

Justiça e segurança normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório

(Artigo publicado no livro **Direito regulatório: Desafios e perspectivas para a Administração Pública**, Coordenadores Reynaldo Soares Fonseca e Daniel Castro Gomes da Costa, Editora Fórum, 2019).

Luiz Edson Fachin¹

Fernando Quadros da Silva²

Sumário: 1. Os impactos na atividade regulatória: A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a Lei n.º 13.848 de 26/06/2019. 2. Regulação por agências e a amplitude de seu controle pelo Judiciário. 3. Aperfeiçoamento no processo decisório das agências. 4. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e possíveis efeitos na atuação regulatória. 4.1 A Nova LINDB e seu reflexo na interpretação dos atos do poder público. 4.2 O dever judicial de fundamentar e ponderar os efeitos das decisões. 5. Algumas conclusões. Referências.

Resumo: O artigo analisa os prováveis impactos da recente Lei n.º 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Trata também de alguns dispositivos da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) na atuação dos órgãos reguladores em especial os deveres do magistrado ao analisar atos administrativos em geral.

Palavras-chave: Regulação econômica. Agências reguladoras. Processo regulatório. Controle judicial. Lei n.º 13.848/2019. LINDB. Impactos.

1 Os impactos na atividade regulatória: A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a Lei n.º 13.848 de 26/06/2019.

Agasalha-se no significado de regulação a atividade estatal de intervenção na ordem econômica com fim de limitar e condicionar a atuação dos agentes econômicos que desempenham atividades num determinado segmento da vida social. A intervenção

¹ Ministro do Supremo Tribunal, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

² Desembargador no Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

regulatória do Estado, rechaçada pelo liberalismo clássico, estribado numa pretensa capacidade de autorregulação do mercado, é vista na atualidade como essencial ao bem-estar da sociedade e à própria existência do mercado.³

Numa perspectiva funcional, a regulação tem como objetivo principal promover o interesse público, que é alcançado quando se tem a melhor distribuição dos recursos escassos na sociedade, corrigindo falhas, equalizando preços e os seus custos marginais. A regulação atinge o objetivo quando veicula um processo político eficiente acompanhado de atuação de agências reguladoras eficientes.

No modelo da sociedade aberta, esse norte se abre em três pilares: trânsito jurídico (contratos em geral), titularidades (empresa, posse e propriedades) e liberdade individual no modo de ser e de estar (inclusive nas relações coexistenciais).

Embora se reconheça o risco, sempre presente, de desvios na atuação dos órgãos reguladores, a regulação da economia compatibilizar a atividade econômica com os anseios de paz social, bem comum e interesse público.⁴

O modelo de agências adotado no Brasil, a partir da década de 1990, busca exatamente aprimorar a regulação econômica com uma atuação independente, tecnicamente justificada e levada a efeito por órgãos colegiados de atuação setorial.

No intuito aprimorar a gestão, a organização e controle social das agências reguladoras, bem como aperfeiçoar seu processo decisório, foi publicada a recente Lei n.º 13.848/2019.

O novo regramento que vem à lume, em especial quanto ao processo decisório, poderá evitar a excessiva judicialização de muitas questões regulatórias relacionadas à provisão de serviços públicos. Com a publicação da mencionada lei ter-se-á uma significativa melhora nos processos regulatórios, a cargo das agências.

Também contribuirá para garantir mais segurança jurídica nos processos regulatórios e nas relações econômicas a edição relativamente recente da Lei n.º 13.655/2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), saudada

³ As últimas resistências à necessidade de regulação dos mercados foram dissipadas com a crise econômica e financeira que se iniciou em 2008 nos EUA e se espalhou pelas economias do mundo. Richard Posner concluiu que a economia está em depressão causada pela crise financeira, resultante das baixas taxas de juros e do movimento pela desregulação, iniciado nos anos 70. (POSNER, Richard Allen. **A failure of capitalism: the crisis of '08' and the descent into depression.** Cambridge, Massachusetts and London, England: Havard University Press, 2009. p.315).

⁴ Sobre o tema, SILVA, Fernando Quadros da. **Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p.28.

pela doutrina como “Lei da Segurança Jurídica”.⁵ Por evidente, não se trata apenas de segurança normativa formal, e sim da segurança jurídica substancial, sinônimo de justiça.

