

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE PEREIRA-DINIZ DOS MARES GUIA

**A EFICIÊNCIA DOS MODELOS CLÁSSICOS PARA O CONTROLE JUDICIAL
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS NA PERSPECTIVA DO
DIREITO REGULATÓRIO: ANÁLISE À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DO FATOR
GSF**

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2016**

FELIPE PEREIRA-DINIZ DOS MARES GUIA

**A EFICIÊNCIA DOS MODELOS CLÁSSICOS PARA O CONTROLE JUDICIAL
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS NA PERSPECTIVA DO
DIREITO REGULATÓRIO: ANÁLISE À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DO FATOR
GSF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito no curso de Graduação em Direito do Instituto de Direito Público de Brasília.

Orientadora: Professora Dra. Marilda de Paula Silveira

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2016**

FELIPE PEREIRA DINIZ DOS MARES GUIA

**A EFICIÊNCIA DOS MODELOS CLÁSSICOS PARA O CONTROLE JUDICIAL
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS NA PERSPECTIVA DO
DIREITO REGULATÓRIO: ANÁLISE À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DO FATOR
GSF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito no curso de Graduação em Direito do Instituto de Direito Público de Brasília.

Brasília-DF, 28 de novembro de 2016.

Prof. Dra. Marilda de Paula Silveira

Professor(a):

Professor(a):

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a avaliar a eficácia dos atuais modelos utilizados pelo Poder Judiciário para proceder à investigação da escolha administrativa discricionária no âmbito regulatório. Com arrimo no estudo de caso do fator GSF -- *Generation Scaling Factor* -- e nos conceitos doutrinários sobre os elementos que envolvem a escolha administrativa, busca-se delinear as possibilidades fáticas e jurídicas desse controle. Por fim, a partir da resposta da *hipótese* do presente trabalho, sugere-se possível saída para a problemática apresentada.

Palavras chave: Energia Elétrica. Agências Regulatórias. ANEEL. GSF. Escolhas administrativas.

ABSTRACT

This paper proposes to review the effectiveness of the current instruments used by the Judiciary Branch to analyze the discretionary administrative choices in regulatory framework. Supported by the *Generation Scaling Factor* – GSF – case, and doctrinal concepts about the administrative choices components, the research aims to delineate the real and judicial possibilities of this control. Finally, answering the hypothesis of this research, a solution will be suggested for the presented situation.

Keywords: Electricity energy. Regulatory Agency. ANEEL. GSF. Administrative choices.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
I. ESTUDO DE CASO - FATOR GSF.....	12
I.1. PANORAMA GERAL DO SETOR ELÉTRICO	12
I.1.1. Operação centralizada do Sistema Interligado Nacional	12
I.1.2. Funcionamento do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE	13
I.1.3. Garantia física das usinas hidrelétricas	14
I.1.4. Energia alocada e ajuste do MRE	15
I.1.5. Geração hidrelétrica no cenário atual e o <i>Generation Scaling Factor</i> – GSF	16
I.2. ATOS ADMINISTRATIVOS QUE FRUSTRARAM A EXPECTATIVA DE GERAÇÃO DE ENERGIA HIDRELÉTRICA	17
I.2.1. Alterações na composição da matriz energética	17
I.2.2. Deslocamento da geração do MRE provocado pela contratação de energia de reserva	18
I.2.3. Atrasos em obras de transmissão	19
I.2.4. Inversão no sinal do custo de geração	20
<i>I.2.5.1. Medida Provisória n. 579/2012: antecipação da renovação das concessões, redução das tarifas e custo efetivo de geração</i>	20
<i>I.2.5.2. Adiamento da implementação das bandeiras tarifárias</i>	21
I.3. JUDICIALIZAÇÃO DO FATOR GSF.....	21
I.3.1. 1ª Fase de judicialização do fator GSF	21
I.3.2. 2ª Fase de judicialização do fator GSF	23
I.3.3. 3ª Fase de judicialização do fator GSF	27
II. CONTROLE DOS ATOS REGULATÓRIOS NÃO VINCULADOS.....	29
II.1. CONTEXTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DA ESCOLHA ADMINISTRATIVA.....	29
II.1.1. Origens históricas das escolhas administrativas no estado de direito	29

II.1.2. Estado Democrático e Social de Direito	31
II.1.3. A modernidade, o positivismo e a força normativa do princípio da legalidade e o distanciamento na atual realidade	32
II.1.4. Conclusão parcial	35
II.2. PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS DA ANÁLISE.....	36
II.2.1. Estudo sobre os conceitos jurídicos e a sua relevância	36
II.2.2. Conceitos gerais e conceitos normativos	36
II.2.3. Doutrina dos Conceitos Indeterminados	38
II.2.4. Teoria da multivalência e univocidade	39
II.2.5. Conceito de discricionariedade administrativa	40
II.2.6. Fundamentos da discricionariedade administrativa	42
II.2.7. A discricionariedade nos elementos do ato administrativo	44
<i>II.2.7.1. A discricionariedade administrativa e o sujeito (competência) do ato</i>	44
<i>II.2.7.2. A discricionariedade administrativa e o objeto do ato</i>	44
<i>II.2.7.3. A discricionariedade administrativa e a forma do ato</i>	45
<i>II.2.7.4. A discricionariedade administrativa e o motivo do ato</i>	45
<i>II.2.7.5. A discricionariedade administrativa e a finalidade do ato</i>	46
II.2.8. O mérito administrativo	46
III. INSTRUMENTOS TRADICIONAIS PARA O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	48
III.1. A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO ADMINISTRATIVO.	49
III.2. O EXAME DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE NO ÂMBITO REGULATÓRIO.....	50
III.3. CERTEZAS POSITIVAS E NEGATIVAS.....	51
III.4. PARÂMETROS PRINCIPIOLÓGICOS PARA O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO VINCULADOS.....	53
III.4.1. Máxima da proporcionalidade	54
III.4.2. A discricionariedade técnica e a elevação da legitimidade reguladora	56

CONCLUSÃO59

 Novas perspectivas.....61

BIBLIOGRAFIA62

INTRODUÇÃO

Generation Scaling Factor, ou simplesmente GSF, até de meados de 2014, referia-se apenas ao índice que expressa a razão entre (i) o somatório de toda a energia produzida pelas usinas integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE –, o qual congrega usinas hidrelétricas que respondem por 70% (setenta) da capacidade de geração de energia elétrica no País, e (ii) o somatório das garantias físicas desse mesmo conjunto.

Atualmente, o termo GSF deixa de representar apenas um conceito técnico do setor elétrico e passa a significar um verdadeiro sinônimo de impasse¹ regulatório-judicial. O caso

¹Notícias:

Portal da ANEEL "A Diretoria da ANEEL aprovou hoje (26/5), durante Reunião Pública, Audiência Pública com o objetivo de promover a discussão conceitual do Generation Scaling Factor (GSF). A medida atende pleito da Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE e da Associação de Brasileira das Empresas Geradoras de Energia Elétrica – ABRAGE, que solicitaram mecanismo de ajuste para compensação dos efeitos da substituição da geração das usinas hidrelétricas pelas usinas termelétricas fora da ordem de mérito de custo."

http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=8575&id_area. Acessado em 27/11/2016.

Canal Energia: Impacto da conta de R\$ 40 bilhões depende da exposição de cada empresa, mas mudança estrutural é vista como alternativa à redução das UHEs na matriz elétrica.

Dois anos de hidrologia ruim e uma conta que se aproxima dos **R\$ 40 bilhões**. Esse é o balanço estimado da crise hídrica no país no biênio 2014/2015 somente para os geradores hidráulicos. Um ano após o setor externar a preocupação pelos impactos do déficit de geração pela primeira vez, fato ocorrido na 11ª edição do Encontro Nacional dos Agentes do Setor Elétrico, o tema é colocado como prioridade pelo governo. O setor está mobilizado e reivindica uma saída para mitigar a pressão sobre esse segmento. A mudança estrutural do mecanismo de realocação de risco (MRE) é apontada como necessária e deve refletir a alteração da matriz elétrica nacional que está com menor participação da água sobre o total gerado em comparação à década passada. Se nada for feito, há uma ameaça de que as empresas mais expostas ao GSF possam não suportar um segundo ano de déficit de geração bilionário. No ano passado a posição do governo era de que o risco hidrológico fazia parte do negócio. Hoje parece que esta percepção tem mudado. Tanto que o próprio ministro de Minas e Energia, Eduardo Braga, já disse em mais de uma oportunidade que após a ajuda às distribuidoras já era a hora de encontrar uma solução para o segmento de geração, mas sem entrar em detalhes sobre o que se poderia fazer para o segmento de geração.

Na avaliação do presidente da Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia, Mário Menel, essa disposição em encontrar uma saída pode evitar uma nova judicialização do setor. O recurso de utilizar a Justiça, diz ele, é o resultado de anos de falta de diálogo com o governo federal que não se dispôs a reconhecer os problemas que levaram os agentes a recorrer ao judiciário diante dos impasses criados no passado.

Nesse caso do GSF, disse, o cálculo do risco feito pelos investidores é todo feito em cima de uma metodologia que foi desconsiderada, por isso que não se pode dizer que é apenas risco hidrológico, principalmente pelo uso de políticas de segurança do sistema por meio do despacho fora da ordem de mérito, que não entra na fórmula dos leilões. "Soluções existem, mas tem que realmente enfrentar o problema, por meio de negociações e não apenas simplesmente considerar que o GSF é apenas risco hidrológico, isso vai levar à judicialização. Se não vê esse problema e diz que ele não existe, os agentes que se sentem ameaçados em seu direito vão recorrer ao

GSF, como ficou conhecido, atingiu todos os agentes do setor elétrico brasileiro e provocou a judicialização de centenas de ações judiciais, e representa uma conta no valor de aproximados R\$ 40 bilhões (quarenta bilhões de reais).²

Em meio ao impasse sem precedentes, o Poder Judiciário cumpriu papel de protagonista no embate sobre a frustração da expectativa de geração hídrica no país,

judiciário” 17/04/15, Mauricio Godoi. Disponível em <http://www.abiape.com.br/imprensa/noticias-do-setor/137-noticias-principais/818-gsf-setor-defende-alteracao-nas-regras.htm>

² Citamos alguns exemplos i) Canaã Geração de Energia S.A., Casa de Pedra Energia S.A. e Abranjo Geração de Energia S.A. (Ação Ordinária n. 34836-91.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (ii) Eletro Góes S.A. (Ação Ordinária n. 0038126-17.2015.4.01.3400 - 14ª Vara Federal), (iii) Ijuí Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0036632-20.2015.4.01.3400 – 22ª Vara Federal), (iv) Usina Paulista Lavrinhas de Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0035361-73.2015.4.01.3400 – 2ª Vara Federal), (v) Usina Paulista Queluz de Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0035360-88.2015.4.01.3400 – 16ª Vara Federal), (vi) 24 associados da Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE (Ação Ordinária n. 0034944-23.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (vii) Cemig Geração e Transmissão S.A., Horizontes Energia S.A., Hidrelétrica Cachoeirão S.A., Sá Carvalho S.A. e Rosa Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0040165-84.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (viii) Serra do Facão Energia S.A. (Agravado de Instrumento n. 0031604-86.2015.4.01.0000), (ix) Ferreira Gomes Energia S.A. (Agravado de Instrumento n. 0036229-66.2015.4.01.0000), (x) Rialma Companhia Energética II, III, IV e V S.A. (Agravado de Instrumento n. 0026222-15.2015.4.01.0000), (xi) Rio Canoas Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0033270-10.2015.4.01.3400 – 1ª Vara Federal), (xii) Boa Fé Energética S.A., Criúva Energética S.A., São Paulo Energética S.A., Serrana Energética S.A. e Autódromo Energética S.A. (Ação Ordinária n. 3084-84.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (xiii) Rio Verde Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0034379-59.2015.4.01.3400 - 5ª Vara Federal), (xiv) Pequena Central Hidrelétrica Rio do Braço S.A. (Ação Ordinária n. 37347-62.2015.4.01.3400 – 6ª Vara Federal), (xv) Firenze Energética S.A. (Ação Ordinária n. 38577-42.2015.4.01.3400 – 3ª Vara Federal), (xvi) Contestado Energética S.A., Coronel Araújo Energética S.A., Passo Ferraz Energia S.A. e Tambau Energética S.A. (Ação Ordinária n. 0040163-17.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xvii) Central Geradora Hidroelétrica JE Ltda. (Ação Ordinária n. 0040668-08.2015.4.01.3400 – 14ª Vara Federal), (xviii) Cotesa Geradora de Energia – PCH São Valentin S.A., PCH São Sebastião S.A. e PCH Aguti S.A. (Agravado de Instrumento n. 0037497-58.2015.4.01.0000), (xix) Cooperativa de Geração de Energia e Desenvolvimento Social Ltda. – CERILUZ (Agravado de Instrumento n. 0038687-56.2015.4.01.0000), (xx) Marombas Indústria e Comércio de Madeiras e Papelão S.A. (Ação Ordinária n. 0040671-60.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (xxi) 22. Geradora de Energia Nova Fátima S.A. (Ação Ordinária n. 0043181-46.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (xxii) Companhia Energética Tatuí Ltda., Coesex Geração de Energia Ltda., Companhia Energética Bandeirante, Hacker Industrial Ltda., Caju Energia Ltda., Galópolis Energia S.A., Companhia Energética Rio das Flores S.A. e Companhia Energética Salto do Lobo (Ação Ordinária n. 0042213-16.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (xxiii) Hidrelétrica Sens S.A. (Ação Ordinária n. 0043182-31.2015.4.01.3400 – 6ª Vara Federal), (xxiv) Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica – CEEE-GT (Ação Ordinária n. 0041607-85.2015.4.01.3400 – 16ª Vara Federal), (xxv) BME Energia S.A. e Cooperativa de Geração de Energia e Desenvolvimento – COPREL (Ação Ordinária n. 0040164-02.2015.4.01.3400 – 1ª Vara Federal), (xxvi) Hidro Kuhleman Geração Ltda. (Ação Ordinária n. 0040741-77.2015.4.01.3400 – 17ª Vara Federal), (xxvii) J.H.M. Geração Elétrica Ltda. – ME (Ação Ordinária n. 0040672-45.2015.4.01.3400 – 1ª Vara Federal), (xxviii) Maué S.A. Geradora e Fornecedora de Insumos (Ação Ordinária n. 0043183-16.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxix) Energética Saudades S.A. (Ação Ordinária n. 0044679-80.2015.4.01.3400 – 4ª Vara Federal), (xxx) GERMAT Geradora de Energia do Estado de Mato Grosso Ltda. (Ação Ordinária n. 0051254-07.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxxi) CELESC Geração S.A. (Ação Ordinária n. 0044681-50.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxxii) Pirapora Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0045492-10.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxxiii) Cinco Estrelas Agropecuária e Participações Ltda. (Ação Ordinária n. 0044867-73.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxxiv) COOPERLUZ – Cooperativa de Geração de Energia e Desenvolvimento (Ação Ordinária n. 0041682-27.2015.4.01.3400 – 15ª Vara Federal), e (xxxv) Baguari Energia S.A. e Retiro Baixo Energética S.A. (Agravado de Instrumento n. 0040323-57.2015.4.01.0000).

protagonismo este que levantou (e ainda levanta) discussão sobre a melhor forma de participação deste Poder na condução dos assuntos regulatórios.

