UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SHEYLA CANUTO BARBOSA FREIRE

CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DA ANAC: uma análise comparativa de decisões judiciais no setor da aviação civil

RECIFE/PE
2025

SHEYLA CANUTO BARBOSA FREIRE

CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DA ANAC: uma análise comparativa de decisões judiciais no setor da aviação civil

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito.
Área de Concentração: Transformações do Direito Público.
Linha de Pesquisa: Estado e Regulação.
Orientador: Prof. Dr. Marcos Nóbrega.

RECIFE/PE
2025

.Catalogação de Publicação na Fonte. UFPE - Biblioteca Central

Freire, Sheyla Canuto Barbosa.
Controle judicial da atividade normativa da ANAC: uma análise comparativa de decisões judiciais no setor da aviação civil / Sheyla Canuto Barbosa Freire. - Recife, 2025.
334f.: il.

Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito,2025.
Orientação: Marcos Antônio Rios da Nóbrega.

1. ANAC; 2. Agências reguladoras; 3. Controle judicial dos atos normativos; 4. Direito da regulação; 5. Aviação civil. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios da. II. Título.

UFPE-Biblioteca Central

SHEYLA CANUTO BARBOSA FREIRE

CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DA ANAC: uma análise comparativa de decisões judiciais no setor da aviação civil

Tese defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, como requisito para a obtenção do título de Doutora em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Aprovada em: 28/08/2025.

BANCA EXAMINADORA

_____
Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____
Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____
Prof. Dr. Eric Moraes de Castro e Silva (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____
Prof. Dr. André Regis de Carvalho (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____
Prof. Dr. Pedro Dias de Oliveira Netto (Examinador Externo)

A Ryan, Leide, Tomás, Júnior e Belízia (in memoriam).

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde e pela oportunidade de concluir mais uma etapa importante na minha vida: o doutorado em Direito na UFPE.

Ao meu marido, Ryan, e à minha mãe, Leide, por todo amor, torcida, e pelo apoio incondicional — sem o qual eu jamais teria conseguido finalizar esta tese.

Ao meu filho, Tomás, com um ano e onze meses na data do depósito desta pesquisa, por toda a inspiração e amor que dão ainda mais propósito ao meu trabalho e à minha vida.

Ao meu orientador, Professor Dr. Marcos Nóbrega, pelo apoio e pela compreensão ao longo do caminho, para além do conhecimento compartilhado.

Ao Professor Dr. Francisco Queiroz, pelas valiosas sugestões de tema de pesquisa e pelas palavras de incentivo sempre que mencionei a possibilidade de desistir do doutorado diante das dificuldades.

Ao Professor Dr. Pedro Dias, que concluiu o curso alguns anos antes de mim e teve a generosidade de dividir suas experiências, dicas e aprendizados.

A todos os professores do PPGD/UFPE, pela disponibilidade em compartilhar conhecimentos e pela compreensão demonstrada nas prorrogações concedidas.

Ao meu pai, Júnior, e a meus irmãos, sempre presentes com escuta atenta e conselhos valiosos.

À Aurora, pelo apoio no trabalho e pelas palavras de incentivo nos momentos difíceis.

Às babás que, com zelo e dedicação, cuidaram do meu filho durante parte da jornada, permitindo que eu seguisse com mais tranquilidade, mesmo na difícil ausência física.

À equipe da secretaria do PPGD/UFPE, sempre atenta e disponível para esclarecer dúvidas e compartilhar informações essenciais.

Aos colegas representantes discentes, cuja disponibilidade em compartilhar conhecimento e informações fez diferença ao longo do curso.

Agradeço também aos professores que aceitaram compor a banca de defesa, pela generosidade em dedicar seu tempo e sua atenção à leitura da tese, bem como aos professores suplentes, pela disponibilidade desde o momento do convite.

Agradeço aos demais familiares e amigos por preencherem um espaço importante na minha saúde emocional simplesmente por existirem.

