I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos

Janaína Rigo Santin

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-026-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública III, durante o I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020. Cabe ressaltar a magnitude do evento diante do momento presente, no qual vivenciamos uma das maiores pandemias da história - a Covid-19. E mesmo diante de tantas adversidades atingiu seu escopo com grande sucesso. O encontro ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, reunindo um amplo, qualificado e diversificado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com produções científicas marcadas pela destacada pertinência acadêmica e substancial importância empírica.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISES. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioambiental, estatal e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 20 (vinte) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares. Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade; Discricionariedade administrativa e segurança jurídica; Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública.

No tocante aos diversos Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade, 8 (oito) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) Análise do controle judicial da atuação administrativa discricionária sob a luz do paradigma do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do Direito Administrativo (Cleonácio Henrique Afonso Silva, Davi Prado Maia Oliveira Campos e Daniel Ferreira dos Santos); 2) Espetacularização do Controle e o Déficit de eficiência nas políticas de desapropriação (Sílzia Alves Carvalho e Daniel Lopes Pires Xavier Torres); 3) Limites Impostos pela

LINDB ao poder sancionador exercido pela Corte de Contas potiguar(José Anderson Souza de Salles); 4) O perigo do controle judicial sobre os atos normativos regulatórios discricionários das agências reguladoras federais, quando exorbita a sua legitimidade constitucional de atuação e substitui o administrador (Carolina Feitosa Cruz Cabral); 5) O assédio moral na Administração Pública como ato de improbidade: o direito à dignidade humana no trabalho (Marlisa Ramos de Oliveira, Giovana Tognolo Vilela Macedo e Felipe Pedroso dos Santos); 6) Das sanções administrativas no âmbito das licitações (Renata Souto Rocha e Sarah Lara Alves Martins); 7) O controle (não) consensual dos acordos firmados na fase inquisitória e preparatória à ação de improbidade administrativa (Flávia Baracho Lotti Campos de Souza), e 8) A responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos frente aos seus usuários: uma análise crítica sobre o tema (Sandro Eduardo Roussin Soares).

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle e enfretamento à improbidade administrativa representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo Discricionariedade administrativa e segurança jurídica, foram apresentados os trabalhos 1) Discricionariedade administrativa: o conceito de interesse e a falsa concepção da supremacia a priori do interesse público (Sérgio Augusto Veloso Brasil); 2) Reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper (Gláucia Milagre Menezes e Ricardo Torres Oliveira); e 3) Segurança Jurídica e estabilização na interpretação de normas de conteúdo indeterminado na atividade administrativa (Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro e Ivan Lira de Carvalho). Assim, o administrador público, com intuito de proporcionar a prestação de serviços à sociedade civil não pode afastar-se da necessária e imprescindível submissão aos termos legais e constitucionais. Os trabalhos demonstram profundidade teórica e preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de tema atual e pujante na Administração Pública, assim merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública, com um conjunto de 9 (nove) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) O direito ao erro do administrador público e o dever de precaução (Fernando Angelo Ribeiro Leal); 2) Regulação paternalista em tempos de pandemia (André Martins Bogossian); 3) O princípio da eficiência na atividade regulatória brasileira (Ana Flávia Lins Souto); 4) A força normativa das agências reguladoras no Estado brasileiro: similitudes e diferenças do modelo americano (Kelly Helena Santos Caldas, Miriam Coutinho de Faria

Alves e Tâmis Hora Batista Fontes Couvre); 5) A aplicação analógica da nova Lei Geral das Agências Reguladoras ao regime especial de autarquias tradicionais (Daniela dos Santos Ferreira de Almeida); 6) Exigibilidade constitucional da sustentabilidade nas contratações públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência (Salete Oro Boff e Dionis Janner Leal); 7) Controvérsia na aplicação da obrigatoriedade de contratação dos egressos do sistema prisional nas licitações públicas (Melissa Lara Andrade); 8) Gestão de Parques Urbanos Municipais por particulares; reflexões sobre a utilização da concessão de serviço público à luz da experiência do município de São Paulo (Juliana Patricio da Paixão) e 9) A competência do Poder Executivo estadual para decretar o fechamento de rodovias e aeroportos durante o estado de calamidade (Lucas Fagundes Isolani e Rafael Clementino Veríssimo Ferreira). Os autores destacaram os principais teóricos da atualidade, bem como as construções legislativas mais modernas e importantes. Percebeu-se uma análise detalhada e analítica sobre as principais questões abordadas.

Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - Universidade de Passo Fundo e Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam - Universidade Federal de Santa Catarina

Nota técnica: O artigo intitulado “Reflexão sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito "Instituições Sociais, Direito e Democracia" - Universidade FUMEC, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública III apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme

previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PERIGO DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS DISCRICIONÁRIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS, QUANDO EXORBITA A SUA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DE ATUAÇÃO E SUBSTITUI O ADMINISTRADOR

THE DANGER OF JUDICIAL CONTROL ON THE DISCRICTIONARY REGULATORY NORMATIVE ACTS OF THE FEDERAL REGULATORY AGENCIES, WHEN EXORBITES ITS CONSTITUTIONAL LEGITIMACY OF OPERATION AND REPLACES THE ADMINISTRATOR

Carolina Feitosa Cruz Cabral [1]

Resumo

O presente artigo analisa, com fulcro na Constituição Federal de 1988, o papel e a função normativa das agências reguladoras federais no modelo de Estado Regulador brasileiro, bem como o controle judicial realizado sobre a produção normativa destes agentes regulatórios, a fim de apresentar medidas que evitem a substituição da discricionariedade das agências reguladoras pela do juízo, entre as quais o manejo de critérios objetivos e a observância dos princípios da deferência e da razoabilidade, no momento de invalidação de um ato normativo.

