

**O PODER NORMATIVO DISCRICIONÁRIO NA ATIVIDADE
REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES
TERRESTRES E A AUSÊNCIA DE CONTROLE JURISDICIONAL**
*THE DISCRETIONARY REGULATORY POWER IN THE REGULATORY ACTIVITY
OF THE NATIONAL TRANSPORT AGENCY AND THE ABSENCE OF
JURISDICTIONAL CONTROL*

Maria Tereza Fonseca Dias*
Flávia Figueiredo Franco Carmo**
Fabiana Coelho Simões***

* Graduação em Direito na UFMG, concluiu o mestrado (2001) e doutorado (2007) em Direito Administrativo no Curso de Pós-Graduação da mesma Universidade. Seus estudos na área de direito público privilegiam a análise das temáticas das parcerias da Administração Pública, notadamente com as entidades do Terceiro Setor e a questão urbana e Direito Urbanístico. Possui trabalhos nas áreas de Metodologia da Pesquisa e do Ensino Jurídico. No curso de Graduação desenvolveu, sob a orientação da Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, diversos projetos de pesquisa e extensão, tendo sido integrante do primeiro grupo de pesquisadores do Programa Pólos de Cidadania, da Faculdade de Direito da UFMG. No magistério superior foi professora no Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix (1999-2005), Faculdades Arnaldo Janssen (2002-2005), Universidade Federal de Ouro Preto (2008-2012). Foi professora de Cursos de Especialização em diversas instituições de ensino. É, hoje, professora adjunta do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *Stricto sensu* da Universidade FUMEC. Atualmente exerce a função de Coordenadora do Mestrado em "Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC. Desenvolveu atividades de administração científica como Coordenadora do Centro de Mediação e Cidadania da UFOP (2008-2012), Coordenadora Pedagógica do Curso de Direito da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI) (2002-2003) e Coordenadora do Núcleo de Pesquisas e Estudos Monográficos do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix (1999 a 2005). Principais obras publicadas: (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4ª ed. (Em co-autoria com Miracy Barbosa de Sousa Gustin) Direito Administrativo Pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Terceiro setor e Estado - legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008

** Graduação em Direito pela Faculdade Milton Campos (2007). Pós-graduada em Consultoria Jurídica Empresarial pela Uniseb (2012) e em Direito Processual pela PUC/IEC (2009). Atualmente é gerente jurídico de arbitragens e relicitação da Investimentos e Participações em Infraestrutura S/A - Invepar. Foi gerente jurídico e de governança corporativa da Concessionária BR 040 S.A. Foi advogada na área de consultoria societária na Azevedo Sette Advogados. Foi advogada em consultoria jurídica empresarial e contenciosa na Muzzi Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direito societário, infraestrutura, regulatório e arbitragens. Mestranda do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade FUMEC

*** Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006). Pós-graduada pela Universidade Cândido Mendes (2008), especialista em direito privado. Atualmente é secretária eleita e diretora social interina da ASSOCIAÇÃO DOS SEGUIDORES E AMIGOS DO BEM ASA-B, Presidente eleita da Sociedade do Serro Pró- Raízes- SERRAÍZES, advogada - DIRETÓRIO MUNICIPAL DO PPS/SERRO-MG, advogada no escritório ALEXANDRE LEMOS GONÇALVES SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOGADO e advogada da ASSOCIAÇÃO DE BENEFÍCIOS DA FAMÍLIA MILITAR- CLUBE MIL. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Administrativo. Mestranda do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade FUMEC.

RESUMO

O presente artigo analisa o exercício da competência discricionária normativa pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”) e discorre sobre como tem sido o controle de tais atos pelo Poder Judiciário. Para elaboração do trabalho adotou-se a vertente metodológica dogmático-jurídica, uma vez que esta acentua os aspectos normativos, conceituais e doutrinários sobre o poder normativo discricionário da ANTT. Trata-se de pesquisa teórica, que culminou na análise de normas, textos doutrinários, pareceres e no exame dos julgados dos Tribunais Federais Regionais e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Conclui-se que não existe controle efetivo do Judiciário nos atos discricionários normativos da ANTT.

Palavras-chave: Poder normativo discricionário; ANTT; controle jurisdicional.

ABSTRACT

This article analyzes the exercise of normative discretionary competence by the National Land Transport Agency ("ANTT") and discusses how has been the control of such acts by the Judiciary. In order to elaborate the work and adopted the dogmatic-juridical methodological aspect, since it emphasizes the normative, conceptual and doctrinal aspects about the normative discretionary power of the ANTT. It is a theoretical research, culminating in the analysis of norms, doctrinal texts and opinions, as well as the analysis of the judgments of the Regional Federal Courts and the Superior Court of Justice on the subject. It concludes that there is no effective control of the Judiciary in normative discretionary acts of ANTT.

Key-words: Regulatory Discretionary Power; DOT- Department of Transportation; judicial control.

1 INTRODUÇÃO

As agências reguladoras foram instituídas formalmente no Brasil a partir da década de 1990, em um contexto de reformas e modernização do Estado, com intuito de desestatização da economia.

A criação das agências reguladoras ocorreu para dissociar a função do Estado-empresário e regulador, criando novo contexto de relação do Estado com a economia.

A forma de intervenção do Estado na economia deve ser cautelosa e adequada, com intuito de garantir a continuidade eficiente da prestação do serviço público e do desenvolvimento da atividade econômica regulados.

A experiência brasileira é ainda recente quanto ao exercício da função regulatória, entretanto, já apresenta grandes desafios que interferem diretamente na eficiência da própria regulação. Por não existirem precedentes na história pátria, a análise de tais desafios e a

identificação das deficiências regulatórias se torna necessária, trazendo tais questões para o campo do debate democrático.

Verifica-se que, em diversos setores, existe certa ineficiência da regulação, talvez por não ter sido encontrado o meio adequado a realizá-la.

