

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional

Gabriela Villela de Andrade Vianna

Os Princípios da Proporcionalidade e da
Razoabilidade na ponderação de interesses em
decisões regulatórias

Brasília – DF

2011

Gabriela Villela de Andrade Vianna

Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na ponderação de interesses em decisões regulatórias

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Prof. Flávio Henrique Unes Pereira

Brasília – DF

2011

Gabriela Villela de Andrade Vianna

Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na ponderação de interesses em decisões regulatórias

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

**Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__,
com menção ____ (_____).**

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo primordial a análise de um processo que tramitou junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). O interesse se deu em decorrência da adequação da legislação buscada pelo Órgão Regulador com referência à sanção ao analisar peculiaridades do caso concreto. Para a compreensão do caso, apresentamos princípios que basearam a decisão final do caso pela Diretoria da Agência Reguladora. Um relato sobre a evolução do Estado e algumas considerações sobre as Agências Reguladoras Independentes no direito pátrio e no comparado auxiliam na construção da razão para a busca do resultado final do processo. A legitimidade da ponderação de interesses no caso concreto é avaliada também. A sanção prevista em legislação criada pelo próprio Órgão Julgador não foi aplicada em decorrência das consequências que trariam para o usuário. Com a busca pelo resultado menos prejudicial para o usuário, e levando-se em conta a gravidade da infração praticada, o Órgão Regulador buscou aplicar princípios constitucionais e legais para evitar sanções que poderiam criar um impedimento *de facto* da continuidade do serviço público de transporte.

PALAVRAS –CHAVE: estudo de caso – processo – ANTT – adequação – legislação- princípios constitucionais – evolução do Estado – Agências Reguladoras Independentes – ponderação de interesses – usuário – continuidade – serviço público - transportes

ABSTRACT

The following legal study has a primal goal the analysis of an administrative proceeding in course before the Ground Transportation National Agency (“ANTT”). The interest for such a proceeding arose from the decision taken by the Agency related to the sanction that would be otherwise applied against a particular company. For a better understanding of the case, it is presented not only the principles that grounded said decision, but also brief considerations regarding the Independent Regulatory Agencies in Brazil and abroad. The legitimacy of the balance of interests is also taken into consideration. The legal sanction set forth by the Regulatory Board itself was not adopted in this particular case in light of the undesirable consequences that it would bring to users. Based on that, the Agency sought guidance in constitutional and legal principles to avoid sanctions that could raise *de facto* barriers to the continuity of the public service (transportation).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. DESCRIÇÃO DO CASO.....	3
2. PONDERAÇÃO DE INTERESSES: JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO CASO CONCRETO	13
3. DA COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA REGULADORA PARA SOLUCIONAR A CONTROVÉRSIA	23
3.1 – A evolução até o “Estado Regulador”	23
3.2 – Apontamentos preliminares acerca das Agências Reguladoras Independentes: sua função no atual Estado Democrático de Direito	30
3.2.1 - Considerações preliminares	31
3.2.2 As agências reguladoras no direito comparado	33
3.2.3 As agências reguladoras no direito brasileiro.....	35
3.3 – Da Legitimidade da ponderação dos interesses no caso concreto pelas Agências Reguladoras	42
CONCLUSÃO.....	47
BIBLIOGRAFIA.....	49

INTRODUÇÃO

O trabalho que será apresentado trata-se de um Estudo de Caso oriundo de um processo administrativo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), em que uma permissionária de transporte rodoviário de passageiros ao realizar uma alteração contratual viola uma determinação contida em Resolução do Órgão regulador.

A sanção para infração praticada, de acordo com a legislação, é a declaração de inidoneidade. Com o recurso apresentado pela Empresa demonstrando peculiaridades da linha praticada, a penalidade foi convertida em multa, pois foram levados em consideração a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, e as circunstâncias agravantes e atenuantes. Mesmo assim, o valor determinado em tese pela Resolução da própria Agência Reguladora para multa, no caso concreto, se apresentou em montante que poderia comprometer a saúde financeira da empresa.

Tendo encontrado uma realidade diversa do que reza a sua legislação, a ANTT se viu na eminência de adequar suas normas ao caso concreto, se utilizando de princípios para aplicar uma sanção à infração praticada, de modo que não interrompesse o serviço, a fim de não prejudicar o atendimento ao usuário.

O presente estudo resta, pois, exatamente na alternativa encontrada pelo órgão regulador em substituir o tipo da penalidade à empresa, que deixou de aplicar norma própria que regulamenta a matéria, com base em princípios constitucionais e legais (ponderação de interesses). A relevância do estudo realizado se dá na alternativa encontrada pelo órgão regulador ao decidir pela penalidade à infração da permissionária, adequando a aplicação de normas ao caso concreto.

Foram utilizados ao longo da pesquisa análises bibliográficas e jurisprudenciais auxiliando na composição dos argumentos e do posicionamento da Agência Reguladora.

Abordaremos inicialmente no primeiro capítulo a descrição do caso concreto para que sejam observados detalhes do processo e para a sua inteira compreensão, oportunidade em que são também apresentadas as legislações aplicadas no caso.

No segundo capítulo, será abordado o juízo de razoabilidade e a proporcionalidade utilizado na análise do caso concreto. Neste capítulo será encontrada a forma encontrada pela Agência Reguladora para a solucionar a controvérsia.

Será analisada, ainda, a competência da Agência Reguladora em solucionar controvérsias, e para isso será feita uma narrativa da evolução do Estado Regulador e do Direito Regulatório em si, fenômeno relativamente recente na cultura jurídico-constitucional brasileira.

Será abordada, ainda, uma breve análise do direito comparado e do direito brasileiro, que confere às Agências Reguladoras um conjunto de prerrogativas antes inexistentes no ordenamento jurídico pátrio, que merecem ser abordados para auxiliar a compreensão da decisão do caso concreto apresentado.

Ao final será apresentada uma avaliação quanto à competência da Agência Reguladora em solucionar os conflitos oriundos dos casos concretos e que não estão previstos expressamente na legislação aplicável, o que acaba por obrigar o regulador a ajustar a aplicação da legislação à situação fática do caso concreto.

O estudo que será apresentado tem a importância em demonstrar a possibilidade de se adequar a aplicação de uma penalidade prevista em conformidade com a realidade dos fatos de forma que o Órgão Regulador possa cumprir seu papel institucional dentro do arcabouço jurídico-regulatório brasileiro, que vai além da simples aplicação da legislação.

1. DESCRIÇÃO DO CASO

Trata-se de um processo administrativo tramitado na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), tendo como parte a empresa de transporte rodoviário interestadual de passageiro sob sua fiscalização, Viação Penedo Ltda.

O fato que gerou o processo administrativo objeto dessa dissertação teve início em 16 de março de 2005, quando a Superintendência de Regulação Econômica e Fiscalização Financeira (SUREF) da ANTT expediu o Ofício-Circular nº 002/2005/SUREF/ANTT, encaminhando a todas as empresas de transporte rodoviário interestadual e internacional sob sua fiscalização para manifestação. Referido ofício informava que, em decorrência de fiscalizações econômico-financeiras realizadas pela citada Superintendência ao longo do ano de 2004, restou constatado que algumas permissionárias de serviço público de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros estariam implementando alterações em seus Estatutos Sociais e/ou Contratos Sociais sem prévia anuência de que trata a alínea “a” do art. 2º., da Resolução ANTT nº 233¹

Naquela ocasião, foi esclarecido que a alteração do referido ato societário configuraria infração relativa ao aspecto econômico-financeiro concernente à atividade de prestação de serviço público de transporte rodoviário interestadual de passageiros, estando sujeito o eventual infrator à penalidade pecuniária no valor de 50.000 (cinquenta mil) vezes o coeficiente tarifário vigente para o serviço convencional com sanitário, em piso pavimentado.

Assim, em resposta ao citado Ofício-Circular nº002/2005/SUREF/ANTT, a Empresa encaminhou para a citada Superintendência petição que foi protocolada sob o nº50500.039946/2005-16, esclarecendo a alteração promovida em seu contrato social, justificando, naquela oportunidade, as razões de fato que ensejaram o ato.

Não obstante a elaboração da mencionada petição, foi expedida pela Comissão de Processo Administrativo, em 28 de abril de 2005, a Notificação de Infração.

¹ Art. 2º Constituem infrações relativas aos aspectos econômicos-financeiros das atividades de que se trata o art. 1º desta Resolução, dentre outras, as seguintes condutas:

- a) alterar o Estatuto Social ou Contrato Social sem prévia anuência da ANTT;
- b)

A 4ª. Alteração contratual (fls. 67/70) do processo principal indica que a sociedade, de caráter familiar, tinha como únicos sócios marido (Mario de Souza) e mulher (Edna Buffani de Souza), com, respectivamente, 80% e 20% de quotas representativas do capital social.

Com a 5ª. alteração contratual, datada de 02 de junho de 2004 (fls.20/25), aumentado o capital social, os cônjuges sócios cederam as respectivas participações às suas filhas, Márcia Aparecida de Souza e Talita Marcelli de Souza. Nos termos da cláusula 5ª. daquele contrato, o capital social ficou dividido igualmente entre as novas sócias – 50%, com a direção da sociedade tendo sido entregue isoladamente à sócia Talita Marcelli de Souza, conforme cláusula 7ª., *caput*.

Na petição de esclarecimento, foi informado que os sócios-cônjuges por mais de 36 (trinta e seis) anos foram responsáveis pela organização, gerenciamento e representação da sociedade de propriedade familiar, e trouxe ao processo instrumentos particulares de mandato que demonstravam que as filhas dos sócios sempre participaram ativamente da empresa, tendo, inclusive, sido responsáveis pelo gerenciamento desta em diversas oportunidades. Todavia, com o rompimento de fato do matrimônio entre os sócios da empresa VIAÇÃO PENEDO LTDA, os sócios promoveram a transferência do capital da empresa a suas filhas, promovendo a indispensável alteração de seu contrato social em 13 de julho de 2004, tudo conforme as leis comerciais vigentes em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Com a Notificação de Infração exarada pela ANTT, a empresa foi informada da instauração de processo administrativo simplificado com vistas a apurar suposta infração aos art. 27, *caput* da Lei nº8.987 (Lei das Concessões)², de 13 de fevereiro de 1995, e art. 2º, alínea “a” da Resolução ANTT nº nº233, de 25 de junho de 2003.

Instada a se manifestar, a empresa protocolizou perante a Agência Reguladora nova petição elucidando, uma vez mais, os motivos ensejadores da alteração em seu contrato social, além de fornecer novos dados solicitados pela entidade autárquica, através de sua Superintendência de Regulação Econômica e Fiscalização Financeira – SUREF.

² Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Após analisar as petições e documentos apresentados pela Empresa, a SUREF encaminhou à empresa nova Notificação de Infração, datada de 30 de maio de 2005, informando que o processo administrativo nº50500.039946/2005-16, que até então seguia o rito simplificado, conforme os preceitos do art. 64³ da Resolução nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, fora convertido em processo administrativo ordinário, de acordo com o que dispõe o §2º.⁴ do indigitado artigo.

Através dessa nova Notificação, a SUREF afirmou que a empresa teria efetivada a transferência da permissão sem obter a anuência prévia do poder concedente, o que configuraria infração aos arts. 27, caput, da Lei nº8.987, 30, §§ 1º.e 2º.da Lei nº10.233/2001⁵ e 9º do Título VII da Resolução ANTT nº18/2002⁶.