Palavras-chave: Agências reguladoras federais, Poder judiciário, Controle judicial, Atos normativos regulatórios, Limites

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes, based on the 1988 Federal Constitution, the role and normative function of federal regulatory agencies in the Brazilian Regulatory State model, as well as the judicial control over the normative production of these regulatory agents, in order to present measures that avoid replacing the discretion of regulatory agencies with that of the court, including the management of objective criteria and the observance of the principles of deference and reasonableness, when invalidating a normative act.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal regulatory agencies, Judicial power, Judicial control, Regulatory normative acts, Limits

[1] Procuradora Federal e Mestranda no Programa de Mestrado do UniCEUB, na área de concentração, Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado.

1 INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988, um extenso rol de direitos e garantias foi constitucionalizado e, entre estas, a de acesso ao Poder Judiciário, manifestada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual é a síntese da garantia constitucional de acesso à justiça, propiciando a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela.

Com isso, especialmente após a Constituição Federal de 1988, verificamos uma postura mais atuante e pró- ativa do Poder Judiciário. O operador do direito desenvolveu um comportamento de protagonista na formulação da lei, pelo que passou, nesse cenário, a desenvolver a solução, tornando-se um coparticipante na criação do Direito (BARROSO, 2005).

Contemporaneamente a esse cenário, na década de 90, o Estado se transformou de Estado de bem-estar social para Estado Regulador. A despeito de se retirar do campo econômico, a produção normativa multiplicou, em razão da necessidade de normatizar todos os setores que agora seriam prestados pela iniciativa privada.

Diante do aumento das tarefas atribuídas ao Poder Executivo, surgiram as agências reguladoras, para exercerem esta nova função e atuarem nos segmentos econômicos nos quais o Estado reduziu a sua participação. A Administração Central orquestraria as políticas públicas, e as agências reguladoras as executariam, através da regulamentação e da fiscalização.

Desse modo, poderia o Estado atuar como Administração gerencial e separar a definição das políticas públicas, da regulação e da atuação empresarial propriamente dita.

Para tanto, as agências reguladoras assumiram natureza jurídica de autarquia, pessoa jurídica de direito público, dotadas de um regime especial, com maior autonomia decisória e amplo poder normativo, necessários à regulação e fiscalização dos temas alusivos a suas respectivas esferas de atuação (BANDEIRA DE MELLO, 2011), devendo esta regulamentação cingir-se a aspectos técnicos, com respeito à competência legislativa e à ordem constitucional brasileira.

A ampla autonomia decisória e a discricionariedade técnica das agências reguladoras, que lhes foi conferida por suas leis instituidoras, não excluem a sua produção normativa regulatória do controle, por ser incompatível com a natureza administrativa destes órgãos e contrário ao princípio do Estado Democrático de Direito. A sua legitimidade democrática refuta

a possibilidade de se pretender que o exercício da regulação implique fuga de controle (JUSTEN FILHO, 2002).

Desse modo, o controle da produção normativa é realizado, internamente, pelas próprias agências reguladoras, possibilitando-lhe conformar a sua atividade ao propósito público, em vista do qual foram criadas (BANDEIRA DE MELLO, 2011), bem como pelo Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas da União, e pelo Poder Judiciário.

No presente estudo, trataremos, especificamente, sobre o controle realizado sobre estes órgãos reguladores, no âmbito do Judiciário, demonstrando a necessidade do estabelecimento de requisitos para a sua realização, a fim de que a atuação administrativa das agências reguladoras não sofra interferências indevidas, sob pena de provocar efeitos danosos e obstruir a implementação das políticas públicas.

Aponta-se que, sob o aspecto da juridicidade, "o Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários [...]" (DI PIETRO, 2015, p. 898). Em outros termos, o Poder Judiciário, quando acionado, é responsável, por verificar a conformidade do ato normativo atacado, com os comandos legais, constitucionais e de legitimidade.

Com relação aos atos discricionários e vinculados, cada vez mais, há um encurtamento nesta diferenciação, devido ao bloco de legalidade a que atualmente as agências reguladoras devem respeito, fazendo com que a abertura discricionária seja diminuída, ou seja, a partir do momento em os parâmetros a ser respeitados se tornam mais amplos, pelo fenômeno da juridicidade, a abertura normativa dos atos normativos diminui.

Não obstante, os atos discricionários ainda existem e estão relacionados ao mérito administrativo, o qual se traduz como "um elemento integrante da atividade administrativa discricionária que se configura num juízo valorativo do agente público, na busca da melhor solução possível à situação posta, na intenção de satisfazer a finalidade imposta pela norma" (CRISTÓVAM. 2016, p. 84-85).