Considerando, portanto os dois diplomas normativos, um ainda em formação no âmbito do parlamento nacional e outro já em pleno vigor, se buscará no presente artigo explorar as possibilidades de aperfeiçoamento da regulação econômica com aprimoramento da segurança jurídica, evitando-se os frequentes questionamentos judiciais da atuação dos órgãos reguladores. É uma contribuição a quatro mãos pra essa seara plena de temas e problemas normativos.

2 Regulação por agências e a amplitude de seu controle pelo Judiciário

Conforme a elucidativa lição de Moreno Molina, os argumentos clássicos em favor das agências reguladoras independentes são: 1) Imparcialidade resolutória; 2) Experiência e técnica decorrente da especialização; 3) Colegialidade dos órgãos diretivos; 4) Continuidade da política pública desenvolvida pela agência; 5) Isolamento da política partidária, e 6) Incapacidade das estruturas administrativas tradicionais para os desafios modernos da atividade regulatória.⁶

Marçal Justen Filho define agência reguladora independente como

Uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.⁷

Nas palavras de M. Bernstein essa peculiar forma de organização por órgãos colegiados (*comission, board* ou *agency*) é defendida por aqueles que crêem que a regulação estatal requer um alto grau de experiência, domínio dos detalhes técnicos e

⁵ É terminologia adotada por MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p.246, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>>. Acesso em: 18 maio 2018.

⁶ MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p.176.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.346.

continuidade e estabilidade das políticas públicas.⁸ Há, pois, recurso nessa formação própria das denominadas “sociedades abertas”.

Tais agências surgiram com o escopo próprio e específico de regular adequadamente a economia e a sua independência é justificada pela possibilidade de atribuir a um órgão técnico e dotado de notória especialização, a realização de uma intervenção adequada e eficaz. O relacionamento entre agências e as instituições políticas demandaria exame próprio; nada obstante, não se desconhece seja fonte de atritos.

No que pertine ao controle judicial das atividades regulatórias, em geral, se faz o questionamento em relação ao ato final de uma agência reguladora. O Poder Judiciário é instado a examinar uma resolução, a aplicação de uma sanção ou até mesmo uma norma procedimental. Em outros casos, questiona-se a falta de atuação da agência ou a sua demasiada lentidão em julgar os procedimentos administrativos.

A deliberada falta de atuação da agência reguladora não é tarefa fácil de ser revisada judicialmente. O sempre citado *Justice* Stephen G. Breyer, ao tratar do tema, questiona se a hipótese não seria equiparável àquela do Promotor de Justiça que deixa de agir, postura que as cortes judiciais, nos Estados Unidos, e no Brasil, tradicionalmente entendem como insuscetível de controle judicial.^{9,10}

Mas é especialmente quando a agência atua e esta atuação é alvo de questionamento judicial que se pretende examinar no presente texto. Diante da decisão de uma agência o Poder Judiciário pode ter uma maior ou menor grau de deferência e concluir simplesmente pelo afastamento da decisão, determinando que a agência produza outro ato ou simplesmente anule o ato, deixando a situação em aberto. Em alguns casos, todavia, o juiz se substitui à agência e edita um ato de feitio regulador,

⁸ BERNSTEIN, Marver H. **Regulating business by independent Comission**. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1977. p.12.

⁹ BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUSTEIN, Cass R.; SPITZER. **Administrative law and regulatory policy**: problems, text and cases. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2002. p.1015.

¹⁰ Nesse sentido a remansosa jurisprudência do STF: o pronunciamento pelo arquivamento do inquérito deve ser acolhido sem que se questione ou entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal (Inq 223 AgR/BA, Pleno, Rel. Min. Oscar Corrêa, DJ 29/11/1985, p.21916; Inq 180/DF, Pleno, rel. Min. Djaci Falcão, DJ 31/08/1984, p.13933; Inq 41/RJ, Pleno, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 11/06/1976, p.04282; Pet 3927-1/SP, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 197, 16/10/2008, Inq 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, DJ 19/04/1991, Inq. 719/AC, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, unânime, DJ 24/09/1993; Inq. 851/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, unânime, DJ 09/04/1999).

situação que geralmente representa muitos desafios tendo em vista as denominadas sentenças estruturantes. A busca da justiça é arrostada pelo equilíbrio que medeia dois extremos: a “omissão cega” e a “hipertrofia judicial”.