Com o agravamento do efeito cascata das decisões judiciais, a ANEEL e outros órgãos do Poder Público criticaram a condução do caso para o âmbito judicial, arguindo que a intromissão desrespeita o juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

Em sentido diametralmente oposto, o advogado e Ex. Diretor da ANEEL, Julião Silveira Coelho, observou:

Não é raro ver a autoridade responsável pela criação do problema criticando a judicialização. Nenhum investidor recorre ao Judiciário por prazer, mas sim por necessidade. Condenar e discutir judicialização é perder o foco da origem do problema. As eventuais sequelas à imagem institucional do setor não decorreriam da judicialização, mas sim do conjunto de atos políticos e regulatórios que desmantelaram o setor.³

Nesse contexto de colisão entre o Poder Executivo e os limites de investigação das escolhas administrativas no âmbito regulado, o presente trabalho busca investigar se os modelos atualmente utilizados pelos juízes são capazes de contribuir com respostas seguras para o controle judicial.

³Notícia veiculada em: <http://www.portalpch.com.br/5691-05-10-2015-gsf-coleciona-82-liminares-as-vesperas-da-liquidacao-do-mcp.html>.

I. ESTUDO DE CASO - FATOR GSF

A descrição do caso *GSF* mostra-se relevante para ilustrar como o Poder Judiciário se comporta diante de casos regulatórios complexos. A partir daí, será verificado se os métodos de controle dos atos regulatórios são compatíveis com as peculiaridades desse tipo de conflito judicial.

Com efeito, não faz parte da presente abordagem investigar a procedência dos argumentos suscitados pelos agentes e pela Agência Nacional de Energia Elétrica -- ANEEL. O objetivo é explicar o caso concreto com o mesmo grau de profundidade utilizado pelos agentes nas ações judiciais sobre o impasse do fator GSF.

Nesse sentido, importa destacar que os dados regulatórios que serão apresentados a seguir foram extraídos das peças processuais dos processos sobre esse assunto, notadamente da petição inicial da ação ordinária proposta pela Associação Brasileira de Produtores Indecentes de Energia Elétrica – APINE.

I.1. PANORAMA GERAL DO SETOR ELÉTRICO

I.1.1. Operação centralizada do Sistema Interligado Nacional

Para otimizar os recursos energéticos disponíveis, a legislação setorial estabeleceu um modelo de produção a partir das decisões de um único agente institucional: o Operador Nacional do Sistema – ONS.

Dentre todas as funções confiadas ao Operador, a que merece maior relevo é prerrogativa de comando para a geração (despacho) de energia no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN.

A intenção da centralização operativa do sistema é racionalizar a geração de energia nacional, equacionando (i) a demanda nacional, (ii) os custos de geração e os (iii) riscos de déficit de energia.

Nesse sentido, o ONS dispõe de modelos computacionais que indicam, em cada cenário e considerando uma série de fatores, a decisão ótima a ser adotada.

Portanto, em razão de a operação física das usinas integrantes do Sistema Interligado Nacional ser centralizada no ONS, o titular de usina sujeita à operação centralizada não detém o controle sobre sua produção, pois esse controle passa a ser atribuição do Operador.

Dado que o gerador não tem controle sobre a produção de energia elétrica de sua usina, faz-se necessário desenvolver mecanismos para que a sua atuação comercial não fique plenamente vinculada à produção da usina.

Se não houvesse mecanismos de dissociação entre operação comercial e operação física da usina, o gerador não saberia nem quando nem quanto poderia comercializar ou destinar energia para consumo próprio, ou seja, os investidores não teriam condições de estimar o fluxo de caixa dos projetos de geração.

I.1.2. Funcionamento do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE

O Mecanismo de Realocação de Energia -- MRE --, criado com o propósito de permitir o compartilhamento do risco hidrológico entre usinas hidrelétricas, foi criado para que os agentes geradores possam atender seus contratos compra e venda de energia.

De acordo com as regras que disciplinam o MRE, independentemente de quem gera, o somatório total da energia produzida pelas usinas é, mensalmente, *alocado* a cada qual dos participantes na proporção do porte da respectiva usina perante os integrantes do MRE.

Se o gerador tivesse controle sobre a produção de sua usina, seria dele a decisão de gerar ou poupar água em dado momento. Como essa decisão não lhe cabe, mas, sim, ao ONS, concebeu-se o MRE para que os geradores tenham energia elétrica para comercializar independentemente de seus níveis individuais de geração.

Assim, compartilha-se o risco hidrológico, pois, ainda que não produza em um dado mês, o gerador terá, ao final do mês, parcela do montante total de energia elétrica produzida pelas usinas integrantes do MRE.

O MRE busca, portanto, permitir que os geradores hidrelétricos tenham previsibilidade quanto ao fluxo de receita, quanto ao resultado econômico de seus projetos, o que poderia não ser possível caso a capacidade de comercialização correspondesse aos níveis individuais de geração, independentes da operação centralizada.

I.1.3. Garantia física das usinas hidrelétricas

O gerador elétrico poderá comercializar -- independente de sua produção real -- a energia a ele assegurada pelo Ministério de Minas e Energia -- MME.

A quantidade de energia assegurada é correspondente à garantia física da usina.

De um lado, a legislação setorial estabelece que a garantia física, normalmente definida nos atos de outorga das usinas, constitui a quantidade máxima de energia elétrica que se pode comercializar.

De outro lado, a metodologia utilizada para seu cálculo faz com que a garantia física reflita a quantidade mínima de energia elétrica que as usinas hidrelétricas conseguem produzir em 95% (noventa e cinco por cento) dos cenários hidrológicos simulados.

O Conselho Nacional de Política Energética -- CNPE --, por meio da Resolução n. 1/2004, estabeleceu que, no cálculo das garantias físicas dos empreendimentos de geração, seria considerado o “*risco explícito da insuficiência da oferta de energia*” não superior a 5% (cinco por cento).

É por isso que a garantia física dos empreendimentos de geração hidráulica reflete a quantidade mínima de energia elétrica que as usinas hidrelétricas estão aptas a produzir.

Busca-se assegurar, assim, que, ao comercializarem energia correspondente à garantia física de suas usinas, os titulares dos empreendimentos hidrelétricos tenham receita suficiente para (i) honrar os financiamentos que viabilizam a implantação dos empreendimentos, (ii) suportar os custos de operação e manutenção das usinas, (iii) manter a adequada prestação do serviço, com destaque para a condição de atualidade⁴, e (iv) remunerar o capital investido.

⁴ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. “

Com efeito, a metodologia de cálculo de garantia física das usinas hidrelétricas também converge para o objetivo de assegurar previsibilidade quanto ao fluxo de receita dos projetos de geração.

I.1.4. Energia alocada e ajuste do MRE

Nesse sentido, no âmbito do MRE, aloca-se, a cada usina, certo montante de energia correspondente à representatividade da usina perante a garantia física global de todas as participantes. É a partir dessa alocação de energia que as usinas participantes do MRE compartilham o risco hidrológico.

Conforme previsto nas Regras de Comercialização aprovadas pela ANEEL, o MRE busca permitir que todas as usinas participantes atinjam seus níveis de garantia física, independentemente de seus níveis reais de produção de energia:

O Mecanismo de Realocação de Energia é um mecanismo financeiro de compartilhamento dos riscos hidrológicos associados à otimização eletroenergética do SIN no que diz respeito ao despacho centralizado das unidades de geração de energia elétrica realizado pelo ONS. O MRE busca permitir que todas as usinas participantes atinjam seus níveis de garantia física sob o ponto de vista contábil, independentemente de seus níveis reais de produção de energia, desde que a geração total do MRE não esteja abaixo do total da garantia física associada ao SIN. [...]

Segundo o MRE, cada gerador deverá receber, sob o ponto de vista contábil, seu nível de garantia física calculado. Essa condição deve ocorrer desde que os geradores participantes do MRE, como um todo, produzam, de maneira conjunta, energia suficiente para cobrir toda a garantia física das usinas integrantes do mecanismo. Se o total da produção destinada ao MRE das usinas participantes for igual à garantia física do MRE, então cada usina terá alocação igual à sua garantia física.”⁵

Quando o montante total de geração do MRE difere do somatório das garantias físicas das usinas dele integrantes, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE – procede ao chamado “ajuste do MRE”, o qual faz com que a energia alocada às usinas difira das respectivas garantias físicas.

⁵ Trechos extraídos do módulo das regras de comercialização intitulado “Mecanismo de Realocação de Energia”, aprovado pela ANEEL por meio da Resolução Normativa n. 533/2013.

I.1.5. Geração hidrelétrica no cenário atual e o *Generation Scaling Factor* – *GSF*

Com efeito, (i) o MRE, (ii) a metodologia de cálculo de garantia física, (iii) a exigência legal de otimização do uso dos recursos eletroenergéticos, (iv) os modelos computacionais de otimização e (v) as previsões legais associadas ao custo do déficit e ao racionamento de energia elétrica visam a proteger os geradores hidrelétricos, mitigando o risco hidrológico.

Ocorre que os geradores de energia proveniente de fonte hídrica defendem nas ações judiciais que todas essas condições objetivas dos contratos foram desvirtuadas por diversos atos e iniciativas estatais, que explicam a frustração da geração hidrelétrica verificada no cenário atual.

Segundo os geradores, a frustração da geração hidrelétrica se traduz nos atuais valores do chamado *Generation Scaling Factor* – *GSF*.

Para ilustrar, o *GSF* é o índice que expressa a razão entre (i) o somatório de toda a energia produzida pelas usinas integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia -- MRE --, o qual congrega usinas hidrelétricas que respondem por 70% (setenta) da capacidade de geração de energia elétrica no País, e (ii) o somatório das garantias físicas desse mesmo conjunto:

$$GSF = \frac{\textit{geração total do MRE}}{\textit{somatório da garantia física das usinas do MRE}}$$

O *GSF* anual do MRE ficou sempre acima de 100% entre 2005 e 2012, apresentando valores levemente inferiores a 100% em apenas em 19 (dezenove) dos 96 (noventa e seis) meses compreendidos nesse período.

Ao produzirem energia em nível inferior ao de suas garantias físicas, os geradores hidrelétricos são impactados, a preços elevados, em razão da frustração de geração correspondente à diferença entre o (i) montante que comercializaram, normalmente equivalente ou próximo ao valor de suas garantias físicas, e (ii) o montante de energia que lhes é alocado no âmbito do MRE.

I.2. ATOS ADMINISTRATIVOS QUE FRUSTRARAM A EXPECTATIVA DE GERAÇÃO DE ENERGIA HIDRELÉTRICA

Feitas essas breves considerações sobre o funcionamento do setor elétrico, passa-se a análise resumida dos fatores que, segundo os geradores hidrelétricos, foram determinantes para os inéditos valores de GSF.

I.2.1. Alterações na composição da matriz energética

A primeira alteração do contexto à vista do qual foram realizados os investimentos em geração diz respeito à composição da matriz energética.

Em 2004, quando editada a Lei n. 10.848/2004, a qual estabeleceu que a operação do Sistema Interligado Nacional observaria o custo do *déficit* e que a decretação de racionamento ensejaria a redução dos contratos de venda de energia elétrica, a geração termelétrica respondia por apenas 9,3% do consumo nacional. Hoje, a geração termelétrica responde por mais de 25% do consumo.

A Tabela 1 apresenta o histórico de consumo e a participação das fontes de geração no atendimento da carga no período de 2004 a 2015:

Ano	Consumo (MW _{méd})	Participação das fontes de geração (%)		
		Hidrelétrica	Termelétrica	Demais fontes
2004	43.732	90,6%	9,3%	0,1%
2005	45.713	92,5%	7,4%	0,1%
2006	47.478	91,9%	8,0%	0,1%
2007	49.736	93,0%	6,9%	0,1%
2008	51.015	88,8%	11,1%	0,1%
2009	50.618	93,3%	6,6%	0,1%
2010	54.252	89,0%	10,9%	0,1%
2011	56.100	91,4%	8,5%	0,1%
2012	58.461	85,9%	13,5%	0,6%
2013	60.074	78,8%	20,5%	0,7%
2014	61.484	73,0%	25,8%	1,2%
2015*	62.843	72,3%	25,7%	2,0%

Tabela 1 – Histórico de consumo e participação das fontes de geração no atendimento da carga no período de 2004 a 2015

*Dados até maio de 2015, inclusive.

Fonte: ONS (histórico da operação).

Resultado de planejamento estatal – sobre o qual os geradores hidrelétricos não têm qualquer gestão –, a maior participação de usinas termelétricas na matriz energética reduz a geração hidrelétrica e, por consequência, impacta de forma significativa o *GSF*.

Ademais, a maior participação de usinas termelétricas faz com que o Sistema tenha maior capacidade de suportar cenário de escassez hidrológica, ou seja, a maior participação de usinas termelétricas posterga a necessidade de se decretar racionamento, prejudicando os geradores hidrelétricos, os quais ficam sem a medida expressamente concebida pela Lei n. 10.848/2004 como proteção contra o risco hidrológico.

I.2.2. Geração térmica fora da ordem de mérito e desvirtuamento do processo de otimização do uso dos recursos eletroenergéticos

Além do aumento da geração termelétrica na matriz energética nacional, o Operador Nacional do Sistema optou por acionar a geração térmica fora *da ordem mérito*, uma vez que foram criadas três novas modalidades de despacho que não observam a otimização do uso dos recursos eletroenergéticos, quais sejam: despacho térmico fora da ordem de mérito (i) por restrição elétrica; (ii) por razão de segurança energética (iii) para compensação de indisponibilidades futuras de combustível.

A alteração da metodologia de escolha de acionamento dos geradores fez com que os montantes de energia resultantes do despacho fora da ordem de mérito passassem de 0,6% do consumo em 2003 para 5% do consumo em 2013.

I.2.2. Deslocamento da geração do MRE provocado pela contratação de energia de reserva

Além das novas modalidades de despacho térmico fora da ordem de mérito, também foi instituída, nos termos do Decreto n. 6.353/2008, a contratação de “energia de reserva”, definida como “aquela destinada a aumentar a segurança no fornecimento de energia elétrica ao Sistema Interligado Nacional – SIN proveniente de usinas especialmente contratadas para este fim”.

A energia de reserva já contempla mais de 300 usinas contratadas, perfazendo o montante contratado de 3.300 MW_{méd},⁶ o que representa cerca de 6% de todo o consumo do SIN.

I.2.3. Atrasos em obras de transmissão

Outro fator estrutural determinante da frustração da geração hidrelétrica reside no atraso na conclusão de obras de transmissão, o qual já foi diagnosticado, pelo Tribunal de Contas da União, como causa da *“diferença a menor entre a capacidade nominal de geração constante do planejamento e dos dados de ‘balanço energético’ e a capacidade real disponível poderia ser de 7.000 MWmédios”*:

VII-D - Atraso na entrega de obras de geração e transmissão

119. Uma última razão que poderia estar impactando diretamente a capacidade de geração de energia, e que poderia estar causando seu presente subdimensionamento, reside nos atrasos observados na entrega de obras de geração e transmissão de energia.