Nesse contexto se insere a Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), responsável pela regulação de um rol extenso de atividades e que atinge a diversificados beneficiários - o que demonstra dificuldades para garantir a eficiência da prestação do serviço com a devida qualidade.

A ANTT é responsável por disciplinar o setor da economia relativo a transportes terrestres e possui autonomia para tanto em vista da sua capacidade técnica. Ocorre que, por diversos motivos, a capacidade técnica da agência pode estar desvirtuada e isso pode gerar comprometimento do próprio processo regulatório, principalmente quando decorrente do uso de competências discricionárias.

Assim, o presente artigo avalia como se dá o exercício da competência discricionária normativa pela ANTT, bem como averigua se existe efetivo controle de tal competência pelo Poder Judiciário. A investigação foi realizada, por meio da análise de jurisprudências dos Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça.

Considerando que compete à ANTT, dentre outras atribuições, elaborar e editar normas e regulamentos, estabelecer padrões e normas técnicas, bem como dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis, conforme dispõe o art. 24, incisos IV, XIV e XVIII da Lei nº 10.233/2001, pode-se afirmar que a agência, na condição de ente da administração pública indireta, atua de forma discricionária na produção de sua matéria normativa.

Entretanto, pode-se observar, também, que a ANTT vem sofrendo interferências, seja por fatores conjunturais, seja por fatores culturais, ou por fuga do perfil técnico de atuação, o que torna o processo decisório viciado, ao passo que inexistem controles efetivos.

Por meio de pesquisa jurisprudencial, realizada em junho de 2017 através do sistema de pesquisa unificada do Portal do Conselho da Justiça Federal¹, utilizando como critério de pesquisa as palavras-chave controle, discricionariedade e ANTT, verificou-se que inexistem decisões que tratem do controle da discricionariedade normativa da ANTT, levando-se a conclusão de que o Poder Judiciário não realiza tal controle, mas que apenas analisa os aspectos de legalidade dessa atividade.

¹ Pesquisa realizada no site <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>

Diante da problemática, debateu-se sobre a nova tendência de limitação da discricionariedade, bem como adequação da atuação da ANTT de forma a imprimir-lhe mais objetividade, eficácia e controle.

Para tanto, adotou-se a vertente metodológica dogmático-jurídica, uma vez que esta acentua os aspectos normativos, conceituais e doutrinários sobre o poder normativo discricionário da ANTT. O tipo metodológico (ou de investigação jurídica) será o jurídico-propositivo, na medida em que se busca realizar apontamentos e contribuição para aprimorar a atuação discricionária da ANTT no exercício do controle normativo.

Trata-se de pesquisa teórica. Portanto, o procedimento adotado para definição das especificidades será a análise de normas, textos doutrinários e dados jurisprudenciais.

Assim, para elaboração do estudo, foram utilizados dados primários e secundários, quais sejam: legislação, jurisprudência, documentos oficiais, doutrina e artigos de jornal.

Enfatizada a historicidade da função, procurou-se traçar o conceito de discricionariedade partindo-se de suas raízes etimológicas, passando-se por sua tradicional acepção técnico-jurídica. Sérgio Guerra (2015, p. 232), ao explicar fatores que comprometem as escolhas administrativas, aponta a necessidade de se considerar que a atuação estatal seja mais objetiva, imparcial e controlável.

O artigo aponta, em rápidas pinceladas, as grandes tendências no tratamento da matéria, e apresenta conclusões, ainda que provisórias e incertas, no quadro de amplas mudanças ocorridas, notadamente, no campo do Direito Administrativo da Economia.

Assim, a partir das definições de discricionariedade dadas por Sergio Guerra (2015), buscou-se averiguar como se dá a competência normativa da ANTT, buscando identificar quais as possíveis limitações do uso da discricionariedade como forma de adequação da atuação da agência de modo a imprimir maior controle no processo regulatório da ANTT, bem como aumentando sua eficácia.

2 A AGÊNCIA NACIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES NO CONTEXTO DE CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

2.1 BREVE HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Durante a década de 1990 o Brasil iniciou reformas direcionadas à modernização do Estado e, para tanto, promoveu alterações significativas na relação entre o Estado e a economia,

através da abertura de mercado à iniciativa privada e do direcionamento ao “Estado Gerencial”, norteado pela eficiência dos serviços, na avaliação de desempenho e no controle de resultados².

Até a década de 1990, o modelo estatal brasileiro predominante era de um Estado-empresário, com forte atuação direta na Economia e centralização das atividades de titularidade do Estado. Esse modelo se desgastou ao longo do tempo e entrou em colapso na década de 1980 (SOUTO, 1996).

Os recursos arrecadados nesse período não eram suficientes para custear os gastos do Estado, o que levou o Governo a utilizar empresas estatais para controlar o preço através da defasagem dos reajustes tarifários.

Nesse contexto, o Estado, adotando o modelo de Estado regulador³, passou a fixar regras para a economia de mercado, de modo a diminuir sua atuação direta na Economia, com alienação de diversas empresas estatais e outras inúmeras concessões de serviços públicos.

Esse novo modelo de atuação do Estado previa a criação de órgãos reguladores para atuar nos segmentos econômicos nos quais o Estado reduziu a sua participação. A administração centralizada planejaria as políticas públicas e as agências reguladoras as executariam, através da regulamentação e da fiscalização, com autonomia decisória e financeira.

Somente assim seria possível assegurar a atuação do Estado como “Administração Gerencial” e segregar a definição das políticas públicas, da regulação (mais especificamente, da normatização e fiscalização das atividades) e da atuação empresarial propriamente dita.