Diante dessa discricionariedade, que é característica da Administração Pública, é preciso cautela do juízo, ao invalidar um ato normativo fruto de um ordenamento jurídico que admita a escolha de mais de uma medida, todas juridicamente válidas e sadias.

Não é permitido ao juiz substituir- se à escolha feita pelo agente público, alegando que outra medida seria mais correta. Sendo, nesse ponto, em que reside o mérito administrativo insindicável pelo Judiciário (CRISTÓVAM. 2016).

Nesses moldes, ao dever discricionário, é conferida uma certa liberdade de atuação conferida, pela lei, ao administrador, para que formule a solução mais adequada à finalidade do interesse público.

Diante desse cenário, objetiva-se, através do presente estudo, revelar a preocupação com o ativismo judicial capaz de exorbitar os limites de sua legitimidade de garantidor da ordem constitucional e invalidar, cassar, ou modificar atos normativos regulamentares, que foram legitimamente produzidos, pelas agências reguladoras, quando munidas do seu poder normativo e técnico discricionário.

Dessa forma, a problemática perpassa pelo crescimento do "superpoder" Judiciário e pela tentativa de evitar que posturas ilegítimas se tornem um comportamento natural, através da destituição de funções típicas de um dado Poder. Para tanto, abordaremos algumas soluções capazes de conter esta invasão e garantir a harmonia entre os Poderes.

Utilizaremos, nesta pesquisa, da vertente metodológica dogmático-jurídica, acentuando os aspectos conceituais, normativo, doutrinário e jurisprudencial acerca do papel das agências reguladoras no modelo de Estado regulador e do Poder Judiciário no controle da produção normativa destes Entes. O tipo metodológico será o jurídico-propositivo, na medida em que se busca contribuir, para a prevenção da interferência abusiva de um ente sobre o outro. Dessa forma, para elaboração do estudo, manejaremos dados primários e secundários, como a legislação, jurisprudência, doutrina e artigos científicos.

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO LEGITIMADORA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE E DO AUMENTO DA DEMANDA JUDICIAL

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras se deu em razão do desconhecimento da força normativa dos seus textos e da falta de interesse político de lhes conceder aplicabilidade direta e imediata. A Constituição Federal de 1988 foi o marco inicial para um começo de uma nova história.

As normas constitucionais alçaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que a contemplam.

A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional, que se lastreia em torno de um conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, deixando de lado um sentido único e objetivo de tudo, que a tradição exegética lhe conferia.

Ao fim da segunda guerra mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei, como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais credibilidade e aceitação no pensamento esclarecido.

Com isso, o pós-positivismo – resgatador de valores- abriu caminho para uma nova hermenêutica constitucional e para a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana, passando a Carta Magna a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra- positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

Nessa linha, a Constituição Federal de 1988 é inaugurada pelos seus princípios fundamentais, os quais apontam os fundamentos da organização do Estado Brasileiro, traçando as diretrizes básicas do ordenamento constitucional, sendo normas jurídicas efetivas e que demonstram o novo modelo constitucional brasileiro.

Diante da força normativa da Constituição Federal, o princípio da legalidade administrativa precisou ser revisitado, para vincular o Administrador Público não apenas à lei, mas aos valores e demais princípios inseridos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico.

Como reflexo direto desta obrigatoriedade, então, nasce o art. 2°., I, da Lei n°. 9.784/99 regulamentadora do processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal, cujo teor consagra o princípio da juridicidade.[1]

O art. 2°., I, ao distinguir lei e direito, disciplina que, para o processo administrativo, a lei não é a única fonte, nem tampouco pode ser interpretada de forma restritiva. Não é

---

[1]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:
I - atuação conforme a lei e o Direito;

suficiente uma leitura simples, literal, de um singelo artigo de lei, para a aplicação do Direito pelo agente público (MOREIRA, 2007).

Tal mudança de paradigmas revelou a necessidade de ressignificar, além do conceito de legalidade pelo de juridicidade, o de supremacia do interesse público, pelo princípio da proporcionalidade, o de dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, pela variação dos graus de vinculação do ato à juridicidade e do Executivo unitário, para uma Administração Pública policêntrica (BINENBOJM, 2008).

Nesse sentido, a atuação da Administração Pública, em especial a discricionária, precisa ser controlada, em relação à sua compatibilidade formal, não apenas com a legislação infraconstitucional, mas, também, com a Constituição Federal. A amplitude dos princípios constitucionais, por vincular a Administração, autoriza um controle jurisdicional mais intenso e eficaz dos atos administrativos classificados como discricionários (OLIVEIRA, 2009).

Desse modo, ao tempo em que a constitucionalização do direito administrativo se fortaleceu com a força normativa dos direitos fundamentais, também gerou um aumento do controle, pelo Judiciário dos seus atos normativos, resultado, também, desta força normativa dos direitos fundamentais, que provocou um aumento da demanda judicial.