O Ministro Celso de Mello delimitou os contornos do denominado princípio da reserva da administração:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredir o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.¹¹

No julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3343/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei do Distrito Federal que proibia a cobrança de assinatura básica nos serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia. Além de ressaltar que se tratava de competência legislativa da União (CF, arts. 21, XI e XII, 'b', e 22, IV), a Suprema Corte destacou que a legislação impugnada “ofendia a denominada reserva de administração, decorrência do princípio da separação dos poderes” (CF, art. 2.º).¹²

A denominada *reserva da administração* nem sempre socorre o intérprete quanto aos problemas decorrentes do controle judicial das agências, pois se trata de limitador da atuação do legislativo, nas esferas, federal, estadual, distrital e municipal.

Para alguns, entretanto, como Abram Chayes, os tribunais são menos suscetíveis à captura por interesses egoístas e mais capazes de promover uma discussão frutífera entre as partes relevantes do que as agências.¹³

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, em que o controle judicial é o mais amplo possível, a edição da Lei n.º 13.848/2019 que trata do aperfeiçoamento do processo decisório das agências deve ser saudada com ênfase, tendo em vista a intensa

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC ADIN 2.364-1/AL. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 01/08/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 14/12/2001.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3343/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Julgamento: 01/09/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 221, divulg. 21/11/2011, public. 21/11/2011, Ement. V. 2630, p.01.

¹³ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v.89, n.7, p.1284, maio 1976.

litigiosidade, principalmente em relação aos órgãos públicos. A deferência à *expertise* não obliterará, contudo, o acesso à justiça.

O presente trabalho analisa aspectos da intervenção judicial na atividade do Poder Executivo, especificamente, na atividade das agências reguladoras. A denominada “reserva da administração”, quando muito, pode servir de paradigma: se nem mesmo o Poder Legislativo, representante da soberania popular, poderia interferir, igual vedação se imporá ao Judiciário. Contudo, a tutela jurisdicional dos direitos assegurada pelo constituinte, por meio do devido processo legal, permite ultrapassar esse primeiro anteparo.

No que diz respeito especificamente ao chamado mérito administrativo, a jurisprudência igualmente tem preservado as prerrogativas dos órgãos do Poder Executivo.

O Superior Tribunal de Justiça, considerando o fundamento da violação ao princípio da separação de poderes, manteve o conceito de área local, definido pela agência para fins de fixação da tarifa de ligações telefônicas interurbanas. A Corte decidiu: “Conclui-se que *não havia espaço para a incursão do Tribunal de origem na seara atribuída à administração pública*, atitude esta que ultrapassou os limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes e violou as disposições da Lei n.º 9472/97”.¹⁴

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais também é realçada por Ingo Wolfgang Sarlet que ilumina a aptidão dos direitos fundamentais, além da perspectiva subjetiva, a fim de impor a “produção de efeitos jurídicos autônomos”, como condicionar a interpretação da legislação infraconstitucional, repercutir nas relações jurídicas privadas e cancelar o dever de promoção e proteção pelo Estado.¹⁵

Essas duas facetas dos direitos fundamentais assumem especial relevância quando se trata de analisar o controle judicial da atuação de órgãos reguladores. Nessas hipóteses, o Judiciário não se limita a sindicat os aspectos formais dos atos administrativos, ingressando na seara das opções concretas feitas pelo gestor público.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 973686/PR, 2007/0183785-0. Relator: Min. Humberto Martins. Julgamento: 15/09/2009. Órgão Julgador: 2.ª Turma. DJe 30.09.2009. (sem destaques no original).

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.143.

É vasta a doutrina, no que se refere ao mérito do ato administrativo e a sua proteção. Ao Judiciário, costuma-se asseverar, cabe o exame dos aspectos formais, salvo quando se tratar de ato plenamente vinculado, quanto ao conteúdo e à forma.

Na doutrina francesa, René Chapus justifica a impossibilidade de análise do mérito administrativo por razões técnicas, lembrando, como exemplos, a impossibilidade do juiz substituir o órgão competente da Comédia francesa para apreciar se uma obra teatral deve ou não figurar no repertório ou, ainda, substituir a autoridade de ensino na análise de equivalência de cursos ou a autoridade competente na classificação de terrenos agrícolas.¹⁶

Essa impossibilidade de ingressar no exame do conteúdo do ato é questionada principalmente quando se analisa o programa de políticas públicas, ou ainda, quando se trata da edição de uma norma regulatória, atacada sob o fundamento de ineficácia no enfrentamento dos desafios impostos pela realidade social.

