

ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO



PALESTRANTE:

ARISTARTE GONÇALVES LEITE JÚNIOR
Procurador-Geral da ANTAQ
Advogado da União



TEMA:

IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO NO PROCESSO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO

I – PREÂMBULO

Antes de adentrar no cerne da questão do tema a ser debatido neste painel, incumbe-me tecer algumas considerações à respeito da finalidade e do conceito das Agências Reguladoras, a seguir expostos.



II – DA FINALIDADE

1. As Agências Reguladoras tem como premissa básica estabelecer regras e fiscalizar o seu cumprimento, pelo exercício de todas as atividades inerentes ao poder de polícia.
2. Desse modo, nos termos do art. 174 da Constituição Federal do Estado, como agente normativo e regulador, exerce, na forma da Lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
3. No âmbito do direito administrativo brasileiro pode-se afirmar que, dentre as atividades administrativas a cargo do Estado (serviço público, fomento, polícia e intervenção), a atividade regulatória abrange as três últimas, a saber, a polícia, o fomento e a intervenção no domínio econômico.



III – DO CONCEITO

4. A atividade de regulação, como não poderia deixar de ser, abrange o estabelecimento de regras de conduta e o controle, com o objetivo de proteger o interesse público, sendo certo que o seu conceito está afeto ao conceito do poder de polícia, pois é a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina de produção do mercado, ao exercício de atividade econômica dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.



IV – DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

5. As Agências Reguladoras quando do exercício da função regulatória devem sempre estar jungidas ao princípio da legalidade, não podendo, assim, inovar no mundo jurídico, tendo que observar a hierarquia das normas, inclusive a superioridade das normas regulamentares baixadas pelo Chefe do Poder Executivo.

6. A doutrina dominante inadmite a possibilidade das agências baixarem regulamentos autônomos, pois tal faculdade está afeta apenas ao Chefe do Poder Executivo, a teor do art. 84, inciso VI da Constituição Federal em que o Presidente da República tem competência para dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.



7. Não podem as agências, assim, baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se ao mínimo indispensável para preservar o princípio da reserva legal e o princípio da segurança jurídica.

8. É vedado, desse modo, as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constitui a própria razão da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de Direito.



V – DO PROCESSO REGULATÓRIO

9. Incumbe, dessa forma, às agências reguladoras, à medida que vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, baixar atos normativos para decidir esses casos concretos.

10. Do mesmo modo, em relação às concessionárias ou autorizatárias de serviços públicos, as agências assumem as atribuições próprias do poder concedente: fixam as regras de prestação do serviço, fazem licitações, celebram o contrato, controlam, aplicam sanções, rescindem o contrato, alteram unilateralmente as regras de prestação de serviços, sempre tendo presente que, se as alterações afetarem o equilíbrio econômico financeiro do contrato têm o dever de restabelecê-lo.



VI – DAS FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

11. As agências reguladoras justamente pela necessidade de serem titulares de funções públicas têm a natureza jurídica de autarquia especial e integram a administração indireta do ente político titular da competência descentralizada.

12. Assim, essas autarquias especiais foram criadas para regular atividades econômicas, a exploração privada de bens e serviços públicos concedidos à iniciativa privada e exercer sua autoridade por meio de funções de natureza normativa, executiva e judicante.



13. As funções executivas detidas pelas agências reguladoras se assemelham às atribuições dos órgãos da Administração Pública direta, no exercício do poder de polícia.

14. Por meio dessas funções, as Agências Reguladoras concedem, permitem e autorizam serviços e uso de bens públicos, expedem licenças, autorizam reajuste e revisão ordinária e extraordinária de tarifas de serviços públicos para manter o equilíbrio econômico e financeiro das outorgas.

15. Com efeito, no exercício da regulação dos serviços públicos, a agência reguladora terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros das outorgas deferidas, permitindo-se ou assegurando-se à Administração Pública a fiscalização das atividades desenvolvidas pelas concessionárias, permissionárias e autorizatárias.



16. Como é notório, por meio da norma se determina que certas condutas são obrigatórias, proibidas ou permitidas em face do Direito.

17. Como antes assinalado, as agências reguladoras devem exercer a função normativa por delegação legislativa, não podendo extrapolar o princípio da legalidade.

18. Pode-se, assim, inferir que as agências reguladoras têm o poder-dever de exercer uma função normativa secundária, desde que observadas as normas hierarquicamente superiores, haja vista que, entre nós, a função normativa primária é precípua do Poder Legislativo, sendo exercida de forma extravagante pelo Poder Executivo, seja por meio de medidas provisórias (art. 62 da C.F) ou delegação legislativa (art. 68 da C.F)



19. No tocante à função regulatória judicante, admitida por alguns doutrinadores, têm-se que a mesma é voltada para o futuro, de vez que envolve não só a regulação do mercado, mas também tem por objetivo a solução de conflitos entre os agentes regulados, buscando-se o equilíbrio entre os envolvidos, por meio de conciliação, mediação e arbitragem.