A transformação normativa dos princípios, deixando de ser mera enunciação formal, a obrigatoriedade de criação dos juizados especiais e a justiça gratuita provocaram um aumento do ingresso de demandas perante o Poder Judiciário, permitindo com que qualquer pessoa busque o Judiciário, exigindo-lhe proteção e a efetivação de seus supostos direitos, para a concretização da democracia. Frise-se, outrossim, que a proteção judicial é indispensável, a fim de tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais, dispostos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico geral (MORAES, 2006).

Com os direitos fundamentais, o constitucionalismo do século XX alçou a sua posição mais consistente, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário último de uma teoria material da Constituição, e, sobretudo, da legitimidade do Estado Democrático de Direito e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, pois, os valores da pessoa humana, no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece os primados do homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder (BONAVIDES, 2000).

Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, não pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão. Trata-se de um direito à tutela jurisdicional adequada - processo capaz de promover a realização do direito material -, efetiva e tempestiva, mediante um processo justo. Qualquer pessoa - física, jurídica, entes despersonalizados- têm o direito subjetivo, em caso de lesão ou ameaça de direito, de provocar o Judiciário, para que este exerça a jurisdição.

A jurisdição, no Estado Constitucional, embora não seja descritiva de uma norma jurídica, não é criativa de normas jurídicas – a jurisdição implica atividade de reconstrução interpretativa, através de um processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica. É uma atividade que depende da colaboração da Constituição e da legislação, para ser legítima, não inovando na ordem jurídica (MARINONI, 2015; ARENHART,2015; MITIDIERO, 2015).

Conclui-se que os direitos humanos fundamentais elencados, na Constituição Federal, não obstante servirem de limites ao poder do Estado, são também parcela da legitimação deste próprio Estado, determinando seus deveres e viabilizando o processo democrático em um Estado de Direito (MORAES, 2006).

Feito este apanhado geral, torna-se fundamental pontuarmos abaixo o comportamento atual do Poder Judiciário e a função das agências reguladoras federais, verificando as possíveis consequências relacionadas ao controle judicial dos atos administrativos regulatórios, em uma sociedade pós Constituição Federal de 1988, cheia de conceitos jurídicos indeterminados a serem valorados, para a implementação da norma.

3 O DESVIRTUAMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO, COMO PREJUDICIAL AO CONTROLE DOS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS

Nessa perspectiva de inafastabilidade da jurisdição, vivemos uma era em que tudo ou quase tudo deságua no Judiciário e dele se espera a solução que nos agrade. Vivenciamos um Poder Judiciário, cada vez mais, ativo, forte e garantidor dos anseios individuais, o que, em contrapartida, leva a um comportamento, muitas vezes, sem freios e despido de racionalidade, comprometendo o equilíbrio entre as instituições e contribuindo para os seguintes aspectos:

- a judicialização da política;

- o ativismo judicial, pela interferência na seara de competências das agências reguladoras, o qual se revela através de diversas condutas, incluindo a imposição de condutas

ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008);

-a modificação de atos legítimos, fruto da atuação das agências reguladoras, cujos agentes são dotado de expertise técnica no assunto que normatizam;

Desse modo, aufere-se que a constitucionalização dos direitos, o controle de constitucionalidade, as diversas vias de acesso à justiça, o descrédito enfrentado pelos Poderes Legislativo e Executivo (BERTA, 2017) são uns dos diversos fatores que contribuíram para a judicialização e uma judicialização da política no país.

Este desarranjo de competências constitucionais favorece um "superpoder" judiciário, pela concentração ilegítima de funções, como a normativa e administrativa, gerando desarmonia institucional, fragilidade dos atos normativos formulados e impostos pelas agências reguladoras aos seus tutelados e, pois, contribuem para o desrespeito destes atos normativos, pela confiança de que serão modificados pelo Judiciário.

Além disso, a interferência judicial gera um tratamento não isonômico entre os entes tutelados (alvos dos atos normativos) e um desequilíbrio entre os atores, mormente porque grande parte destas tutelas advêm de processos subjetivos (entre partes).

Com isso, a despeito de o contexto atual propiciar um acolhimento de demandas, pelo Judiciário, com conotação social e protetiva, muitas vezes, com fulcro em uma análise de um universo muito pontual, desprezando o todo, principalmente, quando a nossa realidade jurídica dá esta margem, por trabalhar com conceitos indeterminados, que exigem valoração, é imperioso o preenchimento de certos requisitos e o dever de fundamentação do julgador, quando mudar o cenário regulatório, evitando, ainda, a insegurança jurídica.

Para minimizar os desajustes jurídicos, é fundamental que este canal de acesso entre Constituição e povo reconheça que a sua competência funcional possui limites e deve obediência aos parâmetros constitucionais, aos quais deve proteção. Dessa forma, a roupagem da pró- atividade deve ser uma atitude positiva, de aperfeiçoamento, engrandecimento do trabalho que é realizado conjuntamente pelos diversos entes políticos e não uma alusão a um ativismo judicial, que se utilize da justificativa de se fazer justiça, em detrimento dos mandamentos legais e constitucionais.