Em casos limítrofes, a intervenção judicial se impõe a pretexto de salvaguardar o extenso rol de direitos fundamentais, assegurado pela Carta Magna. Dessa tarefa não pode abdicar um tribunal de ordem constitucional. A tutela constitucional do processo, assecuratória da tutela adequada, do direito de ação e da universalidade da jurisdição, amplia os limites de revisão judicial, exigindo uma manifestação do Poder Judiciário.

Admitida a ampla e praticamente ilimitada revisão judicial do mérito administrativo, postura que não se preconiza, a maior ou menor intervenção sobre os atos de outros poderes ficará sujeita apenas aos limites impostos pela *autocontenção judicial*.

Alguns críticos duvidam da *expertise* dos tribunais para supervisionar de forma eficaz a reestruturação de questões públicas. Mesmo que os tribunais estivessem suficientemente informados, esses críticos argumentam, seu poder parece muito estreito e muito raso para a nova tarefa: demasiado estreito porque os problemas das agências públicas estavam ligados a uma miríade de outras instituições e práticas sociais, enquanto o poder de um tribunal se estendia apenas às partes diante dele. Muito raso porque as atividades das agências dependem do *street-level* dos funcionários das

¹⁶ CHAPUS, René. **Droit administratif général**. 15.ed. Paris: Montchrestien, 2001. Tome I. p.1427.

agências muito abaixo do ponto de vista do tribunal, enquanto a autoridade dos tribunais opera principalmente contra os altos funcionários.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal tem admitido o questionamento dos atos normativos das agências reguladoras por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Num importante julgado, a Corte Suprema examinou a validade constitucional da **Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA n.º 14/2012**, ocasião em que examinou os contornos e limites da função normativa exercida pelas agências reguladoras.

Naquela ADI 4874/DF, o pano de fundo era a iniciativa da ANVISA de proibir a importação e a comercialização no país de produtos fumíferos derivados do tabaco que contenham substâncias ou compostos que define como aditivo.¹⁸

O voto da Relatora ressaltou que o **poder normativo** exercido pelas agências reguladoras tem seus **limites materiais** condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador.

No entanto, concluiu a Relatora Min. Rosa Weber:

Dotada a Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA n.º 14/2012 de **conteúdo normativo suficientemente primário**, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico pátrio ato normativo de grau hierárquico superior contemplando expressamente a proibição de utilização de aditivos em produtos fumíferos derivados do tabaco, resulta inviável reduzir a controvérsia, na espécie, a mero conflito de legalidade, sem estatura constitucional. Qualifica-se no ato normativo impugnado, ainda, pelos predicados de **autonomia, abstração, generalidade e imperatividade**, os quais lhe imprimem densidade normativa suficiente a credenciá-lo à tutela de constitucionalidade *in abstracto*.

Em suma, a possibilidade de controle judicial dos atos das agências é o mais amplo possível, sempre na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, que se encima na soberania da cidadania, bem como no pluralismo político e nos valores

¹⁷ SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v.117, n.4, p.1017, 2004. Disponível: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737>. Acesso em: 16 maio 2019. (No original: *Early critics doubted that courts had the necessary information to supervise institutional restructuring effectively. Even if the courts were sufficiently informed, these critics argued, their power seemed too narrow and too shallow for the new task: Too narrow because the problems of public agencies were linked to myriad other institutions and social practices, while a court's power extended only to the parties before it. Too shallow because the operations of the agencies depended on the street-level conduct of subordinates far below the court's view, while a court's direct remedial authority operated mainly against senior officials (and even then, only with severe limitations).*)

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4874/DF. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: Julgamento: 01/02/2018. Órgão Julgador: Plenário. Publicação: DJe 31/01/2018.

sociais do trabalho, da livre iniciativa e na função social da ordem econômica, à luz da Constituição da República.

3 Aperfeiçoamento no processo decisório das agências

A amplitude do controle judicial sobre os atos dos órgãos reguladores, não só na sua versão final, mas também no processo de sua formação, impõe algumas considerações de modo a não impedir o desempenho das missões essenciais dos órgãos e suas atribuições delegadas pelo legislador.

A atuação do órgão regulador é alvo de questionamentos quando não regula adequadamente e eficazmente uma atividade. Mesmo quando o órgão edita um ato regulatório, uma resolução normativa, ou quando tem a intenção de regular, pode sofrer a intervenção do controle judicial, provocado pelo destinatário, usuário ou agente econômico, cada vez mais legitimados a participar direta ou indiretamente da Administração Pública.