Desde então, a doutrina pátria^{4;5} defende a necessidade de adequação constitucional dos mecanismos de garantia de autonomia das agências reguladoras e aponta as seguintes características

² Em 1995, durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, foi instituído o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, com o fim de implementar uma reforma administrativa para melhorar o funcionamento do modelo existente, reduzir os custos e promover uma administração gerencial, transparente e profissional, em benefício do cidadão. Nos dizeres de Luiz Carlos Bresser-Pereira Bresser, “o objetivo central é o de reforçar a governança, mediante transição programada, de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão.” (PERERIA, 1998, p.11)

³ Marçal Justen Filho (2015, p. 533), ao definir Estado Regulador, afirma que o Estado regulador reserva para si o desempenho “material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos”.

⁴ Na atualização da obra de Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle (2016, p. 334 e 335) entendem que agência reguladora é uma autarquia sob regime especial, cuja especialidade decorre de privilégios específicos outorgados por lei, caracterizados pela independência administrativa (estabilidade de seus dirigentes), autonomia financeira (recursos próprios) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência).

⁵ Alexandre Santos de Aragão (2002, p. 275) conceitua agência reguladora como: “autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de

essenciais para caracterizá-las como entidades do Estado: (i) independência administrativa; (ii) ausência de subordinação hierárquica; (iii) mandato fixo e “quarentena”; (iv) estabilidade de seus dirigentes⁶; e (v) autonomia financeira⁷.

Referidas garantias foram consideradas indispensáveis para assegurar a atuação das agências reguladoras e garantir a segurança jurídica aos novos investidores privados num cenário de desestatização.

Outra característica atribuída às agências é o amplo poder normativo necessário para disciplinar, com maior precisão técnica, as atividades desempenhadas em determinados setores da economia.

Para garantir maior legitimidade às decisões proferidas pelas agências reguladoras face aos administrados, houve a previsão de um devido processo legal e de novos mecanismos de controle, com realização de consultas e audiências públicas prévias à edição de atos normativos.

Ainda em linha com as preocupações supracitadas, em março de 2003, foi constituído, por determinação do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, um Grupo de Trabalho Interministerial para analisar, discutir a organização e propor medidas para o aperfeiçoamento do modelo institucional das agências reguladoras no âmbito do Poder Executivo Federal.

Referido Grupo de Trabalho concluiu que, sem prejuízo dos ajustes e aperfeiçoamentos necessários, o modelo das agências para o exercício da função reguladora, principalmente quando a regulação envolve a fiscalização de serviços públicos concedidos e monopólios naturais, é o modelo institucional que permite os melhores resultados em termos da promoção do bem-estar social. Esse modelo é capaz de conciliar regras estáveis que permitam a credibilidade dos agentes econômicos privados, a continuidade da prestação de serviços aos usuários com padrões requeridos de qualidade e a preços compatíveis com o padrão de renda da população brasileira, e o controle social institucional pela sociedade e pelo poder público, também com vistas a assegurar o bem-estar social⁸.

funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum”.

⁶ Defendendo que a autonomia das agências está condicionada à estabilidade dos dirigentes, Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 24) comenta que “o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes”.

⁷ Marçal Justen Filho (2009, p. 590) defende que a atribuição de autonomia financeira por meio de receitas vinculadas, que nem sempre é possível, possibilita a manutenção da estrutura e do funcionamento das agências reguladoras independentemente de disputas políticas sobre verbas orçamentárias.

⁸ Foi elaborado um Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro, disponível no link: <http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/agenciasReguladoras.pdf>, acesso em 25.06.2017.

2.2 CONJUNTURA E CRIAÇÃO DA ANTT

De acordo com Lucia Helena Salgado (2003, p. 34), antes da criação da ANTT, a Secretaria de Transportes Terrestres, do Ministério dos Transportes era responsável pela fiscalização do setor de Transporte Ferroviário, Rodoviário e Ônibus Interestaduais.

O setor de ônibus era operado inteiramente por empresas privadas e o de ferrovias ainda era misto (parte do sistema ferroviário havia sido privatizada). A ausência de interesse privado para o restante do sistema resultava na existência de trechos ainda públicos e o limite de propriedade máxima era de 20% por uma única empresa (de modo a prevenir abuso de posição dominante - o que poderia ocorrer caso grandes usuários controlassem o sistema e passassem a discriminar outros usuários) (SALGADO, 2003, p. 40).

O Conselho Federal de Transporte Ferroviário era formado por três representantes do governo, dois dos usuários e dois dos concessionários. Referido órgão resolvia questões de interpretação de acordos de concessão e permissão de direito de uso dos trilhos, podendo os usuários submeter reclamações ao Conselho com relação a essas questões (SALGADO, 2003, p. 41).

Os acordos de concessão incluíam bandas de preço, a partir das quais os operadores estavam livres para estipular seus preços. Assim como para companhias aéreas, o Ministério dos Transportes e o Ministério da Fazenda conduziam revisões anuais de pedidos para aumentar as bandas de preços (SALGADO, 2003, p. 39).

O estudo elaborado por Clark (2000) e comentado por (SALGADO, 2003, p. 40) relata que o transporte de caminhões só se encontra submetido a normas técnicas e de segurança, sendo que os serviços de ônibus interestadual e internacional eram concedidos pelo Ministério dos Transportes. Havia 266 (duzentos e sessenta e seis) empresas que operavam rotas interestaduais e internacionais, mas apenas três controlavam 52% (cinquenta e dois por cento) das rotas. O processo de concessão foi problemático. Algumas empresas obtiveram ordens judiciais autorizando-as a operar sem concessão (SALGADO, 2003, p. 41).

Nesse contexto, mostrou-se necessário a revisão dos processos que tratavam da atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre, submetendo-os ao princípio geral de concorrência e do melhor atendimento ao usuário. O Ministério dos Transportes defendeu a regulação do setor para preservar

a qualidade do serviço e o investimento contínuo em equipamentos, uma vez que se trata de setor fundamental para a grande maioria da população.