Agradeço à vovó Belízia, ao vovô Alfredo, ao vovô Zezé, à vovó Inês e à vovó Tereza pelo exemplo e pela herança que se vê em gestos em cada um dos seus filhos e netos e que eu admiro.

Agradeço a mim mesma por ter persistido, mesmo nas noites mal dormidas em razão da tenra idade do meu filho, e por ter enfrentado, junto ao meu núcleo familiar mais próximo, todas as dificuldades inerentes à maternidade de um bebê durante o doutorado, além de tantos outros desafios que surgiram no caminho da elaboração desta tese. Por ter tido coragem de deixar o trabalho para finalizar esse curso de doutorado, aceitando que não conseguiria dar conta de tudo e na confiança de que outras portas se abrirão com essa qualificação. Foram muitos os ônus compartilhados, principalmente, com meu marido e com meu filho — e, agora, também compartilharemos os bônus, se Deus assim permitir.

RESUMO

Este estudo analisa os contornos e os limites do controle jurisdicional sobre a atividade normativa da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), tendo como pano de fundo os desafios jurídicos e institucionais impostos pela crescente complexidade técnica da regulação setorial. Parte-se da constatação de uma lacuna teórica e jurisprudencial: a inexistência de critérios sistemáticos e juridicamente definidos para orientar a revisão judicial de normas infralegais editadas por agências reguladoras no Brasil. Embora a jurisprudência reconheça a legitimidade dessas entidades para editar normas técnicas, subsiste incerteza quanto à extensão dessa competência e, sobretudo, quanto aos parâmetros que devem nortear seu controle judicial. A pesquisa, de natureza qualitativa, combinou análise temática de conteúdo com estudo comparado de três decisões da Justiça Federal envolvendo atos normativos da ANAC. Os achados demonstram a coexistência de posturas judiciais díspares, ora deferentes, ora ativistas, marcadas por argumentações frágeis no exame da motivação técnica, das evidências consideradas e da observância aos procedimentos participativos exigidos pela boa governança regulatória. A ausência de critérios estáveis para o controle judicial das normas produzidas por agências reguladoras compromete a previsibilidade das políticas públicas e evidencia a dificuldade de consolidar uma cultura orientada por parâmetros consistentes de fiscalização procedimental. A análise das decisões judiciais sobre a atuação normativa da ANAC revela que, nos casos concretos estudados, o Judiciário oscila entre intervenções apressadas e deferência genérica, sem examinar com profundidade a motivação técnica, a análise de impacto regulatório ou a efetividade dos mecanismos participativos. Essa lacuna aponta não apenas uma imprecisão doutrinária, mas a dificuldade ou resistência prática em internalizar os comandos atualmente expressos na LINDB, inseridos pela Lei nº 13.655/2018, que exigem fundamentação qualificada, ponderação de consequências e respeito ao devido processo. Nesse contexto, ganha relevo a necessidade de uma atuação judicial institucionalmente responsável – que, sem invadir o mérito técnico, condicione a validade das normas regulatórias à observância de exigências mínimas de integridade procedimental, como a justificação transparente, a consideração de dados verificáveis e a abertura à participação social. Essa forma de controle reforça a racionalidade das escolhas administrativas e contribui para a qualificação da regulação, sem suprimir a discricionariedade técnica das agências. Tal abordagem sintoniza-se com os debates contemporâneos sobre deferência judicial, que rejeitam tanto o ativismo desinformado quanto a passividade institucional. No entanto, é preciso reconhecer os limites desse caminho: a exigência de justificativas públicas e procedimentos adequados por parte das agências é um passo relevante, mas não garante, por si só, a estabilidade e a legitimidade da regulação. Para além do controle judicial, esse aprimoramento depende da consolidação de uma cultura decisória mais transparente, do fortalecimento institucional das agências e de um controle social efetivo e qualificado. O Judiciário pode exercer um papel relevante nesse processo, mas não será ele, sozinho, o motor da transformação.