120. Os levantamentos relativos a essa questão estão sendo analisados em processo sob relatoria do Ministro José Jorge (TC-029.387/2013-2), pelo que não aprofundarei o assunto.

121. Não obstante, e para que seja possível concluir a presente análise, considerarei apenas os dois principais atrasos noticiados pela imprensa, quais sejam, o atraso na conclusão da linha de transmissão que conecta a Usina de Santo Antônio ao sistema interligado, que estaria impedindo a utilização de 2.300 MWmédios, e o atraso na conclusão de outra linha de transmissão que conectaria os parques eólicos no Nordeste ao SIN, obra a cargo da Chesf, que estaria impedindo a utilização de 700 MWmédios, totalizando apenas aí 3.000 MWmédios, valor que passarei a utilizar no cômputo a seguir. [...]

125. Adotando os valores referidos em cada item - assumindo, portanto, que a superavaliação da energia garantida das usinas (B) não compensada pela energia de reserva é da ordem de 2.000 MWmédios, que a indisponibilidade do parque de geração termoeletrico convencional (C) é da ordem de 2.000 MWmédios, e que o atraso das obras de geração e transmissão (D) deixaram de agregar ao sistema uma capacidade de 3.000 MWmédios -, a diferença a menor entre a capacidade nominal de geração constante do planejamento e dos dados de “balanço energético” e a capacidade real disponível poderia ser de 7.000 MWmédios. Se lembrarmos que as projeções de folga oscilam entre 6,5 mil MWmédios e 3 mil MWmédios, tal subdimensionamento da ordem de 7 mil MWmédios (superior a 10% da capacidade projetada),

⁶ Descontado, desse montante, aquele correspondente à contratação de 2 Pequenas Centrais Hidrelétricas – Pachos que, somadas, representam menos de 22 MW_{méd}.

transformaria qualquer folga no balanço energético em déficit de capacidade estrutural de fornecimento de energia.

126. É possível que o subdimensionamento advindo do somatório das quatro causas seja inferior a esse montante. Por outro lado é bastante provável que nessas quatro causas residam a maior parte do subdimensionamento estrutural apontado.

I.2.4. Inversão no sinal do custo de geração

I.2.5.1. Medida Provisória n. 579/2012: antecipação da renovação das concessões, redução das tarifas e custo efetivo de geração

O Governo Federal, por meio da Medida Provisória n. 579, de 11 de setembro de 2012 fixou as condições para prorrogação das concessões e consignou que “*poderia antecipar os efeitos da prorrogação*”⁷.

Três dias após a edição da Medida Provisória n. 579/2012, foi editado o Decreto n. 7.805, de 14 de setembro de 2012, mediante o qual o Poder Concedente exerceu a prerrogativa de antecipar os efeitos da prorrogação.

Nesse sentido, no dia 24 de janeiro de 2013, a ANEEL aprovou as revisões tarifárias extraordinárias das concessionárias de distribuição, reduzindo-as, na média, em 20%.

Desde outubro de 2012, verificou-se geração plena do parque térmico.

Por isso, no mês de janeiro de 2013, quando foram processadas as revisões extraordinárias das tarifas praticadas pelas distribuidoras, o custo de geração da energia elétrica necessária ao atendimento dos consumidores cativos era, em média, 93% superior ao que, nos reajustes tarifários imediatamente anteriores, fora considerado para definição da cobertura tarifária correspondente à exposição das distribuidoras ao mercado de curto prazo.

Com a redução das tarifas, a diferença entre o custo de geração refletido nas tarifas e o custo efetivo de geração aumentou ainda mais, provocando relevante distorção no sinal de custo emitido aos consumidores das distribuidoras, ou seja, a tarifa conferia, aos consumidores cativos, incentivo ao consumo de energia, quando o respectivo custo de geração era elevado.

⁷ “Art. 12. O poder concedente poderá antecipar os efeitos da prorrogação em até sessenta meses...”

1.2.5.2. Adiamento da implementação das bandeiras tarifárias

Conquanto a situação revelasse os efeitos deletérios da distorção no sinal de custo, o final de 2013 foi marcado pelo adiamento da aplicação das “bandeiras tarifárias” as quais, ao informarem mês a mês as condições efetivas de geração de energia elétrica, permitiriam que o consumidor modulasse seu consumo e, assim, contribuísse para reduzir o desperdício de energia.

Esse instrumento, contudo, segundo os geradores, foi ignorado pela ANEEL em momento crítico, pois, ao final de 2013, a ANEEL, por meio da Resolução Normativa n. 593, de 17 de novembro de 2013, decidiu postergar a aplicação das bandeiras tarifárias de 1º de janeiro de 2014 para 1º de janeiro de 2015, contribuindo, assim, para manter o distorcido sinal de custo de geração.

1.3. JUDICIALIZAÇÃO DO FATOR GSF

A controvérsia quanto ao Fator GSF, para fins didáticos, pode ser dividida em 3 (três) fases: a primeira fase diz respeito à frustração dos geradores hidrelétricos no SIN; a segunda, sobre os impactos causados pelas liminares obtidas pelos geradores da primeira fase contra os demais geradores que participam do MRE, a terceira e última, para proteger os credores do que sofreram os impactos das liminares no MCP.

1.3.1. 1ª Fase de judicialização do fator GSF

Conforme anteriormente narrado, desde janeiro de 2014, as usinas hidrelétricas, por força de diversos fatos do princípio, obtiveram menos espaço para produzir energia nos níveis usuais, experimentando frustração de geração traduzida pelos valores do fator GSF (índice que demonstra o quanto de energia efetivamente foi gerada dentro do MRE, em razão da capacidade total do Mecanismo).

À vista desse contexto, diversos geradores hidrelétricos⁸ recorreram ao Poder Judiciário para assegurar que a energia que lhes é alocada no âmbito do MRE corresponda a 100% ou, no mínimo, 95% da garantia física de suas usinas.

⁸ i) Canaã Geração de Energia S.A., Casa de Pedra Energia S.A. e Abranjo Geração de Energia S.A. (Ação Ordinária n. 34836-91.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (ii) Eletro Góes S.A. (Ação Ordinária n. 0038126-17.2015.4.01.3400 - 14ª Vara Federal), (iii) Ijuí Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0036632-20.2015.4.01.3400 –

A título ilustrativo, a decisão liminar proferida na ação proposta pela APINE⁹ conteve os seguintes apontamentos:

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES INDEPENDENTES DE ENERGIA ELÉTRICA - APINE ajuizou a presente ação de conhecimento, de rito ordinário, em face da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, objetivando, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, que “até o trânsito em julgado da presente ação, abstenha-se de proceder ao ajuste do MRE, em relação às associadas da APINE ora substituídas, caso haja geração total do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE – em montante inferior à garantia física desse mesmo conjunto

22ª Vara Federal), (iv) Usina Paulista Lavrinhas de Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0035361-73.2015.4.01.3400 – 2ª Vara Federal), (v) Usina Paulista Queluz de Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0035360-88.2015.4.01.3400 – 16ª Vara Federal), (vi) 24 associados da Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE (Ação Ordinária n. 0034944-23.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (vii) Cemig Geração e Transmissão S.A., Horizontes Energia S.A., Hidrelétrica Cachoeirão S.A., Sá Carvalho S.A. e Rosa Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0040165-84.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (viii) Serra do Facão Energia S.A. (Agravo de Instrumento n. 0031604-86.2015.4.01.0000), (ix) Ferreira Gomes Energia S.A. (Agravo de Instrumento n. 0036229-66.2015.4.01.0000), (x) Rialma Companhia Energética II, III, IV e V S.A. (Agravo de Instrumento n. 0026222-15.2015.4.01.0000), (xi) Rio Canoas Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0033270-10.2015.4.01.3400 – 1ª Vara Federal), (xii) Boa Fé Energética S.A., Criúva Energética S.A., São Paulo Energética S.A., Serrana Energética S.A. e Autódromo Energética S.A. (Ação Ordinária n. 3084-84.2015.4.013400 – 20ª Vara Federal), (xiii) Rio Verde Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0034379-59.2015.4.01.3400 - 5ª Vara Federal), (xiv) Pequena Central Hidrelétrica Rio do Braço S.A. (Ação Ordinária n. 37347-62.2015.4.01.3400 – 6ª Vara Federal), (xv) Firenze Energética S.A. (Ação Ordinária n. 38577-42.2015.4.01.3400 – 3ª Vara Federal), (xvi) Contestado Energética S.A., Coronel Araújo Energética S.A., Passo Ferraz Energia S.A. e Tambau Energética S.A. (Ação Ordinária n. 0040163-17.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xvii) Central Geradora Hidroelétrica JE Ltda. (Ação Ordinária n. 0040668-08.2015.4.01.3400 – 14ª Vara Federal), (xviii) Cotesa Geradora de Energia – PCH São Valentin S.A., PCH São Sebastião S.A. e PCH Aguti S.A. (Agravo de Instrumento n. 0037497-58.2015.4.01.0000), (xix) Cooperativa de Geração de Energia e Desenvolvimento Social Ltda. – CERILUZ (Agravo de Instrumento n. 0038687-56.2015.4.01.0000), (xx) Marombas Indústria e Comércio de Madeiras e Papelão S.A. (Ação Ordinária n. 0040671-60.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (xxi) 22. Geradora de Energia Nova Fátima S.A. (Ação Ordinária n. 0043181-46.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (xxii) Companhia Energética Tatuí Ltda., Coesex Geração de Energia Ltda., Companhia Energética Bandeirante, Hacker Industrial Ltda., Caju Energia Ltda., Galópolis Energia S.A., Companhia Energética Rio das Flores S.A. e Companhia Energética Salto do Lobo (Ação Ordinária n. 0042213-16.2015.4.01.3400 – 20ª Vara Federal), (xxiii) Hidrelétrica Sens S.A. (Ação Ordinária n. 0043182-31.2015.4.01.3400 – 6ª Vara Federal), (xxiv) Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica – CEEE-GT (Ação Ordinária n. 0041607-85.2015.4.01.3400 – 16ª Vara Federal), (xxv) BME Energia S.A. e Cooperativa de Geração de Energia e Desenvolvimento – COPREL (Ação Ordinária n. 0040164-02.2015.4.01.3400 – 1ª Vara Federal), (xxvi) Hidro Kuhleman Geração Ltda. (Ação Ordinária n. 0040741-77.2015.4.01.3400 – 17ª Vara Federal), (xxvii) J.H.M. Geração Elétrica Ltda. – ME (Ação Ordinária n. 0040672-45.2015.4.01.3400 – 1ª Vara Federal), (xxviii) Maué S.A. Geradora e Fornecedor de Insumos (Ação Ordinária n. 0043183-16.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxix) Energética Saudades S.A. (Ação Ordinária n. 0044679-80.2015.4.01.3400 – 4ª Vara Federal), (xxx) GERMAT Geradora de Energia do Estado de Mato Grosso Ltda. (Ação Ordinária n. 0051254-07.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxxi) CELESC Geração S.A. (Ação Ordinária n. 0044681-50.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxxii) Pirapora Energia S.A. (Ação Ordinária n. 0045492-10.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxxiii) Cinco Estrelas Agropecuária e Participações Ltda. (Ação Ordinária n. 0044867-73.2015.4.01.3400 – 5ª Vara Federal), (xxxiv) COOPERLUZ – Cooperativa de Geração de Energia e Desenvolvimento (Ação Ordinária n. 0041682-27.2015.4.01.3400 – 15ª Vara Federal), e (xxxv) Baguari Energia S.A. e Retiro Baixo Energética S.A. (Agravo de Instrumento n. 0040323-57.2015.4.01.0000).

⁹ Ação ordinária n. 34944-23.2015.4.013400

[...]

Infere-se, portanto, por todo o exposto que os substituídos da autora, quando decidiram investir na geração de energia hidrelétrica no país não assumiram como risco do negócio, compreendido na álea comercial, os atos governamentais caracterizados como fatos do príncipe ou álea administrativa, consistentes na inversão da matriz hidrotérmica, nos despachos das usinas térmicas fora da ordem de mérito de custo, ao desvirtuamento da operação do Sistema Interligado Nacional, à política estatal de redução de tarifas em cenário de custo elevado de geração e à decisão de não se decretar o racionamento, mas tão somente o risco de compartilhar o risco hidrológico, que foi totalmente comprometido e deturpado pelos atos retrocitados. O perigo da demora também resta caracterizado, uma vez que no próximo dia 07/07/2015, a CCEE promoverá a próxima liquidação das operações de compra e venda de energia elétrica e as associadas da autora sofrerão, em razão do GSF de 79,2%, relativo ao mês de maio, impacto financeiro de aproximadamente 826 milhões de reais. Ante o exposto, DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar à ANEEL que até o trânsito em julgado da presente ação, abstenha-se de proceder ao ajuste do MRE, em relação às associadas da APINE ora substituídas, caso haja geração total do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE – em montante inferior à garantia física desse mesmo conjunto, sob pena de aplicação de multa diária no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

I.3.2. 2ª Fase de judicialização do fator GSF

De acordo com as razões apresentadas pelos agentes, a CCEE e a ANEEL, ao operacionalizarem as decisões judiciais que protegem os geradores hidrelétricos contra os atuais valores de GSF, optou por retirar energia dos demais geradores hidrelétricos que, embora também sofram os efeitos dos atuais valores de GSF, não estavam protegidos por decisão judicial.

A fundamentação apresentada pelos agentes nas ações relativas à segunda fase de judicialização tentou desconstituir a alegação de que se estaria invadindo o mérito administrativo e esvaziando o princípio da separação de poderes.

Para tanto, os agentes alegaram:

- (i) prática de conduta conflituosa com os fundamentos determinantes das decisões judiciais operacionalizadas, relativas à primeira fase de judicialização;
- (ii) distorção do objetivo do MRE;
- (iii) alocação de energia em desconformidade com a legislação e a regulação;

(iv) inobservância do artigo 10, §1º, inciso II, da Resolução ANEEL n. 552, de 14 de outubro de 2002;

(v) imputação dos ônus das decisões liminares aos participantes do MRE quando destas decisões não consta identificação dos agentes impactados;

(vi) aplicação de duas diferentes leituras para o inciso I do § 1º do art. 10 da Resolução ANEEL n. 552/2002, (vi.a) uma para a situação em que apenas parte do MRE tem liminar e (vi.b) outra em que todas as demais usinas do MRE também têm a proteção judicial; e

(vii) desrespeito à proporcionalidade decorrente da não alocação aos credores do curto prazo.

No AI n. 0043712-50.2015.4.01.0000, o Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian reconheceu a procedência dos *argumentos “para determinar às rés/agravadas que se abstenham de reduzir a energia alocada à autora em decorrência de provimentos judiciais em favor de outras usinas participantes do MRE”*:

Aliás, **a própria ANEEL**, em nota técnica juntada aos autos do Processo nº 41636-38.20105.401.3400, **reconhece ser desarrazoado que as usinas hidrelétricas não beneficiadas por decisão liminar assumam a parcela de risco que lhes cabem e mais a parcela adicional não assumida por ela**, o que “conferiria um tratamento assimétrico às usinas hidrelétricas participantes do MRE”.