Ou seja, o perigo se concretiza, quando todos os valores emanados da Constituição Federal servem ao julgador para proferir decisões casuísticas, a partir de julgamentos de valor, sem qualquer supedâneo jurídico global, decidindo e impondo a sua visão jurídica, tanto ao

jurisdicionado, como aos outros poderes. A decisão judicial, portanto, torna-se apenas uma veiculação da discricionariedade do juiz. A partir dessa perspectiva, as convicções pessoais do magistrado se substituem ao próprio ordenamento jurídico, sendo o que gera a invasão de um Poder sobre um outro, de uma atuação sobre outra (BERTA, 2017).

Diante disso, há uma desorganização estrutural, provocando um desarranjo institucional, o que compromete a segurança jurídica e o desempenho das instituições, razão pela qual a expressão ativismo judicial recebeu uma conotação negativa.

Para muitos, ainda, o ativismo judicial é despido de legitimidade democrática, não conferindo ao Judiciário, dessa forma, decidir e intervir na seara política, cuja legitimidade compete aos Poderes eleitos e, com muito mais razão, pelo fato de suas decisões apresentarem, em grande parte, caráter contra- majoritário.

Jeremy Waldron (2006) criticou o controle judicial de constitucionalidade, no seu artigo intitulado The Core Case Agains't Judicial Review, sendo um dos seus principais críticos, justamente, por entender que, dentro de países democráticos e em que suas instituições funcionem razoavelmente bem, não faria sentido atribuir ao Judiciário, cujos membros são indicados pelo Executivo, a última decisão sobre direitos. Para o autor, seria como andar na contramão da evolução, como um retrocesso, uma desconstrução de longos anos de luta, na história do mundo ocidental moderno, em que se enfrentara ditaduras, colonização, em busca de um estágio marcado por uma maior participação do povo na vida política e social.

Dessa forma, depreende-se que a problemática perpassa pela extrapolação do Judiciário, quando da prolação de decisões que modificam escolhas técnicas das agências reguladoras, sem fundamento jurídico robusto, desencadeando uma mudança em cadeia.

4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS COMO INSTRUMENTOS HÁBEIS A NORMATIZAR AS DIRETRIZES REGULATÓRIAS, PARA A CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

As agências reguladoras desempenham um papel relevante na sociedade contemporânea, sendo a sua criação e especialização fundamental para a regulação dos serviços públicos cuja prestação fora destinada aos particulares e pelo controle de determinadas atividades privadas, destacadas pela lei (OLIVEIRA 2018).

Para que as agências reguladoras exerçam corretamente o seu papel, no direcionamento das atividades econômicas, é legítimo o poder normativo que lhes fora

legalmente atribuído, de modo que sejam estabelecidas as regras do jogo econômico com a agilidade necessária, inclusive com vistas a equilibrar a concorrência (ARAÚJO, 2013).

Todavia, estes órgãos reguladores sentem o impacto da demasiada interferência do Judiciário sobre os seus atos regulatórios, os quais servem para conferir exequibilidade à lei, efetividade e sentido ao seu papel de regulamentador. A estas agências, em regra, compete o controle, a fiscalização e a regulação de produtos e serviços, inclusive públicos, dentro de determinada atividade econômica, assegurando o interesse público.

Dentro do estrito dever que lhe confere a Constituição e as leis, devem, no exercício do seu poder normativo e nos limites de sua competência, estar aptas a interferir na liberdade dos administrados, quando imprescindível ao bem-estar social, expresso na proteção do bem que lhe competem.

Através da Constituição e das leis, os cidadãos adquirem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. É indiscutível que o uso da liberdade e da propriedade deve estar entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira apta a obstar a realização das finalidades públicos.

Evidente, pois, que todas as atividades das agências são de relevância pública, inerente ao direito fundamental de proteção à sociedade como um todo, devendo sempre atuar, preventiva ou repressivamente, na proteção e regulação das mais diversas atividades e setores da economia, visando ao bem comum.

Atualmente, existem onze agências reguladoras federais. São elas: ANATEL, ANP, ANEEL, ANS, ANVISA, ANA, ANCINE, ANTAQ, ANTT, ANAC e ANM.[2]

A nova Lei n°. 3848/2019, em seu art. 3º, dispôs que as agências reguladoras possuem natureza especial, sendo caracterizadas pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de

---

[2]Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:
I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);
II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP);
III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel);
IV- a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);
V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS);
VI - a Agência Nacional de Águas (ANA);
VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);
VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);
IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine);
X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);
XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).

seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação, padronizando todos os atributos que lhe são inerentes.

São estas agências reguladoras que têm o poder de estabelecer, de forma mais específica, os parâmetros mínimos de funcionamento de um setor, através do poder normativo que possuem, para satisfazer a política pública que está obrigada a cumprir.

Todavia, assim como o Judiciário, estes Entes também encontram limites em sua atuação. O que não significa dizer que estão adstritas à reprodução de textos de lei.

Sobre o alcance deste poder normativo das Agências Reguladoras, transcrevemos as palavras da Ministra Rosa Weber (ADI 4093/ SP, p.10-11):

> O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social na implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares. Não permite a Constituição, no entanto, lhes seja emprestada força legislativa suficiente para criá-los ou extingui-los.
>
> Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Dotada de inquestionáveis relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à legislação. Exercida em um espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente.

