está obrigada a reduzir seu leque de opções às regras de interpretação jurídica, até porque, como dito, voltada para o impacto futuro da regulação". Op. cit*.*, p. 359.

[45] Sérgio Varella Bruna sustenta que "a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador sugere a hipótese de vinculação, permitindo ao judiciário investigar com maior proximidade se o comando normativo foi atendido no caso concreto, mas por si só não é capaz de excluir a hipótese de discricionariedade...". E, abordando o tema quando investiga o *judicial review* das Agências Reguladoras, adverte: "Embora em regra do Judiciário norte-americano esteja disposto a examinar mais amplamente questões atinentes à interpretação dos textos legais, há decisões que parecem reconhecer o caráter discricionário da interpretação administrativa de

Vale dizer, pensar em sentido diverso estar-se-ia transferindo a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos indicados pelos magistrados.

Na hodierna concepção de que o Poder Judiciário pode e deve controlar os atos da Administração Pública, uma vez ultrapassado o controle judicial para verificação da correta aplicação das normas e instrução procedimental, pode-se concluir que, no caso concreto, em que a Agência Reguladora verificar mais de uma possibilidade técnica igualmente satisfatória, esta poderá decidir, por meio dos critérios de conveniência e oportunidade, qual a melhor opção. Nesse caso, deve ser destacado que há um mérito do ato de regulação, que não deve ser alterado pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, caso o Judiciário anule uma decisão regulatória discricionária por inobservância, pelo agente regulador, de elementos conformadores do ato, o magistrado deve devolver o assunto à Agência Reguladora para que exare outra decisão, levando em consideração todos os aspectos apontados pelo Tribunal.

Luís S. Cabral de Moncada[46], em ensaio específico sobre a eficácia no Direito Público, denota, ao abordar o confronto entre a Administração Pública com os Tribunais, que "o juízo técnico não é apenas uma valorização (relativamente) autônoma de certos factos, é também expressão de um poder. Sendo assim, deve o juiz aceitar a valorização feita pelo agente, não sendo possível a fiscalização contenciosa, não por estarmos perante qualquer pretensa discricionariedade, mas porque a Administração dispõe aqui de verdadeira prerrogativa de avaliação".

Resta dizer, a Corte somente deverá substituir a decisão administrativa caso conclua que, à luz do Direito, só existe uma solução possível para o caso, o que equivale concluir que a decisão não é discricionária, mas vinculada.

Sobre o tema Eros Roberto Grau, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, aduz que há 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. [47] Por esse pensamento, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos erros manifestos que nelas se exteriorizam, de modo 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.[48]

---

certos conceitos legais abertos (ou indeterminados), especialmente quando sejam eles demasiadamente imprecisos". *Agências...*, cit., p. 141 e 240..

[46] *Estudos...,* cit., pp. 216-217.

[47] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto***.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 214. Nesse mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara lecionam: *"O Judiciário recebeu a atribuição constitucional de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito que lhe venha a ser submetida. (...) Todavia, também se extrai dessa mesma prescrição constitucional que os ao Judiciário somente foi imputada responsabilidade sobre o exame jurídico dos conflitos de interesse que lhe forem submetidos".* Op. cit., p. 24.

[48] Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara também sustentam neste sentido. Op. cit., p. 36. Registre-se que este não é o pensamento de Di Pietro. Para essa jurista qualquer decisão exarada pelo órgão regulatório pode ser revista Pelo Judiciário, com o auxílio de peritos. Nesse sentido, a administrativista denota que "não há fundamento para a reserva de uma discricionariedade técnica para as agências. Embora se reconheça aos órgãos administrativos, em função de sua especialidade, a possibilidade de estabelecer normas sobre aspectos técnicos da matéria que lhes

Nos casos concretos em que suscitarem dúvidas acerca da decisão ideal adotada pela Agência Reguladora, e desde que esta se apresente como razoável, proporcional - sendo, portanto, perfeitamente admissível - a mesma não deve alterada, pois corresponderá a uma opção de mérito compatível com a situação empírica, porque sintonizada com a própria razão de ser das alternativas abertas pela regra aplicanda.[49]

Como dito em 2003[50], se apresenta diante do Poder Judiciário um desafio e oportunidade de modernizar a vetusta ordem jurídica típica do administrativismo francês. Urge que a magistratura nacional se adapte aos novos paradigmas do controle judicial dos atos estatais regulatórios, que se insere nas hodiernas premissas do Direito Administrativo renovado.[51]

Há, por certo, um enriquecimento do direito administrativo na pós-modernidade com o intercâmbio de questões com o direito privado[52] e com o direito administrativo alienígena, este num ambiente de internacionalização do próprio direito. Nesse vezo, o direito administrativo pós-moderno deve observar as normas principiológicas e o novo rol de temas que permeia a sociedade de riscos, notadamente a eloqüente tecnicidade que impõe uma análise sistêmica do campo jurídico para se alcançar a justiça.