Com vistas a aperfeiçoar o processo decisório das agências reguladoras, foi publicada a Lei n.º 13.848 de 26 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.¹⁹

Trata-se de diploma normativo que, em termos gerais, vem ao encontro a antigos reclamos de aperfeiçoamento das agências e tem como escopos principais evitar o déficit democrático, a captura das agências pelo mercado, a falta de clareza nos procedimentos internos e a falta de controle social, verificados de maneira geral nos ordenamentos jurídicos que adotam o modelo de agências.²⁰

Moreno Molina sistematiza as críticas que comumente se faz ao modelo das agências: a) A regulação não pode ser realizada “fora” da política, pois toda intervenção na economia faz parte de um programa político. O isolamento da política pode ensejar o surgimento de uma tecnocracia, insensível aos problemas sociais; b) Na prática, por diversos fatores, nem sempre o ideal de “agência especializada” se torna realidade; c) A

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019. Diário Oficial da União, Edição 121, publicado em 26/06/2019, seção 1, p. 1.

²⁰ Sobre a incerteza nos julgamentos dos órgãos reguladores recomenda-se o artigo de Paula Farani de Azevedo Silveira e Paula Baqueiro: A jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícitos e metodologias de análise utilizadas, p 141. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.), **Mulheres no antitruste**, São Paulo: Editora Singular, 2018, pp.143-157.

especialização e a atuação setorial fazem com que as agências se identifiquem com o setor regulado, produzindo o fenômeno denominado “captura regulatória”; d) Déficit democrático diante da ausência de participação dos administrados nas decisões das agências.²¹

Em questões de regulação de serviços públicos ou de outras atividades econômicas o órgão técnico tem que fazer opções, decidir qual a melhor forma de prestar um serviço, qual a melhor tecnologia ou até mesmo qual a melhor forma de remunerar a prestação do serviço. É inegavelmente uma escolha motivada por questões técnicas. Diz-se, nesse caso, que a agência age com certa discricionariedade técnica, pois a celeridade e a continuidade do serviço não podem estar submetidas a todas as solenidades e vicissitudes dos trabalhos parlamentares.²²

A Lei nº 13.848/2019 em comento determina no art. 4.º que “a agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”.²³

Trata-se aí quiçá de verdadeiro chamamento à aplicação do princípio da proporcionalidade, motivo de muitas demandas judiciais quando se questiona as restrições aos direitos fundamentais para atingir objetivos regulatórios.

No art. 5.º, a mesma lei exige que a agência reguladora “indique os pressupostos de fato e de direito” que embasaram suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.²⁴

Por se tratar de órgãos técnicos, que recebem delegação do legislador, a legitimação não decorre da soberania popular mas de sua atuação, externada no escorreito procedimento, que deve estar exposto aos destinatários. A motivação dos seus atos deve estar disponível, quer para fins de controle judicial quer para fins de análise de instâncias formais ou mesmo de transparência do agir administrativo.

²¹ MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p.176.

²² Ver sobre o tema: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. p.47.

²³ Lei 13.848/2019: Art. 4.º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público. .

²⁴ Lei 13.848/2019: Art. 5.º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

A motivação, como lembra Mauro Sérgio Rocha, tratando da decisão judicial, é inteiramente aplicável às decisões das agências, “inicialmente dirigida às partes para que possam impugnar a decisão também é endereçada à comunidade, a qual pode e deve controlar o exercício dessa atividade (função extraprocessual)”.²⁵

Prossegue com o autor, lembrando que “a motivação pública impõe maior preocupação com o exercício do poder estatal, com repercussão natural sobre o conteúdo da decisão judicial: há até o constrangimento para eventuais ‘extravagâncias’; com o especial destaque ao trabalho crítico realizado pela doutrina”.²⁶

Outra alteração constante da mencionada lei que trará um significativo impacto na tomada de decisões pelas agências é a exigência de prévia Análise de Impacto Regulatório (AIR), metodologia que tenta prever os possíveis impactos de uma decisão nos interesses dos agentes econômicos, consumidores e usuários de bens e serviços regulados.²⁷

A ampliação da instrução no âmbito de um processo regulatório, no âmbito da agência, trará mais informações ao agente público evitando o que corriqueiramente acontece ao se ampliar a discussão apenas na seara judicial, sempre presente a constatação de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “Os poderes instrutórios do juiz são mais amplos do que os atribuídos a autoridade administrativa”.²⁸

Cabe destacar, por fim, a exigência contida no art. 9.º da Lei nº 13.848/2019, que obriga a submissão à prévia consulta pública das “minutas e as propostas de

²⁵ ROCHA, Mauro Sérgio. Devido processo legal: motivação das decisões judiciais. In: ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.); MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2017. p.178.