Nesse sentido, este mesmo Tribunal, em decisão paradigmática, na ADI n. 4.874/DF, devolveu, às instâncias ordinárias, do Poder Judiciário o poder-dever de realizar a Constituição Federal. Mas este poder-dever deve ter, como premissa vinculante, o Poder Técnico-Normativo das Agências Reguladoras, para editarem normas técnicas suficientemente idôneas para concretizarem as políticas públicas.

Para o STF, nesta ADI, a função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), nem com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF). A competência, para editar

atos normativos, com fins à organização e fiscalização das atividades reguladas, enquadra-se no poder geral de polícia da Administração. Qualifica-se a sua competência normativa, pela edição, no exercício da regulação setorial, de atos gerais e abstratos, de caráter técnico, necessários à implementação da política pública setorial e subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial, ou tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição.

Nessa esteira, podemos afirmar que, segundo o Supremo Tribunal Federal, as agências reguladoras, a despeito de encontrarem limites em sua atuação, não estão adstritas à reprodução de textos de lei e sendo seu poder de caráter eminentemente técnico, mesmo editando normais gerais, as agências atuam no exercício de sua função administrativa e o no seu poder geral de polícia, não havendo que se falar, em regra, de usurpação de natureza legiferante.

Desse modo, as agências reguladoras federais, autarquias de regime especial, desenvolvem, além das atividades fiscalizadora, sancionatória e judicial, a normativa cuja capacidade está associada a sua capacidade técnica, para avaliar as situações concretas, sopesar sobre interesses conflitantes, não sendo mera executora do contido na lei, mas criadora de regras aptas a regular o seu setor.

Nesse diapasão, “não basta a mera busca do interesse público contido na norma, mas o equilíbrio entre esta finalidade e os direitos individuais consagrados no bojo da Constituição da República de 1988” (MALAQUIAS DA SILVA, 2010, p.233).

Para a produção do ato normativo, a única justificação do poder do Estado e do seu exercício não pode ser outra que a sua destinação social no prosseguimento do interesse público. A atuação em contrário ou mesmo indiferente a essa destinação será abusiva ou eivada de desvio do poder (MOREIRA NETO, 1998).

Portanto, para a Administração Pública persiste o dúplice dever funcional: de legalidade e de boa administração. Ou seja, ao lado do aspecto atributivo da função que é o poder, deve estar o seu indissociável aspecto limitativo, que é o dever (MOREIRA NETO, 1998).

Logo, os princípios, dada a sua importância acima da Lei, em sentido estrito, são, indubitavelmente, uma forma de controle e limitação do poder-dever administrativo discricionário, assim como o seu poder de autotutela previsto no art. 53, da Lei n°. 9784/99, reconhecido e sumulado, pelo Supremo Tribunal Federal, em suas Súmulas n°. 346 e n°. 473, derivado do princípio da legalidade e do interesse público, o qual confere, à própria

Administração Pública, ao verificar algum tipo de vício sobre os seus atos, o poder- dever de anulá-los, quando eivados de ilegalidade, ou, ainda, de revogá-los, quando inoportunos ou inconvenientes.

Nas lições de Almiro Couto e Silva (1987), a Administração Pública tem o dever de anular os atos administrativos inválidos e não uma faculdade.

Para Weida Zancaner (1993), a Administração Pública só tem a faculdade de anular atos administrativos, caso sejam discricionários, com os requisitos e permissivos preenchidos pela lei.

Lúcia Valle Figueiredo (1998) defende que, não obstante o dever de anulação, este não é absoluto, quando for possível o seu saneamento e após análise do ordenamento jurídico como um todo.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2015) também faz uma ponderação, no sentido de que, não obstante seja um dever, em determinadas situações, pode-se deixar de proceder à sua invalidação, quando o prejuízo, para o interesse público, resultante da invalidação, seja maior que a sua manutenção.

Consigna João Antunes dos Santos Neto (2004, p.159-160) que:

> a Administração tem o dever e não a faculdade de anular os atos que pratica com vício de legalidade, de modo a recompor a ordem jurídica violada. Caso assim não fosse, a subsunção de toda a atividade estatal à legalidade seria mera simulação da existência de uma ordem jurídica que concretizasse a vontade geral da sociedade, organizada para a finalidade única de alcance do bem-estar coletivo.

De todo o colacionado, salvo raras exceções, como a preservação da segurança jurídica, o decurso do tempo favorável ao administrado e a convalidação, infere-se que a Administração, no caso, as agências reguladoras, ao realizar o controle dos seus próprios atos, têm o dever de anular os fulminados de nulidade.

5 DOS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AOS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS POSTOS A SEU CONTROLE

O controle dos atos normativos regulatórios é medida que se impõe, mormente diante da amplitude normativa das agências reguladoras, pelos operadores do direito e pelos próprios

tutelados, para certificar o seu respeito aos parâmetros da respectiva lei permissiva (CARVALHO FILHO, 2008).

Com isso, mesmo sabendo que o controle judicial dos atos administrativos é legítimo, é mister o Judiciário ter muita ponderação com decisões que levem à suspensão, invalidação, cassação, ou modificação dos atos administrativos regulatórios e com as razões que a justifiquem.