4. NOVO PARADIGMA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NO CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No trabalho doutrinário de julho de 2003 constatamos que os atos exarados pelas Agências Reguladoras, submetidos ao controle judicial, ainda eram incipientes. Pode-se afirmar que ainda o são!

é afeta, não se pode, a priori, excluir esses aspectos do controle judicial. Na medida em que se reconhece, sem qualquer controvérsia, a possibilidade do Judiciário examinar a matéria de fato, por mais técnica que seja (e o faz, em regra, com a ajuda de peritos), e na medida em que é perfeitamente possível o abuso de poder, o arbítrio, o erro, o dolo, a culpa, no estabelecimento de critérios técnicos, também não se pode deixar de reconhecer que a chamada discricionariedade técnica pode causar lesão ou ameaça de lesão e, portanto, ensejar correção judicial". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 145-146. Nos parece que esse pensamento de Di Pietro é acompanhado por Sebastião Botto de Barros Tojal, ao sustentar que "o Poder Judiciário está credenciado a adentrar a apreciação da atividade-fim das agências reguladoras para que se restabeleça o equilíbrio democrático". TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. *In*: *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002, p. 168.

[49] Cf. BANDEIRA DE MELLO, quando se refere à discricionariedade administrativa pura. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 5. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

[50] GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 279.

[51] Sobre o direito administrativo econômico, ver, por todas, as obras de LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico***.** Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Ed. Almedina, 1985., p. 106 ss. e, entre nós, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

[52] Sobre o tema, em detalhes, ver: FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 28.

Ainda são poucas as decisões judiciais que podem ser catalogadas como um verdadeiro enfrentamento do tema e conseqüente manifestação do controle judicial de mérito sobre os atos regulatórios propriamente ditos.

Naquela oportunidade comentamos alguns arestos de Cortes brasileiras, que julgamos ilustrativos acerca da trajetória do debate em torno do controle judicial das deliberações das Agências Reguladoras.

Desde então, permanecemos atentos ao debate acerca do tema em questão e, para nossa surpresa, a matéria pautou, nos últimos dois anos, algumas importantes manifestações do Superior Tribunal de Justiça, inclusive merecendo a fundamentação doutrinária de nossa obra[53].

Acerca da manifestação do Poder Judiciário no tema da regulação da energia elétrica, cumpre destacar a decisão monocrática do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na Suspensão de Liminar 162, proferida pelo Ministro Edson Vidigal, publicada em 20 de setembro de 2005.

No caso em tela o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Pernambuco ajuizaram, contra a CELPE – Companhia Energética de Pernambuco, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e a Termopernambuco S/A, Ação Civil Pública pretendendo a declaração de nulidade do reajuste de tarifa autorizado pela referida entidade regulatória por meio da Resolução Homologatória nº 112/2005, bem como do Despacho ANEEL nº 892, de 08/11/2004, que autorizou revisão tarifária extraordinária. Postulou-se, em conseqüência, a nulidade de todos os atos normativos ou homologatórios emanados da ANEEL que, de uma forma ou de outra influenciaram na respectiva revisão tarifária.

O pedido de antecipação da tutela foi deferido pelo Juízo *a quo*, para suspender os efeitos dos mencionados atos, até a fixação de novos valores para as tarifas. Determino-se, ainda, naquela decisão, a fixação provisória, pela ANEEL, de novos percentuais para as tarifas de energia elétrica fornecida pela CELPE e a desconsideração, nas faturas de energia, dos valores decorrentes da Resolução n.112/2005, mantendo os valores anteriores até que fossem divulgadas as novas tarifas, devendo a CELPE substituir as faturas que já tivessem sido expedidas com o aumento impugnado.