Palavras-chave: ANAC; agências reguladoras; controle judicial dos atos normativos; direito da regulação; aviação civil.

ABSTRACT

This study examines the contours and limits of judicial review over the normative activity of the National Civil Aviation Agency (ANAC), against the backdrop of legal and institutional challenges posed by the growing technical complexity of sectoral regulation. It starts from the identification of a theoretical and jurisprudential gap: the absence of systematic and legally defined criteria to guide judicial review of infralegal norms issued by regulatory agencies in Brazil. Although jurisprudence acknowledges the legitimacy of such entities to issue technical norms, uncertainty persists regarding the scope of this competence and, especially, the parameters that should govern their judicial oversight. The qualitative research combined thematic content analysis with a comparative study of three Federal Court decisions involving ANAC's normative acts. The findings reveal coexisting divergent judicial stances—ranging from deferential to activist—marked by weak arguments when examining technical reasoning, evidence considered, and compliance with participatory procedures required by sound regulatory governance. The lack of stable criteria for judicial review of agency-issued norms undermines the predictability of public policies and highlights the difficulty in consolidating a culture guided by consistent parameters of procedural scrutiny. Analysis of judicial decisions on ANAC's normative actions demonstrates that, in the cases studied, the Judiciary oscillates between hasty interventions and generic deference, without deeply examining technical justification, regulatory impact analysis, or the effectiveness of participatory mechanisms. This gap reflects not only doctrinal imprecision but also practical resistance to internalizing the requirements currently set forth in the LINDB (Law of Introduction to Brazilian Legal Norms), as amended by Law No. 13.655/2018, which demand qualified reasoning, consequence assessment, and due process. In this context, the need for institutionally responsible judicial action becomes paramount—one that conditions the validity of regulatory norms to minimum procedural integrity requirements (e.g., transparent justification, verifiable data, and social participation), without encroaching on technical merit. Such control reinforces the rationality of administrative choices and enhances regulatory quality without suppressing agencies' technical discretion. This approach aligns with contemporary debates on judicial deference, rejecting both uninformed activism and institutional passivity. However, its limits must be acknowledged: requiring public justification and adequate procedures from agencies is crucial but insufficient alone to ensure regulatory stability and legitimacy. Beyond judicial oversight, this progress depends on consolidating a more transparent decision-making culture, strengthening agencies institutionally, and establishing effective, qualified social control. While the Judiciary can play a key role, it alone cannot drive this transformation.

Keywords: ANAC; regulatory agencies; judicial review of normative acts; regulatory law; civil aviation.