Por um lado, sabia-se que no setor de infraestrutura ocorriam imperfeições de mercado⁹, com exigência de grandes investimentos irreversíveis. Por outro, o ordenamento jurídico do país previa ser eminentemente federal a responsabilidade de assegurar que, em diversos setores chaves, os serviços públicos sejam ofertados na maior quantidade, melhor qualidade e menor preço aos consumidores.

Assim, reconhecendo a necessidade de criação de agências reguladoras para o exercício de certas atividades estatais, foram criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, pela Lei nº 9.427/96; a Agência Nacional do Petróleo – ANP, pela Lei nº 9.478/1997; da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, pela Lei nº 9.472/1997; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, pela Lei nº 9.782/1999; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS pela Lei nº 9.961/2000 e a Agência Nacional de Águas – ANA, pela Lei nº 9.984/2000.

Em 5 de junho de 2001, a Agência Nacional de Transporte Terrestre foi criada pela Lei nº 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), e dá outras providências.

Conforme previsto no art. 1º, do Decreto 4.130/2002, a ANTT tem sede e foro no Distrito Federal, tem personalidade jurídica de direito público, é submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes, com a qualidade de órgão regulador da atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre.

2.3 OBJETO DA REGULAÇÃO PELA ANTT

O Regimento Interno e a Estrutura Organizacional da ANTT foram aprovados pela Resolução Nº 3.000/2009 da ANTT¹⁰ que define, em seu art. 1º, a sua natureza e finalidade:

⁹ Lucia Helena Salgado (2003, p. 2) comenta que “[...] na presença de falhas, os mercados não fornecem sinais suficientes para garantir escolhas adequadas, que levem ao equilíbrio entre ofertantes e demandantes. O grande desafio para a regulamentação econômica é encontrar o ponto ótimo que viabilize a lucratividade, de um lado (e, portanto, a operação e o investimento das empresas), e o bem-estar dos consumidores, de outro, na forma de disponibilidade de bens e serviços de qualidade e a preços razoáveis”.

¹⁰ A Resolução nº 3.000/2009 revogou as Resoluções nº 001/2002; nº 104/2002; nº 240/2003; nº 399/2004; nº 432/2004; nº 756/2004; e nº 1613/2006.

Art. 1º A Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, instituída pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, é entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, com personalidade jurídica de direito público, independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes, vinculada ao Ministério dos Transportes, com a qualidade de órgão regulador da atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre, com sede e foro no Distrito Federal, podendo instalar unidades administrativas regionais.

A ANTT tem por objeto regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, visando garantir a movimentação de pessoas e bens, harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservado o interesse público, arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica¹¹.

A ANTT é responsável pela concessão de ferrovias, rodovias e transporte ferroviário associado à exploração da infraestrutura; pela permissão de transporte coletivo regular de passageiros pelos meios rodoviário e ferroviário não associados à exploração da infraestrutura e pela autorização de transporte de passageiros por empresa de turismo e sob regime de fretamento, transporte internacional de cargas, transporte multimodal e terminais¹².

¹¹ Conforme definição constante no site <http://www.antt.gov.br/institucional/index.html>, em 25.06.2017. Ainda, o art. 20 da Lei nº 10.233/2001, estabelece os objetivos da ANTT, a saber: Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; II - regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

¹² O art. 22 da Lei nº 10.233/01, dispõe que constituem esfera de atuação da ANTT: I - o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; II - a exploração da infraestrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; III - o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; IV - o transporte rodoviário de cargas; V - a exploração da infraestrutura rodoviária federal; VI - o transporte multimodal; VII - o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias. § 1º A ANTT articular-se-á com as demais Agências, para resolução das interfaces do transporte terrestre com os outros meios de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens. § 2º A ANTT harmonizará sua esfera de atuação com a de órgãos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encarregados do gerenciamento de seus sistemas viários e das operações de transporte intermunicipal e urbano. § 3º A ANTT articular-se-á com entidades operadoras do transporte dutoviário, para resolução de interfaces intermodais e organização de cadastro do sistema de dutovias do Brasil.

2.4 COMPETÊNCIAS DISCRICIONÁRIAS DA ANTT

Cabe à ANTT, dentre outras atribuições, elaborar e editar normas e regulamentos, estabelecer padrões e normas técnicas, bem como dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis, conforme dispõe o artigo 24, incisos IV, XIV e XVIII da Lei nº 10.233/2001:

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;

(...)

XIV – estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;

(...)

XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes.

(...)

Dessa forma, pode-se afirmar que a ANTT, na condição de entidade da administração pública indireta, possui poder e independência normativa para criar normas, definir parâmetros de qualidade de serviço e mecanismos de proteção aos usuários a serem seguidas por seus regulados.

Assim como as outras agências reguladoras, a ANTT pratica as atividades normativas, fiscalizadora, sancionatória e judicial.

No que diz respeito à atividade normativa, esta é inerente à própria definição da função regulatória. Em que pese todas as leis que instituíram as agências reguladoras no Brasil terem lhes conferido o poder de editar normas aplicáveis aos entes regulados, referida atribuição desperta incômodo em face do princípio de legalidade estrita a que está submetida a Administração Pública e em face do princípio da reserva legal a que se sujeitam os particulares.

Ainda não se sabe o exato limite entre o poder de normatizar conferido às agências reguladoras e a invasão da esfera legislativa ou a sobreposição aos limites de intervenção na liberdade dos particulares. Verifica-se, portanto, um choque entre esses dois princípios fundamentais da Administração Pública e o poder normativo conferido às agências reguladoras.

No que diz respeito à atividade fiscalizadora, esta visa garantir que a finalidade essencial dos serviços seja atingida em prol da população, ao conferir à agência a verificação quanto à adequação, eficiência, qualidade e preço razoável praticados.