²⁶ ROCHA, Mauro Sérgio. Devido processo legal: motivação das decisões judiciais. In: ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.); MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2017. p.178.

²⁷ Art. 6.º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

²⁸ Sobre o tema o pioneiro trabalho de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, A prova o processo administrativo. (**Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.10, p.1-41, out./dez. 1970).

alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados”.²⁹

O legislador demonstra preocupação com a formação dos atos administrativos reguladores. Cria não somente uma obrigatoriedade de consulta, de certa forma já adotada de forma generalizada no direito administrativo, mas vai além. Obriga a agência disponibilizar no sítio na internet as “críticas e sugestões encaminhadas” (Art. 9.º, § 4.º) e especialmente apresentar o posicionamento da agência reguladora sobre as críticas e sugestões, no prazo de 30 dias.³⁰

As alterações constantes da nova lei contribuirão para o aperfeiçoamento do processo regulatório a cargo das agências reguladoras tornando suas decisões mais transparentes, facilitando o eventual controle judicial e aumentando o grau de deferência para com aquelas decisões.

4 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e possíveis efeitos na atuação regulatória

Após o exame de alguns pontos da Lei nº 13.848/2019 que veio a aperfeiçoar a produção de atos e normas regulatórios emitidos pelas agências passa-se análise (ainda que pontual) de importante diploma normativo que pode alterar significativamente o controle judicial dos atos das agências reguladoras.

Trata-se de recente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), especialmente quanto aos dispositivos que condicionam a atividade hermenêutica. Objeto de elogios e de críticas, a direção normativa foi inspirada por premissas de pragmatismo.

Numa retrospectiva de um passado recente, se preconizava uma postura de um juiz menos positivista, menos apegado ao texto da lei e que desse mais efetividade aos

²⁹ Art. 9.º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados.

³⁰ Art. 9.º, § 4.º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.

§ 5.º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

princípios e aos direitos fundamentais. A Constituição dirigente e a força normativa dos princípios fundamentavam a atuação judicial proativa. Nas obras de Canotilho e sua “constituição dirigente”^{31,32}, de Robert Alexy e a “força normativa dos princípios”³³ e Luhman com “a idéia do juiz como figura central do sistema jurídico”³⁴, muitos encontravam (emobra sob diferentes perspectivas) o fundamento para uma atuação judicial mais significativa e transformadora da sociedade.

A LINDB talvez seja tentativa de pelo menos chamar a atenção do julgador para os efeitos das decisões. Impactos das decisões judiciais passaram a ser a preocupação até mesmo dos cursos de formação de magistrados, constando no plano de ensino elaborado pelas escolas de magistraturas.

À abstração no exercício da atividade acadêmica não pode ser a insegurança jurídica experimentada pelos destinatários das decisões administrativas e judiciais, que exercem funções de revisão e controle. As amplas possibilidades interpretativas por si só não produzem a indesejável insegurança jurídica. Por outro ângulo, a amplitude de interpretação e o amplo acesso ao sistema judicial podem conduzir à solução que desorganize quadro regulatório de determinado setor ou desconstitua situações consolidadas com esperados prejuízos para os destinatários.

A interpretação das normas, no caso em exame, relativamente as normas regulatórias deve tem presente o substrato fático envolvido e os efeitos concretos da decisão revisora.

4.1 A Nova LINDB e seu relexo na interpretação dos atos do poder público

Como se sabe, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), anteriormente Lei de Introdução ao Código Civil, é um conjunto de normas sobre normas, disciplinando as outras normas jurídicas, de todos os ramos do

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e a vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p.11.

³² Como se sabe posteriormente, Canotilho anunciou a “morte da constituição dirigente” no prefácio da sua mesma obra provocando o desalento dos constitucionalistas brasileiros.

³³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.112.

³⁴ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Neumann e Vera Fradera. **Revista da AJURIS**, v.17, n.49, p.164, jul. 1990.

direito, quanto a: vigência e eficácia, conflitos no tempo e no espaço, critérios de hermenêutica e mecanismos de integração (analogia, costumes e princípios gerais do direito) e normas de direito internacional privado, o que justifica ser chamada de *Lex legum* ou normas de sobredireito.