A empresa apresentou defesa às fls. 84/112, demonstrando que a única linha da empresa, Resende (RJ) – Bananal (SP), (prefixo nº 07-1166-20), objeto do procedimento administrativo, não seria uma linha comum, exercendo uma verdadeira função social, de suma importância para seus usuários carentes. A empresa juntou fotos da linha em que demonstrava as péssimas condições do trecho rodoviário explorado, que passa por dentro de fazendas da região atendendo, na sua maioria, trabalhadores rurais. Ainda na defesa argumentou-se quanto aos aspectos de eficiência e continuidade no atendimento aos usuários e apresentou-se informações relevantes quanto à linha explorada pela Viação Penedo, sem contar no fato de que as sócias Márcia Aparecida de Souza e Talita Marcelli de Souza já exerciam a administração de fato da empresa antes mesmo da alteração contratual.

³ Art. 64. As infrações puníveis com as penalidades de advertência ou multa poderão ser apuradas mediante Processo Administrativo Simplificado (PAS)

⁴ §2º. Se no curso do PAS a autoridade processante verificar a ocorrência de outras infrações, puníveis com penalidades diversas daquelas previstas neste artigo, proporá à autoridade superior competente a instauração de processo administrativo ordinário.

⁵ Art. 30. É permitida a transferência da titularidade das outorgas de concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29.

⁶ Art. 09. A infringência às disposições deste Título sujeitará a transportadora à penalidade de declaração de inidoneidade, nos termos do inciso III, art. 06 do Decreto n. 2521 de 1990 (atualmente revogado pela Resolução nº 1445 de 05/05/2006)

Com isso, buscou-se demonstrar a inadequação da legislação vigente para disciplinar o caso concreto. Em um juízo de proporcionalidade, princípio implícito no texto constitucional brasileiro, a aplicação da penalidade de inidoneidade ou caducidade não serviria ao interesse público.

Após a Defesa, foi apresentado o Relatório da Comissão de Processo Administrativo, em que opinou pela aplicação de declaração de inidoneidade à permissionária em face do disposto nos artigos 23⁷ e 86⁸ do Decreto nº2521/98, a vigorar pelo período de 2 (dois) meses. Alertou, ainda, que a Diretoria seria soberana por caso entendesse, em proceder à conversão da aplicação da penalidade.

O Superintendente de Regulação Econômica e Fiscalização Financeira, em despacho de fls. 167 direcionado para a Diretoria, entendeu pela possibilidade da conversão da penalidade de declaração de inidoneidade por outra, todavia tal medida careceria de decisão da Diretoria Colegiada que indicaria qual penalidade seria mais razoável a ser aplicada, para que fosse observado o interesse público da continuidade da prestação do serviço e sugerindo que fosse ouvida a Procuradoria Geral Federal da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

A Procuradoria-Geral Federal da ANTT proferiu o Parecer/ANTT/PRG/DRT nº 0276 – 3.5.8.1/2006 alertando para o fato de que embora a Comissão Processante tenha sugerido a aplicação da pena de declaração de inidoneidade pelo prazo de 2 (dois) meses, tal sugestão não vincularia eventual decisão da Diretoria da ANTT, que tem competência para estabelecer o prazo de vigência da pena de declaração de inidoneidade, respeitando o limite legal de até cinco anos, conforme comina o parágrafo único, do art. 78-I, da Lei nº10.233 de 2001⁹. Ressaltou, ainda, em seu parecer, que com a declaração de inidoneidade à Empresa dar-se-ia a caducidade de sua linha, sugerindo que fosse feita consulta à Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros – SUPAS para que informasse acerca da existência, ou não, de empresas que atendam ao mercado em que a VIAÇÃO PENEDO LTDA. opera, a fim de se evitar

⁷ Art. 23. É vedada a transferência dos direitos de exploração dos serviços e do controle societário da transportadora, sem prévia anuência do Ministério dos Transportes.

⁸ Art. 86. A penalidade de declaração de inidoneidade da transportadora aplicar-se-á nos casos de: III – infringência aos artigos 22 e 23 deste Decreto

⁹ Art. 78-I. A declaração de inidoneidade será aplicada a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação ou a execução de contrato. Parágrafo único. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não será superior a cinco anos.

eventual deficiência no atendimento e conseqüentemente prejuízo aos usuários dos serviços em questão.

Às fls. 180, a supra mencionada Superintendência informou que a VIAÇÃO PENEDO LTDA. possui um serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros, qual seja, Resende (RJ) – Bananal (SP), prefixo nº 07-1166-20, bem como **ser a única empresa a operar entre essas localidades.**

Após a informação prestada, a SUREF, através de seu Superintendente, apresentou Despacho (fls. 186/189) opinando pela aplicação da penalidade de caducidade da permissão, que será aplicada diretamente na linha objeto do processo, por força do art. 27 da Lei nº 8.987/1995. Propôs a aplicação da penalidade sugerida à Diretoria Colegiada, em atendimento ao que dispõe o art. 26, VI do Regimento Interno da Agência, destacando que, nos termos do art. 4º da Resolução nº233, com alteração feita pela Resolução nº579, da ANTT, a Diretoria poderia converter a aplicação da penalidade nos seguintes termos:

Art. 4º. Nos casos em que houver previsão legal para a aplicação da pena de suspensão, cassação, decretação de caducidade da outorga ou declaração de inidoneidade, a Diretoria da ANTT poderá, alternativamente, aplicar a pena de multa, considerando a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica.

Por fim, o despacho ressaltou que caso a Diretoria da ANTT declarasse a caducidade da linha Resende (RJ) – Bananal (SP), **seria imprescindível a instauração dos procedimentos necessários para a autorização emergencial da prestação de serviço no referido trecho.**

Após enviado relatório do processo para a Diretoria (fls.191/193), o Diretor responsável pelo processo solicitou Diligência nº004/DGR/ANTT, questionando sobre eventuais alternativas no sentido de não restar afetada a regular prestação dos serviços.

Através de Nota nº3123/2006/GERPA/SUPAS/ANTT (fls. 226), a SUPAS informou que apesar de não existir outra linha regular ligando diretamente as localidades de Resende (RJ) – Bananal (SP), os usuários poderiam ser atendidos

através da integração da linha intermunicipal Barra Mansa (RJ) – Resende (RJ) (distância de 37 km), com os seccionamentos das linhas interestaduais Barra Mansa (RJ) – Bananal (SP), prefixo nº 07- 0297-20 e Barra Mansa (RJ) – Bananal (SP) via Rancho Grande (SP), prefixo nº 07-1209-20 da empresa Colitur Transportes Rodoviários Ltda., conforme Quadro de linha e percursos anexados na Nota.

Novamente, o Diretor solicitou informações (fls. 232/233) agora ao Procurador Geral questionando a penalidade sugerida pela Comissão. Alega que a Comissão reconhece a inexistência de danos à prestação do serviço e aos usuários e ainda as circunstâncias atenuantes motivadoras da operação, reconhecendo as atenuantes previstas no art. 4º da Resolução 579 e da Lei 10.233/2001 em seu art. 78-D, **que determina considerar na aplicação da sanção a natureza e gravidade da infração os danos resultantes para o serviço**. Afirma ainda que, a Comissão não apontou nenhuma vantagem auferida pelo infrator, o que proponderia a circunstância atenuante. **Indagou que ao partir da premissa da ausência de agravante, não lhe parecia razoável que a empresa tivesse a maior punição que é a caducidade da permissão**. Lhe pareceu ainda que, seria contraditória a conclusão da Comissão ao reconhecer circunstâncias atenuantes e propor a declaração de inidoneidade que implica na caducidade da permissão, a pena de maior gravidade para o detentor da permissão. Com essas ponderações, solicitou a consulta à PRG, se a aplicação da penalidade mais severa não afrontaria o art. 78-D¹⁰ da Lei 10.233/2001 e também se a declaração de inidoneidade proposta estaria em consonância com o art. 78-I¹¹ da mesma Lei.

Novo parecer da Procuradoria veio ao processo às fls. 234/237, sobre o questionamento quanto à aplicação do art. 78-D da Lei nº10.233 de 5 junho de 2001. Em seu corpo defendeu que na aplicação da sanção, cabe considerar não só a letra fria da lei, mas a efetiva ocorrência de dano a terceiros ou prejuízo ao usuário do serviço

¹⁰ Art. 78-D. Na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica.

¹¹ Art. 78-I. A declaração de inidoneidade será aplicada a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação ou a execução de contrato. Parágrafo único. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não será superior a cinco anos.

público de transporte de passageiros, a existência ou não de registros sobre qualquer conduta antecedente em desabono à empresa no desempenho de suas atividades, atentando, sempre, para o sentido teleológico da pena que é o de educar o infrator e não somente punir por punir, em conformidade com a Teoria Finalística adotada pelo Código Penal Brasileiro, e, por fim, o reflexo da aplicação da penalidade no interesse das comunidades servidas, circunstâncias que militam, sem dúvida, em prol de empresa infratora, como condições atenuantes.

Foi ressaltado também que **a ANTT observando o princípio da proporcionalidade** entre a gravidade da falta e a dosimetria da sanção, insculpido no art. 78-D, da Lei nº10.233, de 2001, mediante o art. 4º da Resolução nº 233, de 2003, alterado pela Resolução nº579, de 2004¹², estabeleceu que nos casos de decretação de caducidade da outorga, ou declaração de inidoneidade a Diretoria da ANTT poderá alternativamente aplicar a pena de multa considerando a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica. Por fim, em seu parecer a Procuradoria declarou que a Diretoria poderia decidir favoravelmente à conversão da penalidade de caducidade em multa, em conformidade com a legislação citada.

¹² Art. 4º Nos casos em que houver previsão legal para aplicação da pena de suspensão, cassação, decretação de caducidade da outorga ou declaração de inidoneidade, a Diretoria da ANTT poderá, alternativamente, aplicar a pena de multa, considerando a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica

§ 1º Nos casos em que a infratora é empresa permissionária, o valor da multa será de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), considerando-se como valor de referência o resultado da soma do valor mínimo da multa com o valor de R\$0,000036 (trinta e seis milionésimos de real) por unidade de passageiro-quilômetro transportado no(s) serviço(s) atingido(s) pela sanção convertida, no período de um ano, mediante a seguinte fórmula:

$$M(P) = 20.000,00 + 0,000036 \cdot P$$

onde: M(P) = valor básico de referência da multa em R\$;

20.000,00 = valor mínimo da multa em R\$;

0,000036= acréscimo por unidade de passageiros-quilômetro por ano em R\$/pass-km; e

P = quantidade de passageiros-quilômetro por ano em pass-km.

Nesse conseqüente, foi calculado o valor da multa pela SUREF, no montante de R\$ 20.039,01 (vinte mil, trinta e nove reais e um centavo), conforme determina o §1º do art. 4º. da Resolução 579, de 16 de junho de 2004. O referido valor foi obtido tendo sido utilizado os dados de passageiros – quilômetros transportados pela permissionária -, e o valor mínimo da multa em Reais, ou seja, 20.000,00.

Através da Deliberação nº 437/06, o Diretor-Geral deliberou que fosse aplicado a penalidade de caducidade da Linha em questão por infração ao art. 27 da Lei 8987 e converter em multa no valor de R\$ 20.039,01.

A ANTT através do ofício nº690/SUREF, comunicou à Permissionária a imposição de multa no valor de R\$ 20.039,01, a título de pena pecuniária pela promoção da alteração de sua composição acionária sem a prévia anuência do ente regulatório, cabendo Recurso no prazo de 10 dias.

A empresa apresentou seu pedido de reconsideração às fls. 262/278, com o fim de demonstrar que a multa aplicada à Permissionária, em balanço à realidade da empresa e de sua linha não encontrava a devida proporcionalidade. Alega que a linha objeto do procedimento administrativo exerce função social para os usuários carentes. Concorda com a penalidade aplicada – multa – ter sido adequada e razoável dada a falta de gravidade da modificação acionária promovida – não justificando a aplicação da penalidade de caducidade, todavia o valor arbitrado pela ANTT não teria observado algumas peculiaridades da empresa e as características da linha. Ponderou-se que não estaria questionando a forma da penalidade aplicada, mas tão somente o montante estipulado.