A atividade sancionatória decorre da competência de fiscalização, visto que as agências reguladoras podem aplicar sanções em razão de descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos entes regulados.

Há, ainda, o poder judicial das agências, que, conforme ponderado por Torres, ao julgar determinadas situações e problemas concretos, acabam por exercer uma função judicial, especialmente ao se considerar que suas decisões são técnicas e finais no âmbito administrativo (TORRES, 2007, p. 98).

Sem prejuízo da função judicial exercida administrativamente, tem-se que referidas decisões são passíveis de análise pelo Judiciário, em linha com o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, conforme posicionamento de Moraes, abaixo transcrito:

“É inadmissível em um Estado de Direito a existência de atos praticados pelo Poder Executivo que não possam ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário (...). Acrescenta-se a isso que o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário está insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB. (MORAES, 2002, p. 163).

Todavia, é de se ressaltar que, no que tange aos aspectos do ato discricionário das agências reguladoras, com inteira razão, ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, devem remanescer imunes à investigação judicial. Para o citado autor:

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência e oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no artigo 2º da Lei Maior. (MELLO, 2007, p. 432)

Assim, em linha com os dizeres de Torres, tem-se que para evitar conflitos institucionais entre o Executivo e o Judiciário, é preciso delimitar, com exatidão, a área de atuação da agência. Afirma o autor que,

Como existe o princípio da unicidade de jurisdição no direito brasileiro, a qualquer momento o Judiciário pode ser chamado a decidir sobre os mais variados assuntos relativos ao papel desempenhado pelas agências reguladoras. Por isso, para evitar conflitos institucionais entre o Executivo e o Judiciário, a área de atuação da agência deve ser muito bem delimitada. (TORRES, 2007, p. 98).

Dessa forma, verifica-se que a ANTT, de fato, ao julgar determinadas situações e problemas concretos, acaba por exercer função judicial e que o efetivo cumprimento das demais atribuições (normativa, fiscalizadora e sancionatória) somente é possível em virtude da sua

especialização técnica e da complexidade das diversas atividades reguladas pelo Estado, as quais exigem conhecimentos específicos que os legislados não possuem.

3 REGULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE NA ANTT

A Regulação, conforme já exposto no capítulo anterior, é nova forma de o Estado atuar, intervindo apenas de forma cautelosa e adequada a garantir a continuidade eficiente do serviço público regulado. Assim, o Estado Brasileiro iniciou nos anos 1990 o processo de desestatização, buscando, sobretudo, a modernização da Administração Pública.

Nesse contexto, as agências reguladoras são criadas, sob a forma de autarquias de regime especial, com poderes de regular, controlar e fiscalizar as atividades adstritas à sua competência, sendo suas atribuições definidas na sua lei de criação.

A competência da agência reguladora varia, pois, de acordo com as definições e delimitações contidas na lei que cria a própria agência. Entretanto, dentre as atribuições das agências, a que levanta maiores debates quanto ao seu fundamento e aplicação diz respeito à competência normativa, por meio da qual as agências reguladoras emitem atos normativos gerais e abstratos.

Há que se ressaltar que, possuindo poder normativo, então, deve-se considerar uma agência reguladora. Esta não exercerá simplesmente a regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, terá competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares (MENDES, 2000, p. 129).

Nesse contexto, tem-se a criação da ANTT, instituída para disciplinar o setor da economia relativo aos transportes terrestres, com autonomia, amplo poder normativo necessário para disciplinar e com maior precisão técnica. A ANTT, no desempenho de seu papel regulatório, pratica atos que concretizam o exercício da função administrativa e executiva do Estado, emanados segundo as regras de competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Observa-se pela exposição da competência da ANTT que tamanha foi a autonomia concedida à agência reguladora que lhe foi dada, no limite de sua delegação, a função de editar, livremente, normas, buscando garantir o interesse público, tutelando o bem comum a que se pretenda atingir, externando o ato de maneira legal, fundamentado, bem como indicando a situação de fato ou de direito que determina ou autoriza a sua realização, seja derivado da lei ou deixado a seu próprio critério discricionário, desde que o seu conteúdo produza efeito para os administrados.

Diante de tal abordagem, veja-se que o ato normativo praticado pela agência pode ser considerado vinculado ou discricionário, dependendo de seu elemento de motivação. Se, por um lado, o ato administrativo vinculado decorre da lei, obrigando o administrador a agir de forma previamente determinada, as decisões discricionárias concedem liberdade de atuação, devidamente prevista em lei.

Essa liberdade de escolha merece maior debate. Isso porque a Lei nº 10.233/2001 deu o poder normativo à ANTT para regular o setor relativo a passageiros, cargas, rodovias e ferrovias, o que pode levar a falsa conclusão de que haveria, no caso, a transferência de competência legislativa para a agência.

O fundamento para que a ANTT tenha amplo poder normativo no que concerne a regulação de atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre é a especialidade técnica, pois inviável que o Poder Legislativo possa regular com detalhes científicos e ponderar interesses conflitantes. A atribuição normativa da ANTT é atrelada à sua capacidade técnica para avaliar as situações concretas, sopesar sobre interesses conflitantes, não sendo mera executora do que está posto em lei, sendo criadora de normas adequadas a regular o setor.

O objetivo da agência é garantir a movimentação de pessoas e bens, harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservado o interesse público, arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica.¹³

Para cumprimento fiel do seu objetivo, a ANTT, assim como as demais agências reguladoras, não pode estar adstrita somente ao contido na lei, mas deve considerar o caso concreto e buscar a melhor forma de satisfação do interesse público, imprimindo eficiência em sua ação, pois a lei não exprime com exatidão o sentido dos conceitos, às vezes demonstrando serem obscuros e contraditórios, sendo resultado de um acordo entre partidos, não delineando sua aplicação em caso concreto (GUERRA, 2015).

