

Poder Regulamentar e os limites Constitucionais na órbita das Agências Reguladoras: uma análise da Resolução nº 233/2003 da ANTT e suas alterações pelas Resoluções de nºs 579/2004, 653/2004, 1.692/2006 e 477/2015

Yara Rodrigues da Silva¹

Resumo:

O presente trabalho tem como objeto a análise da Resolução nº 233/2003 da ANTT e suas alterações pelas Resoluções de nºs 579/2004, 653/2004, 1.692/2006 e 477/2015, mostrando que os referidos diplomas normativos são carecedores de fundamentação legal e extrapolam os limites do poder regulamentar, configurando abuso de poder. Com base no estudo do art. 78-A da Lei 10.233/01 que instituiu a ANTT e da Lei nº 8.987/1995, constata-se que, nada obstante a reconhecida competência da agência reguladora para aplicar sanções, em nenhum momento o legislador autorizou a referida autarquia a criar obrigações – cuja eventual infração enseje apenamento - , porquanto, ainda que houvesse tal previsão, a mesma seria claramente inconstitucional, por contrariar o princípio da reserva legal estampado no art. 5º, II da CRFB/88. Demais disso, as sanções amparadas em “infrações” que têm como fundamento ato de natureza secundária, como é caso das Resoluções em estudo, afrontam cabalmente os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, sobretudo o princípio da legalidade e o da separação dos poderes.

Palavras Chave: ANTT, Poder Regulamentar, Princípio da legalidade.

1. Introdução

Tradicionalmente, “Poder Regulamentar” é uma expressão utilizada para designar as competências do Chefe do Poder Executivo para editar atos

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Boa Viagem; Advogada militante no ramo do Direito Público, Pós Graduanda em Direito Público pelo ATF Cursos Jurídicos.

administrativos normativos. Contudo, hoje é cediço que em nosso ordenamento jurídico diversos órgãos e autoridades administrativas, até mesmo da administração indireta, têm competência para editar atos administrativos normativos. Esse é o caso das agências reguladoras que, de um modo geral, têm competência para a edição de Resoluções e outros atos de caráter normativo necessários ao exercício de sua função regulatória.

Diante de um cenário onde se veem diversas fontes emanadoras de normas cogentes, deve-se observar os seguintes pontos: primeiro, se a amplitude da competência normativa está constitucionalmente atribuída, mediante lei, ao órgão/entidade administrativa; segundo, se há legitimidade de exercício desse poder visando produzir efeitos externos. Caso não seja verificada a atribuição em lei para regulamentação do fato jurídico, ou o motivo que levou a autoridade a produzir a norma não seja legítimo, estaremos diante de um caso de abuso de poder².

2. Poder Regulamentar como um poder secundário

Ensinam as obras de direito constitucional e administrativo que o poder regulamentar é uma prerrogativa conferida à Administração Pública de criar mecanismos que possibilitem a complementação das leis, pois essas, ante a dinâmica social, não podem minudenciar todos os fatos da vida carecedores de normatização.

Nos mostra Carvalho Filho³ que o poder regulamentar consiste na “prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”. Observe-se, por oportuno, que em todos os conceitos doutrinários relativos ao poder regulamentar a sua natureza é secundária. Ou seja, de complementação. O referido doutrinador⁴ enfatiza que tal prerrogativa é apenas para complementar a lei. “Não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo”.

No mesmo sentido assevera Di Pietro⁵ sobre o regulamento executivo:

O Regulamento executivo não pode estabelecer normas contra legem ou ultra legem. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, conforme artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração

² Abuso de poder é o gênero do qual são espécies o excesso de poder e o desvio de poder, e ambos invalidam o ato administrativo

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo:Atlas, 2015, p.57.

⁴ Idem

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.91.

Como é possível constatar das lições doutrinárias dispostas acima, o limite ao poder regulamentar tem como base o princípio da reserva legal, postulado fundamental do ordenamento jurídico pátrio, previsto no art. 5º, II da CRFB/88. Desta forma, o exercício do poder normativo pela Administração Pública é subjacente à lei, sob essa perspectiva a Constituição autorizou o chefe do poder Executivo a expedir decretos e regulamentos, a fim de viabilizar a efetiva execução das leis (art. 84,IV).

Ante o pressuposto apresentado, não é possível conceber que os atos normativos emanados do poder executivo criem direito e obrigações, muito menos que tipifiquem condutas, das quais ele mesmo é responsável pela adequação e execução, sob pena de afrontar diretamente, dentre outros postulados norteadores do direito, o da separação dos poderes.