20. No concernente a arbitragem, a intervenção da agência reguladora, com poderes decisórios, consistirá no julgamento do conflito entre os agentes regulados, exarando e impondo uma decisão, contra a qual não caberá recurso na esfera administrativa.



VII – DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

21. A doutrina brasileira dominante é no sentido da impossibilidade de decisões judiciais adentrarem no chamado mérito administrativo, sendo, no entanto, muito tênue a linha divisória entre a legalidade, a melhor escolha técnica e a discricionariedade.

22. Assim, no direito pátrio, o controle judicial dos atos administrativos é unicamente da legalidade, mas nesse campo a revisão é ampla, em face dos preceitos constitucionais de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito (art. 5º, XXXV) ou ao patrimônio público (art. 5º, LXXIII).



23. Com efeito, diante dos mandamentos constitucionais nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial, seja ele de que categoria for (vinculado ou discricionário) e provenha de qualquer agente, órgão ou poder. A única restrição oposta é quanto ao objeto do julgamento (exame de legalidade ou da lesividade ao patrimônio público), e não quanto à origem ou natureza do ato impugnado.

24. O judiciário não poderá, assim, substituir a Administração em pronunciamentos que lhes são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, a qual é função específica da Justiça.



25. Qualquer que seja a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesse da coletividade.

26. Dentro desse prisma, o Controle Judicial das deliberações das Agências Reguladoras deve partir, inicialmente, do exame da legalidade do ato regulatório, analisando-se se o mesmo está eivado de arbítrio e se fora praticado em detrimento do texto constitucional.



27. Cabe, desse modo, afirmar que incumbe ao Poder Judiciário verificar, sob o prisma do controle judicial, se os atos exarados pelas Agências Reguladoras (deliberações, resoluções, acórdãos, portarias) atendem ao princípio da reserva legal e não afrontam os direitos individuais ou coletivos insertos no bojo do texto constitucional.

28. Por óbvio, as Agências Reguladoras não podem editar normas que contrariem a lei, sendo necessário o enquadramento dos atos normativos emanados por aqueles entes jurídicos no vigente texto constitucional.



29. Em acórdão proferido pela 2ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RESP nº 434303-PR, em julgamento do dia 05/09/2002, publicado em 30/09/2002, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon, colhe-se da ementa que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA pretendeu editar Resolução em plano superior ou em contradição à Lei nº 6.360/76, logicamente de hierarquia superior, o que foi rejeitado pelo Poder Judiciário.

30. A atuação das agências reguladoras deve observar os fins legais e os princípios de Direito Público e de Direito Administrativo que vêm reafirmar a legalidade dos atos praticados por essas entidades .



31. Desse modo, nos casos concretos em que suscitarem dúvidas acerca da decisão ideal adotada pela Agência Reguladora, e desde que esta se apresente como razoável e proporcional, a mesma não deve ser atacada pelo Poder Judiciário, não se podendo transferir a discricionariedade regulatória técnica da Agência para peritos indicados pelos magistrados.

VIII – CONCLUSÃO

32. Diante das funções conferidas às Agências Reguladoras, dotadas de autonomia administrativa, insubordinação hierárquica e independência técnica decisória, como reconhecido no Parecer nº AC-051/2001 da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, é indiscutível a legalidade do controle de seus atos pelo Poder Judiciário.



33. Nessa ordem de idéia, pode-se concluir que nos casos em que a Agência Reguladora identifica mais de uma possibilidade técnica, inicialmente satisfatória, adotando uma delas por meio dos critérios de conveniência e oportunidade, comprovados por meios científicos estará vedada ao Poder Judiciário a anulação do ato.

34. De outro giro, penso que, caso o Juiz anule uma decisão regulatória discricionária por inobservância, pelo agente emissor do ato, de elementos indispensáveis à sua conformação, o magistrado, a título de cautela, pode remeter o caso à Agência Reguladora, de modo a que essa mesma entidade profira nova decisão, isso sim, levando em consideração todos os aspectos que maculam o ato, apontados pelo Tribunal.



35. Dessa maneira, entendo que o Juiz somente deverá substituir a decisão administrativa caso demonstre, motivadamente, que à luz das regras do direito, só existe uma solução possível para o caso, o que equivale dizer que a decisão não é discricionária, mas vinculada.



FIM

ARISTARTE GONÇALVES LEITE JÚNIOR
Procurador-Geral da ANTAQ
Advogado da União