RESÚMEN

Este estudio analiza los contornos y límites del control jurisdiccional sobre la actividad normativa de la Agencia Nacional de Aviación Civil (ANAC), en el marco de los desafíos jurídicos e institucionales impuestos por la creciente complejidad técnica de la regulación sectorial. Parte de la constatación de una laguna teórica y jurisprudencial: la inexistencia de criterios sistemáticos y jurídicamente definidos para orientar la revisión judicial de normas infralegales emitidas por agencias reguladoras en Brasil. Aunque la jurisprudencia reconoce la legitimidad de estas entidades para emitir normas técnicas, persiste incertidumbre sobre el alcance de esta competencia y, especialmente, sobre los parámetros que deben guiar su control judicial. La investigación cualitativa combinó análisis temático de contenido con un estudio comparado de tres decisiones de la Justicia Federal sobre actos normativos de la ANAC. Los hallazgos demuestran la coexistencia de posturas judiciales dispares—desde deferentes hasta activistas—, marcadas por argumentaciones frágiles al examinar la motivación técnica, las evidencias consideradas y el cumplimiento de los procedimientos participativos exigidos por la buena gobernanza regulatoria. La ausencia de criterios estables para el control judicial de normas producidas por agencias reguladoras compromete la previsibilidad de las políticas públicas y evidencia la dificultad de consolidar una cultura orientada por parámetros consistentes de fiscalización procedimental. El análisis de las decisiones judiciales sobre la actuación normativa de la ANAC revela que, en los casos estudiados, el Poder Judicial oscila entre intervenciones apresuradas y deferencia genérica, sin examinar en profundidad la motivación técnica, el análisis de impacto regulatorio o la efectividad de los mecanismos participativos. Esta laguna refleja no solo imprecisión doctrinaria, sino también resistencia práctica a internalizar los mandatos actualmente expresados en la LINDB (Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño), incorporados por la Ley Nº 13.655/2018, que exigen fundamentación calificada, ponderación de consecuencias y respeto al debido proceso. En este contexto, cobra relevancia la necesidad de una actuación judicial institucionalmente responsable—que, sin invadir el mérito técnico, condicione la validez de las normas regulatorias al cumplimiento de exigencias mínimas de integridad procedimental (como justificación transparente, consideración de datos verificables y apertura a la participación social). Esta forma de control refuerza la racionalidad de las decisiones administrativas y contribuye a calificar la regulación, sin suprimir la discrecionalidad técnica de las agencias. Tal enfoque se alinea con debates contemporáneos sobre deferencia judicial, que rechazan tanto el activismo desinformado como la pasividad institucional. Sin embargo, es necesario reconocer sus límites: exigir justificaciones públicas y procedimientos adecuados a las agencias es un avance relevante, pero no garantiza por sí solo la estabilidad y legitimidad de la regulación. Más allá del control judicial, este avance depende de consolidar una cultura decisoria más transparente, fortalecer institucionalmente a las agencias e implementar un control social efectivo y calificado. El Poder Judicial puede desempeñar un papel relevante, pero no será él solo el motor de la transformación.

Palabras clave: ANAC; agencias reguladoras; control judicial de actos normativos; derecho regulatorio; aviación civil.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Categorias temáticas 172
Quadro 2 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 181
Quadro 3 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 182
Quadro 4 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 183
Quadro 5 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 184
Quadro 6 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 185
Quadro 7 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 186
Quadro 8 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 187
Quadro 9 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 188
Quadro 10 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 189
Quadro 11 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 190
Quadro 12 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 191
Quadro 13 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 192
Quadro 14 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP 193
Quadro 15 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE 217
Quadro 16 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE 218

Quadro 17 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....219
Quadro 18 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....221
Quadro 19 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....222
Quadro 20 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....224
Quadro 21 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....225
Quadro 22 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....226
Quadro 23 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....228
Quadro 24 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....229
Quadro 25 – Ação Civil Pública, processo . 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....230
Quadro 26 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....231
Quadro 27 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....233
Quadro 28 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....234
Quadro 29 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....236
Quadro 30 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....237
Quadro 31 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....239
Quadro 32 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE.....240
Quadro 33 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....257

Quadro 34 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....258
Quadro 35 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....259
Quadro 36 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....260
Quadro 37 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....261
Quadro 38 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....262
Quadro 39 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....263
Quadro 40 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....264
Quadro 41 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....266
Quadro 42 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....267
Quadro 43 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....271
Quadro 44 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....272
Quadro 45 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região.....274
Quadro 46 – Subcategorias analíticas (DJ 01) – Ação Civil Pública n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP.....321
Quadro 47 – Subcategorias analíticas (DJ 02) – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE 324
Quadro 48 – Subcategorias analíticas (DJ 03) – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região 328
Quadro 49 – Quadro comparativo: avaliação das decisões judiciais (DJ 01, DJ 02, DJ 03).....332