Apontou a desproporcionalidade da multa aplicada e confiscatória. Demonstrou que, de forma exemplificativa, no trimestre de julho, agosto e setembro de 2006, a empresa obteve, respectivamente, faturamento de R\$ 8.246,80, R\$10.420,25 e R\$ 9.787,55, fato que nem o somatório do faturamento total de dois de qualquer desses meses seria capaz de cobrir o valor da multa aplicada pela ANTT. Alegou ainda que, a empresa teria um gasto mensal em torno de R\$ 9.142,08, considerando gastos fixos e variáveis, demonstrando que em alguns meses a empresa tem prejuízos, uma vez que os gastos superam seu faturamento. Demonstrou, assim, que a multa de R\$ 20.039,01, embora hipoteticamente justa, no caso da VIAÇÃO PENEDO LTDA., a mesma é, além

de desproporcional, confiscatória, vez que o seu pagamento inviabilizaria o faturamento da empresa em de mais de 2 meses. Apontou-se que a empresa também tem custos com o conserto das estradas, levando além de material, mão de obra para a viabilidade do trajeto. Citou-se a Lei federal nº9784 que regula o processo administrativo em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI¹³, que deve ser obedecido pela Administração Pública o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a adequação entre meios e fins, vedando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior às estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Requereu-se, por fim, a redução do valor da multa tendo em vista as peculiaridades e realidades da empresa e da linha em questão.

A PRG, em seu Parecer/ANTT/PRG/CAH/Nº 0109-3.8.4.3/2007 (fls. 286/296) em revisão ao processo com fundamento no que dispõe o art. 65, caput, da Lei nº9784/99¹⁴, entendeu a mesma ser justificável e até necessária. Alegou que a circunstância relevante a justificar a inadequação da sanção aplicada é a incompatibilidade entre o valor da multa e a realidade econômico-financeira da permissionária, espelhada pelo seu faturamento mensal. A incompatibilidade decorreu da norma regulamentar que fixa um valor mínimo da multa e a fórmula de cálculo de seu valor final. Entende, ainda, que a norma mostra-se imperfeita e inadequada por ignorar a realidade, tendo em vista que algumas empresas podem ter faturamento inferior ao valor mínimo previsto para a sanção pecuniária, **ocorrendo assim a necessidade de adequação entre meios e fins**. Por fim, propôs a revisão do processo, de ofício, para que seja revogada a decisão punitiva, devendo ser aplicada

¹³ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público

¹⁴ Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

outra penalidade, com fundamento no art. 78-A¹⁵, caput, da Lei 10.233. Objetivamente, afirmou que a penalidade a ser aplicada deverá ser a de advertência (art. 78-A,I), considerando-se a determinação do §1º do art. 78-F¹⁶, da mencionada lei e a inexistência de previsão de multa para ocorrências da espécie.

Após, o Processo foi levado à Diretoria que revogou a Deliberação nº437 de 21 de novembro de 2006, que aplicava a multa de R\$ 20.039,01, e aplicou a penalidade de ADVERTÊNCIA à Viação Penedo Ltda. em substituição à pecuniária, alegando o princípio da proporcionalidade ante a gravidade da falta e a intensidade da sanção. (fls. 306/307). Às fls. 308 foi apresentada a Deliberação nº 095/07 com a decisão da Diretoria, e às fls. 309, publicado no Diário Oficial da União.

Por fim, cabe lembrar que, nestes casos, inexistia previsão legal para a penalidade de ADVERTÊNCIA, sendo a regra a penalidade de caducidade e a exceção a de natureza pecuniária. A aplicação de advertência, em substituição à pecuniária, decorreu do reconhecimento da própria Agência Reguladora que, no caso concreto, as normas aplicáveis não seriam adequadas – sob um juízo de razoabilidade/proporcionalidade - para disciplinar a matéria.

¹⁵ Art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal:
I - advertência

¹⁶ § 1º O valor das multas será fixado em regulamento aprovado pela Diretoria de cada Agência, e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

2. PONDERAÇÃO DE INTERESSES: JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO CASO CONCRETO

A Agência Reguladora, após conclusão do processo administrativo, decidiu através de sua Diretoria Colegiada pela penalidade de advertência à Empresa, tendo prevalecido os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao levar em consideração o nível de gravidade da infração cometida, a arrecadação da empresa, bem como a função social da linha. Foi levada em consideração a inviabilidade técnica de outra empresa prestar o atendimento da linha, o que traria prejuízo ao usuário. Nesse caso, o usuário de transporte que era atendido pela empresa seria o mais atingido, caso fossem aplicadas as sanções reservadas na Legislação.

A seriedade da empresa em atender seus usuários com eficiência, além do respeito à legislação e a segurança das pessoas transportadas, foi demonstrado no decorrer do processo administrativo, e em todo período em que a Empresa veio exercendo o serviço público de transporte de passageiros, não houve qualquer autuação por parte do Órgão Regulador, demonstrando assim que operava seus serviços de acordo com a legislação.

Todavia, a infração foi cometida e demonstrada, e isso gerou a necessidade de haver uma sanção. As sanções administrativas têm por objetivo proteger o interesse público, disciplinando a vida em sociedade, razão pela qual o administrador não pode se furtar em aplicá-las. Trata-se de poder-dever do agente público e como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello “sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido”.¹⁷

Assim, concluímos que a competência sancionadora da Administração Pública é vinculada, ou seja, ocorrendo infração administrativa o agente não pode deixar de aplicar a penalidade, em busca de uma função pedagógica e preventiva, visando

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.71

desestimular comportamentos ilícitos. Todavia existe a necessidade que os administrados compreendam exata e previamente o quê está proibido, e bem assim a correspondente sanção a ser aplicada, na hipótese de vir a realizar a conduta desabonadora. Isso significa para o Direito Administrativo o Princípio da Tipicidade que é, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro: “*o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados*”.¹⁸

A sanção para no caso da infração cometida pela Empresa seria a declaração de inidoneidade, todavia com as características da linha, que tinha como principal fim o atendimento a usuários, e a ausência de outra empresa que pudesse atender aquela população, e tendo sido levado em consideração a gravidade da infração, foi proposta a substituição da pena pela aplicação de multa. Todavia, ao ser feito o cálculo da multa que seria aplicada a empresa, o valor teria ficado muito superior à realidade da empresa, que demonstrou de forma contábil que, a multa era desproporcional ao faturamento da mesma. Dessa forma, mais uma vez a sanção teve que ser adequada pelo Colegiado da Agência Reguladora, de forma a se tornar proporcional e razoável, transformando em uma advertência à Empresa pelo cometimento da infração, alegando o princípio da proporcionalidade ante a gravidade da falta, e a intensidade da sanção.

O Órgão Regulador diante de uma situação fática, em que o cumprimento de sua legislação não seria razoável, de forma que a sanção ao atingir a empresa permissionária, traria danos irreparáveis ao usuário que restaria sem a prestação do serviço. Tanto a aplicação da inidoneidade quanto a aplicação da multa, que resultaria na inviabilidade de continuação do serviço tendo que recolher tamanha quantia ao Órgão Regulador, trariam para o usuário a descontinuidade do serviço prestado, deixando aquela população específica sem qualquer outro tipo de transporte público.

Nessa situação em que a aplicação da sanção não traria qualquer benefício aos envolvidos, ou melhor, TODOS de alguma forma seriam prejudicados, inclusive a própria ANTT tendo em vista que naquele momento não teria como dar continuidade ao

¹⁸ *Direito Administrativo*. p.190

serviço aos usuários, a Agência Reguladora baseada em sua Resolução n. 233/03, com alteração feita pela Resolução n.579/04, deixou de aplicar a Lei Federal n. 8987/95 que implicaria em caducidade da concessão, dando uma adequação ao caso concreto.

A propósito o Prof. Flávio Henrique Unes Pereira, discorrendo acerca da decisão correta e adequada, leciona que a mesma deve observar o caso por completo e suas peculiaridades. Em textual:

Conclui-se que a decisão correta ou adequada emerge da consideração de todas as peculiaridades do caso, as quais são apontadas pelas partes, por meio de um processo desenvolvido em contraditório que se vincula ao paradigma de Direito vigente. A legitimidade da decisão correta não reside, por conseguinte, no “juízo” do julgador, simplesmente.¹⁹

Além da observância do caso de forma completa e ponderando as suas consequências ao aplicar determinada norma, outra questão importante que deve ser levada em consideração é sua adequação e validade, que para Klaus Günther representam um determinado aspecto de imparcialidade. Dessa forma, ressalta Flávio Pereira,

[...] a existência das consequências e dos efeitos colaterais, previsivelmente resultantes da observância geral de uma norma, para que os interesses de cada um individualmente possam ser aceitos por todos em conjunto, operacionaliza o sentido universal –recíproco da imparcialidade, enquanto que, complementarmente a isto, a necessidade de que, em cada uma das situações de aplicação, considerarem-se todas as características, operacionaliza o sentido aplicativo. Ao combinar ambos os aspectos entre si, aproximamo-nos do sentido completo de imparcialidade, como se fosse por caminhos bifurcados. (PEREIRA apud GÜNTHER, 2004, p.70-71)²⁰

Hans Kelsen citado por Pereira sobre a tese da discricionariedade do julgador, conclui que:

[...] interpretar uma lei não conduz necessariamente a uma solução como sendo a única correta, mas, possivelmente, leva a várias soluções, aferidas somente em confronto com a norma a ser aplicada, mesmo se considerando que apenas uma única delas se torna, no ato da decisão judicial, Direito positivo. Dizer que uma decisão judicial é baseada numa lei apenas significa, na verdade, que a decisão é uma das normas individuais possíveis dentro da moldura da norma geral, e não que aquela seja a única norma individual possível.²¹

Ainda segundo Pereira,

¹⁹ *Sanções Disciplinares*, p.36

²⁰ *Id. ibid.*, p.70-71

²¹ *Id. ibid.*, p.34

[...]o modo de como o julgador chega a fixação da sanção é, assim, vinculado aos fatos e peculiaridades de cada caso concreto, os quais devem ser (re)construídos no decorrer do devido processo administrativo disciplinar, mediante a participação dos envolvidos, ou seja, no discurso de aplicação das normas.²²

Embora Pereira trate de sanção disciplinar em seu estudo, considero que seja aplicado a sanções administrativas *latu senso*.

Sendo assim, podemos dizer que o Órgão Julgador poderá escolher entre as possíveis hipóteses de decisão, sem que haja uma única hipótese correta se utilizando assim do poder discricionário para que se adeque ao caso concreto.

De pronto, convém recordar que com o advento da nova ordem constitucional, o instituto do **devido processo legal** e, em seu bojo, o da **razoabilidade e da proporcionalidade dos atos do Poder Público**, foram alçados em princípios da organização política e em direitos constitucionais dos administrados oponíveis ao Estado e seus agentes.

Nesse diapasão, impende destacar que a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece a imperiosidade de adequação entre meios e fins, de modo que seja vedada ao Administrador Público a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. É o que dispõe o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, *in verbis*:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

É de se asseverar que a Agência Reguladora de Transportes Terrestres, em consonância com a Lei 9.784/1999 acima transcrita, positivou em ato infralegal a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na condução dos

²² *Id.Ibid.*, p.87

processos administrativos sob sua responsabilidade. É o que dispõe o art. 1º, §2º, da Resolução nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, *in verbis*:

Art. 1º O processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização rege-se pelas disposições das Leis nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, pelas regras deste Regulamento e demais normas legais pertinentes.