A existência do poder de autotutela somado ao fato de o ato praticado pelo agente público gozar de presunção de legitimidade, fortalece a necessidade de uma contenção de atuação do Judiciário, pelo que os atos normativos das agências reguladoras só devem ser desconstituídos, quando ferirem o bloco de legalidade, ou seja, o ordenamento jurídico como um todo.

Grande parte das normas regulatórias provocam impacto econômico na prestação dos serviços atingidos por ela. São editadas, justamente, em função da avaliação que se faz a respeito de dado aspecto econômico e, sempre, atentando-se para a repercussão que elas podem acarretar (análise de viabilidade).“A propositura de qualquer mudança regulatória deve ser acompanhada de justificativa técnica, jurídica e econômica explicando a viabilidade da medida” (SUNDFELD, 2011; CÂMARA, 2011, p.69). Agora, inclusive, com muito mais rigor, após a edição da Lei n°. 13848/2019 que dispõe sobre todo o processo decisório das agências reguladoras federais, quando da edição ou não de atos normativos.

Dentro desse referencial, deve-se construir um raciocínio jurídico, implantando-se espaços de diálogos institucionais, para a definição de parâmetros voltados ao bom desempenho do Estado Democrático de Direito, de modo que nenhum poder usurpe funções de outro e, no caso do Judiciário, que contenha o seu envolvimento em certos assuntos.

Sugere-se que o Judiciário, ao se deparar com a necessidade de realizar o controle judicial de um ato normativo, que, inicialmente, analise a legislação setorial que trata da matéria regulada pela agência. Após, constate se esta norma foi produzida nos limites dos parâmetros da legislação setorial. Ou seja, examine se a lei em questão é dotada de abertura, se deixou margem de liberdade para o Administrador disciplinar o caso concreto. Em caso negativo, a norma poderá ser invalidada, sem maiores dificuldades, por violação ao princípio da legalidade. Por outro lado, em se averiguando que o ato normativo manteve-se dentro da esfera de liberdade atribuída por lei, ou tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição, o magistrado deverá adentrar no conteúdo da norma.

Propõe-se, então, que esta segunda fase do controle judicial seja baseada na análise da legislação que trata da formação do ato normativo, dos aspectos objetivos do processo administrativo que lhe deu origem, como a análise do impacto regulatório, a comprovação de estudos científicos e dados estatísticos que amparem a norma, a realização de consulta pública e/ ou audiências públicas, com demonstração de sua relevância, a indicação de que as medidas implementadas encontram eco nas políticas setoriais de outros países, entre outros. Desse modo, quanto mais bem fundamentado o processo administrativo, mais "redonda" será a norma reguladora e, consequentemente, menor deverá ser a interferência do Poder Judiciário (ALMEIDA, 2014).

E, no conflito entre princípios, direitos ou valores fundamentais não podemos aplicar os critérios de solução de antinomia das regras (cronológico, hierárquico ou especialidade), uma vez que gozam de mesma hierarquia e estão constitucionalizados, conforme vontade do legislador ordinário.

Deve-se recorrer a um princípio dos princípios, o princípio da proporcionalidade, para uma solução de compromisso, a qual, em determinado caso concreto, respeita-se mais um determinado princípio, sem jamais esvaziar o(s) outro(s) e sem ferir seu núcleo essencial, aonde se acha esculpida a dignidade humana (GUERRA FILHO, 2005).

O princípio da proporcionalidade constitui um princípio implícito e, ao mesmo tempo, pressuposto no Estado Democrático de Direito, sendo que sua função é hierarquizar todos os demais princípios, a partir de situações em concreto. É a exigência de adequação temporal, espacial e pessoal entre o meio que o Direito se utiliza, e o efeito que se pretende atingir.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (RE 511.961 – SP, p.743), discorre a respeito da incompatibilidade de restrições infundadas com os direitos fundamentais, com base no princípio da proporcionalidade, *in verbis*:

> A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins

> perseguidos pelo legislador, como também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheitz*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

Assim, ante uma colisão entre princípios constitucionais ou entre princípios e bens e interesses coletivos, deve o intérprete se socorrer do princípio da proporcionalidade, através do uso da ponderação, tendo-se, em mente, ainda, que a prevalência de um dado princípio sobre o outro é temporário, para o caso concreto.

De forma muito geral, a ponderação pode ser conceituada como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser definida do seguinte modo: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e criando, como consequência, a aplicação da norma ao caso concreto. O que acontece, não raras vezes, nos casos difíceis, porém, é que convivem, requerendo aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções e normativas diversas e, muitas vezes, contraditórias. A subsunção não possui instrumentos, a fim de criar uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso. O propósito da ponderação é resolver esses conflitos normativos da maneira menos dolorosa para o sistema como um todo, de modo que as normas, em oposição, continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que, em determinado caso concreto, elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes (BARCELLOS, 2008).

Esses ensinamentos nos fazem concluir quão importante é o princípio da proporcionalidade, tanto na prática judiciária, como na administrativa, devendo esta última ter uma atuação que ponha em equilíbrio os direitos individuais dos administrados com o interesse público. Ademais, o dever discricionário deve estar em harmonia com os princípios expressos ou implicitamente consagrados no bojo da Carta Magna de 1988, devendo o Judiciário apenas interferir, quando não haja esta observância pela Administração.