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 14
2 REGULAÇÃO: FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO 25
2.1 O que é regulação? Uma delimitação conceitual crítica 25
2.2 Reforma do Estado e a Consolidação do Modelo Regulador 29
2.2.1 *Accountability*, transparência e déficit democrático 32
2.2.2 Diálogos regulatórios e participação 36
2.3 Ambiência regulatória no cenário nacional 37
2.3.1 Breve contexto histórico da regulação 41
2.3.2 Agências reguladoras independentes: mitos e realidades 44
2.3.2.1 Poder Normativo das Agências Reguladoras 55
2.3.2.2 Teorias para justificar a abrangência e os limites do poder normativo 57
2.3.2.3 Escolha regulatória e competência regulatória 66
2.3.2.4 Desafios Estruturais e Propostas de Aperfeiçoamento 69
3 TRANSPORTE AÉREO E A REGULAÇÃO SETORIAL 75
3.1 Panorama atual da aviação civil brasileira 76
3.2 História da Regulação no Setor Aéreo. Regulação Econômica e Regulação Técnica 84
3.3 A ANAC e o exercício de seu Poder Regulador 91
3.3.1 Regulação Responsiva e o novo modelo regulatório da ANAC 96
4 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS 108
4.1 Limites constitucionais à jurisdição sobre atos administrativos: separação de funções 109
4.2 Técnica versus política: o desafio hermenêutico da regulação 117
4.3 A crise da legalidade 120
4.4 O princípio da juridicidade como base do controle judicial contemporâneo 122
4.5 Principais teorias norte-americanas de deferência judicial 125
4.5.1 Teoria *Skidmore* 126
4.5.2 Teoria *Chevron* 128
4.6 A deferência judicial no Direito Brasileiro 133
4.6.1 A deferência judicial às manifestações administrativas especializadas 135
4.6.2 Outras ideias de deferência inspiradas na tradição norte-americana 140

4.7 A LINDB como instrumento de contenção ou de ativismo judicial? 144
4.8 O ativismo judicial.....157
5 DELIMITAÇÃO METODOLÓGICA.....162
5.1 Tipologia e escopo da investigação 162
5.2 Procedimentos metodológicos 166
5.2.1 Estudo de Caso.....166
5.3 Da análise de conteúdo 170
6 REVISÃO JUDICIAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DA ANAC: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DE CASOS 175
6.1 O caso da franquia de bagagem 175
6.1.1 O surgimento da controvérsia sobre a franquia de bagagem.....176
6.1.2 A suspensão judicial da norma da ANAC sobre bagagem despachada: análise da decisão liminar na ACP nº 0002138-55.2017.4.03.6100 - 22ª VF/SP (DJ 01) ...180
6.1.2.1 Discussão dos resultados (DJ 01).....194
6.1.3 A reversão da suspensão judicial da Resolução 400/2016: a tutela de urgência deferida à ANAC pela 10ª Vara Federal do Ceará (DJ 02) 216
6.1.3.1 Discussão dos resultados (DJ 02).....241
6.2 A judicialização de sanções regulatórias no setor aeroportuário: análise da exigência de ETD imposta pela ANAC (DJ 03).....255
6.2.1 Discussão dos resultados (DJ 03).....276
6.3 Síntese da pesquisa empírica 282
6.3.1 DJ 01: O Ativismo Judicial Pautado pela Proteção do Consumidor 285
6.3.2 DJ 02: Deferência e a Afirmação da Racionalidade Regulatória.....286
6.3.3 DJ 03: Deferência à especialização e limites sancionatórios 287
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DESAFIO DE CONTROLAR SEM SUBSTITUIR, LEGITIMAR SEM ABDICAR 293
7.1 Diretrizes para um controle judicial institucionalmente responsável da atividade normativa.....305
REFERÊNCIAS.....308
APÊNDICES 321

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa investiga os contornos e limites do controle jurisdicional sobre a atividade normativa da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), uma entidade reguladora que opera em um ramo de alta complexidade técnica e operacional. Nesse contexto, é relevante, em primeiro lugar, situar o leitor no setor regulado em questão.

O mercado de aviação civil no Brasil é reconhecido como estratégico para o desenvolvimento econômico e social, considerando a vasta extensão territorial do país e a importância do transporte aéreo para a conectividade interna e internacional. Em 2024, o setor mostrou sinais de recuperação pós-pandemia, enfrentando desafios e aproveitando oportunidades que moldam seu futuro. O mercado de aviação civil no Brasil possui potencial para um crescimento sustentável, alinhado às tendências globais, mas enfrenta desafios estruturais que demandam cooperação entre governo, setor privado e órgãos reguladores. Sua relevância estratégica o posiciona como um motor do desenvolvimento econômico e da integração nacional.