Como consigna José dos Santos Carvalho Filho, o problema derivado da amplitude normativa, rende ensejo ao exame, pelos intérpretes e aplicadores da lei, e até mesmo aos destinatários, dos limites em que a regulamentação pode ser processada. Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências - como, de resto, ocorre com qualquer ato

¹³ Disponível em: <http://www.antt.gov.br/institucional/index.html>, acesso em 25/06/2017.

de regulamentação – terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacentes a normas e princípios estabelecidos na lei. Carvalho Filho, completa, citando e corroborando com Luiz Roberto Barroso que acentua tratar-se do que se denomina de “delegação com parâmetros” (*delegation with standards*), através da qual ao Poder Legislativo cabe fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido (CARVALHO FILHO, 2006, p.10).

O poder normativo da agência, assim, é de cunho técnico e abrangência limitada, não contendo a mesma abstração e generalidade que têm os regulamentos, mas, ao contrário, deve ser específico e detalhado. Pode-se, desta forma, concluir que o poder normativo da agência é de caráter discricionário, mas baseado em sua discricionariedade técnica e com intuito de suprir os conceitos jurídicos indeterminados, conforme será discutido a seguir.

3.1 CONCEITOS E DIFERENCIAÇÕES DE DISCRICIONARIEDADE, DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Sérgio Guerra (2015, p. 140) explica que a norma não determina o exato e preciso sentido dos conceitos jurídicos indeterminados, haja vista que estes não admitem rigorosa e abstrata quantificação ou limitação, somente devendo ser identificados, caso a caso, diante do fato real.

Trata-se, pois, de expressões no texto legal que não tem identificação de plano e necessitam de interpretação para se chegar à definição do que é o sentido ali exposto. Isso é realizado quando da aplicação perante o caso concreto.

Entretanto, a definição do conceito jurídico indeterminado é razão de debate na doutrina internacional e brasileira.

Vê-se que, de um lado, parte da doutrina, da qual é adepto Eros Grau, seguidor da Moderna Doutrina Alemã, entende que tal definição é fruto de mera interpretação. De outro, há a corrente representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende tratar-se de discricionariedade administrativa. Essa última parece ser mais coerente, sob o argumento de que existem diversas soluções justas, sendo que a escolha discricionária poderia eleger, entre as alternativas, a solução que melhor se adeque ao caso concreto.

Por seu turno, há que ser explicado que a discricionariedade administrativa, utilizada pelo administrador para eleger a solução mais justa para o conflito concreto, sempre foi pautada pelo juízo de conveniência e oportunidade, de modo a significar a liberdade de escolha entre os indiferentes institutos jurídicos.

Ocorre que esse juízo de conveniência e oportunidade não é suficiente para embasar uma escolha administrativa, necessitando, cada vez mais, de atuação mais delimitada para o ato decisório, utilizando-se de critérios técnicos científicos diante de várias situações possíveis.

A escolha administrativa, portanto, não pode ser praticada ao bel prazer do administrador, e exige uma maior limitação a esse poder discricionário, que deve ser tecnicamente fundamentado.

A discricionariedade técnica surge, então, como forma de limitação do livre poder de escolha do administrador, sendo desvinculada da interferência política, pautada em argumentos técnicos. Com isso, considerando que a técnica é uma forma de limitar a discricionariedade, tem-se a diminuição do controle jurisdicional em decorrência do seu caráter científico.

Vale ressaltar, entretanto, que embora estritamente técnico, os atos administrativos decorrentes do poder discricionário somente poderão ser praticados com expressa autorização legal, que fixe parâmetros para regulamentação dos assuntos adstritos à competência administrativa.

Pela narrativa de conceituação dos institutos acima, percebe-se que as definições foram se amoldando às exigências de maior imparcialidade e técnica para as tomadas de decisão da administração.

Apesar de parecer ser a discricionariedade técnica a melhor forma de atuação da administração, há que ser ressaltado que não se vislumbra, sob a interpretação sistemática dos dispositivos da Constituição de 1988, como fundamentar a possibilidade de atuação do Poder Executivo por meio de uma discricionariedade diferenciada (discricionariedade técnica), exclusivamente fulcrada em valorações técnicas e infensa ao controle judicial (GUERRA, 2014, p. 157).

Tais ponderações conceituais são de suma importância para se analisar o exercício normativo discricionário da ANTT e identificar que a capacidade técnica mencionada não tem, de fato, condão de solução perfeita e imparcial dos conflitos. A ANTT, assim como diversas agências reguladoras, não conseguem emanar decisões sem interferências, seja por fatores conjunturais, seja por fatores culturais, por fuga do perfil técnico de atuação ou por tradição hegemônica do setor. De outro lado, o controle dos atos normativos discricionários, principalmente quando pautados em parâmetros técnicos, são imunes a controles efetivos.

A técnica empreendida pela agência é de fato preponderante e busca imprimir maior eficiência e satisfação do interesse público. Indiscutível que a análise técnico-científica é primordial para a determinação de parâmetros normativos. Entretanto, tal técnica não está blindada contra

interferências externas, que podem comprometer o resultado regulatório, especialmente quando não se tem controle efetivo do exercício dessa atividade.

A problemática acerca da discricionariedade administrativa e a falta de controle dos atos decorrentes gera insegurança aos cidadãos, que ficam a mercê da vontade administrativa - o que é inconcebível no Estado Democrático de Direito.

Segundo Sergio Guerra (2015, p. 196), a escolha regulatória não pode acoplar-se a uma generalização da competência vinculada, sendo indispensável adaptar-se constantemente aos valores, aos princípios e as circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever. Por outro lado, a Administração instrumentada por campos de atuação discricionária, ainda que vinculada à Constituição, não oferece aos cidadãos qualquer garantia de respeito a seus direitos.