§ 2º Na condução dos processos administrativos de que trata este Regulamento a ANTT obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (Lei nº 9.784/99, art. 2º) e observará os seguintes critérios:

Sendo assim, a norma, ao ser concretizada deve-se levar em conta um juízo de proporcionalidade, não só a realidade em si, como, também, suas possíveis conseqüências (se socialmente vantajosas, ou prejudiciais) do ato de interpretação, isto é, da própria aplicação, in concreto, do comando normativo. Nesse sentido, cabe trazer o pensamento do Professor Fábio Medina Osório (2000, p.200):

Também no sancionamento dos atos ilícitos, pelo ângulo do direito administrativo, haverá incidência da proporcionalidade, atenuando o rigor das sanções, notadamente no campo de sua obrigatória imposição. O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvaguardar a segurança, saúde, ou moral pública. Note-se que às autoridades encarregadas de aplicação das normas de Direito Administrativo Sancionador é possível restringir a dureza das leis abstratas, interpretando-as em conformidade com a ordem constitucional, sendo a Constituição o contexto superior. Daí que a interpretação conforme a Constituição configura uma subdivisão da interpretação sistêmica. É um problema de conservação da ordem jurídica. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade penetra as normas do Direito Administrativo Sancionatório, seja na tipificação dos atos ilícitos, seja em seu sancionamento. Isso se dá, inevitavelmente, pela superioridade hierárquica da Constituição.²³

²³Direito Administrativo Sancionador , p. 200

O **princípio da proporcionalidade**, também conhecido por princípio da proibição do excesso, é hoje assumido como um princípio de controle exercido pelos tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos) a prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito.

A bem da verdade, esse princípio, que teve início no ordenamento jurídico alemão, se propagou para outros países do continente europeu e foi firmado pela Corte de Justiça da União Européia no século passado com a seguinte definição: *“quando uma escolha se oferece entre várias medidas apropriadas, é conveniente utilizar a menos gravosa, e os encargos impostos não devem ser excessivos em relação aos fins visados”*²⁴

A propósito da repercussão jurisprudencial dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pode-se mencionar, a título de mera ilustração, dentre tantos outros, o acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN n.º 855 - (PR), de que foi Relator o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que considerou lei do Estado do Pará violadora dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cuja ementa enuncia:

"Gás liqüefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e § 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida."

Não se desconhece que no atual período pós-moderno, com a relativização do positivismo, a aplicação dos chamados **princípios** se traduz em um dos assuntos mais relevantes do Estado Democrático de Direito. É indisputável que se reconhece normatividade aos princípios jurídicos na forma da metodologia pós-positivista que pode ser ilustrada na lição de NOBERTO BOBBIO:

²⁴ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 243.

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?²⁵

Assim sendo, é justo reconhecer que os princípios jurídicos são o centro da contemporânea teoria constitucional, uma vez que as Constituições Modernas encontram-se firmemente plasmadas e ancoradas em valores democráticos e sociais. Enquanto comandos normativos tendentes a aproximar aquilo que o positivismo jurídico havia separado – o campo do direito e o campo da moral, ensejando que o utilitarismo se sobrepusesse à indagação do sentido – os princípios são instrumentos com vocação a conferir suporte metodológico e racional à busca da justiça do caso concreto, possibilitando-se, assim, a reintrodução do sentimento do *satisfatório* de *fairness* na trama das questões intersubjetivas.

Sobre a importância dos princípios Maria Sylvia Zanella Di Pietro *apud* Silva (2005,p.75) leciona que:

Sendo o Direito Administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.²⁶

Robert Alexy, salienta que os princípios são “mandados de otimização” apresentando-se como normas que ordenam algo para ser efetivado da melhor maneira possível, tendo em conta possibilidades fáticas e jurídicas existentes.²⁷

²⁵ *Teoria do Ordenamento Jurídico*, pp. 158/159.

²⁶ SILVA, Fernando Quadros da, *Agências Reguladoras*, p.75

²⁷ *Id. ibid*, p.50

Segundo Silva (2005), os princípios são essenciais para a compreensão das novas dimensões da atividade administrativa, devendo-se ter presente a sua influência irradiadora por todo ordenamento jurídico, dirigindo-se aos legisladores e aos aplicadores do direito.²⁸

Sobre o controle dos atos regulatórios o Professor Sérgio Guerra leciona:

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade se apresentam como os principais parâmetros de controle dos atos regulatórios, pois servem como princípios de ponderação dos múltiplos interesses envolvidos, de um lado os interesses da maioria (públicos) e, de outro, os interesses e garantias fundamentais dos indivíduos.²⁹

Com efeito, como se pode observar de tudo o que aqui foi exposto, os ***princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*** impõem que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à perseguição do fim ou fins a ele subjacentes, devendo o julgador avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta as situações fáticas individuais e as normas gerais do ordenamento.

Sobre o tema Weida Zancaner citada por Ferreira (2009, p.55) afirma que:

O princípio da razoabilidade transcende sua utilização e compreensão como “critério de aplicação” das normas jurídicas, necessário à concreção do direito posto. Ele é mais do que um mero critério para a verificação da correta aplicação das normas encartadas em direito positivado. Ele deve ser alçado a “critério de inteligência” de todo e qualquer sistema jurídico que pretenda se perenizar. Não a perenização estática, mas aquela que implica movimento, atualização e aperfeiçoamento das instituições democráticas, acompanhando o incessante ritmo da vida, “pois o direito é feito para a vida e não a vida para o direito.”³⁰

Portanto, a aplicação da penalidade de caducidade proposta inicialmente, seria patentemente desproporcional e irrazoável, haja vista que a alteração contratual não trouxe qualquer prejuízo às partes – empresa, Agência Reguladora e principalmente o usuário.

²⁸ *Id. ibid.* p.47

²⁹ *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, p.301

³⁰ FERREIRA, Daniel, *Teoria Geral da Infração Administrativa*, p.55

Sobre a sanção dada pelo Órgão Regulador – a advertência - podemos concluir que a mesma teve seu caráter educativo, ao demonstrar que estava atento aos atos de seus permissionários que possivelmente possam infringir a legislação.

Verificamos também que a Agência Reguladora, ao se deparar com a hipótese de naquela oportunidade não ser possível outra forma de atendimento aos usuários daquela linha permissionada, buscou uma forma menos onerosa e custosa para a sociedade de cumprir seu dever de punir o infrator sem que algo pior viesse a ocorrer, ou seja, a descontinuidade do serviço prestado àqueles usuários.

Ao se utilizar dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade aplicou uma sanção – não prevista em legislação própria (advertência) – diante de uma infração praticada por uma Permissionária. Tal infração que não trouxe qualquer vantagem pecuniária para a empresa, tão pouco desvantagem ao seu usuário, foi observada pela ANTT pelo grau de sua gravidade, dando ao infrator uma sanção compatível a realidade fática.

Segundo Daniel Ferreira, *“com a sanção não se visa, propriamente falando, castigar ninguém, mas apenas garantir – com força jurídica (e coativamente, portanto) – a reintegração da ordem jurídico-normativa violada”*.³¹

Entendo que a ANTT demonstrou estar atenta ao seu papel de regular o sistema de transportes, ao aplicar uma sanção ao seu infrator.

Ora, com a aplicação da advertência foi restabelecida a ordem, ao demonstrar que houve uma alteração contratual sem a anuência prévia da ANTT, porém, como não houve nenhum prejuízo – nem lucro – para as partes, o regulador demonstrou sua preocupação com a parte que realmente seria prejudicada, o usuário.

Sendo assim podemos verificar que foi com base em 2 (duas) leis federais que foi decidido o caso ora estudado, de forma que a sanção fosse aplicada pela Agência Reguladora, porém de forma adequada, razoável e proporcional.

³¹*Id. ibid.* p. 81

Com a Lei 10.233 que motiva o Órgão a regular e supervisionar em suas respectivas esferas e atribuições as atividades de prestação de serviço de transportes exercida por terceiros, a infração é localizada, analisada, contestada e por fim é encontrada a solução para a punição.

Já com a Lei 9.784, foi obedecida a determinação de que seria possível a revisão da sanção tendo em vista que a mesma seria inadequada para o caso analisado, vez que seria impossível o cumprimento da penalidade antes imposta vide às circunstâncias da empresa em si, sem que houvesse prejuízo irreparável ao usuário.

A Lei Federal 8.987 impôs que caso houvesse a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicaria a caducidade da concessão. Porém, o que foi levado em consideração foi a ponderação do caso concreto, e a aplicação da pena de advertência.

Diante do impasse entre fazer valer a pena mais gravosa para infração menos gravosa, o Órgão regulador, se utilizando do princípio da proporcionalidade, pôde aplicar a sanção de advertência com a prevalência do interesse público na continuidade do serviço operado através do atendimento ao usuário daquela permissão, bem como a prevalência da utilização de princípios da Administração como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da eficiência e da continuidade sob a própria Legislação da Agência Reguladora.

3. DA COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA REGULADORA PARA SOLUCIONAR A CONTROVÉRSIA

Com efeito, é de se assinalar que a decisão abordada no capítulo anterior guarda consonância com o papel exercido pelas Agências Reguladoras no atual Estado Democrático de Direito. Essas entidades regulatórias, criadas com a finalidade de avaliar os assuntos sob a égide de sua competência sob uma ótica estritamente técnica e jurídica, sem qualquer ingerência ou interesses políticos, exercem papel de elevada importância no Estado brasileiro.

Assim, com a finalidade de melhor compreender a figura dessas entidades, criadas a partir da década de 90 no Brasil, permita-se tecer breves comentários gerais sobre a evolução do Estado Regulador e do direito regulatório em si, o que se revela como um passo essencial para demonstrar a competência das Agências Reguladoras para decidirem, caso a caso, a decisão que atende de forma mais satisfatória o interesse público.

3.1 – A evolução até o “Estado Regulador”

Preliminarmente, antes de ser analisada a competência das Agências Reguladoras para exercer um juízo de razoabilidade aos casos submetidos ao seu exame, mister se faz explicitar brevemente o arcabouço histórico do Estado Regulador, estágio em que nos encontramos, sem negligenciar os regimes que o precederam, *i.e.*, os Estados Liberal e Intervencionista.

Tal assertiva baseia-se no fato de que “provavelmente não existe instituição jurídica inteiramente compreensível sem uma exposição histórica de sua origem e desenvolvimento, porquanto são estes que determinam a forma como aquela instituição jurídica aparece estruturada e dão a razão de seus caracteres e peculiaridades. E mais:

é o estudo histórico que dá base a definições que, de outra forma, pareceriam, se não artificiosas, pelo menos demasiadamente dogmáticas.”³²

Como é sabido e consabido, com o advento das Revoluções Industriais e o fracasso dos regimes feudais e absolutistas, foi vivenciada uma mudança radical na estrutura político-econômica do Estado, uma vez que grandes empresas começaram a surgir, obrigando o Estado a ficar mais presente através do desempenho de uma função empresarial. Tal mudança deu-se, basicamente, pelo grande crescimento experimentado pelas sociedades em suas atividades econômicas que tornaram os regimes anteriores inócuos e incapazes de refletirem a realidade.

Assim, é certo inferir que a forma de regulação conhecida nos tempos hodiernos é fruto de um amplo processo experimentado pelos ordenamentos jurídicos pátrios e alienígenas que, antes de vivenciarem o atual modelo de regulação, denominados como o “Estado Regulador”, conheceram dois outros modelos conhecidos como “Estado Liberal” e “Estado Intervencionista”.

O surgimento do Estado Liberal (liberalismo) segundo Guerra (2004, p.4):

coincide com a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, que buscava a preservação da liberdade individual e a segurança do território. Esse movimento revolucionário buscou edificar uma Administração racional, sob os princípios do primado da lei, separação dos poderes, igualdade e liberdade econômica³³.