É assinalável que contra essa decisão a ANEEL formulou pedido de suspensão de liminar, negado pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que ensejou agravo regimental, não provido pelo pleno daquele Regional, restando mantida, por conseqüência, a liminar concedida pelo juiz da causa.

Em decorrência dessa decisão, foi requerido à Presidência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela ANEEL pedido de suspensão da antecipação da tutela, com base na Lei nº 8.437/92 c/c Lei nº 9.494/97, por alegadas lesões ao interesse público, à ordem administrativa e à economia pública.

O que interessa ao tema enfrentado neste artigo se atém à fundamentação da decisão proferida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Enfrentando o mérito (exercício mínino) preocupando com a contra-cautela, destacou o potencial lesivo da liminar em comento diante do ponto nevrálgico destacado pela ANEEL, **e que envolve os critérios técnicos**

[53] GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 275.

adotados para a autorização do reajuste, fiéis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente.

Segundo manifestou-se o Ministro Edson Vidigal, na oportunidade da celebração do contrato de concessão da distribuidora de energia elétrica, conforme autorizado pela legislação pertinente, inseriram-se cláusulas prevendo mecanismos de manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, como o reajuste tarifário.

Foi destacado na decisão monocrática que esses mecanismos têm origem na política tarifária previamente aprovada pelo Conselho Nacional de Desestatização – CND, e são vitais para que a prestação do serviço público possa se dar em conformidade com os princípios constitucionais e legais incidentes, e que não só permitam, mas viabilizem a celebração de tais contratos entre o Poder Público e o particular que se disponha a negociar com a Administração, notadamente em se tratando de contratos de concessão com prolongado prazo de duração.

Nesse aspecto, e valendo-se de decisão outrora proferida, reafirmou que o descumprimento de cláusulas contratuais, impedindo a correção do valor real da tarifa, nos termos em que previsto no contato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e sua manutenção, implicando ausência de investimentos no setor, prejudicando os usuários, causando reflexos negativos na economia pública, **porquanto inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração Pública**, afastando os investidores, resultando graves conseqüências também para o interesse público como um todo, além, é claro, de repercutir negativamente no chamado “Risco Brasil”.

Prosseguiu sua decisão afirmando que o interesse público não se resume a conter tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade do fornecimento de energia, a manutenção do contrato de concessão do serviço público, de modo a viabilizar investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão. O descumprimento do que foi legalmente pactuado, com a chancela do Judiciário, pode, no caso, afetar o seu equilíbrio econômico-financeiro, até porque não há como olvidar a real inflação do País a atingir a quem contrata a longo prazo.

Aduziu que no caso concreto não lhe passou despercebido que a decisão impugnada determinou que a ANEEL fixasse o índice de reajuste tarifário com base em parâmetros não previstos nos contratos aprovados pelo Poder Concedente, desconsiderando, inclusive, o contrato de fornecimento de energia termoelétrica firmado entre a CELPE e a Termopernambuco, já aprovado pela agência reguladora. Assim, obrigou a administração a calcular o reajuste tarifário substituindo o valor da energia termoelétrica adquirida pela CELPE pelo valor da energia hidráulica apontado no Leilão de 2005.

Entende aquele magistrado que dada a complexidade do cálculo dessas tarifas não se pode, simplesmente, igualar parâmetros desiguais. Considerou, também, que o preço da energia contratado com a Termopernambuco deve ser ponderado à luz do momento em que firmado o negócio jurídico. Notadamente no setor de energia elétrica, ao tomar decisões, os agentes públicos ou quem as vezes lhes fizer, têm que prever como ficará o cenário a longo prazo, ou seja, nos próximos 10, 20 ou 30 anos, sob pena de não poder garantir a oferta de energia suficiente para atender demanda futura.

É o que denominados neste artigo de visão prospectiva da entidade regulatória.

Suspendeu-se a liminar requerida pela ANEEL, e concluiu afirmando que o setor elétrico não pode sofrer os efeitos da volatilidade do mercado de curto prazo, sob pena de criar um ambiente instável no setor.

Ademais dessa decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça merece destaque o acórdão, publicado no dia 14 de junho de 2004, proferido por unanimidade pela Egrégia 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro João Otávio de Noronha.

A ementa foi assim redigida: ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, **é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor**, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada "**área local**" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva **leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica**, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. **3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.** 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido.