O desafio que se impõe, então, é que, na utilização da ponderação, pelo Judiciário, no caso concreto, não haja sua deturpação e o uso de critérios subjetivos e pessoais, para solucionar o caso concreto, gerando desconfiança por parte da população e descrédito do método. Até, porque não parece compatível com a ideia de Estado de Direito.

Depreende-se, pois, que a argumentação jurídica deve ser capaz de seguir um raciocínio logico, através de elementos jurídicos, que a apoie e lhe dê sustentação, para que os atos normativos regulatórios só sejam invalidados, quando não preencherem os requisitos acima sugeridos, sendo, portanto, eivados de flagrante ilegitimidade e inconstitucionalidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, pelo que, atrelado aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública: moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, os atos administrativos estão sujeitos ao controle judicial.

No conflito de atribuições entre o poder judiciário e as agências reguladoras, a definição de parâmetros, estabelecendo critérios objetivos de atuação de um ente e do outro, é necessária ao bom desempenho do Estado Democrático de Direito, para conter o envolvimento indevido do Poder Judiciário no âmbito legítimo de atuação das agências reguladoras, sendo a mesma premissa, em contrário, verdadeira.

Soma-se a isso a necessidade de se atentar na escolha dos comportamentos que atingirão os fins almejados, demonstrando o fundamento racional que legitima a ação.

Deve o Poder Judiciário implantar espaços de diálogos institucionais, de modo que nenhum poder usurpe funções de outro e, nessa lógica, prestar deferência às decisões regulatórias, pois que, ao mesmo tempo em que os atos discricionários técnicos das agências reguladoras autorizam um maior controle pelo Judiciário, eles também impõem mais cautela nesse controle, vindicando a análise de sua compatibilidade com todo o ordenamento jurídico. Portanto, não devem sofrer interferência, quando produzidos em seu respeito e decorrente de escolhas técnicas razoáveis, de modo que nenhum poder usurpe funções de outro.

Fortalece-se, então, a necessidade da prevalência de harmonia de atuação entre os Poderes, aonde cada qual respeite os seus limites e, dentro da sua esfera, adote a melhor medida, fazendo com que, nestes moldes, nem o Judiciário interfira, indevidamente, na Administração Pública, afetando a impessoalidade e o tratamento isonômico - princípios inerentes à Administração- entre os administrados, em idênticas circunstâncias (os que se socorrem do Judiciário e os que já obedecem à Administração e seus regulamentos), resultando desequilíbrio e burla da prevalência do interesse público, nem a Administração deixe de cumprir o interesse público e ser vigilante aos seus atos, por saber que serão regulados pelo Judiciário.

Pelo exposto, nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias essenciais à normatividade dos princípios a ponderação de valores e a teoria da argumentação, sendo a adoção da técnica da ponderação dos elementos constitucionais o melhor sustentáculo teórico, para se conciliar estes aparentes conflitos e limitar o exercício de atuação de cada um destes entes, a fim de preservar um bem maior: o Estado Democrático de Direito, a sua população e a saúde do mercado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. **O controle judicial dos atos normativos da Anvisa à luz do princípio da deferência**: um estudo de casos. Curitiba: CRV, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros: 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional,** in: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações Privadas. Luís Roberto Barroso (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. Acesso em 20, jun, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. ConJur – Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica . Acesso em: 15, jun. 2018.

BERTA, Emanuela Maria Franceschina. **As políticas públicas e o poder judiciário no Brasil**: controle judicial e os limites de atuação/ Emanuela Maria Franceschina Berta; orientador: José Sérgio da Silva: Cristovám, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário (RE) n° 511.961-SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe n°.213, Divulgação: 12/11/09.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. (**ADI) 4093- SP. Rel. Min. Rosa Weber. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe n°.17/10/14.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. (**ADI) 4874-DF. Rel. Min. Rosa Weber. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 1/2/2018.

CARMO, Flávia Figueiredo Franco; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SIMÕES, Fabiana Coelho. **O Poder normativo discricionário na atividade regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ausência de controle jurisdicional**. In: Revista Meritum **– Belo Horizonte –** v. 12, n. 2, p. 212-233, jul./dez, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 84, p. 46-63, 1987.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2016.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva. **Elementos de direito administrativo.** Curitiba: Juruá, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA, Sergio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago**. O princípio da proporcionalidade e a teoria do direito. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. *In*: GRAU, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

MALAQUIAS DA SILVA, Mário Henrique. **O Princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa.** In: Revista de Direito Público, Londrina, v.5, n.1, p.233-261, abr., 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** Teoria do Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1° a 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Egon Bockermann. **Processo administrativo- princípios constitucionais e a lei nº. 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: Legitimidade da jurisdição constitucional. BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. (Org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

WALDRON, Jeremy. **The core case against judicial review**, In Yale Law Jornal, v. 115, n°. 6, 2006.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação e*x officio* do ato administrativo.** São Paulo: Fórum, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública.** A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n°.45, p.55-73, jul./set. 2011.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.** São Paulo: Malheiros, 1993.