No entanto, o então Estado Liberal, por ter dado claras preferências à burguesia daquela época, ocasionou no afastamento do Estado do setor econômico então vigente, provocando, ao mesmo tempo, o surgimento de: **(i)** monopólios que destruíam empresas de pequeno e médio porte e; **(ii)** uma nova classe social, denominada proletariado.

Por oportuno, não é demais registrar os valiosos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004) que, em sua obra “PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”, nos leciona que:

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas conseqüências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilado as de pequeno porte; surgira uma nova classe social – o proletariado em condições

³² OLEA, Manoel Alonso, apud DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Econômico, pp.118/9.

³³ GUERRA, Sérgio. Introdução ao Direito das Agências Reguladoras, 2004, p. 4.

de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com não-intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.³⁴

Tais consequências derivaram do fato de que o Estado Liberal atuou ativamente para proteger os interesses da classe burguesa, construindo toda a infraestrutura necessária para o progresso dos negócios daquela classe nobre, concedendo, ainda, subsídios e favorecimentos. A propósito, no Brasil do primeiro período de ciclo liberal, os grandes investimentos em infraestrutura tiveram a participação de capitais privados internacionais: as ferrovias e portos foram construídos por capitais ingleses e franceses, a eletricidade e as telecomunicações por capitais americanos e canadenses, o serviço de água e esgoto do Rio de Janeiro e São Paulo pertenceu originalmente a capitais ingleses.

Contudo, o Estado permaneceu hibernando, mantendo-se sempre na política de prover o mínimo possível e omissos nas questões econômicas em face da iniciativa privada, sem sequer efetuar qualquer tipo de controle. É o que nos ensina SÉRGIO GUERRA:

Como se vê, no período Liberal o Estado adotou uma postura absenteísta, sendo mero gestor da manutenção da ordem, do direito de propriedade e do fiel cumprimento dos contratos, de modo que as atividades estatais nesse período contemplavam apenas alguns serviços públicos, haja vista que o pleno exercício das atividades econômicas competia à iniciativa privada, deixando o Estado de promover qualquer regulação.³⁵

Em forte crítica ao Estado Liberal, o jurista francês CHARLES-ALBERT MORAND, citado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (2002,p.52), ensina que:

O Estado mínimo é a grande ilusão do liberalismo. A dinâmica criada pelo aparecimento de uma sociedade civil autônoma gera uma grande necessidade de legislação e de intervenção estatal. Isto se revelou tanto mais dispensável a partir do momento em que, ao suprimir as corporações, destruiu as formas tradicionais de auto-organização e auto-regulamentação. O vazio criado pela Revolução tornou indispensável o desenvolvimento do intervencionismo estatal.³⁶

³⁴ p.20

³⁵ *Ibid.*, p.15/16

³⁶ *Agências Reguladoras: E a evolução do Direito Administrativo Econômico*, p.52

Por natural obviedade, ao deixar para a iniciativa privada a responsabilidade de fomentar e movimentar a economia, o Estado não pode adotar um papel ausenteísta e omissivo. Ao contrário, deve-se adotar uma posição reguladora dessa ordem econômica, elaborando normas e regras bem definidas para todos os setores.

Em outras palavras, o Estado não pode se excluir da participação econômica, deixando grande margem de atuação por parte dos particulares. Nessa linha de raciocínio, é certo inferir que o Estado mínimo pregado pelo liberalismo, pouco intervindo na economia, sequer para regulá-la, culminou, inexoravelmente, na necessidade de uma forte intervenção estatal com a finalidade de apaziguar as nefastas conseqüências advindas daquele modelo.

Assim, em meio à omissão estatal, a passagem de um Estado oligárquico para o alargamento da base eleitoral – tornando todos os cidadãos eleitores³⁷ - e o conseqüente nascimento de um Estado pluriclasse, surgiu o Estado Intervencionista. O Estado, nessa nova etapa, adotou um papel extremamente oposto daquele adotado no modelo anterior; vale dizer, ao invés de deixar nas mãos da iniciativa privada a maioria das questões econômicas, o Estado trouxe para si a economia, culminando, por conseguinte, na sua ampliação.

O Estado assume, pois, uma natureza intervencionista, voltada para a redução dos desajustes sócio-econômicos decorrentes dos momentos de crise do sistema capitalista. A intervenção estatal emerge como medida preventiva contra os *abusos de mercado*, envolvendo a ação do poder executivo por meio de órgãos públicos orientadores e restritivos da ação da livre iniciativa.

Em outras palavras, com a adoção do modelo intervencionista, o Estado transformou-se em prestador de serviços e empresário, invadindo atividades antes inerentes à iniciativa privada, remodelando o mercado e comandando a renovação das estruturas sociais e econômicas. Com isso, o Estado teve um radical e desproporcional inchamento em suas atividades, criando empresas excessivas, o que acarretou em investimentos muitas vezes desnecessários.

³⁷ É preciso lembrar que no Estado Liberal, a classe da burguesia mantinha o direito exclusivo ao voto, mantendo um Estado oligárquico - no sentido de que atribui o poder a apenas uma classe política -.

No entanto, é válido dizer que esse modelo teve seus pontos positivos e negativos. Do prisma positivo, pode-se citar a elevação das condições de vida, da vida média da população, o aumento de conforto e benefícios outorgados à sociedade, como saneamento, educação, assistência, previdência, etc. Acerca desse tema, permita-se colacionar ensinamentos de CARL SAGAN, citado pelo jurista MARÇAL JUSTEN FILHO:

Nos tempos pré-agrícolas dos caçadores-coletores, a expectativa de vida humana era cerca de vinte-trinta anos. Essa era também a expectativa de vida na Europa ocidental no final do Império Romano e na Idade Média. Ela só aumentou para quarenta por volta de 1870. Chegou a cinquenta em 1915, a sessenta em 1930, a setenta em 1955, e está se aproximando de oitenta hoje em dia (um pouco mais para as mulheres, um pouco menos para os homens).³⁸

Desse modo, deve-se ter presente que a ampliação da atuação estatal no campo econômico ensejou modificações significativas na sociedade. Por outro lado, essas mudanças experimentadas trouxeram certos malefícios ao Estado. A falência das previdências por falta de recursos e a crise fiscal sofrida devido à multiplicação da população e a redução da eficiência das atividades desempenhadas pelo Estado, forçaram-no a retroceder e rever suas políticas econômicas intervenientes.

Com o fim do poder de investimento do Estado graças ao seu inchamento, este não tinha recursos nem para garantir elementos essenciais à sociedade, paralisando, por via de conseqüência, novos projetos e injeção de capital na economia. A esse respeito, merece destaque a lição de SÉRGIO GUERRA:

Entre nós, a política desenvolvimentista adotada em quase todo o período republicano provocou graves conseqüências para o Estado e para os seus administrados. Vale dizer, houve um enorme crescimento do aparelho estatal, pois o Estado passou a criar empresas estatais excessivas e dispendiosas. Esse fato, somado a outros fatores de ordem pública, ocasionou o esgotamento da capacidade de investimento do setor público.³⁹

Por tais razões, o Estado intervencionista cedeu lugar ao Estado Regulador, transferindo novamente à iniciativa privada a responsabilidade de fomentar as atividades econômicas, sendo certo que com o advento da Constituição de 1988, tal regra encontra-se expressa em nossa Lei Maior, conforme se depreende da leitura do art. 170, *in verbis*:

³⁸ *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p.18

³⁹ *Ibid.* p.20

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

A razão da instituição desse novo modelo adotado pelo Estado é muito bem apontada por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, citado por SÉRGIO GUERRA:

A razão desta mudança – continua o Autor – quanto à responsabilidade estatal pela regulação de atividades econômicas não assenta apenas em premissas ideológicas (“menos Estado, melhor Estado”, “auto-regulação da economia contra planificação estatal”, “concorrência econômica como expressão da liberdade”), mas na verificação de que a prossecução de muitas tarefas do Estado (serviços essenciais, investigação, emprego) faz apelo a recursos financeiros, saberes, competências, experiências técnicas e profissionais que se encontram fora do aparelho do Estado.⁴⁰

Por natural obviedade, o Estado não pode assumir a responsabilidade de executar tarefas que dependem de grandes recursos financeiros, *know-how* e profissionais especializados, uma vez que tais elementos são característicos da iniciativa privada. De fato, a questão não gira em torno do contexto de “menos Estado, melhor Estado”, mas sim de que determinadas atividades não devem ser exercidas pelo Estado, por estarem fora de sua própria finalidade.

Logo, com a instituição desse novo modelo, o intuito era privatizar as empresas estatais, criadas pelo antigo regime, desregulamentar a economia, reduzir os direitos sociais, diminuir os gastos estatais e os serviços públicos. Ou seja, a liberdade para a iniciativa privada, estatuída no art. 170 da nossa Carta Política, devia ser rapidamente implementada para atingir os almejados objetivos da sociedade contemporânea.

Com tal medida – transferência à iniciativa privada -, os serviços públicos, antes explorados exclusivamente pelo Estado, passam a serem explorados pelo particular. Essa política condiz fielmente com a finalidade desse novo estágio em que se encontra o Estado, i.e., a descentralização de suas atividades. Sobre esse assunto, permita-se trazer à baila os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros da acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização.⁴¹

⁴⁰ *Id. ibid.*, p.21

⁴¹ *Ibid.* p.24

Cabe, por oportuno, diferenciar de forma bem sucinta o que vem a ser a *descentralização* e a *desconcentração* de atividades no âmbito da Administração Pública. Enquanto a *desconcentração* opera internamente na Administração, substituindo um determinado órgão por dois ou mais, no intuito de otimizar ou melhorar a prestação do serviço, a *descentralização* importa na transferência da execução de determinada atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração.

Sobre essa diferenciação entre *descentralizar* e *desconcentrar*, vale destacar os ensinamentos de JOSÉ SANTOS CARVALHO FILHO:

Descentralização é o fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração. Dentre essas atividades inserem-se os serviços públicos. Desse modo podem-se considerar dois tipos de serviços quanto à figura de quem os presta – os serviços centralizados (os prestados em execução direta pelo Estado) e os serviços descentralizados (prestados por outras pessoas).

(...)

É importante, ainda, não confundir a descentralização com o que a doutrina denomina de desconcentração. Aquela implica a transferência do serviço para outra entidade. A desconcentração, que é processo eminentemente interno, significa apenas a substituição de um órgão por dois ou mais com o objetivo de melhorar e acelerar a prestação do serviço. Note-se, porém, que na desconcentração o serviço era centralizado e continuou centralizado, pois que a substituição se processou apenas internamente.⁴²

Nesse sentido, pode-se afirmar que descentralizar, como a própria palavra preceitua, significa afastar do centro; assim, no âmbito da Administração Pública, frise-se, *descentralizar* significa transferir a outrem a execução de alguma atividade, como ocorre na hipótese de transferência a um particular da execução de um serviço público específico.

Com efeito, a descentralização das atividades da Administração Pública torna-se indispensável à consecução dos objetivos propostos pela nova ordem constitucional preconizada na Constituição Federal, que estabelece a livre iniciativa privada como regra na economia nacional, ficando a cargo do Estado apenas sua regulação.

⁴² *Manual de Direito Administrativo*, p. 265

Nessa ordem de considerações, é certo mencionar que o que se busca no Estado Regulador é, pois, a paralisação da participação do Estado nos setores que possam ser explorados pela iniciativa privada, ainda que rentáveis, haja vista que “não é o lucro que está em jogo, mas um limite constitucional traçado para a atuação interventiva estatal. O desrespeito a estes limites e a negação do próprio Estado de Direito”⁴³

Por derradeiro, fazendo uma pequena comparação entre os três modelos adotados pelo Estado ao longo do tempo, é digno de nota que, enquanto no primeiro o Estado pouco atuou na economia, fazendo com que a burguesia fosse privilegiada, no segundo modelo o Estado trouxe ao extremo oposto essa posição, trazendo para si todas as funções estatais. Já no terceiro modelo, passou-se de um papel empresarial e intervencionista para um papel de fiscal da nova ordem econômica. O Estado, agora, repita-se, apenas regula a ordem econômica, deixando para a iniciativa privada a função de fomentar a economia, em respeito ao que preceitua o art. 170 da Constituição vigente.