Nas últimas décadas, o transporte aéreo brasileiro passou por uma transformação significativa, tornando-se mais democrático e acessível. O que antes era um serviço elitizado agora é realidade para uma parcela crescente da população. Essa mudança reflete avanços importantes no setor de aviação civil, como políticas regulatórias favoráveis, aumento da concorrência e a entrada de companhias aéreas de baixo custo (*low-cost*).

De fato, a desregulação da aviação comercial marcou uma mudança radical no setor aéreo global, promovendo a democratização do acesso ao transporte aéreo e fomentando uma concorrência mais robusta entre as companhias aéreas. Antes dessa transformação, o transporte aéreo era um serviço exclusivo, caracterizado por tarifas elevadas e um mercado rigidamente controlado por regulamentações governamentais. O impulso para desregular veio de mudanças econômicas e políticas ocorridas nos Estados Unidos na década de 1970 e que se espalharam para outras partes do mundo.

Nesse cenário, o Brasil alcançou um nível inédito de conectividade aérea, refletido no crescimento contínuo do tráfego aéreo e no aumento expressivo do número de passageiros. Essa expansão, embora positiva, traz consigo desafios relevantes, como os elevados custos operacionais, a necessidade de modernização da infraestrutura aeroportuária e as crescentes exigências em matéria de

sustentabilidade ambiental. Apesar dessas dificuldades, o setor aéreo brasileiro mantém um papel estratégico incontestável: além de impulsionar o desenvolvimento econômico e social, atua como vetor de inserção internacional do país, facilitando o comércio exterior, promovendo o turismo global e atraindo investimentos. O transporte aéreo, assim, consolida-se como um agente de transformação, promovendo a integração nacional e ampliando o acesso a oportunidades para milhões de brasileiros.

Desde sua criação, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) exerce papel relevante na promoção da liberdade econômica no setor aéreo, atuando nos limites legais que definem sua competência. Ao longo dos anos, tem se destacado como protagonista na formulação de políticas voltadas à eficiência e à competitividade, buscando conciliar interesses econômicos, sociais e regulatórios de maneira equilibrada.

Vale ressaltar que, na última década, o setor aéreo enfrentou importantes desafios relacionados à competitividade, o que motivou mudanças regulatórias e legislativas voltadas à ampliação da contestabilidade do mercado. Esse movimento foi marcado por dois eventos relevantes. O primeiro ocorreu em 2016, com a extinção da franquia obrigatória de bagagem, que eliminou a exigência de transporte gratuito de bagagens em voos comerciais. A medida visava reduzir os custos operacionais das companhias aéreas, criando condições para a entrada de novas empresas no mercado e, consequentemente, para a diminuição dos preços das passagens. O segundo marco foi a revogação da limitação ao capital estrangeiro em 2019. Ao permitir a participação integral de investidores internacionais em companhias aéreas brasileiras, buscou-se estimular a concorrência e fortalecer a estrutura financeira das operadoras já estabelecidas (Oliveira, 2023, p. 52).

Embora as medidas tenham representado um avanço sob a ótica da liberalização e da eficiência econômica, seus efeitos concretos foram objeto de intenso debate. Apesar das expectativas de redução nos preços, muitos críticos afirmam que as passagens não ficaram mais baratas e, em alguns casos, chegaram a encarecer. Além disso, a entrada de novas companhias aéreas no mercado brasileiro não ocorreu no volume projetado, mantendo-se a concentração nas mãos de poucos operadores. A extinção da franquia de bagagens, por sua vez, foi amplamente criticada pelos consumidores, que perceberam um aumento no custo total das viagens, sobretudo em voos domésticos.