3. Poder normativo da ANTT materializado pelas Leis 8.987/95 e 10.233/01

Com o advento da Lei 10.233/01 houve uma reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre e, por conseguinte, a criação de suas Agências Reguladoras, dentre elas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Para o melhor deslinde do assunto algumas considerações acerca da legislação pertinente ao tema devem ser apresentadas.

Segundo a dicção do art. 21, inciso XII, alínea "e" da Constituição da República compete à União Federal atuar como Poder Concedente de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Inicialmente, tal prerrogativa era exercida pelo Ministério dos Transportes (DNER e STT – Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), sendo que, com a promulgação da Lei nº. 10.233, de 05 de junho de 2001, a referida atribuição foi delegada à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

É inquestionável que a exploração de transporte interestadual de passageiros é efetivada mediante permissão e autorização pelo Poder Público, bem como que a regulamentação dos serviços concedidos compete ao Poder Concedente, por determinação constitucional e legal, conforme disciplina o art. 175, I da CF e o art. 29 da Lei nº 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, transcritos abaixo:

CRFB/88

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

Lei nº 8.987/1995

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos;

Com a edição da Lei nº 10.233/01, norma em vigor atinente à matéria de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, conforme já mencionado, a ANTT no exercício de suas prerrogativas legalmente constituídas passou a proceder aos atos de fiscalização e gerenciamento de todas as delegações de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros com base nos regulamentos vigentes a cada época.

Nesse passo, dispõe a Lei nº. 10.233/2001 em seu art. 24 que à ANTT compete a fiscalização dos serviços de transporte, in verbis:

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

(...)

VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

Por sua vez, o art. 78-A do referido diploma legal dispõe que:

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

I – advertência;

- II – multa;
- III – suspensão;
- IV – cassação;
- V – declaração de inidoneidade.

Tendo em vista que o exercício das prerrogativas de fiscalização e regulamentação atinentes às Autarquias é fato incontroverso e necessário para o bom funcionamento das atividades de serviço público, o que não seria diferente quando se trata do serviço de transporte rodoviário de passageiros, não se pode olvidar que, no exercício do poder regulamentar, as Resoluções dessas Pessoas Jurídicas quando em vez possam estar permeadas de abuso de poder, conforme se demonstrará nas linhas que se seguem.

4. **Abuso de poder configurado na Resolução nº 233/2003 da ANTT com as alterações trazidas pelas Resoluções de nºs 579/2004, 653/2004, 1.692/2006 e 4282 /2014**

É de clareza solar que a Administração Pública se submete ao princípio da estrita legalidade, conforme estampado no caput do art. 376 da Carta Magna, pedra basilar do Estado Democrático de Direito em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, especialmente à Constituição.

Com efeito, no Estado de Direito a lei é a única fonte criadora do direito positivo, por consistir em ato de natureza originária (ou primária) que emana diretamente da Constituição. Por sua vez, os regulamentos têm natureza secundária (ou derivada) e por isso mesmo somente podem ser exercidos à luz de lei preexistente.

Em razão disso, é que ao regulamento não é dado estabelecer obrigações iniciais, muito menos tipificar infrações administrativas, sob pena de subverter a sua finalidade. Destarte, não é concebível pela sistemática de nosso ordenamento que alguma autarquia reguladora passe a descrever hipóteses de infrações administrativas sem o devido respaldo legal.

Assim, a partir de uma análise global das legislações que conferem a ANTT os seus poderes regulatórios e fiscalizatórios, chega-se às seguintes constatações:

- a) o art. 29, II, da Lei n.º 8.987/95, apenas previu a possibilidade do Poder Concedente aplicar penalidades

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

regulamentares e contratuais, sem, contudo descrever as infrações administrativas⁷;

- b) a Lei n.º 10.233/01, através dos arts. 78-A e 78-F⁸, fixou tão somente as espécies de sanções aplicáveis e o limite máximo da penalidade de multa, sem elencar quais seriam os atos infracionais administrativos.

Um estudo apressado levaria à errada conclusão de que a ANTT poderia, através de seus regulamentos, tipificar infrações administrativas. Ledo engano, pois, como já explicado, somente a lei em sentido estrito pode, no nosso ordenamento constitucional, criar ou extinguir obrigações. Ademais, uma vez tipificadas tais infrações administrativas - e as respectivas penalidades para quem as comete, consagra-se uma verdadeira afronta ao direito de propriedade dos administrados, revelando mais uma aberração jurídica que não deverá ser suportada, porquanto, ressalte-se, só a lei pode tolher direitos.