Assim, **as hidrelétricas não beneficiadas por liminares** que suspendam ou limitem o GSF **são duplamente oneradas**, uma vez que, além de arcar com os valores decorrentes da situação deficitária do MRE, devem ainda responder pelo déficit decorrente de decisões judiciais em processos em que sequer são partes. **Saliente-se que em todas as liminares o fundamento para o seu deferimento foi ato ilegal da ANEEL e da União e não de outros participantes do MRE, razão pela qual se afigura ainda mais absurda a pretensão de repassar-lhes os ônus desses provimentos judiciais.**

(...)

Amparada em tais fundamentos, entendo ser devido o acolhimento da pretensão recursal a fim de que, em relação às usinas hidrelétricas da CHESF (UHEs Luiz Gonzaga, Apolônio Sales, Paulo Afonso I, II, III e IV, Xingó, Boa Esperança, Sobradinho, Pedra e Funil), seja suspensa a exigibilidade dos valores decorrentes do ajuste do MRE acima do patamar de 5% sobre as respectivas garantias físicas, sem prejuízo do já determinado na decisão agravada – **deferimento em parte do pedido de antecipação dos efeitos da tutela apenas para determinar às rés/agravadas que se abstenham de reduzir a energia alocada à autora em decorrência de provimentos judiciais em favor de outras usinas participantes do MRE.** (grifamos)

O Desembargador Federal Souza Prudente, no AI n. 0048693-25.2015.4.01.0000, também destacou que *“as decisões judiciais de que foram beneficiados outros agentes do setor energético, têm por suporte a suposta onerosidade excessiva do contrato celebrado*

entre as partes, decorrentes de atos supervenientes, extraordinários, inevitáveis e de consequências incalculáveis” e que “não se pode admitir, em princípio, que [as suplicantes] suportem ônus dos provimentos judiciais que favoreceram aquelas outras empresas”.

“Com efeito, as decisões judiciais de que foram beneficiados outros agentes do setor energético, têm por suporte a suposta onerosidade excessiva do contrato celebrado entre as partes, decorrentes de atos supervenientes, extraordinários, inevitáveis e de consequências incalculáveis, sem a correspondente adoção, pelo poder concedente, das medidas necessárias, com vistas à manutenção das condições em que se amparou a proposta por elas apresentadas, na linha, inclusive, das conclusões a que chegou o colendo Tribunal de Contas da União – TCU, nos autos do TC 13.099/2014-0, que trata de fiscalização do setor elétrico, in verbis:

[...]

Assim posta a questão e desde que as suplicantes, em princípio, encontrar-se-iam na mesma situação dos demais agentes, não se pode admitir, em princípio, que suportem ônus dos provimentos judiciais que favoreceram aquelas outras empresas, que sequer participaram da relação processual instaurada nos autos das respectivas demandas.”

Dessa forma, tal qual reconhecido nos julgados em referência, a operacionalização proposta pela CCEE parece distorcer a definição legal e regulamentar do MRE, pois, inovando, utiliza o Mecanismo como instrumento de financiamento de agente protegido por decisão judicial.

Nesse sentido, apesar de não haver domínio técnico por parte do Poder Judiciário para investigar a melhor forma de alocação dos efeitos da insuficiência de arrecadação do MCP, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal, nos autos do AI n. 100246305.2015.4.01.0000, decidiu que em razão da organização própria e peculiar do mercado, não há como os credores do MCP não serem afetados pelas decisões judiciais que protegem outros agentes do setor. Nos termos do voto condutor do Desembargador Federal Kássio Marques, os credores do MCP, em verdade, estão sem receber seus créditos justamente por inexistir condição material para que ocorra a operação:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SETOR ELÉTRICO. AJUSTE GSF. CONCESSÃO DE LIMINAR. IMPACTO AOS DEMAIS GERADORES QUE COMPÕEM O MECANISMO DE REALOCAÇÃO DE ENERGIA – MRE. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO ANEEL 552/2002. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

I – A repactuação do risco hidrológico prevista na Lei nº 13.023/2015 consubstanciase em faculdade dos agentes de geração hidrelétrica

participantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, não sendo possível presumir que todos os que possuam ações judiciais questionando a limitação do “Ajuste MRE” irão aderir à proposta. Por consequência, e havendo a possibilidade, ainda, da existência de ações da 1ª fase de judicialização que impactem a impetrante/agravada, caracterizado seu interesse de agir. Preliminar de perda de objeto afastada.

II – Agentes que compõem o MRE (mecanismo de compartilhamento de risco) e que não fazem parte de demandas relativas à 1ª fase de judicialização das questões inerentes ao Setor Elétrico (“Liminares GSF”), em tese, não poderiam sofrer os efeitos das decisões judiciais proferidas naquelas ações, arcando com os ônus financeiros das perdas decorrentes do chamado “Ajuste GSF”. Ocorre que a solução da controvérsia não pode ser vista à luz da questão processual, vez que as consequências do cumprimento das decisões “Liminares GSF” são, em verdade, resultantes da regulação existente no âmbito do Setor Elétrico, que expressamente prevê tal situação (Resolução ANEEL nº 552/2002).

III – A Resolução ANEEL nº 552/2002 consubstanciase em ato normativo que estabelece os procedimentos relativos à liquidação das operações de compra e venda de energia elétrica, no Mercado de Curto Prazo – MCP, no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, e trata das garantias financeiras e penalidades.

IV – Nos termos do inciso II do § 1º do art. 10 da Resolução ANEEL nº 552/2002, os valores cuja exigibilidade tenha sido suspensa por decisão judicial serão “rateados entre os Agentes de Mercado credores afetados, na proporção da respectiva energia comercializada, no caso de débitos não relacionados a Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR’s”. A mesma regra de rateio dos valores controversos é aplicável na hipótese de “impossibilidade de identificação dos credores afetados”, a teor do § 2º do mesmo artigo.

V – Os agentes de mercado afetados pelas “Liminares GSF” (1ª fase de judicialização) são plenamente identificáveis, máxime diante da alegação da CCEE de que o GSF não é aplicável a nenhuma outra operação se não ao MRE e, logo, aos seus participantes. Dessa forma, e não prevalecendo a alegação da agravada de que apenas seria possível identificar os agentes impactados se constassem expressamente das decisões liminares da 1ª fase de judicialização, deve prevalecer a regra segundo a qual os ônus financeiros das decisões “Liminares GSF” devem ser suportados apenas pelos agentes que compõem o MRE, não sendo possível repassá-los aos credores do MCP.

VI – Entendimento em sintonia com aquele firmado quando do julgamento do AI nº 572458.2016.4.01.0000, acórdão de minha relatoria, que, embora se refira à 3ª fase de judicialização (credores do MCP que querem receber seus créditos sem serem afetados pelas liminares GSF), registrou que “Em razão da organização própria e peculiar do mercado, não há como os credores do MCP não serem afetados, de forma indireta, pelas liminares GSF (Fator GSF e Liminares de Proteção), o que não significa, por outro lado, que a CCEE venha lhes imputando débitos do MRE e que deveriam ficar restritos no âmbito do referido condomínio. Os credores do MCP, em verdade, estão sem receber seus créditos justamente por inexistir condição material para que ocorra a operação”.

VII – Considerando o impacto financeiro decorrente do entendimento firmado no presente recurso, bem como o fato de que se trata de agravo de instrumento, estando o feito principal pendente de prolação de sentença, devida a modulação dos efeitos da conclusão a que chegou esta Sexta Turma, a fim de que não sejam cobrados da impetrante/agravada, de forma retroativa e até a prolação da sentença, os valores cujo pagamento restou suspenso enquanto vigorou a decisão agravada.

VIII – Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento (item VII).

Com efeito, a Sexta Turma apreciou a *conveniência* e a oportunidade da escolha administrativa sobre a forma correta de alocação dos efeitos das liminares de GSF. Por outro lado, não é possível constatar, por certo, quais parâmetros foram utilizados para a mencionada medida judicial.

I.3.3. 3ª Fase de judicialização do fator GSF

A terceira fase de judicialização do fator GSF decorreu do ingresso dos agentes que tinham créditos no MCP e que por sua vez, sofreram os impactos das decisões liminares proferidas nos casos relativos à primeira e segunda fases de judicialização do GSF.

Cita-se o acórdão unânime proferido no julgamento do AI n. 0064291-19.2015.4.01.0000, no qual a C. Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região atestou a procedência dos pedidos formulados em um dos casos sobre a 3ª fase de judicialização:

*11. (...) A alteração do GSF no âmbito do MRE, por força de diversas decisões judiciais, isenta as geradoras que produziram montante de energia inferior às suas garantias físicas de comprarem essa diferença de energia mediante exposição no MCP, o que resulta na **redução de recursos financeiros disponibilizados nesse ambiente**, precisamente pela redução na exposição de algumas geradoras de fonte hídricas, integrantes do MRE. Como resultante natural desse comportamento sistêmico, a liquidação de créditos e débitos no MCP, **a partir dos valores financeiros disponíveis, realiza os pagamentos dos créditos de modo proporcional, não privilegiando ou prejudicando isoladamente nenhum dos agentes participantes, e as frações e percentuais de créditos que eventualmente não tenham sido pagos são regularmente contabilizadas, para adimplemento nas liquidações subsequentes realizadas pela CCEE, ou seja, o que não recebe neste mês fica contabilizado como crédito para recebimento no mês subsequente.***

(...)

14. Não há fundamento legal, fático ou normativo, que autorize a concessão de medida judicial que, sob a alegação de prejuízo causado por decisão judicial proferida em processo em que não é parte (editada no

âmbito do MRE), assegure a participantes do MCP o recebimento integral de seus eventuais créditos, ao invés do recebimento proporcional, segundo os ditames desse ambiente de comercialização, e, por semelhante razão, também não é cabível a concessão de autorização judicial que isente participantes do MCP da obrigação de adimplemento dos débitos que lhes são próprios (Conforme dispõem os artigos 17, inciso IV, e 47, §1º da Convenção de Comercialização da CCEE, anexa à Resolução Normativa 109/2004, eventual inadimplência por um devedor do mercado autoriza o pagamento proporcional, segundo o valor existente, aos credores, estruturando-se assim o “mercado de soma zero”).

15. No âmbito do Mercado de Curto Prazo, o valor eventual não pago por um ou alguns de seus agentes poderá e deverá ser proporcionalmente rateado, compartilhado, com os demais agentes, na medida, também proporcional, dos créditos que possuam, na forma que se indica, ou seja, no

mesmo período de contabilização, não configurando nenhuma diferença entre a inadimplência que decorra de uma sentença que tenha autorizado a recuperação judicial ou de um provimento judicial liminar que, por exemplo, limite o percentual de GSF, trazendo repercussão financeira indireta na participação da sociedade empresária no MCP. Se o inadimplemento causado por um procedimento de recuperação judicial justifica o rateio no MCP, não há razão para não aplicar esse procedimento quando, também por força de uma decisão judicial, no caso a eventual limitação do GSF, a capacidade de pagamento de um determinado agente seja temporariamente reduzida.

(...)

Conceder condição especial a determinado agente, onde não há distinção, e priorizar cumprimento de obrigação de uns em detrimento de outros, conduz à manifesta violação à isonomia que deve permear a relação entre todos os agentes que participam do Mercado de Curto Prazo. Agravo de instrumento conhecido e provido, para desconstituir a decisão agravada e afastar os efeitos que eventualmente tenha produzido”
(sem grifo no original)

De acordo com as razões expostas no julgado acima, reconheceu-se a condição especial a determinado agente, onde não há distinção, e priorizar cumprimento de obrigação de uns em detrimento de outros, o que consistiria em manifesta violação à isonomia que deve permear a relação entre todos os agentes que participam do Mercado de Curto Prazo.

Portanto, novamente foi proferida decisão judicial sem que parâmetros objetivos fossem observados.

II. CONTROLE DOS ATOS REGULATÓRIOS NÃO VINCULADOS

II.1. CONTEXTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DA ESCOLHA ADMINISTRATIVA

II.1.1. Origens históricas das escolhas administrativas no estado de direito

O Estado¹⁰ de Direito¹¹ é fruto dos movimentos constitucionais ocorridos nos Estados Unidos da América e na França, em 1787 e 1789, respectivamente.

No modelo democrático-liberal de Estado, o valor da liberdade¹² é preponderante, constituindo juntamente com a legalidade, a razão e a proteção do indivíduo e da propriedade os valores primordiais, reflexos de uma mentalidade libertária" (SIQUEIRA, *apud* QUITÉRIO, 2006, pg. 671).

Enquanto nos Estados Unidos fundava-se o Estado de Direito em busca pela sensível equação entre os direitos fundamentais e o Poder do Estado, na França, em sentido distinto, a Carta Política de 1791 -- fruto da Revolução de 1789 -- venceu os entraves da composição do Estado Absolutista para colocar em pauta as tradições filosóficas propostas por Montesquieu e Locke.

A percepção revolucionária francesa, calcada nos pilares do Iluminismo -- por ora mais relevante em razão da forte influência entre nós -- visou edificar uma Administração Pública "racional, uniforme e coerente" (RIVIEIRO, 2004, pg. 27), com arrimo no primado da lei, na separação das competências institucionais, no liberalismo econômico do *laissez-faire* e -- sobretudo -- na liberdade dos cidadãos.

¹⁰ "Giorgio Del Vecchio define o Estado do ponto de vista jurídico, como o sujeito da ordem jurídica, na qual se realiza a comunidade de vida de um povo. A definição tradicional do Estado é a proposta por Geor Jellinek, que anuncia o mesmo como a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotado de um poder originário de mando". (SIQUEIRA, 2006)

¹¹ "O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo [...] Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legitibus solutus*, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se, então, dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente [...] Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina [...] da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem* (Bobbio, 1990, p. 17-18).

O *governo das leis*, ou, segundo ENTERRÍA (pg. 99), "*reino das leis*", fundava-se na percepção de que a validade das normas não advinha do comando de justiça que representava, mas tão somente por haver sido instituída por autoridade competente.

Não por outra razão, MONTESQUIEU (pg. 16) afirmou em *O Espírito das Leis*, que "*a lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra [...]*"

Nesse sentido, ao tecer considerações sobre o aludido período histórico, FAGUNDES narra ser a lei, à época, a "*formadora do direito*", enquanto que a Administração Pública exercia o papel de modesta "*executora*".

A rigidez normativa do sistema jurídico e a relevância do princípio da legalidade no Estado de Direito francês consubstanciou em um Estado cuja escolha administrativa era restrita aos rigorosos preceitos legais, pois a norma "*indicaria o único e possível comportamento que o administrador deveria adotar no caso concreto, não permitindo espaços discricionários e conceitos abertos para um julgamento subjetivo*" (GUERRA, 2008):

Verifica-se, portanto, um mínimo de espaço para o exercício da escolha administrativa, sendo plausível inferir sobre essa fase histórica uma diminuta atuação estatal executiva, preponderante vinculada aos preceitos legais estritos. A ação vinculada que se apresentou no modelo liberal foi idealizado para que a norma a ser cumprida pelo Poder Executivo determinasse, com exatidão, a conduta da Administração Pública diante de certa situação fática. A norma indicaria o único e possível comportamento que o administrador deveria adotar diante do caso concreto, não permitindo espaços discricionários e conceitos abertos para um julgamento subjetivo.