É, portanto, nesse contexto jurídico que emergem as Agências Reguladoras.

3.2 – Apontamentos preliminares acerca das Agências Reguladoras Independentes: sua função no atual Estado Democrático de Direito

Na idéia de que o Estado detém o poder-dever de garantir a adequada e eficiente prestação dos serviços públicos delegados – que é o caso do transporte interestadual -, assegurando tanto o bem-estar da sociedade, como a justa remuneração do particular, nasceram as Agências Reguladoras Independentes.

Portanto, na atual conjuntura pós-privatização as Agências Reguladoras aparecem como órgãos responsáveis pela fiscalização e regulação dos serviços públicos delegados aos particulares. São, pois, entidades responsáveis pela solução de eventuais conflitos existentes entre o poder concedente, a concessionária e os consumidores - usuários finais de determinado serviço essencial.

⁴³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões terceirizações e regulação*, p.26

Pautadas no interesse público e no bem-estar social, as Agências Reguladoras devem buscar a sinergia entre todas as partes envolvidas na atividade descentralizada de prestação de serviço público, perseguindo sempre uma solução justa e adequada para os conflitos, exercendo, assim, sua finalidade primordial no atual estágio do Estado Democrático de Direito.

Com isso, essas Agências, relativamente novas em nosso ordenamento jurídico, tendo surgido apenas a partir da década de noventa, dotadas de certa independência e autonomia, inauguraram um novo modelo organizacional do Estado.

3.2.1 - Considerações preliminares

A tarefa de fiscalização, antes exercida pela Administração Direta, na qualidade de Poder Concedente do respectivo serviço público, foi transferida às “Agências Reguladoras”, cujo nome, emprestado do modelo norte-americano, foi institucionalizado em nosso Direito. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o termo “agência” nos Estados Unidos significa nada mais que um órgão da Administração, não tendo nenhum significado específico, assim lecionando:

Nos Estados Unidos, o vocábulo agência tem sentido amplo, que abrange “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”, conforme consta expressamente da Lei de Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act). Por outras palavras, excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências. Nos Estados Unidos, falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluído do conceito o Poder Executivo.⁴⁴

Portanto, nos Estados Unidos, qualquer órgão administrativo do Governo é uma “agência”. A definição legal do termo “agência” está estampada no **Administrative Procedure Act**, de 1946, que veicula regras no âmbito processual norte-americano. É o que define o §551 do citado Ato:

§ 551. Definitions
For the purpose of this subchapter -
(1) 'agency' means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include -
(...)

⁴⁴ *Ibid*, p.143

Com isso, pode-se dizer que qualquer órgão administrativo norte-americano que tenha a incumbência de promover a execução da lei federal é uma “agência”.

A bem da verdade, o termo “agência”, por si só, não define a real importância desse ente regulador no direito brasileiro; como bem aponta o ilustre Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, o termo “agência”, sem disciplina jurídica que o respalde, de nada serve. Senão vejamos:

Muito se tem falado na figura da “agência” como um instrumento de modernização da Administração Pública. O termo, no entanto, em si, é vazio de conteúdo, e a mera denominação de um órgão ou entidade como tal, sem que a medida venha acompanhada da disciplina jurídica que lhe assegure efetiva autonomia, nada significa.⁴⁵ (2002, p. 270)

Bem se vê, nos Estados Unidos, como dito, as “agências” não passam de órgãos ou entidades estatais, criadas para as mais distintas finalidades. No entanto, o Brasil, calcando-se no direito norte-americano, vem criando entes com poderes normativos sob a denominação de “Agência Reguladora”, como instrumento modernizador da Administração Pública.

Nessa linha de considerações, importa mencionar que a própria origem etimológica da palavra “agência” (do latim, *agentia*, direção, condução, incitação) poderia denotar sua função. No entanto, em um sistema estritamente positivado como o nosso, a mera definição etimológica da palavra é insuficiente para respaldar as ações dessas Agências Reguladoras; é preciso, portanto, que existam textos normativos que estabeleçam e definam categoricamente a finalidade, as funções e os poderes que essas entidades regulatórias se farão valer no exercício de suas atribuições; é, portanto, nessa linha que se busca aprofundar o presente ensaio.

Isto porque nos dias atuais, e com base no Estado de Direito, o princípio da legalidade há de ser o centro de tudo, atendido um sistema coerente, sendo observada toda uma realidade jurídica, existindo, portanto, normas tipificadoras.

O Mestre JEAN RIVERO, por sua vez, ao fazer o mesmo tipo de crítica no Direito francês, ensina que

[...]a seguir a 1919 surge a preocupação de tornar mais flexíveis, por meio da personalização, os métodos administrativos: os estabelecimentos criados nessa

⁴⁵ *Ibid*, p.270

altura tomam muitas vezes o nome de ‘ofício’, que, aliás, não tem qualquer significado jurídico, tal como o de ‘agência’, em voga desde há alguns anos⁴⁶.

É preciso ter em mente, nesse diapasão, que para o termo “agência” revestir-se do significado almejado, deve, necessariamente, ter seu conteúdo pré-determinado em lei. Caso contrário, o termo será vazio, de pouca ou nenhuma significância. Vale dizer: o termo em si, nada nos diz; há de ser revestido, por lei, da competente atribuição e competência.

3.2.2 As agências reguladoras no direito comparado

As “Agências Reguladoras” nasceram nos Estados Unidos, tendo servido de modelo para o processo que vem sido chamado de “agencificação” – a proliferação de agências reguladoras. Esse fenômeno, fruto da globalização, não ocorre apenas no Brasil, mas em todo mundo.

No início da regulação, a primeira agência reguladora independente que se tem notícia é a denominada *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos em 1887, com a finalidade de regular os serviços interestaduais de transporte ferroviário⁴⁷.

É precisamente no direito norte-americano que vamos encontrar fontes de estudos para o denominado “direito das agências”, tendo sido este fortemente instaurado a partir do *New Deal* de Roosevelt, na década de 30. Segundo a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apoiando-se em informações de Eloisa Carbonell, todas as agências norte-americanas são criadas por lei e os poderes que exercem são outorgados pelo legislador, sendo certo que a lei estabelece as regras para seu funcionamento, os procedimentos a seguir, os princípios que condicionam sua atuação e as técnicas de controle pelo Congresso⁴⁸.

No entanto, existem nos Estados Unidos diversos tipos de agências. A princípio, existiam as agências reguladoras (**regulatory agencies**) e as não

⁴⁶ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, p. 529.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santo de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. p. 229.

⁴⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parceria na Administração Pública*. p. 143.

reguladoras (**non regulatory agencies**), sendo as primeiras dotadas de poderes normativos, delegados pelo Congresso, para editar normas que teriam o condão de afetar direitos, liberdades e atividades econômicas. Já a segunda não passavam de prestadoras de serviços sociais. Existiam ainda, as agências executivas (**executive agencies**) e as agências independentes (**independent regulatory agencies or commissions**), sendo que os dirigentes das primeiras poderiam ser destituídos livremente pelo Presidente, enquanto os dirigentes da segunda só poderiam perder o cargo de acordo com as hipóteses descritas em lei⁴⁹ – essas últimas guardando semelhanças com as brasileiras, conforme faremos alusão a seguir.

Na França, onde as Agências Reguladoras são denominadas de “Autoridades Administrativas Independentes”⁵⁰, esses entes não são dotados de personalidade jurídica e escapam de qualquer poder hierárquico, ainda que vinculados orçamentariamente às estruturas ministeriais.

Sobre as Autoridades Administrativas Independentes do Direito francês, cabe trazer a colação a explicação de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO que, com respaldo na doutrina de MORAND-DEVILLER, nos ensina:

A doutrina gaulesa costuma conceituar as autoridades administrativas independentes a partir dos seus próprios termos, ou seja, seriam (a) autoridades, no sentido de exercerem competências decisórias, excluindo-se, assim, aqueles órgãos que exercem funções meramente consultivas; (b) administrativas, “exercentes de uma função de regulação destinada a estabelecer as ‘regras do jogo’ entre os atores sócio-econômicos – missão mais ampla que aquela de comando”; e (c) independentes, já que não integram a linha hierárquica do Poder Executivo central.⁵¹

Cumprindo observar que no direito francês, só são autoridades administrativas independentes aquelas que detêm poder decisório - e não consultivo -, exercendo a respectiva função regulatória, sem integrar a linha hierárquica do Poder Executivo. Com isso, é justo inferir que no direito francês, as autoridades administrativas independentes são criadas com a função específica de regular.

O citado autor aponta que uma diferença peculiar das autoridades administrativas independentes francesas é que, de forma diversa do que ocorre na

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santo de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. p. 237.

⁵¹ *Id. ibid*, p.238

maioria dos países, essas entidades reguladoras não se limitam à regulação de setores econômicos ou de serviços públicos prestados por particulares, abrangendo, ainda, a função de proteger direitos fundamentais e a proteger os cidadãos em face da Administração Pública.

Por fim, cumpre mencionar a Espanha, País que vem adotando o modelo norte-americano de agências reguladoras, sofrendo, contudo, fortes influências francesas e alemãs. Convém lembrar que, na cultura espanhola, as autoridades administrativas independentes são consideradas pessoas jurídicas de direito público, como no Brasil.

Sobre a personificação jurídica no ordenamento jurídico espanhol, ELISENDA MALARET, citada por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, leciona que

[...] apesar da atribuição de personalidade jurídica implicar sempre no reconhecimento de um certo grau de autonomia, na hipótese agora considerada, a autonomia não é tanto a consequência, mas uma das condições que garantem a efetividade do cumprimento da tarefa atribuída. Evidentemente, sempre que a personificação seja acompanhada dos correspondentes recursos pessoais e financeiros e que o reconhecimento de poderes e a respectiva atribuição de competências configure um âmbito de livre configuração sem a adoção de mecanismos administrativos de controle ou de tutela.⁵²

Dentre as medidas adotadas pela Espanha que garantem a neutralidade dessas entidades reguladoras, destacam-se as seguintes: **(i)** pluralismo nas instâncias de nomeação de seus órgãos dirigentes; **(ii)** mecanismos que garantam a despolitização dos dirigentes; **(iii)** decisões por órgãos colegiados; e **(iv)** mandatos fixos superiores ao da legislatura.

Como pode-se concluir após essa breve exposição sobre as agências reguladoras no Direito alienígena, o fenômeno das agências reguladoras, iniciado no Direito norte-americano, está se espalhando pelo mundo no intuito de buscar uma solução mais adequada à nova realidade do Estado Regulador, cuja regra é o princípio da livre iniciativa privada nas atividades econômicas.

3.2.3 As agências reguladoras no direito brasileiro

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santo de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. p. 246.

Inicialmente, cumpre esclarecer que no Direito Brasileiro, as Agências Reguladoras estão sendo criadas como **autarquias** de regime especial. Esse “regime especial”, é instituído e concedido pelas leis que criam essas entidades regulatórias.

Impende-se inferir, nesse sentido, que a estrutura da Administração Pública Federal é disciplinada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. De acordo com o art. 4º, inciso II, alínea “a”, as autarquias compreendem forma descentralizada da Administração Pública, *in verbis*:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

(...)