Ocorre que, a Resolução da ANTT nº 233 de 25/06/2003 com alterações trazidas pelas Resoluções de nºs 579/2004, 653/2004, 1.692/2006 e 4282/2014, ao arrepio da dicção constitucional bem como dos ensinamentos da doutrina consolidada, tipifica uma série de condutas como infrações administrativas, ao exemplo do que se transcreve:

Art. 1º Constituem infrações aos serviços de transporte rodoviário de passageiros sob a modalidade interestadual e internacional, sem prejuízo de sanções por infrações às normas legais, regulamentares e

⁷ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

⁸ Art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão

IV - cassação

V - declaração de inidoneidade.

VI - perdimento do veículo.

Art. 78-F. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção e não deve ser superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)

contratuais não previstas na presente Resolução, os seguintes procedimentos, classificados em Grupos conforme a natureza da infração, passíveis de aplicação de multa, que será calculada tendo como referência o coeficiente tarifário - CT vigente para o serviço convencional com sanitário, em piso pavimentado.

I - multa de 10.000 vezes o coeficiente tarifário:

a) realizar transporte permissionado de passageiros, sem a emissão de bilhete; (Redação da alínea dada pela Resolução ANTT N° 4282 DE 17/03/2014).

b) emitir bilhete sem observância das especificações; (Redação da alínea dada pela Resolução ANTT N° 4282 DE 17/03/2014).

c) reter via de bilhete destinada ao passageiro; (Redação da alínea dada pela Resolução ANTT N° 4282 DE 17/03/2014).

d) vender bilhete de passagem por intermédio de pessoa diversa da transportadora ou do agente credenciado, ou em local não permitido;

e) não observar o prazo mínimo estabelecido para início da venda de bilhete de passagem;

(...)

Não bastasse o erro crasso cometido pela Administração Pública em afrontar um princípio basilar do nosso Direito, qual seja, o da legalidade, a agência reguladora, através da Resolução nº 4.777/2015, em seu artigo 129, ainda invade a competência legislativa para intitular multas como impeditivas - uma vez que condiciona a inclusão e exclusão de novos ônibus à frota de veículos, inclusões de novos motoristas no cadastro da ANTT, emissão de autorização de viagem ou fazer qualquer alteração cadastral da Empresa junto à ANTT - ao pagamento das multas por ela emitidas ilegalmente, porquanto, como já explicitado acima, a dita agência reguladora não detém competência para estabelecer quaisquer penalidades, carecendo, portanto, as infrações administrativas de previsão legal.

Estamos, portanto, diante de uma situação extremamente gravosa para os concessionários/permissionários de serviço público de transporte. Veja-se, por exemplo, a delicada situação daqueles que precisam cadastrar a sua frota de veículos junto a ANTT com o fito de pleitear a concessão/renovação de licença para exercer atividade de transporte: tal cadastro fica condicionado ao cumprimento de exigências extralegais e prévio pagamento de multas fundadas em hipóteses tidas por irregular e fixadas de forma arbitrária, ou seja, não restam dúvidas de que configurado está o abuso de poder regulamentar.

⁹ Art. 12 - O cadastramento e o recadastramento somente serão realizados se não constar multa impeditiva do transportador ou da autorizatória junto à ANTT.

5. Necessidade de controle dos excessos da Administração pelo Poder Judiciário

A separação dos poderes é instrumento democrático que existe justamente para coibir o abuso de poder. Sobre o tema leciona o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, a partir de lição de Montesquieu¹⁰:

Todo aquele que detém Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites (...). Deveras, se o Poder vai até onde encontra limites, se o Poder é que se impõe, o único que pode deter o Poder é o próprio Poder. Logo, cumpre fracioná-lo para que suas parcelas se contenham reciprocamente. Daí sua conclusão: cumpre que aquele que faz as leis, não as execute nem julgue; cumpre que aquele que julga não faça as leis nem as execute; cumpre que aquele que executa, nem faça as leis nem julgue. E assim se afirma a idéia de tripartição do exercício do Poder.

Sem embargo da densa manifestação doutrinária que permeia o texto, fica claro que a ANTT comete abuso de poder regulamentar ao lavrar autos de infração, cujos ilícitos administrativos foram por ela mesma tipificados. E isso também encontra guarida na jurisprudência pátria:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. MULTA. APLICAÇÃO COM SUPORTE NA RESOLUÇÃO ANTT Nº 233/2003. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DAS CONDUTAS TIPIFICADAS. NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTES DO COLENDO STJ E DESTA CORTE REGIONAL.

1. A sentença acolheu exceção de pré-executividade e extinguiu a execução fiscal, em face da ilegalidade da Resolução ANTT nº 233/2003.