No presente artigo, a análise será principalmente nas interpolações com o direito administrativo e com o direito regulatório. Efetivamente a lei trouxe significativa mudança na interpretação dos atos emitidos pelo poder público. Cria, sobretudo, normas a serem seguidas pelos juízes e por autoridades de controle e revisão. A segurança jurídica será o principal ganho. Não somente a segurança material e sim o sentido substancial da justiça.

O legislador faz uma distinção entre os atos administrativos e atos administrativos de controle, praticados pela própria Administração Pública. Deixa bem nítido, ainda, qual deve ser o escopo do ato judiciário de revisão dos atos administrativos, visando garantir a segurança jurídica e a eficiência na criação e aplicação do direito público, aí incluído o direito regulatório.

Abram Chayes já advertia que as ações judiciais envolvendo a interpretação do direito público afetam os interesses de muitas pessoas.³⁵ A dogmática processual civil tradicional, fulcrada no princípio da demanda e com forte viés privatista aliada a massificação das demandas, pode conduzir à ineficácia da atuação regulatória estatal ou à desorganização do quadro regulatório mantido e fiscalizado pela agência reguladora setorial.

Veja-se, a propósito, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal num caso envolvendo a regulação do transporte interestadual. Uma das partes pleiteava a suspensão de uma medida liminar alegando a invasão do Poder Judiciário na regulação reservada à agência reguladora (no caso a ANTT). Entre os temas discutidos na decisão encontram-se a concessão judicial para exploração de serviço público em concorrência com outra empresa já autorizada, a falta de licitação, risco aos programas governamentais de transporte e a falta de segurança.³⁶

³⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v.89, n.7, p.1281, maio 1976.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 357 AgR-terceiro/DF, Terceiro AG. Reg. na STA. Relator: Min. Cezar Peluso (Presidente). Julgamento: 02/08/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-164, Divulg. 02/09/2010, public 03/09/2010, Ementário Vol. 02413-01, p. 6.

É conhecida a posição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior

[...] Agora você aplica princípios. Na aplicação de princípios aparece alguma coisa nova [...] Mas para nós isso vira um problema sério porque a nossa idéia de aplicação ainda marcada pela cultura do código, é a aplicação voltada para a subsunção e quando eu entro com a figura da ponderação, a subsunção não se encaixa mais. Isso cria, inevitavelmente, uma espécie de clima de incerteza.³⁷

O tema, contudo, não pode ter sua complexidade simplificada. Nem fica imune à controvérsia.

O art. 20 da LINDB, incluído pela Lei n.º13.655/2018, dispõe: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá **com base em valores jurídicos abstratos** sem que sejam consideradas as conseqüências práticas da decisão”. A opção normativa foi nítida.

O parágrafo único vai além ao exigir que a decisão exponha a fundamentação que “demonstre a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma”. O desafio restou bem posto.

Eduardo Jordão sumariza com profundidade qual é o ponto nodal na interpretação de normas e atos regulatórios que muitas vezes provocam confronto entre as escolhas das agências reguladoras e as decisões proferidas pelo Judiciário em sede de controle:

Esta supervalorização do direito (como técnica para ou inventário de solução dos diversos problemas sociais) favorece os bacharéis em direito, os bacharéis em direito, problemática, por afastar soluções igualmente possíveis de acordo com outra leitura razoável do direito, bem como por minimizar o *input* de outras *expertises*.

Para os gestores públicos e as instituições administrativas, esta cultura jurídica idealizada e irrealista consiste num grande problema. Encarregadas de interpretar o direito para aplicá-lo ao caso concreto, veem-se posteriormente submetidos ao controle realizado por outras instituições. Como, a despeito da teoria em contrário, o direito é frequentemente indeterminado, não é raro que os órgãos de controle possuam interpretações diferentes da do administrador a propósito de qual seria a solução específica a ser adotada em determinado caso. E, com base nesta teoria idealizada e

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da interpretação da lei à interpretação do direito nas decisões judiciais. In: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. (Série Cadernos do CEJ, n. 30). p.66.

irrealista, mesmo que a interpretação da administração tenha sido razoável, acham que há espaço para anulações, suspensões, punições e repressões.³⁸

4.2 O dever judicial de fundamentar e ponderar os efeitos das decisões

O artigo 21 impõe a obrigatoriedade do intérprete “indicar de modo expresso” as consequências jurídicas e administrativas, e o parágrafo único determina que a autoridade indique desde logo as condições de regularização, de modo proporcional e equânime vedada a imposição de ônus e perdas excessivos.