Acrescenta, ainda, sobre a teorização acerca da discricionariedade, que a Administração e o Poder Judiciário, cada um dentro de suas competências constitucionais, carecem de um instituto de direito administrativo para, efetivamente, exercerem um papel ativo na atuação executiva - e respectivo controle - dos temas cotidianos atrelados às escolhas regulatórias que afetam direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (GUERRA, 2014, p. 197).

Portanto, verifica-se que o poder discricionário da agência reguladora carece de modulação e limitação para que as escolhas administrativas sejam mais eficazes e proporcionem segurança aos regulados.

Tal modulação da discricionariedade, proposta por Sérgio Guerra, identifica que na evolução das escolhas administrativas, a regulação, diante da tecnicidade, vem como nova categoria suficiente para remeter o intérprete do direito a um tipo de função dotada de riqueza e dinamismo e sensivelmente maior do que a mera lei ou sua regulamentação. Esses aspectos vieram à tona no questionamento da escolha discricionária, pois a realidade atual retrata a existência de inúmeros centros políticos titulares de poderes e a ampliação dos direitos dos indivíduos, o que, em síntese, leva à heterogeneidade dos interesses e à pressão dos indivíduos e grupos sobre a Administração para o atendimento de suas reivindicações. Os fatores identificados acarretam a metamorfose – e não mera mutação - da natureza pura da discricionariedade, impondo-se nova fórmula que permita atuação executiva estatal mais objetiva, imparcial e controlável (GUERRA, 2014, p. 232)

4 CONTROLE JURISDICIONAL

Em que pese a separação de poderes adstrito ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como a independência e autonomia concedida às agências reguladoras, o art. 5º, inciso XXXV, da

Constituição Federal, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito atrelado aos princípios que regem a Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os atos administrativos submetem-se ao controle judicial.

Meirelles, Burle Filho e Burle (2015, p. 605) explicam que o controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa.

Para os autores, trata-se de um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por estar restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. (MEIRELLES, BURLE FILHO e BURLE, 2015, p. 605). Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observâncias da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários (MEIRELLES, BURLE FILHO e BURLE, 2015, p. 605). Esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa – mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo ação popular, em que o autor defende o patrimônio da comunidade lesado pela administração (MEIRELLES, BURLE FILHO e BURLE 2015, p. 605).

Assim, indubitável que os atos normativos das agências reguladoras, em especial os atos normativos discricionários da ANTT, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Coube então averiguar como é de fato exercido tal controle.

Para abordagem de tal problemática e identificação concreta do exercício do controle dos atos normativos discricionários da ANTT, realizou-se pesquisa jurisprudencial, em junho de 2017, para averiguar a atuação dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se das palavras chave: “controle”; “discricionariedade” e “ANTT”. Da pesquisa obteve-se 38 (trinta e oito) jurisprudências que abarcaram o tema.

Observa-se que não foi delimitado liame temporal para a realização da pesquisa, que foi definida apenas pela data de criação da ANTT em 2001.

As jurisprudências averiguadas, em sua maioria, versaram sobre indeferimento, pela ANTT, de autorização para transporte interestadual. Os regulados pleiteavam tutela jurisdicional para que a agência reguladora fosse impedida de multar e apreender os veículos que não possuíssem a devida autorização, alegando que a reguladora não pode impedir a atividade, por critérios discricionários, sob pena de ferir o direito de ir e vir contido em texto constitucional.

Em todas as ações, o poder judiciário repetiu a mesma fundamentação para julgar improcedentes os pedidos de revisão do ato normativo da agência reguladora que exige a

autorização para transporte interestadual, mediante preenchimento de requisitos por ela definidos e sob as circunstâncias fáticas averiguadas no ato da análise da concessão da autorização.

Quanto a tal temática, a fundamentação foi de que abstraída a possível inconstitucionalidade alegada, nesse ponto, a ANTT não terá condições de reorganizar o transporte coletivo interestadual de passageiros sem uma margem de discricionariedade. Assim, entende o poder judiciário se tratar de ato de discricionariedade da autoridade competente, que, avaliando caso a caso, irá decidir sobre a liberação, e não um direito do Regulado.¹⁴

Assim, no que tange ao controle do ato normativo relativo a autorização para transporte rodoviário interestadual, deixou o poder judiciário de analisar efetivamente o ato, entendendo ser, justamente, de competência da ANTT com base no seu poder normativo.

Outra parte das jurisprudências coletadas levantaram questionamentos de aplicação de penalidades consubstanciadas, em regra, em multas estabelecidas através de ato normativo expedido pela ANTT. Nesse sentido, as decisões trazem como fundamento que o valor da multa é aplicado dentro do permissivo legal e da discricionariedade administrativa.

Veja-se jurisprudência nesse sentido:

Quanto à alegação de ilegalidade do poder normativo regulatório da ANTT, ressalto que não procede, visto que a agência agravada, ao regulamentar, fiscalizar e penalizar por infração, está agindo no limite de seu dever legal, na forma da Lei n. 10.233/2001, inciso XVIII, art. 24 e §1º do art. 78F, que lhe autoriza dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes, assim como estabelecer o valor das multas aplicáveis. (AGRAVO 00308562020164010000 AGRAVO DE INSTRUMENTO- TRF1- P. 28/06/2016)

Em ambas as hipóteses de questionamentos, a decisão jurisdicional foi no sentido de manter o ato normativo sob fundamento de tratar de ato de discricionariedade da ANTT.

Assim, da análise da jurisprudência verificou-se que, na oportunidade de efetivação do controle jurisdicional, este não é realizado de fato.