Verifica-se, nesse acórdão, que a Corte não adentrou no mérito da decisão proferida pela ANATEL ao definir o que compreende o *conceito jurídico indeterminado* “área local”.

O tema da discricionariedade (pura ou técnica) envolve a controvertida teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. É sabido que grande parte das normas regulatórias contemplam conceitos jurídicos indeterminados, carecendo, portanto, de integração pelo agente regulador. Estes conceitos estão inseridos no tema da discricionariedade administrativa.

Por isso sustentamos que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no campo da discricionariedade, pois é plausível a existência de mais de uma solução justa para cada caso. Nessa linha de pensamento, o binômio

oportunidade/conveniência está presente na integração da norma, aplicando-se, assim, a tese que veda o controle judicial positivo dos atos discricionários.

Vale dizer, é possível inferir que a interpretação (ou integração) dos termos fluidos e técnicos previstos nas normas gerais e setoriais, a que as Agências Reguladoras estão vinculadas, se insere na discricionariedade administrativa pura ou, para alguns, na "discricionariedade técnica".

Outro acórdão, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), determinou que as operadoras de planos de saúde Bradesco e Sul América podem reajustar, respectivamente, em 25,8% e 26,1%, os contratos firmados antes de janeiro de 1999, bem como aumentar em 11,69% os novos contratos de planos de saúde. Suspendeu-se a liminar que impedia a aplicação dos índices determinados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), confirmando decisão anteriormente proferida pelo Ministro Edson Vidigal, presidente do STJ.

O caso foi decidido após o voto-vista do ministro Cesar Asfor Rocha, que acompanhou o ministro Edson Vidigal, relator do processo, votando, no mesmo sentido, os ministros Barros Monteiro, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fisher, Eliana Calmon e Laurita Vaz. Apenas o ministro Nilson Naves votou pela manutenção da liminar que limitava os reajustes a 11,69% para todos os contratos.

A Agência Nacional de Saúde (ANS) queria a suspensão da decisão que impediu os reajustes dos planos de saúde Bradesco e Sul América, tomada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em julho. A questão chegou ao STJ e pedia a cassação do efeito suspensivo conferido à ação movida por duas entidades que representam os usuários. Os reajustes de 25,8% para o Bradesco Saúde e de 26,1% para a Sul América Companhia de Seguro haviam sido autorizados pela ANS nos contratos firmados antes de janeiro de 1999, e, quanto aos contratos novos, o reajuste autorizado foi de 11,69%.

Esse pedido foi deferido pelo Ministro Edson Vidigal em setembro de 2005, advertindo em sua decisão para os riscos que "conclusões açodadas" podem ocasionar, como "desarmonia e desequilíbrio" para o setor da saúde suplementar.

> "Com isso em vista, atento, principalmente aos **efeitos prospectivos da medida**, o alto interesse público envolvido, **ponderando-se, também, os riscos e os resultados** que conclusões açodadas possam ocasionar – desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar –, é que defiro o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao agravo de instrumento nº 63323-PE, em curso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até o julgamento do mérito da ação civil pública naquela Corte".

Contra essa decisão a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde (Aduseps) e a Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor (Adecon) recorreram, por meio de agravo regimental. Ao votar, o Ministro Edson Vidigal se ateve ao seu entendimento anterior, mantendo a suspensão da liminar da Justiça Federal que impedia o aumento.

"Superada a preliminar e a despeito da judiciosa argumentação expendida pelas agravantes, não revela elementos capazes de alterar o convencimento anteriormente firmado ao deferir o pedido de suspensão. Com os olhos postos no relevante interesse público envolvido, atento aos riscos e conseqüências que conclusões precipitadas poderiam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o

setor da saúde suplementar -, é que deferi o pedido para suspender a decisão da Quarta Turma do TRF/5ª Região no Agravo de Instrumento nº 63323-PE, em decisão assim exarada: 'A discussão aqui travada gira em torno da questão da aplicação ou não aos contratos firmados anteriormente a 1999 das regras de reajustamento das contratações pecuniárias dos planos privados de saúde definidas na Lei nº 9.656/98, bem como dos critérios diferenciados de aplicação do reajuste entre aqueles contratos e os novos, sob a regência da citada Lei.