Diante desse contexto, é oportuno destacar os principais desafios contemporâneos enfrentados pelo setor: (a) manter tarifas competitivas frente aos elevados custos operacionais; (b) lidar com o possível ingresso de companhias estrangeiras e de baixo custo, que intensificam a concorrência; (c) reduzir as emissões de carbono conforme as metas climáticas globais; (d) promover uma regulação equilibrada pela ANAC, capaz de atrair investimentos e assegurar a segurança operacional; (e) ampliar o acesso ao transporte aéreo em regiões menos atendidas, especialmente no interior do país; e (f) enfrentar a instabilidade econômica, a oscilação cambial e as variações no poder de compra da população.

Sabe-se que o setor aéreo está em constante transformação, enfrentando novos desafios e incorporando inovações tecnológicas e gerenciais. Tópicos como a redução da pegada de carbono, o desenvolvimento de combustíveis alternativos, avanços em motores e aerodinâmica, modernização do controle de tráfego aéreo, inovações na distribuição de passagens e, mais recentemente, o surgimento dos Veículos Elétricos de Pouso e Decolagem Vertical (eVTOLs), são indicativos do dinamismo da indústria (Oliveira, 2022, p. 22). Trata-se, portanto, de um setor que responde a movimentos estratégicos das companhias aéreas, refletindo sua natureza altamente dinâmica.

Diante da relevância estratégica da aviação civil, marcada por alta complexidade técnica e risco inerente, os estudos sobre a regulação exercida pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) merecem atenção especial. A aviação é reconhecida como uma alavanca importante para o turismo, o comércio e a integração regional, sendo indispensável compreender o papel da ANAC nesse contexto. Além disso, a análise empírica do controle judicial dos atos normativos da agência, como propõe esta pesquisa, pode oferecer subsídios valiosos para o aprimoramento da regulação em outros setores da economia brasileira.

No que concerne à separação dos poderes, consagrada como cláusula pétrea pela Constituição Federal de 1988 (art. 60, §4º, III), trata-se de um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Esse princípio estabelece a divisão das funções estatais entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais devem atuar de forma independente e harmônica entre si, conforme previsto no art. 2º da Constituição. A repartição de competências visa assegurar o equilíbrio institucional, e a própria Constituição garante mecanismos de controle recíproco,

como o controle judicial de atos administrativos e legislativos que contrariem seus preceitos. Essa prerrogativa decorre diretamente do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), que impede que lesão ou ameaça a direito seja excluída da apreciação do Poder Judiciário.

A propósito, o surgimento das agências reguladoras no Brasil, a partir dos anos 1990, representou um marco relevante na estruturação do Estado regulador, trazendo novos desafios à doutrina clássica da separação dos poderes. Dotadas de autonomia reforçada, essas entidades foram incumbidas de regular setores econômicos e sociais estratégicos, introduzindo um modelo institucional híbrido que tensiona as fronteiras tradicionais entre os poderes. A especialização técnica e o sistema de nomeação das diretorias colegiadas são fontes de legitimidade dessas agências, cujo funcionamento busca conjugar *expertise*, imparcialidade e previsibilidade.

Esse arranjo institucional foi concebido para assegurar decisões baseadas em conhecimento técnico, minimizando influências exclusivamente políticas e promovendo maior confiança na estabilidade regulatória. O processo de nomeação das diretorias, que envolve tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo, com poder de bloqueio por parte deste das indicações realizadas por aquele, reforça a legitimidade democrática das agências. Inicialmente criticadas por um suposto déficit de legitimidade, essas entidades vêm adotando mecanismos de transparência e incentivo à participação social, consolidando sua posição no sistema jurídico-administrativo brasileiro.

A constitucionalização do Direito Administrativo impôs novos parâmetros de controle, ampliando o escrutínio judicial sobre os atos normativos das agências. Contudo, esse cenário demanda uma atuação equilibrada do Judiciário, que deve respeitar a autonomia técnica dessas entidades, reconhecendo sua importância para a regulação de setores estratégicos, e a proteção do interesse público.