Anos mais tarde, percebeu-se que a atuação do Poder Executivo passou a ter função de extrema relevância na agenda do Estado francês. ENTERRIA, nesse sentido, descreve que a leitura sobre o princípio da separação dos poderes na França, distinta da leitura americana e inglesa, "*propiciou a fundamentação de um poder regulamentar da lei, inicialmente de mera execução e, posteriormente, independente.*"

Essa leitura culminou em uma Administração Pública com força executiva sem precedentes, inclusive se comparada ao antigo regime.

Napoleão Bonaparte foi responsável por instituir uma máquina administrativa forte e desgarrada da sua antiga concepção, representou "*a pedra angular da autonomia jurídica da Administração Pública*" francesa: o *Conseil d'Etat* (Conselho de Estado).

O novo modelo de Poder Executivo, portanto, passa a ter atuação real, independente e, sobretudo, com autonomia para interferir na vida dos particulares.

Nesse viés, a Administração passou a estar autorizada a escolher livremente a medida para a efetivação do abstrato *interesse público*. O controle judicial, por sua vez, à época, não poderia deixar de ser deferente às escolhas adotadas pelo Poder Executivo, pois o binômio *conveniência e oportunidade* acastelava o *mérito do ato administrativo* e o deixava impenetrável ao controle judicial, restando, somente, as limitadas teorias francesas de desvio de poder e dos motivos determinantes para a efetivação do controle judicial.

II.1.2. Estado Democrático e Social de Direito

O Estado Liberal tornou-se insuficiente para amenizar as mazelas sociais alargadas com a Revolução Industrial, de modo que o surgimento dos movimentos sociais constrangeu o Estado a sair de sua neutralidade e assumir uma postura protetora (ALMEIDA, 2003, pg. 52, 53):

A complexidade social e o conseqüente surgimento de movimentos sociais foram forçando o Estado a sair da sua neutralidade e assumir uma postura protetora de determinados interesses sociais, especialmente em decorrência dos efeitos da Revolução Industrial, que se espalhou por todo o mundo e fez surgir, em face da necessidade de defesa da própria sociedade civil, o sindicalismo, como sinal da organização da classe trabalhadora.

O Estado Liberal deu lugar ao Estado Social de Direito, em que se procurou conciliar os direitos individuais, "*que perdem o cunho burguês e egocêntrico de sua origem*", com o bem-estar social. O novo modelo retira o Estado de sua antiga posição de telespectador dos conflitos de classes e o posiciona como protagonista, a serviço do indivíduo e da sociedade. (SIQUEIRA).

SUNDFELD (2000, pg. 56, 57) elenca seis características centrais do Estado Social de Direito:

a) criado e regulado por uma Constituição;

- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;
- c) o poder público é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte dos órgãos estatais independentes e harmônicos;
- d) a lei produzida pelo Poder Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado; e
- f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social

II.1.3. A modernidade, o positivismo e a força normativa do princípio da legalidade e o distanciamento na atual realidade

Modernidade é a expressão utilizada para designar o período histórico correspondente ao século XIX até parcela do século XX. As características principais deste período, conforme as considerações anteriores, são os avanços filosóficos e científicos alcançados e o contraste em relação aos avanços obtidos durante a Idade Média. Em essência, essas novas concepções envolviam a racionalidade e a sistematicidade do conhecimento humano.

Foi nesse novo contexto de produção intelectual que o positivismo jurídico surgiu. O termo "positivo" a que está relacionado o termo *positivismo* é entendido como nada mais nada menos que os próprios fatos naturais verificáveis; tais fatos correspondem a uma determinada interpretação da realidade que *"engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento."*

No âmbito do Direito, essa mensurabilidade objetiva dos fatos encontra-se no produto da ação legiferante, isto é, nos códigos.

STRECK (2014), em sua contribuição sobre os momentos do positivismo, relata que a primeira fase foi a exegética, em que a principal característica era a realização das conexões lógicas dos signos que compõem os códigos como parâmetro suficiente para resolver o problema da interpretação do direito.

Em um segundo momento, denominado de positivismo *normativista*, surgem propostas para aperfeiçoamento do rigor metodológico propostos pelos exegetas. As novas concepções que acompanharam a virada do século XX corroboraram para o falecimento dos

modelos "sintáticos-semânticos de interpretação da codificação, que se apresentaram completamente frouxos e desgastados" (STRECK, 2014).

É nesse novo contexto -- positivismo normativista -- que surge HANS KELSEN, cuja teoria também não foi capaz de esvaziar a insuperável margem subjetiva da norma, conforme esclarecem os comentários sintéticos de STRECK (2014), sobre a doutrina do autor austríaco:

Em Kelsen, há uma cisão entre direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua aplicação, normas. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral - interpretação como ato de conhecimento - produz proposições. Devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas - que exsurtem de um ato de vontade - terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. [...] Vale dizer: a relação entre as proposições é, assim, meramente sintática. Minha preocupação, contudo, não é dar conta dos problemas sistemáticos que envolvem o projeto kelseniano de ciência jurídica; é explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsistente no imaginário dos juristas: a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora 'moldura da norma'. [...] Portanto, em um ponto específico Kelsen se rende aos adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsita¹³, para o autor austríaco, esse desvio é impossível de ser corrigido.¹⁴

O paradigma juspositivista foi em grande parte superado pelas novas teorias da pós-modernidade, superação esta mais evidente no âmbito do direito constitucional do que do direito administrativo, ramo do direito ainda fortemente influenciado pela *ortodoxia kelseniana*. GUERRA, 2008, pg. 202)

O ponto sensível ao presente trabalho é que o normativismo lógico e estruturado proposto pelos ideais positivistas, ao cuidar dos problemas administrativos a partir da "catalogação normativa", "criou um realismo fora da realidade social", e acabou por consagrar o raciocínio de aplicação do direito distante à realidade, afastando o *ser* do *dever ser*".

¹³ Solipsita é a concepção filosófica de que não existe nada além de "nós" e nossas próprias experiências"

¹⁴ STRECK PG. 33

No ponto, GUERRA (2008) alerta sobre os prejuízos do distanciamento entre o *ser* e o *dever ser* e a herança do modelo estruturado de aplicação e controle das normas no âmbito regulatório:

Esse distanciamento entre o ser e o dever ser, contudo, especialmente em termos de escolha regulatória, não resiste às necessidades cotidianas da pós-modernidade, e, portanto, deve ser categoricamente recusado (ou melhor, refundado). O ser e o dever ser são considerados como as duas faces de uma mesma realidade, de uma realidade concebida como uma unidade que se divide dialeticamente, a ponto de ela se limitar a reconhecer que o sentido de uma norma isolada não pode jamais ser compreendida ao modo de sistematização lógica, mas somente, e fundamentalmente, na relação com a totalidade da realidade social no interior da qual a norma vale. No processo efetivo de concretização prática do Direito, este e a realidade não constituem duas grandezas independentes, existentes cada uma por si. A norma encontra-se constantemente ligada ao contexto das situações sociais e das concepções sociopolíticas com base nas quais ele deve agir.

FREITAS (2013, pg. 47), também alinhado a este pensamento, acrescenta que *"pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma danosa, a complexidade do fenômeno jurídico administrativo"*:

Claro está, portanto, que a interpretação e a aplicação das normas administrativistas, inclusive em nossa tradição romano-germânica, devem lidar com o Direito entendido como totalidade sistemática aberta, maior do que o conjunto das normas jurídicas, tanto em significado como em extensão. A sua interpretação sistemática não o sucede nem o antecede: é contemporânea dele. Confere-lhe vida e dinamicidade, porquanto o conteúdo jurídico, por força de sua natureza valorativa, transcende o mera e esparsamente "positivado". Nesse caso, a legalidade faz as vezes de valioso princípio, porém comente experimenta significado apreciável na interação com os demais. Pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma danosa, a complexidade do fenômeno jurídico administrativo.

Conclui-se que, conforme assevera Cabral de Moncada, *apud* GUERRA (2008), *"a reserva da lei continua, portanto, a ter uma função garantística essencial. É esse o seu sentido principal, sem esquecer que ela é também um elemento fundamental de um sistema democrático de base parlamentar"*. O que parece merecer releitura, contudo, é o afrouxamento necessário das possibilidades legais diante do insuperável desafio de disciplinar todas as variáveis fáticas.

II.1.4. Conclusão parcial

Conclui-se em relação às considerações apontadas até aqui, -- a evolução do Estado de Direito de sua concepção *liberal* para a sua roupagem *social* --, que os fundamentos dos modelos de Estado sempre dialogaram com a maior ou menor interferência do Estado, notadamente sobre as escolhas discricionárias.¹⁵

Conforme visto, o fundamento do Estado de Direito Social prevaleceu para impor o dever de atuação positiva do Estado, gerando, assim, desenvolvimento e justiça social.

Sob outro ângulo, a maior participação do Estado na vida dos administrados pressupõe maior controle dos demais Poderes, notadamente, o controle judicial.

Nesse sentido, TOJAL (2002, 163):

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 - expressão do sistema de freios e contrapesos (*checo and balances*) consagrado desde os primórdios do século XIX, sob inspiração de Montesquieu.

Com efeito, são diversos os caminhos que podem ser percorridos para investigar a forma *adequada* para efetivar o controle da atividade administrativa. Para o presente trabalho, contudo, o caminho escolhido foi a indagação sobre a eficiência dos clássicos modelos de controle dos atos da administração, especialmente sobre aqueles que carregam *maior* grau de discricionariedade e que são editados no âmbito do direito regulatório.

Essa investigação -- eficiência dos modelos clássicos de controle de atos discricionários -- exige estudo, mesmo que inevitavelmente superficial, de conceitos jurídicos sobre os quais essas teorias a serem investigadas repousam, como por exemplo (i) *conceitos indeterminados*, (ii) *discricionariedade* e (iii) *vinculação*, que, por imprecisão técnica por parte da doutrina, são confundidos com as teorias as que integram.

¹⁵ Enquanto que no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite. (DI PIETRO)

II.2. PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS DA ANÁLISE

II.2.1. Estudo sobre os conceitos jurídicos e a sua relevância

Por muitos anos, as doutrinas alemãs, italianas, espanholas, inglesas e portuguesas consideravam que a solução sobre o impasse judicial dos atos *discricionários* estaria no estudo ostensivo dos próprios conceitos contidos na legislação.

Alguns doutrinadores contemporâneos apontaram que a solução para esse impasse não se resolve apenas pelo estudo dos conceitos jurídicos, haja vista sempre se deparar com a subjetividade dos enunciados normativos.

Essa posição ganhou ainda mais força quando ficou assente entre os doutrinadores que a liberdade era essencial para viabilizar a atividade administrativa nos tempos atuais, nas palavras de MELLO, citando QUEIRÓ, (2015, pg. 995-996):

Encarece o Prof. Queiró a inviabilidade jurídica, em regime de poder tripartido, da supressão da discricionariedade, pois, para evitá-la, o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser na área administrativa. Esta lição, ao parecer, respinga-se nas seguintes passagens de Afonso Rodrigues Queiró, [...] 'Há, porém, um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar de abstração à individualização, da norma abstrata À ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito. [...]

O legislador, para se manter tal, tem, pois, que deixar à administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas, para isso, tem de sacrificar a sua própria qualidade de legislador!

Com efeito, apesar de os estudos sobre o controle dos atos discricionários não redourarem mais sobre os conceitos em si, o que foi produzido ao longo dos anos e as conclusões sobre a determinação dos conceitos é de grande utilidade para alavancar novas respostas, razão pela qual faremos as breves abordagens que seguirão.

II.2.2. Conceitos gerais e conceitos normativos

EROS GRAU¹⁶ (1985), em *Notas sobre os conceitos indeterminados*, distingue os conceitos gerais dos conceitos jurídicos. Conceitos gerais, "na concepção aristotélica,

¹⁶EROS GRAU O conceito, na concepção aristotélica, compreende, em sentido amplo, *a simplex apprehensio rei*, envolvendo também a representação sensitiva ou imagem do objeto conceituado. Em sentido estrito,

compreende[m], em sentido amplo, a simplex apreensivo rei, envolvendo também a representação sensitiva ou imagem do objeto conceituado."

Por outro lado, aos conceitos jurídicos cabe outra definição, porquanto "*não são utilizados para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas."*

MELLO (2016) acrescenta que os conceitos objetivamente determináveis no plano das ciências que estão embasados no valor *teorético da verdade* são unissignificativos, enquanto os conceitos pertinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade, são plurissignificativos, pois "*ressentem-se de certa fluidez, de alguma incerteza."*

SOUSA (1994), ao fazer distinção semelhante, defende que "*são [empíricos] aqueles que referem descritivamente objetos reais que de certa forma participam da realidade, isto é, que são fundamentalmente perceptíveis ou percepcionáveis pelos sentidos, tais como homem, morte, escuridão, amarelo, etc."*

O objeto desta espécie de conceitos poderá ser fixado objetivamente com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científico.

Os conceitos normativos, ainda na concepção de SOUSA (1994), podem ser divididos em conceitos normativos em sentido estrito e conceitos normativos de valor:

compreende a *simplex apprehensio essentiae* rei. Ao formulá-lo, extraímos mentalmente do objeto sua aparência singular ou individual. Daí por que o conceito, em oposição à imagem ou representação concreta, ou gráfica, é sempre abstrato. A cada conceito corresponde um termo. Este – o termo – é o signo linguístico do conceito. Assim, o conceito, expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto). Logo, o conceito, na concepção aristotélica, está referido, pela mediação do termo (signo do conceito), a um objeto. A perturbação do pensamento claro e da expressão lúcida, relativamente à compreensão dos conceitos, resulta, fundamentalmente, da circunstância de serem ambíguos ou imprecisos os seus termos. Algo de mais complexo, contudo, ocorre, em relação aos conceitos jurídicos, visto que estes não têm como objeto uma coisa, porém significações. Os conceitos jurídicos não são referidos a objetos, mas sim a significações. Não são pois, os conceitos jurídicos, essencialistas.

O “objeto” do conceito jurídico não existe “em si”; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe “para mim”, de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo do jurídico, quando a este “para mim”, por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – “para nós”. Os conceitos jurídicos têm por finalidade ensejar a aplicação de normas jurídicas. Expressados, são signos de signos (significações) cuja finalidade é a de possibilitar aquela aplicação. Os conceitos jurídicos são usados não para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas. Esse, o seu destino e a sua vocação: constituem um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípios e regras. - Nota sobre conceitos jurídicos *Revista de Direito Público* • RDP 74/217 • abr.-jun./1985

Conceitos normativos em sentido escrito serão aqueles que visam dados que não são simplesmente perceptíveis ou percepçionáveis pelos sentidos, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis. Por exemplo, dizer que houve um roubo significa necessariamente fazer referência às normas jurídicas sobre a apropriação de bens alheios com o uso da força. O mesmo se diga em relação a conceitos como menor, casamento, indigo, etc. Nesses casos, não se verifica apenas uma referência de valores, mas sim normas jurídicas.

Conceitos normativos de valor serão aqueles que, simultaneamente com uma conexão com o mundo das normas, contêm uma valoração. Ser *menor*, por exemplo, é uma questão que pode ser determinada por critérios descritivos. Mas, ser *indigo* ou *imoral* só poderá ser determinado com base numa valoração.