Apesar dos tribunais se posicionarem no sentido de que, embora trate de ato normativo da agência reguladora, que lhe confere grau de discricionariedade, tal não exige o controle realizado pelo Poder Judiciário. Pode-se, assim, haver tanto a averiguação do conteúdo da norma, como a constatação e qualificação dos fatos e sua conexão com o Direito. Verifica-se que são operações típicas da função jurisdicional, sem prejuízo, a análise tem sido feita de forma superficial e sem adentrar no mérito, confirmando a competência da ANTT, sem possibilidade efetiva de controle jurisdicional.

¹⁴ TRF1- APELAÇÃO 00281468020144013400

5 CONCLUSÃO

O artigo tratou acerca do poder normativo discricionário da Agência Nacional de Transporte Terrestre e o controle jurisdicional.

Para tanto, foi realizada abordagem histórica do processo de criação das agências reguladoras no Brasil, nos anos de 1990, quando o Estado passou a realizar função gerencial, delegando o poder regulatório para as agências então criadas.

Na sequência, abordou-se a criação da Agência Nacional de Transporte Terrestre em 2001, por meio da Lei nº 10.233/2001. Naquela época, já havia certa experiência regulatória instaurada no país, tendo a ANTT sido regulamentada pelo Decreto 4.130/2002, que em seu artigo 1º estabeleceu que a agência tem sede e foro no Distrito Federal, personalidade jurídica de direito público, é submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes, com a qualidade de órgão regulador da atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre.

Superado o contexto histórico, caracterizou-se o objeto e as atribuições dadas à ANTT, dentre as quais se tem a de elaborar e editar normas e regulamentos, estabelecer padrões e normas técnicas, bem como dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis, conforme dispõe o artigo 24, incisos IV, XIV e XVIII da Lei nº 10.233/2001.

Ao artigo interessou, especialmente, o tratamento do poder normativo discricionário da agência. Isso porque à ANTT foi atribuída a competência para julgar determinadas situações e problemas concretos e, com base em sua capacidade técnica, realizar a escolha administrativa que melhor atenda ao interesse público atrelado ao objeto de sua regulação.

Evidenciado, após a conceituação dos institutos de escolha administrativa, que, apesar de capacidade técnica indubitável, a ANTT, assim como diversas agências reguladoras, não consegue emanar decisões sem interferências, seja por fatores conjunturais, seja por fatores culturais ou por fuga do perfil técnico de atuação. De outro lado, o controle dos atos normativos discricionários, principalmente quando pautados em parâmetros técnicos, parecem imunes a controles efetivos, o que pode acarretar tomada de decisão desarrazoada ou mesmo arbitrária.

Não há que se afirmar que o poder normativo discricionário da ANTT não pode passar pelo crivo jurisdicional, ao contrário, é passível de controle de seus atos pelo poder judiciário. Entretanto, tomando por base a pesquisa realizada para elaboração do trabalho, concluiu-se que não

existe o controle efetivo senão aquele destinado a análise da legalidade, deixando-se os demais aspectos intocáveis por entendimento de ser mérito exclusivamente técnico-administrativo.

Da averiguação das jurisprudências obtidas, concluiu-se que o Poder Judiciário, apesar de ter competência para realizar o controle dos atos normativos, não realiza análise aprofundada acerca do mérito do ato normativo, mas executa o controle de forma superficial e no que concerne apenas à legalidade, abandonando o julgamento acerca de questões que entende ser adstrita à Administração, no caso da ANTT.

Dessa feita, atualmente, os atos normativos da ANTT, apesar de passíveis de controle pelo Judiciário, não sofrem qualquer revisão ou interferência, sendo a agência, assim, a autoridade máxima para dizer sobre as matérias que encontram sob sua alçada.

A falta de efetivo controle gera insegurança jurídica, pois o que não é controlável pode tornar-se arbitrário ou desarrazoado.

Nesse sentido, é plausível que o Judiciário realize o controle do ato normativo, ainda que discricionário, a fim de averiguar se a agência se cercou de todas as medidas cabíveis para o processo decisório, se atuou com cautela e adotou critérios técnicos e científicos para fundamentar a decisão e, concluindo ter desrespeitado qualquer desses parâmetros, atue no sentido de anular o ato, imprimindo maior eficiência no processo regulatório.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL - Presidência da República. *Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial. Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro*. 2003. Disponível em <http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/agenciasReguladoras.pdf>

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLARK, J. W. *Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progressive report*. OECD Journal of Competition Law and Policy, v. 2, n. 3, 2000. (citado por Lúcia Helena Salgado)

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno: Novos Paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUERRA, Sergio. *Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed., RT, 2015.

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

LEITE NETO, José Pio de Matos. *Agência Nacional de Transportes Terrestres*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39407/agencia-nacional-de-transportes-terrestres>

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Conrado Hubner, Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes, José Emmanuel Burle Filho com a colaboração de Carla Rosado Burle. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cadernos do MARE da Reforma do Estado - Vol. 5 - Plano de Reestruturação e Melhoria da Gestão do MARE - 1998. *Plano de Reestruturação e Qualidade*. Brasília, MARE, 1998.

PEREIRA NETO, LANCIERI, ADAMI, Caio Mario da Silva, Filippo Maria e Mateus Piva. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma proposta de Sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Organ.) *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de Normalização*: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://WWW.pucminas.br/biblioteca/>>

SALGADO, Lúcia Helena. *Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional*. ISSN 1415-4765, Rio de Janeiro, 2003. (http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0941.pdf), acesso em 25.06.2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Organizador. *Direito da regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SILVA, Simone Vasconcelos. *A discricionariedade Administrativa e a Intangibilidade do Mérito Administrativo e da Intelecção dos Conceitos (de valor) Jurídicos Indeterminados*.

http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/82787/discricionariedade_administrativa_intangibilidade_silva.pdf, disponível em 23/05/2-17, às 18:30.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Agências, contratos e Oscips: a experiência pública brasileira*. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2007.

Encaminhado em 24/11/2017

Aprovado em 29/11/2017