Uma espécie de modulação está prevista no art. 23. Com racionalidade sistemática, a decisão judicial que alterar a interpretação de uma norma, impondo novo dever ou condicionante, chama para si o ônus de estabelecer um regime de transição.

Como se observa, o legislador buscou preservar a atuação administrativa ao mesmo tempo em que garante a segurança jurídica, evitando a inquietude decorrente do amplo acesso do poder Judiciário e os efeitos colaterais decorrente do processo civil, muitas vezes focado na solução de demanda individual ou de espectro menor mas com potencial de afetar a o equilíbrio de um setor relevante.

5 Algumas conclusões

A Lei nº 13.848 de 26/06/2019 busca aperfeiçoar as agências reguladoras e seu processo decisório, tornando-o mais transparente e permeável às contribuições, na medida em que obriga a consulta pública e as respostas às mesmas num determinado prazo, criando, ainda, a obrigatoriedade de uma fundamentação que considere também, os impactos regulatórios em cada setor, com vista aos interesse de agentes econômicos, usuários e consumidores dos bens e serviços. A par de favorecer a ampliação da legitimidade das agências a citada lei diminui o déficit democrático ao tempo em que dificulta a captura regulatória pelos setores econômicos regulados.

³⁸ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p.63-92, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 18 maio 2018.

Este aperfeiçoamento no atuar das agências complementarará a mudança no direito regulatório, subdivisão do direito público, já iniciada com a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Quanto a este ponto concorda-se com Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira quando afirmam: Estamos em diante de uma nova LINDB,

para um novo direito público: não só um Direito Público *atual* (gestão, políticas, consequencialismo, segurança), mas também *prospectivo* (das fontes legislativas, estáticas aos modelos dinâmicos estruturantes); *acolhedor* (cooperação, compreensão, respeito); *seguro* (estabilidade, previsibilidade, ausência de sobressaltos) e *eficiente* (resolver problemas e estabilizar soluções).³⁹

Um novo direito público, preocupado com as garantias constitucionais do cidadão, com a preservação do interesse e com a segurança jurídica está florescendo, cabendo a todos, cidadãos, agentes estatais, parlamentares e magistrados implantá-los.

Como já afirmado alhures, o processo hermenêutico deve ter como limite o ordenamento, e a atividade interpretativa também deve ser considerada um esforço por meio do qual se constrói o direito, permeando com justiça o caso concreto.⁴⁰

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p.243-274, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>>. Acesso em: 18 maio 2018.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. Jurisdição constitucional, dignidade e direitos fundamentais. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ADVOCACIA BRASILEIRA: em defesa dos direitos fundamentais: pilares da democracia, conquistas da cidadania, 22., 2017, São Paulo. **Anais...**, Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. p.60.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BERNSTEIN, Marver H. **Regulating business by independent Comission**. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1977.
- BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUSTEIN, Cass R.; SPITZER. **Administrative law and regulatory policy: problems, text and cases**. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e a vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CHAPUS, René. **Droit administratif général**. 15.ed. Paris: Montchrestien, 2001. Tome I.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v.89, n.7, p.1281-1316, maio 1976.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.
- FACHIN, Luiz Edson. Jurisdição constitucional, dignidade e direito fundamentais. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ADVOCACIA BRASILEIRA: em defesa dos direitos fundamentais: pilares da democracia, conquistas da cidadania, 22., 2017, São Paulo. **Anais...**, Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da interpretação da lei à interpretação do direito nas decisões judiciais. In: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. (Série Cadernos do CEJ, n. 30). p.62-68.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A prova no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.10, p.1-41, out./dez. 1970.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p.63-92, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 18 maio 2018.

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

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Neumann e Vera Fradera. **Revista da AJURIS**, v.17, n.49, p.149-168, jul. 1990.

MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p.243-274, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>>. Acesso em: 18 maio 2018.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

POSNER, Richard Allen. **A failure of capitalism: the crisis of '08' and the descent into depression**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2009.

ROCHA, Mauro Sérgio. Devido processo legal: motivação das decisões judiciais. In: ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.); MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni**. São Paulo: RT, 2017. p.169-192.

SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v.117, n.4, p.1015-1101, 2004. Disponível: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737>. Acesso em: 16 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; BAQUEIRO, Paula. A Jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2018. p.143-157.

SILVA, Fernando Quadros da. **Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.