Nesse sentido, serão os conceitos *normativos de valor* que carecerão de preenchimento valorativo pelo agente administrativo, no momento em que aplicar a norma ao caso concreto.

II.2.3. Doutrina dos Conceitos Indeterminados

A doutrina sobre os conceitos determinados surgiu na Áustria, no século XIX, com enfoque em saber se os conceitos vagos, imprecisos e fluidos utilizados pelo legislador eram ou não suscetíveis de controle judicial.

O doutrinador austríaco BERNATZIK, em sua obra publicada em 1886, intitulada de *Rechtsprechung um materielle Rechetskraft*, insurgiu-se contra a doutrina até então dominante, para afirmar que a discricionariedade era compatível com o Direito.

Em síntese, o autor constatou que as situações previstas por certos conceitos indeterminados, como por exemplo *perigo*, *bem comum*, *utilidade*, só podiam ser inquiridas pelo Poder Judiciário após longo e complexo processo interpretativo em cadeia, revelando, nesse momento, os primeiros passos da teoria da multivalência -- teoria cujo objeto era o certificação de que a aplicação do direito não seria fruto de puro silogismo (SOUSA, 1992).

Ao sustentar que a aplicação dos conceitos indeterminados só poderia ser apreciada pelo Poder Judiciário após complexa investigação sobre os sentidos dos termos, acabou o autor defrontando-se com o problema que até então não parece estar solucionado: quais seriam os critérios seguros que poderiam ser utilizados para a averiguação deste *complexo processo interpretativo*? Ou como seria possível acabar com a discricionariedade administrativa?

Conforme aponta SOUSA (1994), o problema foi resolvido de uma forma cômoda, pois foi consignado que os conceitos legais indeterminados atribuem discricionariedade à autoridade administrativa.

Em outras palavras, a impossibilidade de se estabelecer critérios seguros para a investigação do exercício do poder discricionário levou BERNATZIK a considerar que a discricionariedade seria prerrogativa exclusiva do administrador.

Esse ponto é crucial, pois foi o primeiro registro em que se ponderou como parte do mesmo fenômeno (i) a aplicação de conceitos indeterminados; (ii) o controle judicial desses conceitos; e, como resposta à possibilidade de controle, (iii) afirmou-se que a fluidez dos conceitos legais atribuiria liberdade à autoridade administrativa.

Sem a pretensão de fornecer resposta definitiva sobre a questão, por ora convém o conceito elaborado por FERRAZ (2003, pg. 96) sobre os conceitos indeterminados:

Conceitos indeterminados são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das consequências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma explícita determinação. (...)

São conceitos indeterminados, por exemplo, "repouso noturno", "ruído excessivo", "perigo iminente" etc., mas também alguns estritamente jurídicos como "antijuridicidade", "ato administrativo" etc. Os conceitos normativos também pedem do decisor uma co-participação na determinação do seu sentido, porque são indeterminados como os anteriores e, além disso, constituem, de per si valoração de comportamento cujos limites serão especificados na decisão. Assim o são, por exemplo, o conceito de "mulher honesta", "dignidade", "honra" etc.

II.2.4. Teoria da multivalência e univocidade

SOUSA (1992), sobre o embate doutrinário entre BERNATZIK e TEZNER, explica o confronto entre a teoria da multivalência e a teoria da univocidade.

A primeira corrente -- multivalência -- sustenta que na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados previstos em lei são admissíveis múltiplas decisões corretas, cabendo ao aplicador, diante das circunstâncias de cada caso, escolher uma entre elas.

A segunda corrente -- univocidade --, por seu turno, defende que só haveria uma única solução na interpretação dos conceitos indeterminados¹⁷.

A partir do fortalecimento da teoria dos conceitos indeterminados na Alemanha, uma nova corrente passou a sustentar a *teoria da margem de livre apreciação*. SOUSA (1994, pg. 52) aponta que a teoria havia sido desenvolvida por Otto Bachof, na década de cinquenta. Segundo o autor luso, a *margem* a que faz alusão a teoria corresponde ao espaço no qual é atribuído ao administrador liberdade de apreciação aos pressupostos de sua escolha, sem adjudicar, contudo, que o elemento justificador da discricionariedade seriam os elementos incertos (ou indeterminados) das normas.

Esse posicionamento defendido por Otto Bachof é o primeiro sinal de que a discricionariedade não se justificava -- completamente -- em razão da indeterminação dos conceitos.

II.2.5. Conceito de discricionariedade administrativa

A Administração Pública, quando tem vinculado pela norma jurídica o conteúdo do que virá a ser o seu comportamento, poderá ter verificada a sua juridicidade. A verificação de juridicidade será o produto do cotejo entre a prescrição normativa e a prática administrativa correspondente.

Contudo, não é todo comportamento administrativo que está previsto taxativamente na norma jurídica, em todos os seus termos, com clareza e sem margens para discussão, como demonstrado os capítulos anteriores, ponto em que agasalhou e justificou a discricionariedade administrativa ao longo dos anos. (CUNHA, 2005)

Vale repetir que o conteúdo nas normas não é capaz de atingir todos os aspectos da atuação administrativa;¹⁸ a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante da

¹⁷ Sobre a teoria da univocidade: "*Pero, al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se há faltado a la probidad o no se há faltado. Tertium non datur. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una determinación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso*" (ENTERRÍA, 1975, apud. FIGUEIREDO, 2000, p.192)

¹⁸ "*toda lei cria sempre e inexoravelmente um quadro dotado de objetividade dentro no qual se movem os sujeitos de direito. O grau desta objetividade que varia. A dizer, em quaisquer situações jurídicas pode-se*

apreciação da realidade concreta, de tal forma que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas reconhecidas e válidas pelo Direito (PIETRO, 1991).

Sob esse panorama, PIETRO (2012) define " *a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções [...]*"

Nesse sentido, conceitua discricionariedade administrativa já advertindo sobre a necessidade de preservar a motivação e a finalidade pública do ato no momento da escolha discricionária:

A discricionariedade administrativa é qualidade de uma competência estatal (administrativa para os efeitos deste estudo), segundo o qual o Direito impõe ao administrador público o dever de buscar, no caso concreto e diante das circunstâncias materialmente apresentadas e por ele apreciadas e demonstradas em sua motivação, a finalidade pública específica.

A discricionariedade pode ser encontrada sempre que, agindo dentro e segundo o direito, o comportamento administrativo não possa ser refutado por um outro juízo que tenha certificação de verdade legal objetiva. Sempre que a relatividade do quando apreciado administrativamente e executado segundo e conforme o Direito, aceita-se a conduta pública como tendo sido praticada no exercício regular da discricionariedade.

O conceito proposto por MELLO (2015) converge com a teoria da multivalência e, assim como (PIETRO, 2012) aponta para a necessidade de observar a finalidade a que está escorada a norma:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, pg. 48)

reconhecer uma limitação que delinea os confins da liberdade de um sujeito. Tal liberdade, entretanto, pode ser mais ou menos ampla, em função das pautas estabelecidas nos dispositivos regedores da espécie. Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação do Direito. Este extremo demarcatório tem necessariamente uma significação objetiva mínima precisamente por ser e para ser, simultaneamente, a linha delimitadora de um comportamento permitido e a paliçada que interdita os comportamentos proibidos" (MELLO, 2015).

A absoluta maioria dos trabalhos acadêmicos consultados, entre os manuais e as obras mais completas, contêm, mesmo que superficialmente, alguma consideração sobre o conceito de discricionariedade administrativa.

A multiplicidade de conceitos sobre o tema resulta -- obviamente -- em uma multiplicidade de abordagens doutrinárias diferentes: alguns conceituam discricionariedade com foco nos seus limites, outros, na finalidade da discricionariedade, e, por fim, existem aqueles que dão maior destaque aos seus fundamentos.

A nota comum entre os conceitos encontrados é que sempre aparece -- com maior ou menor timidez -- a observação de que o fenômeno da discricionariedade é algo a se projetar no caso concreto. Isto é, não mais se concebe -- pois já se concebeu -- que o controle da discricionariedade possa ser analisado fora do caso concreto, ou como prefere GRAU, fora do momento de incidência da norma.

Daí não é precoce afirmar que uma eventual ferramenta que pretenda ser eficiente para auxiliar o controle dos atos administrativos discricionários -- hipótese desse trabalho -- deve, necessariamente, estar adequada aos fatos concretos, pois não parece procedente estudar a discricionariedade apenas dentro do mundo jurídico, à luz de princípios normativos abstratos. A análise fática é essencial.

No âmbito regulatório, essa assertiva é ainda mais verdadeira, e reconhecida por JUSTEN FILHO (2002):

Na maior parte dos casos, a solução adotada pela agência não será controlável através do bom senso nem da aplicação de princípios lógicos derivados de um conjunto de princípios normativos abstratos. Em quase todas as hipóteses, poderá ocorrer até mesmo a impossibilidade fática de um indivíduo não titular de conhecimento especializado chegar a compreender a dimensão do problema enfrentado.

II.2.6. Fundamentos da discricionariedade administrativa

Não é o objetivo do presente trabalho investigar com maior profundidade os fundamentos da discricionariedade administrativa. Contudo, é pertinente ao menos traçarmos linhas gerais sobre os fundamentos da discricionariedade.

MELLO (2015), ao fazer referência aos ensinamentos de QUEIRÓ, aponta as principais linhas doutrinárias sobre o estudo dos fundamentos da discricionariedade administrativa:

a) salientam alguns que a discricionariedade procede do deliberado isento legal de conferir à Administração certa liberdade para decidir-se no caso concreto, tendo em conta sua posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei nas situações empíricas emergentes.

b) Enfatizam outros a impossibilidade material de o legislador prever todas as situações, donde a necessidade de recorrer a fórmulas de regulação mais flexíveis, capazes, bem por isso, de abarcar amplamente os acontecimentos sociais, dimanando daí a zona de liberdade que assiste ao administrador.¹⁹

c). Encarece o Prof. Queiró a inviabilidade jurídica, em regime de poder tripartido, da supressão da discricionariedade, pois, para evitá-la, o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser na área administrativa. [...]

d) O mestre português liga estes seus esclarecimentos àquela que nos parece ainda uma outra e autônoma linha de fundamentação da discricionariedade, a saber, a da impossibilidade lógica de obstá-la.

Para MELLO (2016), em sua concepção, o fundamento da discricionariedade possui, simultaneamente, dois pilares: (i) o intento legislativo de cometer ao administrador o encargo de escolher a medida pública a ser adotada diante do caso concreto, e (ii) a obediência à ordem jurídica, buscando, aqui, a obediência à finalidade da lei:

O fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.²⁰

¹⁹ No mesmo sentido, Carlos Alexandre Marques e Clarice Marques, “é impossível ao legislador, mesmo o mais árduo e capacitado – raramente encontrado –, consignar na norma todas as situações do cotidiano detalhadamente” MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; MARQUES, Clarice Gonçalves Pires. Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados: Em busca da concretização do Interesse Público. Revista eletrônica Âmbito Jurídico. Disponível na internet: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11083>.

²⁰ Mello pg. 986

II.2.7. A discricionariedade nos elementos do ato administrativo

À guisa de chegar ao fim da análise da escolha administrativa, faz-se oportuno, por último, tecer considerações sobre a ocorrência da discricionariedade nos elementos do ato administrativo.

Tal pertinência foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 365.368, nos seguintes termos:

Embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, o exame de sua discricionariedade é possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam.

II.2.7.1. A discricionariedade administrativa e o sujeito (competência) do ato

Não há discricionariedade com relação ao sujeito a quem a lei atribui competência para a prática do ato, esse é o entendimento da totalidade da doutrina: *a competência para a prática do ato -- não existe discricionariedade. O sujeito só pode exercer as atribuições que a lei lhe confere e não pode renunciar a elas, porque lhe foram conferidas em benefício do interesse público.*" (PIETRO, 2012)

II.2.7.2. A discricionariedade administrativa e o objeto do ato

O objeto é o efeito jurídico que decorre imediatamente da prática do ato.

A doutrina administrativista reconhece a existência de margem discricionária quanto à escolha da repercussão do objeto do ato administrativo. Nesse sentido, a norma jurídica, ao estabelecer os efeitos jurídicos que decorrem da prática de determinado ato, pode deixar margem de discricionariedade para a Administração (ROCHA, 2012).

Portanto, a discricionariedade quanto ao objeto do ato ocorrerá quando a norma jurídica prevê dois ou mais efeitos jurídicos admissíveis. A escolha desses efeitos caberá à Administração, em observância ao biônimo da conveniência e oportunidade, segundo a doutrina mais conservadora.

II.2.7.3. A discricionariedade administrativa e a forma do ato

Não há entendimento uniforme quanto ao reconhecimento de discricionariedade na escolha da forma do ato administrativo.

Contudo, a melhor exposição sobre o tema nos parece ter sido proposta por MELLO (apud ROCHA, 2012):

Aponta o formalismo como uma das características que distinguem o ato administrativo do ato de direito privado; neste, 'a forma é livre, salvo quando houver estipulação em contrário. A regra, portanto, é a da liberdade de forma. Qualquer que seja adotada, é aceitável. A exceção é a exigência de uma dada formalização. Pelo contrário, o ato administrativo tem que se ater a um ritual formalístico. Necessita expressar-se dentro de certos modelos e atender a um juízo de exigências em sua exteriorização'. Mas ele reconhece que, em certas situações, pode inexistir forma determinada: 'Ainda quando inexistir uma previsão específica de forma, ele terá de ser, no mínimo, aquela suficiente para a garantia da Administração e dos administrados quanto ao teor do ato, ao comprometimento que acarreta para o Estado e aos elementos de defesa do indivíduo perante a eventual ilegitimidade dele.

Desse modo, a não ser que a lei determine a prática do ato com base em determinada forma, o ato pode ser praticado à maneira que lhe pareça mais adequada perante o caso concreto.

II.2.7.4. A discricionariedade administrativa e o motivo do ato

Nas palavras do Min. Eros Grau, no voto condutor do RMS 24.699, asseverou que "*o motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração [...] "*

Portando, segundo o magistério do Exmo. Ministro, "*qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.*"

Portando, segundo o magistério do Exmo. Ministro, "*qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.*"

II.2.7.5. A discricionariedade administrativa e a finalidade do ato

A finalidade do ato consiste na verificação compatibilidade entre a medida adotada pela Administração e o objetivo a que a lei propõe em abstrato.

Na lição de FAGUNDES (1984), a relação entre a discricionariedade administrativa e a finalidade constitui-se da seguinte forma:

A finalidade do ato é examinada como aspecto da legalidade, tendo-se em vista verificar se a Administração Pública agiu ou não com o fim previsto em lei. Indaga-se da finalidade para apurar se o ato administrativo foi praticado para alcançar o fim desejado pelo texto legal.

MEIRELLES (1988) é categórico ao afirmar que não haverá discricionariedade quanto à finalidade estabelecida em lei:

A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo - discricionário ou regrado - porque o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica

MELLO (2015), por sua vez, faz leitura diferenciada quanto à discricionariedade e à finalidade do ato administrativo. Segundo o autor, a finalidade, assim como o motivo, está disposta na legislação a partir de conceitos também indeterminados. Com efeito, como atribuir com precisão a finalidade da lei se esta é, a princípio, o interesse público?