2. "O art. 85, parágrafo 3º, do Decreto 2.521/98, ao dispor acerca de penalidade (apreensão de veículo), impondo, subsequentemente, o pagamento da multa como condição para liberação do bem, extrapolou a sua finalidade de apenas regulamentar a Lei n. 8.987/95, que, disciplinando o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, não cuidou da tipificação de atos ilícitos dos concessionários, tampouco de respectivas sanções administrativas" (REsp 616750/GO).

3. É vasta e pacífica a jurisprudência desta Corte na linha de que: "A legislação que disciplinou o regime de

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 22ª ed, 2007, p. 47

concessão e permissão de serviços públicos (Lei nº 8.987/95) não traz a previsão das condutas típicas, tendo apenas previsto a possibilidade de o Poder concedente aplicar tais penalidades. A lei que instituiu a Agência Nacional de Transportes Terrestres (Lei nº 10.233/01), por sua vez, apenas fixou as espécies de sanções e o limite máximo da pena de multa, sem também elencar os atos infracionais. Não poderia, portanto, nem o Decreto n.º 2.251/98, nem a Resolução ANTT n.º 233/2003, sob o pretexto de regulamentar as Leis n.º 8.987/95 e 10.233/01, respectivamente, passar a descrever hipóteses de infrações administrativas sem o devido respaldo legal"(APELREEX nº 13416/PB, Rel^a Des^a Federal convocada Cíntia Menezes Brunetta).

4. Precedentes na mesma esteira: AC/RN, 08011070220144058400, PJe, julgada em 30/04/2015, Rel. Des. Federal convocado Élio Wanderley de Siqueira Filho ; AC/RN 08011356720144058400, PJe, julgada em 28/05/2015, Rel. Des. Federal convocado Emiliano Zapata Leitão; AC/RN 08013760720154058400, PJe, julgada em 27/10/2015, Rel. Des. Federal Manoel Erhardt; AC 00002563020134058400, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, DJe 02/10/2014; APELREEX/RN 08016191920134058400, PJe, julgada em 15/04/2014, Rel. Des. Federal Lazaro Guimarães; AC/RN 08034881720134058400, PJe, julgada em 24/04/2014, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro; AC 574470/RN, Rel. Des. Federal convocado Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJe 15/10/2014

5. Apelação não-provida.

(PROCESSO: 08087507420154058400, AC/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, TRF 5ª Região, 1º Turma, JULGAMENTO: 23/08/2016, PUBLICAÇÃO:)

Dessa forma, resta claro o direito que socorre o concessionário/permissionário de serviço público de transporte ao se deparar com tamanha ilegalidade advinda das Resoluções em foco no presente estudo, devendo, aquele que se sentir prejudicado pela atuação ilegal da Administração, pleitear a anulação do ato no Judiciário.

6. Considerações finais

Ao longo desse trabalho constatou-se que o art. 78-A da Lei 10.233/01 atribui a ANTT a competência para aplicar sanções. Nada obstante, em nenhum momento o legislador autorizou a referida autarquia a criar obrigações – cuja eventual infração enseje apenamento - , porquanto, ainda que houvesse tal previsão, a

mesma seria claramente inconstitucional, por contrariar o princípio da reserva legal estampado no art. 5º, II da CRFB/88.

Em termos práticos: quando a ANTT aplica sanções amparadas em “infrações” que têm como fundamento ato de natureza secundária, a Autarquia Reguladora afronta cabalmente os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito que tem como pilar o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes.

Por todo o exposto, uma vez sabido que as Resoluções de nºs 233/2003, 579/2004, 653/2004, 1.692/2006, 4282 /2014 e 477/2015 da ANTT invadem a competência legislativa quando tipificam condutas ilícitas e, em última análise, impedem os administrados de exercerem suas atividades; chega-se à conclusão de que todos os autos de infrações lavrados em base nesses atos normativos secundários são nulos, pois não possuem amparo legal - condição que é necessária para conferir-lhes validade.

Por fim, vale registrar que o ato administrativo para ser considerado válido deve compatibilizar sua forma com a expressa disposição legal, sob pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação. Nesse sentido, possíveis autuações lavradas com sucedâneo apenas nas Resoluções mencionadas deverão ser levadas a apreciação do Poder Judiciário para que esse tome as providências cabíveis quando necessárias.

7. Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 22ª ed, 2007.

CONTEÚDO JURÍDICO Disponível em
<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,convalidacao_dos-atos-administrativos,46233.html#_edn4> acesso em 02.06.2017

Resoluções de nºs 233/2003, 579/2004, 653/2004, 1.692/2006 e 477/2015 da ANTT

Lei nº 8.987/1995

Lei nº 10.233/01

Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