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas

O próprio Decreto-Lei nº 200/67, em seu art. 5º, inciso I, conceitua Autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Cumpre destacar, contudo, que esse conceito legal é duramente criticado na doutrina. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, fazendo acirrada crítica à definição legal esposada no indigitado Decreto-Lei, nos explica que:

Como definição, o enunciado normativo não vale nada. Sequer permite ao interprete identificar quando a figura legalmente instaurada tem ou não natureza autárquica, pois deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir: a personalidade de Direito Público.⁵³

Para HELY LOPES MEIRELLES, as autarquias são “entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.”⁵⁴

⁵³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 123

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 332

Dito isto, merece conceituar, com brevidade, as outras entidades que compreendem a Administração Pública Indireta, estatuídas nas alíneas “b”, “c” e “d”, do inciso II, do art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67, acima transcrito.

As empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas pelo Poder Público, com capital exclusivamente público, destinadas à prestação de serviços públicos industriais ou atividades em que Estado tenha interesse próprio ou considere convenientes à coletividade. Como exemplo, podemos citar a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, BNDES, etc.

Por sua vez, as sociedades de economia mista podem ser definidas como pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas sob a forma de sociedades anônimas, que tem no seu capital a participação do Poder Público – este com controle acionário - e de particulares, com a finalidade de realizarem atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado. Como exemplo, tem-se a PETROBRÁS, BANCO DO BRASIL, ELETROBRÁS, etc.

Por último, as fundações públicas podem ser conceituadas como pessoas jurídicas de Direito Público, criadas especificamente para a realização de atividades de interesse coletivo, não lucrativas e atípicas do Poder Público. Como exemplo, podemos citar a FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ.

Já se sabe que a Administração Pública é exercida de forma **direta** e **indireta**. Por Administração Pública **direta** entende-se os próprios entes da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios; a Administração Pública **indireta**, por sua vez, é exercida por entidades criadas pelos entes da federação. Sobre o tema, permita-se transcrever os ensinamentos do jurista SÉRGIO GUERRA:

No Brasil, a Administração Pública centralizada é aquela exercida diretamente pela União, Estados e Municípios que, para tal fim, utilizam-se de ministérios, departamentos ou outros órgãos. Por outro lado, a Administração Pública descentralizada ou indireta é exercida por outras pessoas jurídicas criadas pelos próprios entes federados, a saber: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.⁵⁵ (2005, p.66)

Assim leciona também MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:

⁵⁵ *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, p.66

O exercício das funções de administrar pode caber à administração centralizada (administração direta), que é aquela prevista na própria Constituição Federal como centro do Poder, concentrando, inicialmente, todas as competências administrativas que cabem ao Poder Público Executivo. Tais funções podem ser descentralizadas para entidades da administração indireta (outorga), ou são criadas por lei ou mediante autorização em lei, ou, ainda, podem ser descentralizadas para particulares mediante atos administrativos (delegação ou colaboração).⁵⁶

É digno de nota que existem, basicamente, dois tipos de autarquias – as comuns e as especiais. As autarquias comuns são criadas por leis e descentralizam uma função tipicamente pública para uma entidade dotada de autonomia. No entanto, essa autonomia, que é condição *sine qua non* para criação de qualquer órgão da Administração Indireta, como leciona MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, “não é tanta, posto que submetida a forte controle político, materializado na livre nomeação e exoneração de seus dirigentes. Não é, pois, suficiente para o exercício da função regulatória independente.”⁵⁷ Já as autarquias especiais, em que se encontram as Agências Reguladoras, pertencem a um regime diferenciado, com maiores privilégios e autonomia em relação às autarquias comuns, como será visto adiante.

Nesse sentido, cumpre registrar que sendo as Agências Reguladoras autarquias, a elas são aplicadas o disposto no art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, que exige como pré-requisito para sua criação, a existência de lei formal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Como pode ser observado, uma Agência Reguladora só pode ser criada através de lei, não se admitindo, pois, atos infralegais para sua instituição. Nesse sentido, é certo inferir que ficará a cargo da lei criadora dispor sobre sua organização,

⁵⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, p. 217

⁵⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, p. 225

atribuição e competência. Sobre o tema, transcrevemos os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Deve destacar-se que a lei instituidora deverá dispor sobre a configuração da agência, definindo não apenas sua estrutura e competência, mas também seu relacionamento com outros órgãos estatais. Ou seja, não bastará a lei determinar a criação de uma agência, criando um centro de competências para instituição dos próprios órgãos, atribuições e regime jurídico. A criação da agência somente se aperfeiçoará quando a lei definir, com uma margem satisfatória de detalhamento, a estrutura e a competência da entidade. Assim se impõe por força do princípio da legalidade e pelo cunho derivado que apresenta uma agência.⁵⁸

Como citado anteriormente, as Agências Reguladoras vêm sendo criadas como autarquias de regime especial; esse “regime especial” é dado através das leis que as criam, isto é, as autarquias em si não têm um regime jurídico único, cabendo à lei instituidora definir o conjunto de princípios e regras a elas aplicáveis.

Nessa ordem de convicções, as leis que criam as Agências Reguladoras vêm concedendo a essas entidades autárquicas um conjunto de prerrogativas antes inexistentes em nosso ordenamento jurídico pátrio, dentre as quais, a título exemplificativo, podemos citar: **(i)** estabilidade dos dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; **(ii)** o caráter final de suas decisões; **(iii)** organização colegiada; e **(iv)** autonomia financeira e orçamentária, esta sendo, a nosso ver, o pressuposto da própria essência de sua criação para que não dependa do Governo, nem que lhe fique subordinada.

Sobre a estabilidade dos dirigentes, pode-se afirmar que impossibilidade de exoneração *ad nutum* impede que o dirigente seja destituído de seu cargo antes do término de seu mandato, salvo pelas hipóteses expressamente previstas em lei. No que tange ao caráter final das decisões regulatórias emanadas pelas agências reguladoras, insta esclarecer que esta representa a instância administrativa final. Por fim, no que diz respeito à autonomia financeira e orçamentária, esta é assegurada através das “taxas de regulação”, cobradas daqueles que exercem a concessão do serviço público sob fiscalização da agência.

⁵⁸ O Direito das Agências Reguladoras Independentes, p.412

Sobre o tema, permita-se transcrever os ensinamentos de SÉRGIO GUERRA, com arrimo nos ensinamentos do jurista Luso VITAL MOREIRA:

Em prol da independência regulatória das Agências, Vital Moreira aponta como razões: a) separação entre a política e a economia, de modo que a economia não permaneça nas mãos do Governo; b) garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandato dos reguladores), de modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório; c) favorecimento do profissionalismo e neutralidade política, mediante o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de correligionários políticos dos governantes; d) separação do Estado-empresário do Estado regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e privados; e) “blindagem” contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das condições próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões dos regulados; f) a garantia do autofinanciamento, de modo que a entidade reguladora potencialize a sua autonomia em relação ao Governo e aos regulados.⁵⁹

O que afirma o Professor VITAL MOREIRA assiste muita razão. Isto porque o Estado deve ser imparcial, sendo certo que a economia não pode ficar nas mãos do Governo. A segurança regulatória, ademais, é essencial para se construir uma imagem favorável do Brasil frente aos investidores estrangeiros.

Ainda sobre o tema, merece destaque a lição de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:

A independência é assegurada, em síntese, por recursos para o seu funcionamento sem a ingerência de terceiros, colegiado superior composto de membros estáveis, escolhidos em razão de sua eficiência, reputação ilibada e qualificação profissional na área objeto da regulação, com mandato fixo e desvinculado dos mandatos políticos. Os dirigentes são indicados ao Poder Legislativo e, aprovados, são nomeados com mandato fixo, sujeito à perda apenas nas condições previstas em lei, devidamente motivadas.⁶⁰

Deve-se asseverar, ademais, que essas prerrogativas que a Lei busca dar às agências têm a finalidade de criar um regime de independência em relação à Administração direta, conforme leciona a Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

Costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado: (a) em relação ao

⁵⁹ *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, p.72/73

⁶⁰ *Direito Administrativo Regulatório*, p.230

Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome do órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos.⁶¹

No entanto, segundo a autora, a independência das Agências Reguladoras deve ser entendida de acordo com o regime constitucional brasileiro. Com efeito, vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio da jurisdição *una*, ou sistema de unidade de jurisdição, através do qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. De modo diverso dispõe o ordenamento jurídico francês; neste vigora o sistema da dualidade de jurisdição, que aceita, paralelamente à jurisdição comum, a jurisdição administrativa, com competência para dirimir os conflitos envolvendo a Administração Pública, com força de coisa julgada.

Com isso, o princípio da jurisdição *una*, preconizado no inciso XXXV, art. 5º, da Lei Maior, impede que haja uma decisão final administrativa, que não seja possível de revisão pelo Poder Judiciário, senão vejamos:

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;

Em outras palavras, as Agências Reguladoras têm competência para dirimir conflitos em **última instância administrativa**, tendo em mente que suas decisões podem e devem ser revistas pelo Poder Judiciário, quando instado a fazê-lo.

No que diz respeito ao Poder Legislativo, a tão mencionada independência deve ser também analisada à luz do nosso ordenamento jurídico. Vale dizer: nenhum ato ou decisão emanado das Agências Reguladoras pode contrariar normas legais ou constitucionais. Todas as ações e atividades dos entes reguladores devem seguir

⁶¹ *Parcerias na Administração Pública*, p.143

estritamente o mandamento legal, sob pena de serem declarados nulos de pleno direito.

Por fim, é digno de nota que a independência em face do Poder Executivo é a maior entre todos os Poderes. Muito embora estejam sujeitas ao controle administrativo pelos Ministérios que estejam vinculadas, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, se respeitado todo o arcabouço legal em que se encontram.

Por fim, pode-se definir as Agências Reguladoras como

entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade inerente à função de **intervir na liberdade privada por meio de ponderação entre os interesses em tensão**, tendo, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir **autonomia em relação ao poder central**, da espécie autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada.⁶²

3.3 – DA LEGITIMIDADE DA PONDERAÇÃO DOS INTERESSES NO CASO CONCRETO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Tendo feitos os comentários pertinentes referentes ao papel exercido pelas Agências Reguladoras no atual “Estado Regulador”, cumpre tratar da competência dessas entidades regulatórias para avaliar, no caso concreto, a decisão que melhor atende aos interesses públicos, tudo isso de acordo com os princípios constitucionais e legais que norteiam a atividade administrativa.

Como observado nos Capítulos I e II acima, apesar da farta legislação regulatória elaborada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres com a finalidade de regulamentar as questões de sua competência, pode-se verificar que quando houve a necessidade de buscar solução para um caso em que a sanção prevista seria inviável de ser imposta, a Diretoria da Agência Reguladora decidiu após a análise do caso concreto adequar a mesma de forma que conseguisse aplicá-la, porém de forma que

⁶² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, p. 231

não prejudicasse o atendimento das pessoas que dependem diariamente do transporte realizado pelo infrator.

A fundamentação para a aplicação da advertência se deu por uma Lei Federal, a Lei nº10.233/2001, tendo em vista a revogação da decisão punitiva anterior, prevista na Resolução 233.

A Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, **a Agência Nacional de Transportes Terrestres**, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, estabelecendo em seu art. 22, inciso III, que compete à esfera desse órgão regulador o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, *in verbis*:

Art. 22. **Constituem a esfera de atuação da ANTT:**

(...)

III - **o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;**

No mencionado diploma legal, deve-se destacar o art. 24, incisos IV, V e VI , da competência da ANTT, em editar normas e regulamentos, sempre respeitando as outorgas já concedidas, gerir todos os contratos administrativos celebrados antes de sua instituição e resguardar os direitos anteriormente outorgados. Em textual:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI - reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

Nessa ordem de considerações, sendo competente a **ANTT** para **(i)** pugnar pela estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente e as Permissionárias; **(ii)** zelar pelo fiel cumprimento da legislação e do contratos celebrados antes e durante sua criação; **(iii)** cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares dos serviços; e **(iv)** reunir, sob sua administração, as outorgas celebradas antes de sua instituição; é certo concluir que esse órgão regulador detém a competência e a técnica necessária para deliberar sobre controvérsias que possam surgir em seus processos administrativos, devendo, para tanto, analisar caso a caso para, ao final, concluir por um resultado adequado em que seja preservada a relação pactuada entre Estado e as permissionárias, bem como o interesse do usuário seja observado.