Pela mesma razão que propicia a irrupção de discricionariedade na hipótese da norma - concernente ao motivo - pode também ocorrer discricionação quanto à finalidade. Expressada esta por via de conceitos práticos, a indeterminação relativa daí resultante engendra certa liberdade administrativa que, inclusive, reflui sobre os motivos.

O impasse é abreviado por PIETRO (2012):

Todos os autores são unânimes em reconhecer que a Administração Pública está vinculada ao atendimento do interesse público. Só que, para alguns, isto é suficiente para concluir que o ato administrativo é sempre vinculado quanto aos fins; e, para outros, como a lei não estabelece critérios objetivos para identificar, no caso concreto, o que é de interesse público, restaria certa discricionariedade para o administrador público"

II.2.8. O mérito administrativo

A doutrina do mérito do ato administrativo foi primeiramente desenvolvida na Itália, cuja influência foi decisiva para a instituição da discricionariedade entre nós, no Brasil.

ROCHA (2012), *apud Renato Alessi*, aponta as seguintes considerações sobre os contornos do instituto no âmbito do Direito Administrativo italiano:

O conceito de mérito pode ser considerado sob dois aspectos diversos: sob o aspecto meramente negativo, como limite ao poder de cognição do juiz de mera legitimidade (em sentido estrito) e sob o aspecto positivo, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica, ou seja, sua correspondência ao concreto interesse público, segundo um critério de efetiva oportunidade e conveniência. Sob o primeiro aspecto, o conceito de mérito se põe em antítese com o de legitimidade em sentido estrito -- adquirindo um e outro um valor meramente processual -- enquanto sob o aspecto positivo o conceito de um mérito está compreendido no conceito de legalidade -- ou de legitimidade em sentido lato -- da medida, adquirindo, ambos, valor substancial relativo à adequação efetiva, plena e perfeita à norma jurídica.

FAGUNDES (1984) foi, entre nós, o primeiro a importar o instituto do *mérito administrativo*, posteriormente incorporado em sua obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Segundo o autor, o mérito do ato administrativo se confunde com o próprio sentido político da atuação administrativa

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende aos aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo.

[...] pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato -- que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo -- constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários.

Em conclusão, o autor afirma que o mérito do ato administrativo é conteúdo da discricionariedade, conteúdo esse que não pode ser objeto de controle judicial.

Dentre todas as críticas sobre o *incrustável mérito administrativo*, merece especial destaque a lançada por Carlos Roberto de Siqueira Castro, citado por PIETRO, (2012, pg. 91), que adverte sobre os graves riscos oriundos da proteção exaltada do mérito administrativo

Carlos Roberto de Siqueira Castro *observa, com razão, que 'vigora no Brasil uma perigosa indisposição, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, para o controle meritório dos atos discricionários [...]. Segundo o autor, 'essa excessiva deferência de nossa ordem jurídica às competências*

discricionárias do Poder Público, notadamente no campo do poder de polícia, bem revela a idolatria do Estado no Brasil e sua função autoritária, em cujo âmago descansa a proeminência e a incontrastabilidade dos agentes governamentais em face do cidadão comum' E acrescenta, depois, que no 'torvelinho desse autoritarismo jurídico, a Constituição e o remanescente das liberdades públicas nela consignadas, a despeito de toda sorte de atos institucionais e complementares que mutilaram a ambas, acabaram tragadas pelo poder discricionário das autoridades executivas ... **A bem dizer, as tênues fronteiras entre a discricionariedade e a arbitrariedade esmaeceram, deixando os indivíduos e a coletividade num persistente estado de orfandade no que concerne à tutela dos direitos públicos subjetivos.** (Sem grifo no original)

Parece claro que não se pode negar a afirmativa de que ao Judiciário é vedado controlar o mérito, contudo, o que não se admite, por certo, é a utilização do reiterado *mérito administrativo* como "*escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativa*". (ROCHA, 1994, pg. 91).

A problemática do *escudo à atuação judicial* fica ainda mais evidente quando o mérito do ato administrativo envolve questões técnicas, de difícil compreensão, traçadas no âmbito regulatório, tal qual ocorrido no caso *GSF*.

No ambiente regulatório, o mérito do ato administrativo, quando relacionado a conteúdo técnico, distancia-se ainda mais do Judiciário, pois há quem defenda a presunção ainda maior de legitimidade do ato administrativo, com aborreo na *expertise técnica* do órgão regulador.

III. INSTRUMENTOS TRADICIONAIS PARA O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Nos dias atuais, não mais se discute a possibilidade -- "*reconhecida, à unanimidade, pela doutrina jus administrativista [...]*" -- de controle jurisdicional da aplicação, pela Administração Pública, das normas que possuem certo grau de indeterminação dos seus conceitos (MORAES, 2004, pf. 106).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Por outro lado, o artigo 2º da Constituição Federal dispõe: "*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário*"

A compatibilidade entre o Princípio da Separação dos Poderes, extraído do artigo 2º da Constituição Federal e o *Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição*, fruto da previsão expressa contida no artigo 5º, deve ser considerada por toda e qualquer decisão judicial que investigue o exercício da prerrogativa discricionária da administração.

O Exmo. Ministro Eros Grau, em voto proferido no MS 23.310, reforça esse entendimento:

Cumpre deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos a pura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, e o domínio da legalidade. (...) A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades – em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade –, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. “O poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade (inclusive a proporção que marca a relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação), que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderadas no momento das normas de decisão.

III.1. A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO ADMINISTRATIVO

Produzida na jurisprudência do Conselho de Estado Francês e eventualmente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal -- STF, a teoria dos motivos²¹ determinantes apregoa que o ato administrativo está vinculado aos motivos apresentados pela agente administrativo, inclusive nos casos em que a lei não tenha determinado a obrigatoriedade de motivação.

Contudo, a teoria dos motivos determinantes não traz soluções proeminentes para a presente análise, uma vez que a amarra do agente público ao motivo do ato não traz garantia de que o agente regulador, no exercício da função regulatória com efeitos abstratos ou concretos, considerou todas as possibilidades fáticas envolvidas²², mas, na verdade, a sugerida teoria visa apenas certificar que *algum* motivo foi observado.

²¹ “é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado” (MELLO, 2007, p. 366-367).

²² Ainda que se admita que tenha o agente público considerado todas as possibilidades fáticas do caso, o exame dos motivos determinantes pelo Poder Judiciário não vai investigar a fundo tal análise.

Pode-se afirmar, com certa tranquilidade, que o elevado grau de complexidade das decisões regulatórias impede que o exame de *motivo* seja substancialmente eficiente.

III.2. O EXAME DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE NO ÂMBITO REGULATÓRIO

O ato administrativo deve ser conveniente e oportuno. O binômio *conveniência e oportunidade* é o mais utilizado pela doutrina e pela jurisprudência como parâmetro para o diagnóstico da validade do ato administrativo discricionário em geral.

No exame de conveniência, busca-se saber se os elementos de fato (lugares, acontecimentos, situações) e os elementos de valor (razoabilidade, utilidade, moralidade) observaram o interesse público.

No exame de oportunidade, por ser turno, verifica-se se o ato é praticado em momento adequado à satisfação do interesse público.

CRETELLA (1996), a este respeito, faz seguintes considerações:

Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo. O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno. A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? Já ou depois? A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não o interesse público?

Não se admite, contudo, que o julgamento subjetivo do agente público possa ser substituído pelo julgamento subjetivo do juiz, razão pela qual o Ministro Sepúlveda Pertence, no RMS 24699, adverte que o controle jurisdicional deve incidir principalmente sobre os elementos do ato -- mencionados anteriormente -- à luz dos princípios administrativos:

A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

No âmbito regulatório, especialmente nas obras doutrinárias tradicionais, é sustentada a possibilidade de as agências reguladoras utilizarem a conveniência e oportunidade para

escolher entre uma dentre várias opções *reciprocamente excludentes entre si*, tal qual ocorre com os atos discricionários em geral:

A Técnica delimita o campo decisório, na acepção de que o conhecimento técnico-científico produz a exclusão de algumas alternativas. Mas não produz o surgimento de uma única e exclusiva solução. Na quase totalidade dos casos, a agência reguladora disporá de um elenco de alternativas reciprocamente excludentes entre si. A seleção de algumas delas far-se-á segundo um juízo de conveniência e oportunidade.

LAUBADÈRE, *apud* GUERRA (2008), aponta que a conexão entre discricionariedade e regulação surge do fato de que a maleabilidade inerente ao direito administrativo econômico *"manifesta-se na relativa imprecisão de suas regras e, por consequência, na extensão da liberdade de apreciação que consente à administração, isto é, na função discricionária"*.

Complementa para apontar que *"esta imprecisão voluntária explica-se facilmente pela dificuldade que o direito experimenta, [...], em apreender os fenômenos econômicos e dominá-los"*

Conclui com a ressalva de que esta dificuldade não impede *"que a regulamentação econômica seja abundante em todas as matérias (este ponto não sofre contestação) mas ela inspira o reconhecimento às autoridades administrativas de muito vastas liberdades de apreciação nas decisões particulares que têm de tomar [...]"*.

Conclui que a atividade regulatória envolve competências que *"são muito mais vezes discricionárias que vinculadas"*, pois são atribuídas a ela maior grau de legitimidade em função da complexidade envolvida nos casos.

Pelo exposto, parece um contrassenso por um lado admitir a extensão da discricionariedade técnica com arrimo na expertise das agências, e, por outro, não haver, ao mesmo tempo, métodos adaptados a este tipo de discricionariedade que possam ser utilizados pelo Poder Judiciário.

III.3. CERTEZAS POSITIVAS E NEGATIVAS

O exame das certezas positivas e negativas visa auxiliar a delimitação da discricionariedade administrativa a partir da seguinte máxima: talvez não seja possível

eliminar a dúvida sobre qual escolha administrativa será mais eficiente para atingir o interesse público, contudo, é possível afirmar qual escolha administrativa seguramente não atinge.

Por isso, a discricionariedade reside com segurança nas *"regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade é ineliminável."* (MELLO, 2015)

Esse raciocínio é muito bem delimitado pelo autor, com encosto nas lições de Fernando Sainz Moreno:

A lei, então, vaza sempre, nas palavras de que se vale, o intento inequívoco de demarcar situações propiciatórias de certos comportamentos e identificar objetivos a serem implementados. É esta, aliás, sua razão de existir. Salvo disparatando, não há fugir, pois, à conclusão de que ao Judiciário assiste não só o direito, mas o indeclinável dever de se debruçar sobre o ato administrativo, praticado sob o título de exercício discricionário, a fim de verificar se se manteve ou não fiel aos desiderata da lei; se guardou afinamento com a significação possível dos conceitos expressados à guisa de pressuposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribuiu inteligência abusiva.

Contestar esta assertiva equivaleria a admitir que a própria razão de ser da lei pode ser desconhecida e aniquilada sem remédio. **A ausência de um contraste possível seria o mesmo que a iluminação do poder administrativo, ideia contraposta ao princípio da legalidade, viga mestra do Direito Constitucional moderno e verdadeira raiz do Direito Administrativo.**

A interpretação do sentido da lei, para a pronúncia judicial, não agrava a discricionariedade, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera de liberdade administrativa, tão só lhe declara os contornos; não invade o mérito do ato nem se intenta em avaliações inobjektáveis, mas recolhe a significação possível em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível.

A discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade é ineliminável.

Em suma: haverá sempre, como disse Fernando Sainz Moreno, uma zona de certeza positiva, ao lado da zona de certeza negativa, em relação aos conceitos imprecisos, por mais fluidos que sejam, isto é "el de certeza positiva (lo que es seguro que es) y el de certeza negativa (lo que es seguro que no es). (Sem grifo no original)

Indaga-se, com efeito, se a teoria das certezas positivas e negativas são capazes de fornecer respostas sólidas para o controle dos atos administrativos regulatórios. A resposta é negativa. A multidisciplinariedade da realidade regulatória e a diversidade de agentes impactados pela escolha administrativa assinalam que certezas ou incertezas nesse ambiente só

pode ser admitida relativamente.

III.4. PARÂMETROS PRINCIPIOLÓGICOS PARA O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO VINCULADOS

BARROSO (2004), em *Apontamentos sobre as agências reguladoras*, explica que o entendimento clássico de que não é possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos hoje cede a algumas exceções relevantes, que foram desenvolvidas recentemente. Os princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência excepcionam o conhecimento geral de que o mérito do ato administrativo não é passível de exame.

Sugere o autor que *"em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste da razoabilidade²³, moralidade e eficiência.*

A explanação de BARROSO (2004) assemelha-se ao conceito atribuído por PIETRO (2012, p. 79-80) ao princípio da juridicidade, ressaltando sua importância para se atingir à justiça material:

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de "legalidade administrativa" e, agora, mais propriamente rotulada de "juridicidade administrativa", adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social".

BINENBOJM (2008, pg. 141) destaca a relevância da incidência conjunta dos princípios e a observância ao princípio da juridicidade e afirma que a Administração não está ligada somente à lei formal, mas a todo ordenamento jurídico:

Em sede de Direito Administrativo, o princípio da juridicidade administrativa pode e deve ser entendido como a vinculação da Administração não somente à lei formal, mas a um bloco de legalidade, ou seja, o ordenamento jurídico como um todo sistêmico.

²³ "A razoabilidade -- que, aliás, postula a proporcionalidade -- a lealdade e boa-fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, as sujeitando os atos administrativos a parâmetro de obediência inadversável." (MELLO, 2015).

III.4.1. Máxima da proporcionalidade

No Brasil²⁴, diferentemente do que ocorreu em grande parte da Europa²⁵, em que o

²⁴ [...] Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law*). Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem "não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)", de tal modo que "Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)" ADI 1755 MC, Presidente Min. CELSO DE MELLO, julgado em 30/12/1997, publicado em DJ 04/02/1998 PP-00001.

²⁵ **Na Alemanha:** "tríplice manifestação do mandamento da proporcionalidade, também chamado de proibição de excesso: Adequação, Exigibilidade e Proporcionalidade em sentido estrito. A primeira decisão em que se encontra uma clara e precisa formulação desse pensamento data de 16.3.1971, 'o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental" Willis Santiago Guerra Filho "pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado; exigível, por causar o menor prejuízo possível, e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens."

Na Inglaterra: o princípio da razoabilidade resulto de elaboração jurisprudência anglo-saxônica. é de referência obrigatória, no Direito Britânico, o caso *Wednesbury Corporation* (de 1948), a partir do qual se formulou o teste da razoabilidade aplicável aos casos judiciais" *It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean? Lawyers familiar with the phraseology commonly used in relation to exercise of statutory discretions often use the word "unreasonable" in a rather comprehensive sense. It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done. For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting "unreasonably." Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority. Warrington LJ in Short v Poole Corporation [1926] Ch. 66, 90, 91 gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. That is unreasonable in one sense. In another sense it is taking into consideration extraneous matters. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into one another.* "A partir deste julgamento, formulou-se o 'princípio *Wednesbury*', oposto diante de decisões arrazoáveis, conhecido por teste de razoabilidade, o qual passou a ser aplicado pelos Tribunais Britânicos."