Como reconhece a própria requerente, na via restrita da suspensão, a apreciação da matéria de natureza exclusivamente jurídica se acha assegurada na via recursal própria. Relevam, aqui, as circunstâncias próprias da natureza de contra-cautela, permeada por juízo político, notadamente a possibilidade de a decisão liminar, contrária ao Poder Público, causar lesão, de natureza grave, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, Lei nº 8.437/92, art. 4º. O Acórdão que manteve o efeito modificativo ativo dado ao Agravo de Instrumento, assinalando a observância da preservação do equilíbrio financeiro dos contratos, disse que o critério adotado para os reajustes anuais é a variação média dos custos dos atendimentos médico-hospitalares, como reconheceu a própria agência reguladora, permitindo aferir que essa variação ocorreu de forma isonômica, porque não é possível que tal variação tenha ocorrido de forma muito mais abrupta nos contratos antigos. Primeiro, porque, tomados os procedimentos médico-hospitalares singularmente, a variação dos seus preços é rigorosamente a mesma, qualquer que seja o plano de saúde do usuário, pois utiliza-se invariavelmente a tabela de procedimentos médicos da Associação Médica Brasileira – AMB. Segundo, porque, analisando-se o conjunto dos contratos antigos, é muito mais lógico acreditar que, tendo uma cobertura menos ampla do que os contratos novos, geram aqueles, para as operadoras, custos menores' (fl. 197). Reconheceu o *fumus boni iuris* em favor das agravantes, a complexidade da questão dos percentuais para o exercício de 2005, de 28,80% e 26,10%, para os contratos antigos celebrados com as operadoras Bradesco e Sul América, a exigir perícia, não se vislumbrando qualquer justificativa para a 'fixação daqueles índices em patamares diversos e, aliás, muito superiores, ao que a ANS aplica para os contratos novos, de qualquer operadora, que é de apenas 11,69% para 2005' (fl. 197). Em que pese aos judiciosos argumentos expendidos e aos do Ministério Público Federal, e sem adentrar no mérito da questão relativa ao critério utilizado para alcançar o índice adotado para o reajuste dos contratos antigos, tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar. Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado,"se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços

adequados eficientes e seguros aos usuários" (REsp 572.070, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.6.2004). Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em "Controle Judicial dos Atos Regulatórios", anotando que: "se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado" (2005, fls. 272/275). Igualmente, não se pode adentrar em sede de suspensão na discussão sobre ter ou não, os contratos antigos, maiores vantagens e custos do que os novos, o que justificaria, ao ver da ANS, a disparidade dos índices adotados para o reajuste, questão de mérito a ser ainda apreciada pelas instâncias ordinárias. Enquanto as decisões judiciais se atêm ao direito, "a Administração é livre para eleger, detentor do amplo espaço em que cada caso lhe permitem a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito" (a. op. cit., p. 275). Com isso em vista, atentando-se, principalmente, para os efeitos prospectivos da medida, o alto interesse público envolvido, ponderando-se, também, os riscos e os resultados que conclusões açodadas possam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, é que defiro o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento nº 63323-PE, em curso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até o julgamento do mérito da Ação Civil Pública naquela Corte. Expeça-se comunicação. Intime-se. Publique-se" (fls. 249/254). Realça, ainda, o expressivo fundamento, pelo prisma da lesão à economia pública acarretada pelo enfraquecimento do setor da saúde suplementar, vez que os consumidores, 'antes protegidos por provimento jurisdicional bem intencionado, mas fragilmente abalizado, correm o risco de suportar, ao final, negativos reflexos financeiros, advindos da modificação da decisão provisoriamente lançada, pois terão de arcar com o pagamento de diferenças oriundas de prestações vencidas' (fl. 19). Restando o perigo do inadimplemento das contraprestações pecuniárias 'e, conseqüentemente, da manutenção da assistência suplementar à saúde de parcela dos consumidores que eventualmente não possam suportar o pagamento do respectivo montante acumulado. Trata-se de situação indesejada, de grave e de difícil reparação, que coloca em risco a saúde pública, considerada em seu sentido amplo' (fl. 20). Assim sendo, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao Agravo.

Como se vê, esse acórdão enfrenta o tema nos moldes por nós antes sustentados, abrindo-se um novo paradigma do controle judicial dos atos regulatórios.