É de se observar que ao dirimir o conflito entre o Poder Concedente e a Permissionária, essa Agência exerce sua competência normativa reguladora, que é, nas palavras do Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO :

[...] a chave para operar em setores e matérias em que devem predominar as escolhas técnicas, distanciadas e isoladas das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais, pois essas, distintamente, são métodos mais apropriados às escolhas político-administrativas, que deverão, por sua vez, se prolongar em novas escolhas administrativas, sejam elas concretas ou abstratas para orientar a ação executiva dos órgãos burocráticos da Administração Direta.⁶³

Deve-se lembrar, como tratado em momento anterior deste estudo, que as Agências Reguladoras são autarquias independentes, cuja finalidade é a adoção de uma decisão autônoma e imparcial. Nesse particular, vale assinalar que essa imparcialidade é segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Imprescindível para que os agentes reguladores cheguem à definição do interesse geral, que devem retirar dos fatos e fazer prevalecer, sopesando, balanceando, ponderando todos os interesses em jogo, inclusive interesses públicos genéricos, sem considerá-los subjetivamente, ou seja, em função das pessoas que os deduzam ou defendam, uma vez que a lei deslegalizadora, com já se expôs, não contém, por conceito, qualquer predefinição de interesses públicos específicos interferentes sobre a matéria da regulação.⁶⁴

Cumpra assinalar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, referente ao modelo regulatório, está a demonstrar a competência das Agências

⁶³ *Direito Regulatório*, p. 117

⁶⁴ *Id. ibid*

Reguladoras para solucionar conflitos que visam, em síntese, o cumprimento dos contratos celebrado entre as partes, com vistas a garantir a seriedade e a **segurança das relações jurídicas** entre os Poderes Concedentes e os permissionários privados.

Nesse sentido, mister trazer à baila Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual, **e de forma contrária ao posicionamento defendido pelo Ministério das Comunicações**, foi prestigiada e mantida a decisão da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, de fazer cumprir o estabelecido no contrato de concessão celebrado entre a União Federal e a Telemar Norte Leste S/A.

Com efeito, foi intentada, pelo Ministério Público, Ação Civil Pública com vistas à sustação dos atos da ANATEL, que autorizaram os reajustes das tarifas dos serviços de telefonia fixa, em percentuais correspondentes aos índices de correção apurados pelo IGP-DI (Índice Geral de Preços), contratualmente estabelecido pelo Governo Federal em todos os contratos com as concessionárias de telefonia fixa e que nortearam os investimentos no setor.

Assim, considerando que a adoção de índice diverso ao ajustado entre as partes no contrato geraria o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, afrontando a ordem econômica, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem julgar nos seguintes termos, em textual:

“AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LESÃO À ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA CONFIGURADA. INSEGURANÇA JURÍDICA E RISCO BRASIL AGRAVADO.

Caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica, que pode se instalar com a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos firmados com o Poder Público, lesando a ordem pública administrativa e econômica e agravando o risco Brasil, defere-se o pedido de suspensão. Agravo regimental provido”.⁶⁵

(AgRgnº 57/DF – Processo n. 2004/0004599-1, Relator Ministro Edson Vidigal).

Com esse acórdão o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) atribuiu à ANATEL a competência para executar essa política, traduzindo-se a pretensão do Ministério Público, cancelada até então por uma liminar, **em verdadeira usurpação dessa função reguladora da Agência** (exatamente como intenta o TCU no caso em tela).

⁶⁵ AgRgnº 57/DF – Processo n. 2004/0004599-1, Relator Ministro Edson Vidigal

Destarte, a ANATEL, ao editar os atos de autorização dos reajustes pelo IGP-DI, o fez no exercício das prerrogativas legais que lhe atribuem o poder-dever de executar a política tarifária pré-fixada pelo Executivo.

O exercício da discricionariedade pela Administração Pública comporta, pois, um elemento subjetivo para a completa integração do comando legal ao caso particular. Nessa hipótese, a integração da norma não será considerada uma faculdade ilegal, proveniente de um suposto e hipotético poder originário da Administração. Ao contrário, trata-se de uma atribuição estabelecida pela própria lei exatamente com esse caráter, de modo que a discricionariedade não se configura uma liberdade da Administração Pública em face da norma, mas, em sentido oposto, se apresenta como um caso típico de submissão legal.

Desse modo, pode-se conceituar a discricionariedade administrativa como sendo uma *margem de liberdade da Administração que surge quando a sua atividade não está plenamente definida em lei*. A discricionariedade não surge da coincidência de um espaço de liberdade da Administração pública com relação ao legislador e ao juiz. Ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita do Poder Legislativo de permitir ao Poder Executivo uma contribuição no processo de determinação do interesse geral, a partir da ponderação de interesses particulares e coletivos.

Deve ser ressaltado, com ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO ao se referir às decisões das Agências Reguladoras, que estas deverão pautar seus atos por critérios ponderados de exercício de discricionariedade, muito mais complexos do que uma ultrapassada supremacia do interesse público.⁶⁶ Com efeito, há diversos interesses públicos, sendo alguns deles contraditórios entre si, como, por exemplo, as antinomias entre os interesses de várias categorias de consumidores e os interesses das empresas reguladas.

Diante disto, as Agências Reguladoras devem buscar, dentro do mandato de otimização que lhe é inerente, a maior compatibilização possível entre eles, compatibilização esta que, no ponto ideal, alcançaria o consenso.⁶⁷

⁶⁶ *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*.p. 292.

⁶⁷ *Id. ibid.*

Nessa ordem de convicções, é justo concluir que é de competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres analisar os casos concretos de forma individual, garantindo a legitimidade de todos os atos praticados, cada qual sob a égide das legislações em vigor, de forma que, a segurança jurídica e a proteção ao ato jurídico perfeito, direitos intocáveis pela Administração e pelo próprio Poder Judiciário sejam observados.

CONCLUSÃO

Após os argumentos trazidos nessa análise do caso estudado ao longo desses capítulos, conclui-se sobre a necessidade de adequação da legislação ao caso concreto quando a legislação golpeia o próprio interesse público, levando a ausência de razoabilidade no caso de aplicação automática e irrestrita da legislação em vigor.

A Agência Reguladora cria sua própria legislação baseada em estudos de matérias que lhe cabem regular, de forma que as mesmas se tornem cada vez mais específicas e adequadas a suas atividades, fazendo com que, teoricamente, sua própria regulamentação possa se adequar melhor às peculiaridades do setor.

Todavia, não foi isso que se demonstrou aqui. Apesar de existir regulamentação específica para o caso tratado, com sanções determinadas para o caso de infração cometida pela empresa, se fez necessário pela Diretoria da Agência a adequação ao caso concreto. Caso fosse aplicada a sanção prevista em legislação própria, a mesma não atingiria a empresa de forma adequada, tendo em vista que o objetivo não seria cumprido.

A Agência Reguladora estava atenta à infração praticada pela contratada, cumprindo seu papel de fiscalizar sua legislação. Todavia, também existia um outro papel a ser cumprido, ou seja, aplicar uma sanção à infração praticada. E nesse momento foi observado que o que se tinha previsto para aquele tipo de infração, não era adequado. Ao ser um simples cumpridor das regras, o Órgão Regulador traria prejuízos para todos os envolvidos, com maior reflexo no usuário, que poderia ficar sem

o transporte realizado pela empresa infratora, e sem qualquer previsão de que outra pudesse praticar.

Dessa “sensibilidade” da Agência Reguladora observamos que durante o processo a busca maior foi pela adequação da sanção de forma que se demonstrasse que o Órgão regulador cumpriu seu papel de intervir quando houve uma quebra das regras impostas, porém de modo que a empresa pudesse cumprir sua penalidade e que os usuários não fossem prejudicados. Ademais, a finalidade pública exige que os atos administrativos visem o interesse público.

A adequação encontrada pela ANTT só foi viável ao se levar em consideração a gravidade da infração. A mesma não havia sido cometida de má fé, tão pouco foi auferido lucro para a empresa. A alteração contratual apenas ocorreu para substituir os então-sócios, donos da empresa familiar e que estavam em fase de separação, para as 2 (duas) únicas filhas do casal que já geriam a empresa através de procuração (administração de fato). Ou seja, não houve qualquer modificação relevante, sequer mudança em seu capital social ou algo que interferisse no contrato entre o regulador e a empresa.

A necessidade do regulador em buscar uma sanção para a empresa o fez adequar a sua previsão para infração em uma lei geral, ou seja, a Lei n. 10.233/2001, ao invés do que estava previsto em sua própria legislação. A busca pela adequação foi o que motivou esse trabalho.

O juízo de racionalidade e o princípio da proporcionalidade foram relevantes para a adequação da sanção, trazendo para a realidade o caso em questão. Caso o Regulador não procedesse dessa forma, a sanção que era cabível certamente não traria a imperiosa segurança da continuidade da prestação do serviço.

A prerrogativa dessa adequabilidade de sanções é utilizada em várias esferas, não só a que vimos nesse estudo, mas em outras também, e que podem ser objeto de outros estudos futuramente.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras: E a evolução do direito administrativo econômico*. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7.ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos .Brasília: UNB, 1996

BRASIL. Decreto n. 2521, de 20 de março de 1998. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 de mar. 1998. Seção 1, p.1.

_____.ANTT.Resolução n. 18 de 23 de maio de 2002. Dispõe sobre a adequação e a compilação em um único documento, dos diversos atos emitidos pelo Ministério dos Transportes e pela ANTT, relativos à prestação dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros pelas empresas permissionárias.*Diário Oficial da União*, Brasília, 04 jun.2002.Seção 1, p.58

_____.ANTT.Resolução n.233 de 25 de junho de 2003. Regulamenta a imposição de penalidades por parte da ANTT, no que tange ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 jul.2003.Seção 1, p.76

_____.ANTT.Resolução n.442 de 17 de fevereiro de 2004. Aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de

arrendamento e nos termos de outorga de autorização. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 mar.2004.Seção 1, p.124

_____.ANTT.Resolução n.579 de 16 de junho de 2004. Dá nova redação aos arts. 1º, 2º e 4º da Resolução nº 233, de 25 de junho de 2003, que dispõe sobre a imposição de penalidades por parte da ANTT, no que tange ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun.2004.Seção 1, p.76

_____.Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental nº 57/DF – Processo n. 2004/0004599-1*. Suspensão de liminar. Ação civil pública. Lesão à ordem pública e econômica configurada. Insegurança Jurídica e risco Brasil Agravado. Relator Ministro Edson Vidigal.

_____.Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN n.º 855 - (PR)*. Ementa: Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor... Relator Ministro Sepúlveda Pertence

CARVALHO FILHO, José dos Santos.*Manual de Direito Administrativo*, 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. ed. Curitiba: Juruá, 2000

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007

_____. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. ed. São Paulo: Atlas, 2004

FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa*, 1.ed. Belo Horizonte: Forum, 2009

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, 1.ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2005

_____. *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*, ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004

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

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2003

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo:Malheiros, 2007

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. ed. São Paulo:RT,2000

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares – O alcance do controle jurisdicional*. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, ed., Coimbra: Almedina, 1981, tradução de Rogério Ehrhardt Soares

SILVA, Fernando Quadros da. *Agências Reguladoras*. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2002

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirizações*, 3.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

_____. *Direito Administrativo Regulatório*. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