Na França, Germana Oliveira Moraes (2004, pg. 92), apud Sérvulo Correia, relata que no direito francês, "o caso hoje melhor tipificado de emprego do princípio da proporcionalidade é o da 'contabilização custos-benefícios' (*bilan coût-avantages*), critério definido pelo Conselho de Estado. Ao proceder ao exame global

postulado proporcionalidade surgiu no âmbito do Direito Administrativo, entre nós, tornou-se instrumento recorrente na esfera constitucional, e, por isso, ou por consequência disso, o tema vem sido tratado como maior repetição em obras dos constitucionalistas.²⁶

Nesse sentido, trazemos novamente exposição de BONAVIDES (1996, pg. 395):

O princípio da proporcionalidade, é por conseguinte, Direito Positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como norma jurídica global, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou expressados direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

A máxima da proporcionalidade consiste na análise de três testes: (i) a adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Nesse viés, SARLET (2012, p. 407) expõe os desdobramentos da máxima da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos (subcritérios ou subprincípios constitutivos, como prefere Gomes Canotilho): **a) a adequação ou conformidade**, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio, muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o poder público (mediante ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado; **b) da necessidade**, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados); **c) proporcionalidade em sentido estrito** (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.

comparativo das vantagens e inconvenientes de um acto administrativo, o Tribunal penetra no âmago da ponderação de oportunidade em que assenta o poder discricionário.

²⁶RAQUEL DENIZE STUMM, "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Direitos Humanos Fundamentais", p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros; GILMAR FERREIRA MENDES, "Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos", p. 38/54, 1990, Saraiva

III.4.2. A discricionariedade técnica e a elevação da legitimidade reguladora

Alguns doutrinadores denominam a discricionariedade técnica de discricionariedade *imprópria*, pois não deriva dos mesmos preceitos dos atos administrativos comuns, inclusive porque no âmbito da discricionariedade técnica, não se admite a escolha com base no binômio *conveniência e oportunidade*. (DI PIETRO, 1991).

A aplicabilidade do instituto da discricionariedade técnica encontra sua razão de ser na esfera de atuação das agências reguladoras, e no controle por parte do Poder Judiciário.

SOUSA (1994), na obra *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, conta sobre a primeira vez em que foi utilizado o termo *discricionariedade administrativa*, empregado por BERNATZIK, já citado no presente trabalho quando tratado sobre o embate entre as teorias da *multivalência e univocidade*.

Para BERNATZIK, a discricionariedade técnica deveria englobar todos os tipos de decisões com elevado grau de complexidade -- *elevada complexidade de premissas factuais* -- , pois, segundo o autor, as experiências técnicas colocavam os administradores em melhores condições para reagir às circunstâncias do caso concreto.

Bernatzik pretendia, sob o conceito de discricionariedade técnica 'englobar todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela sua alta complexidade técnica ("elevada complexidade das premissas factuais"), retiradas do controlo jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica. Acresceria que, pela sua experiência e pelo seu contacto directo com a realidade do dia-a-dia, estariam os administradores em melhores condições para reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontavam. Por isso, não poderiam os juizes, com outra função, outra preparação e distanciados das realidades da vida administrativa, fazer substituir a sua opinião, tardiamente, à da autoridade administrativa. (SOUSA, 1994).

MOREIRA e MAÇÃS (2003, pg. 9) afirmam:

É de salientar, porém, que, atendendo aos amplos poderes discricionários que em geral lhe são conferidos, tal circunstância implica uma restrição à possibilidade de controlo jurisdicional dos seus actos (das entidades reguladoras independentes), sobretudo por se tratar fundamentalmente de *discricionariedade técnica*.

Na experiência norte americana, o tratamento para o controle da *discricionariiedade técnica* pelo Judiciário é diversificado se comparado com os demais países²⁷, pois os princípios da *motivação, racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade* são utilizados para investigar os fins contidos na lei, notadamente quanto à motivação. O Judiciário passou a exigir documento formal que contenha a comprovação de cada um dos pontos em que a agência se baseou para chegar à decisão final:

Com relação à chamada discricionariiedade técnica, que levava a excluir do controle judicial os aspectos técnicos da decisão e, inclusive, da matéria de fato, também foi afetada pela ampliação do controle judicial sobre os atos das agências. Para isso concorreu a aplicação dos princípios da motivação, da racionalidade e razoabilidade dos atos normativos (devido processo legal em sentido substantivo) e da proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei. É importante ressaltar que a ampliação do controle judicial se deu tanto em relação à *adjudication* (decisão do caso concreto) como à *regulation* (ato normativo).

Com relação à motivação, o Judiciário passou a exigí-la, para permitir o exame dos fatos levados em consideração pela agência para a sua tomada de decisão e para possibilitar a verificação da racionalidade da decisão em relação aos fatos; o Judiciário não faz um juízo de oportunidade e conveniência, mas se limita a verificar se a decisão da agência levou em consideração todos os dados e conhecimentos obtidos. Enfim, se a decisão é razoável. Para permitir esse exame, a exigência de motivação de todos os atos das agências tornou-se fundamental. O anterior procedimento informal de elaboração dos regulamentos pelas agências – baseado na ideia de sua especialização – acabou por se transformar em procedimento altamente formal, na medida em que, para facilitar o controle judicial, o Judiciário passou a exigir a demonstração de cada um dos pontos em que a agência se baseou para chegar à decisão final. (DI PIETRO, 1991)

Nesse sentido, a opção encontrada pela jurisprudência americana parece ser a mais adequada para compatibilizar os princípios da inafastabilidade da jurisdição, separação dos poderes e legalidade, pois

GUERRA (2008, pg. 196, 197) com precisão, diagnostica que:

²⁷ Na França, segundo (DI PIETRO, 1991), No que diz respeito às questões técnicas, o Conselho de Estado adota a teoria do erro manifesto, aplicável nos três tipos de controle referidos. Isto significa que a apreciação dos fatos, se tem caráter técnico, é reconhecida como faculdade discricionária da Administração, excluída, portanto, do controle jurisdicional. No entanto, naqueles casos de erro manifesto, que salta aos olhos sem necessidade de um perito na matéria, a exclusão de apreciação judicial poderia conduzir ao arbítrio. Com base nessa teoria, o Conselho de Estado tem anulado atos, em matéria de apreciação do mérito do funcionário em uma promoção, de aptidão profissional, de fixação do valor de uma tarifa parafiscal e, inclusive, em matéria de sanção disciplinar, em que o colegiado já decidiu ter sido a pena escolhida excessiva em relação à infração praticada. (DI PIETRO, 1991).

O controle judicial dos atos administrativos discricionários, na maioria das vezes, limita-se à mera invalidação deste mesmo ato para que a administração pública edite outro que não esteja maculado de arbitrariedade, irrazoabilidade ou desproporcionalidade. No entanto, é cada vez mais comum que, em determinadas situações de natureza regulatória, notadamente de grande apelo popular, essa invalidação do ato administrativo seja seguida de um comando judicial que o substitui no mérito.

Segue seu raciocínio afirmando que:

A função jurisdicional, instituída, dentre outros fins, para evitar ou sustar os atos administrativos exarados com erro, abuso e arbitrariedade, é imprescindível para o Estado Democrático de Direito e para a manutenção das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, em alguns casos, o excesso da atuação jurisdicional sobre as decisões administrativas traz consigo a controvérsia acerca da substituição das decisões de agentes públicos, democraticamente eleitos ou não, pelos juízes.

(...)

Quando um juiz decide modificar um ato administrativo de caráter geral, seja ele vinculado ou discricionário, exarado com o fim de apreciar um determinado direito, individual ou coletivo, os efeitos desse ato, em regra, afetam os administrados envolvidos, ou seus impactos quase sempre são abrandados e diluídos na coletividade.

Por outro lado, se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despidos das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma decisão voltada a apenas um dos aspectos em questão, danificar a harmonia e equilíbrio de um sistema regulado. (Ob. cit., pág. 197).

CONCLUSÃO

Após detida análise sobre as decisões judiciais que foram proferidas nos processos correspondentes à primeira, segunda e terceira fase de judicialização do fator GSF, constatou-se acentuada dificuldade por parte dos juízes para compreender as questões postas no processo, e, por via de consequência, constatou-se também elevado grau de insegurança jurídica no processo decisório.

O caso vertente possui as seguintes peculiaridades:

(i) A composição do sistema compartilhado de risco hidrológico e a metodologia de compra e venda de energia no *Mercado de Curto Prazo* fundam uma relação econômica de **soma zero** entre os integrantes do MRE. Por isso, quando o gerador hidrelétrico **G_A** obteve tutela liminar para não sofrer os efeitos dos inéditos valores de GSF (1ª fase de judicialização), os demais geradores hidrelétricos **G_B**, **G_C** e **G_D**, que também estavam sujeitos à frustração de geração, mas que não tinham proteção judicial, ingressaram com ações para não sofrerem os impactos daquelas decisões judiciais proferidas na primeira fase (2ª fase de judicialização). Quando verificou-se o déficit de geração no MRE (em que se encontra os geradores **G_A**, **G_B**, **G_C** e **G_D**), os efeitos negativos afetaram a arrecadação do MCP, mercado este composto por distribuidores, geradores e comercializadores de energia. A insuficiência de arrecadação do MCP, por fim, foi questionada pelos agentes que tinham créditos a receber no mercado e que também não aceitaram arcar com a repercussão econômica dos valores do GSF (3ª fase de judicialização).

(ii) O mérito das ações judiciais perpassa pela análise (ii.a) do limite do poder regulamentar da ANEEL, (ii.b) do desvio de finalidade de diversos atos proferidos pela Agência e pelo Chefe do Poder Executivo, e (iii.c) da omissão Executiva para proteção dos geradores hidrelétricos no cenário de escassez hídrica. Contudo, a dificuldade técnica do caso fez com que os pedidos formulados nas ações fossem destinados somente ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, justificado pelos *fatos do príncipe* elencados anteriormente. Aqui, contudo, observa-se a opção prática pelos agentes para pleitear *apenas* o reequilíbrio e não a declaração de nulidade dos atos *discricionários* . É de meridiana clareza ser mais *fácil* justificar o desequilíbrio contratual do que o desvio de finalidade.

Erige, portanto, investigar a forma pela qual a discricionariedade administrativa foi tratada pelo Poder Judiciário.

Antes, o reconhecimento da dificuldade do caso GSF não justifica:

(i) O afrouxamento do controle judicial dos atos regulatórios, uma vez que o *Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição* consagra a possibilidade de discussão ampla dos atos administrativos no âmbito judicial. Nesse ponto, não há maiores controvérsias, e, se por ventura houver, será fruto de reverberação mal interpretada de concepções doutrinárias ultrapassadas. Também, não parece razoável incrementar a discricionariedade da atividade regulatória em virtude da complexidade da matéria envolvida. Nesse sentido, não se conjecturam respostas às questões levantadas na teoria da discricionariedade técnica, supostamente desnuda de valores políticos e munida ao controle de mérito pelo Poder Judiciário. Essa teoria, na realidade, constitui *mera maquiagem da face da velha discricionariedade*²⁸, na tentativa de limitação jurisdicional do controle de seu exercício -- isto é, no sentido de impedir que as escolhas técnicas da Administração sejam substituídas pelas opções técnicas desempenhadas pelo juiz.

(ii) A tentativa de tentar se evitar a arbitrariedade administrativa, por outro lado, também não pode justificar a restrição da atividade discricionária do Poder Executivo e das respectivas agências. Fica assente a impossibilidade de a regulação de assuntos técnicos e econômicos depender de soluções do legislador ordinário. Adverte-se, também, para o risco que representa a concentração e o excesso de atribuições nas mãos do Poder Executivo sobre temas complexos, envoltos em matérias altamente técnicas, sem referenciais objetivos e predeterminados, de difícil acesso e compreensão pela maior parte da população.

Nesse cenário, para responder a *hipótese* do presente trabalho, busca-se saber se os critérios utilizados pelo Poder Judiciário para efetuar o controle dos atos administrativos discricionários são eficazes no âmbito dos assuntos regulatórios.

Conclui-se que deverão ser excluídos do cotidiano decisório dos juízes as concepções de que a estruturação rígida e extremamente legalitária da Administração é capaz de trazer benefícios para os agentes do setor regulado. É verdadeiro, antes de tudo, que a modernização

²⁸ Expressão utilizada por GUERRA (2008).

da interpretação dos preceitos fundamentais faça esvaecer a solução de casos complexos com fundamento em teorias cunhadas entre o século XIX e meados do século XX. Por outro lado, não se deixa de reconhecer a importância dos conceitos jurídicos indeterminados e das respectivas doutrinas para o amadurecimento ao longo dos anos da discricionariedade administrativa.

É reconhecida a importância das teorias que propõem uma nova leitura sobre a discricionariedade administrativa a partir da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais. Porém, os princípios da eficiência, moralidade e adequação não são capazes de, sozinhos, oferecerem parâmetros concretos para o controle judicial de assuntos regulatórios. O substrato para averiguar se o ato regulatório alcança o fim almejado, por exemplo, depende de investigação fática.

Portanto, concluímos no sentido de que utilizar ferramentas elaboradas para solucionar casos simples (como por exemplo a discricionariedade da banca examinadora de concurso público) não devem ser as mesmas utilizadas pelos juízes para decidir se houve, ou não, desvios no mérito administrativo em casos complexos.

Novas perspectivas

Como se viu, o presente trabalho ficou adstrito à eficácia dos modelos tradicionais de controle dos atos administrativos discricionários, com enfoque nos atos regulatórios. Porém, sem prejuízo de desvirtuar o restrito objeto do presente trabalho, carece de apresentar nova perspectiva que -- aparentemente -- vai ao encontro das soluções que concebemos corretas.

Segundo pesquisadores²⁹ em análises recentes, a importação em parte do modelo norte americano pode trazer benefícios à experiência brasileira.

Nessa linha de pensamento, defende-se que a *análise de impacto regulatório* pode ser utilizada como instrumento para aprimorar o parâmetro de controle no âmbito judicial. Esse instrumento formal, pressuposto de tomada de decisão, deve ser elaborado pela Agência, e, caso haja necessidade, pode ser utilizado pelo juiz como parâmetro decisório. Segundo os defensores desse modelo, a *análise de impacto regulatório* confere substrato fático e parâmetro objetivo para a aplicação da máxima da proporcionalidade.

²⁹ (BINEBOJN e COELHO, em palestra proferida na *ABCE XXII Simpósio Jurídico*. Tema: *Análise de Impacto Regulatório*. Em 26.10.2016.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). Direito e regulação no Brasil e nos EUA. São Paulo: Malheiros, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O “DESVIO DE PODER” na Administração Pública. 4ª ed. São Paulo: Forense, 1997.

FAGUNDES, Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. Forense, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. I.

GARCIA DE ENTERRÍA. Democracia, jueces y controle de la administracion. Imprenta: Madrid, Civitas, 1996.

KRELL, Andreas J. Discricionariade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. Direito administrativo brasileiro. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SIQUEIRA JR., Revista Do Instituto Dos Advogados de São Paulo. Riasp 17/59 Jan-Jun 2006, Doutrinas Essenciais Pg. 662, Volume II.

SOUSA, Antônio Francisco de. Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros;

RIVIEIRO. Jean. Curso de direito administrativo comparado. Tradução J. Cretella Jr. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