Vale trazer outro acórdão da 1ª Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça, no agravo regimental na medida cautelar 10443/PB[54], em que funcionou como

[54] EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA DE TELEFONIA PRÉ-PAGO. VALIDADE DOS CRÉDITOS. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. CONJUGAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONCESSÃO DA LIMINAR. I - O agravante postula a reforma da decisão que indeferiu a liminar que buscava atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão que viabilizou tutela antecipada para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pagos. II - Entendo relevantes os argumentos lançados pelo requerente, pelo que se dessume que, para a execução do acórdão infirmado pelo recurso

Relator o Ministro Francisco Falcão, no julgamento ocorrido em 13/12/2005, publicado no Diário de Justiça de 06.03.2006. Consistiu em medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada pela TNL PCS S/A - OI, buscando atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão proferido em agravo de instrumento, o qual reverteu decisão que havia indeferido tutela antecipada em ação civil pública para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pago.

O julgamento em questão levou em consideração o voto-vista do Ministro Luiz Fux, que assim ementou sua decisão, enfrentando o tema da capacidade técnica das entidades reguladoras independentes nos moldes sustentados em nossa obra: LIMINAR E TELEFONIA. SERVIÇO PRÉ-PAGO. DEFESA AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CAUTELAR E EFEITO SUSPENSIVO. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES. ATUAÇÃO CONFORME ATO DA AGÊNCIA REGULADORA. 1. Vigente ato normativo da Agência Reguladora cujo escopo é regular o segmento, não podem os estabelecimentos regulados absorverem danos e punições pelo fato do cumprimento das regras maiores, posto engendrarem exercício regular do direito. 2. A modificação *ex abrupto* dessas regras da Agência Reguladora por tutela provisória em liminar concedida em ação, acarreta *periculum in mora*, mercê de o *fumus boni iuris* repousar no cumprimento do ato da Agência. 3. **Deveras, somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário e intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário**. (Sérgio Guerra *in* Controle Judicial dos Atos Regulatórios, Editora Lumem Juris, Jan/2005, págs. 355/369). 4. *Ratio essendi* dos precedentes da Corte Especial na análise de Suspensões de Segurança calcadas em atos das Agências e no princípio *pacta sunt servanda*. (AgRg na SL 57/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 06.09.2004). 5. Impossibilidade de atendimento técnico da decisão liminar, que configurou para o Relator *periculum in mora* inverso, máxime porque a adoção da providência contrária ao ato da ANATEL (art. 55 da Resolução 316/2002, e itens 4.6 e 4.6.1, da Norma 03/98). 6. Notória inversibilidade do provimento (art. 273, § 5º, do CPC), revelando-se prematura, em sede de liminar, **alterar-se um quadro normativo complexo e idealizado pela Agência Reguladora, induzindo o Judiciário não só a invadir a seara administrativa exclusiva da Agência, como também a atuar como legislador positivo, em manifesta afronta à sedimentada jurisprudência da Corte Suprema**. 7. Agravo Regimental provido, para deferir a medida liminar, acompanhando o E. Relator.

---

especial vinculado, far-se-ia necessária uma alteração no sistema técnico implantado, o qual implicaria em efetivo prejuízo para a parte em face mesmo da mudança no planejamento, que segundo o requerente implica em investimentos da ordem de R$ 16.000,000,00 (dezesseis milhões de reais) para os próximos dois anos. III - Nesse diapasão, estaria mesmo caracterizada lesão irreparável para o requerente, tendo em vista que, in casu, o acórdão que ampara a tutela antecipada tem natureza provisória pendente de confirmação no juízo ordinário, sem falar dos recursos aplicáveis, e a reversibilidade da implantação de nova tecnologia para permitir a utilização dos créditos para período indeterminado importaria em maior prejuízo para a companhia requerente. IV - Além da análise encimada observe-se ainda que os valores não auferidos pelo requerente dificilmente seriam recompostos em face da natureza do sistema pré-pago. V - Agravo regimental provido.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça colhe-se acórdão proferido no REsp 573475/RS, em que foi Relator o Ministro JOSÉ DELGADO e Relator para acórdão o Ministro LUIZ FUX, perante a 1ª Turma. O julgamento ocorreu em 08/06/2004 e foi publicado em 16.08.2004.

A ementa assim foi assim elaborada: COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA PELA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. ANATEL. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. 1. Proposta a ação em face da Agência Reguladora Federal, de natureza autárquica, é competente a Justiça Federal. Acaso a pretensão não seja acolhida em face da mesma, a matéria é meritória. A legitimidade afere-se in abstrato (*vera sint exposita*). 2. No caso em tela, as ligações telefônicas emanadas de bairros de um mesmo Município eram cobradas a título de ligações locais. Com a implantação da denominada privatização dos serviços de telefonia, sem qualquer comunicação ou aviso prévios aos usuários, as conexões provindas ou endereçadas a algumas dessas localidades passaram a ser consideradas ligações interurbanas, com os conseqüentes reflexos na tarifação. Não se trata, portanto, de ação de repetição de indébito contra a concessionária, mas de ação civil pública em que se discute a delimitação da área urbana que autorize a cobrança da tarifa interurbana. Nesse segmento, a ANATEL deve atuar como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a contraprestação do serviço se perfaz com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação é sempre vinculada à autorização do poder concedente. 3. Deveras, a definição sobre se as ligações locais podem ser cobradas como interurbanas **prescinde de notório interesse da Agência reguladora em prol dos consumidores.** 4. A Constituição Federal, em seu art. 21, inc. XI, dispõe: "Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais". Regulamentando o dispositivo constitucional supramencionado, foi publicada a Lei nº 9.472, de 1997 que, ao dispor sobre os serviços de telecomunicações, **enfatizou o fortalecimento do papel regulador do Estado e o respeito aos direitos dos usuários, *in verbis*: Art. 19. À Agência Nacional de Telecomunicações compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente.** 5. Dissentindo do voto do E. Ministro Relator, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial para reconhecer a legitimidade passiva da ANATEL e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal para julgar a ação civil pública.

Em que pese a atuação das agências não se limitar, como constou no acórdão, à proteção dos consumidores, e sim do mercado regulado, essa é mais uma decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que se privilegiou a competência das Agências Reguladoras, e a sua capacidade técnica.

CONCLUSÃO

O pluralismo pós-moderno exige uma modelagem de intervenção reguladora que deve ponderar interesses e, desse modo, representar o equilíbrio

dos diversos subsistemas. A assunção de atividades econômicas de relevante compromisso social (a exemplo da saúde suplementar) pelo setor privado impõe a regulação por meio de entidades estatais descentralizadas, com amplas funções e conhecimento técnico sobre os setores regulados.

Com a criação de Agências Reguladoras, com relativo grau de independência e autonomia, com corpo técnico com comprovada capacidade e experiência no setor regulado, se pode buscar, com maior chance de êxito, um ambiente de segurança local, demonstração de maturidade política, respeitabilidade externa e atratividade dos investidores nacionais e estrangeiros. Nesse novo contexto, o Poder Judiciário precisa compreender e conviver com a nova realidade regulatória.

Em determinadas situações se reconhece às Agências Reguladoras uma margem de apreciação para exararem atos discricionários puros, de modo que elejam uma dentre duas ou mais soluções corretas, razoáveis, proporcionais e eficientes, na busca dos superiores interesses públicos envolvidos.

Por óbvio, a atuação discricionária das Agências Reguladoras tem limites. Seus atos sempre estão vinculados à lei de sua criação, que dispõe acerca de sua competência, e às políticas públicas traçadas para o subsistema regulado. O desvirtuamento das funções regulatórias representa vício de mérito ou de finalidade do ato regulatório, o que dever combatido e contido pelo Poder Judiciário.

Entretanto, o magistrado não deve perscrutar a interpretação prospectiva do regulador, pois os impactos sistêmicos do ato regulatório ultrapassam a competência técnica jurídica do magistrado. Transferir a função de interpretação dos conceitos fluidos para o Poder Judiciário representa transpor a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos judiciais.

Nestes termos, se a Agência Reguladora identificar mais de uma possibilidade técnica, igualmente satisfatória, deveria estar vedada ao Poder Judiciário sua anulação, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, nos casos de inobservância de elementos indispensáveis à conformação do ato regulatório, o magistrado deve remeter o caso ao órgão superior da Agência Reguladora, para nova avaliação dos aspectos que maculam o ato e, assim, proferir nova decisão.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, fevereiro/março/abril, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-SERGIO-GUERRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.