Comparativamente, a história e a estrutura do Estado norte-americano diferem substancialmente do modelo brasileiro. Nos Estados Unidos, a intervenção direta do Estado na exploração de atividades econômicas é limitada, sendo o setor privado o protagonista. Lá, serviços públicos, como compreendidos no ordenamento jurídico brasileiro, historicamente foram prestados por particulares, sob regulação estatal. Não há, portanto, o instituto da concessão de serviços públicos como ocorre no Brasil. O papel do Estado norte-americano é primordialmente regulatório e fiscalizador,

objetivando assegurar que atividades essenciais à coletividade sejam exercidas de forma eficiente, segura e conforme o interesse público.

Nesse contexto, as agências reguladoras norte-americanas surgiram como resposta institucional à necessidade de supervisão especializada sobre setores estratégicos. Criadas para formular normas, fiscalizar o setor privado e proteger o interesse público, essas agências consolidaram-se como centros técnicos de poder normativo.

Associada a essa realidade institucional está a noção de "deferência", concebida para refletir o respeito judicial às decisões administrativas baseadas em *expertise* técnica. Essa doutrina ganhou expressão no famoso caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984), no qual a Suprema Corte estabeleceu que, diante de ambiguidade legal, os tribunais deveriam adotar postura deferente às interpretações das agências reguladoras, reconhecendo sua *expertise* técnica.

Embora a sistematização da deferência judicial seja tradicionalmente vinculada aos casos *Chevron* e *Skidmore*, que se destacam entre as principais teorias criadas sobre o assunto pela Suprema Corte norte-americana, a ideia já estava presente, ainda que de forma difusa, em decisões anteriores. Não há consenso na doutrina norte-americana sobre o momento exato do surgimento desse conceito, o que demonstra sua construção progressiva, moldada por transformações jurídicas, econômicas e políticas. A deferência, nesse contexto, consolidou-se como ferramenta para valorizar a discricionariedade técnica das agências, desde que seus atos se mantivessem nos limites da razoabilidade e da legalidade.

Conforme Jordão (2024, p. 172) deferir ou prestar deferência judicial à Administração Pública consiste na ação ou orientação do juiz que restringe seu próprio controle, conferindo à Administração um espaço para decidir, tomar decisões e fazer escolhas em áreas onde a conduta não está previamente estabelecida pelo direito.

Segundo o autor, a Doutrina *Chevron* não se refere a hipóteses de discricionariedade administrativa, mas sim à questão de como deve ser conduzido o controle judicial sobre interpretações que as autoridades administrativas dão a conceitos jurídicos indeterminados. A contribuição de *Chevron* consiste em definir em quais situações o controle judicial sobre essas interpretações deve ser mais rigoroso e em quais deve ser mais flexível. A doutrina, em questão, portanto, funcionou como um mecanismo de simplificação do critério para determinar a intensidade do controle

judicial sobre a Administração Pública. De acordo com essa lógica, a chave está no grau de clareza da lei: se a lei for clara, o controle judicial deve ser rigoroso; se contiver ambiguidades, o controle deve ser mais deferente (Jordão, 2024, p. 180-181).

Cabe destacar que o instituto da deferência passou a ser objeto de críticas no cenário norte-americano, tanto no meio acadêmico quanto na própria Suprema Corte. Nos últimos anos, a doutrina *Chevron* sofreu restrições significativas, por exemplo, em casos de grande relevância política ou econômica, nos quais a Corte passou a exigir delegações legislativas expressas — movimento representado pela chamada *major questions doctrine* [1]. Um exemplo marcante dessa mudança foi o julgamento de *West Virginia v. Environmental Protection Agency* (2022), no qual a Suprema Corte limitou a interpretação normativa da agência envolvida.

A culminação desse movimento ocorreu em 28 de junho de 2024, com a decisão da Suprema Corte no caso *Loper Bright Enterprises, Inc. v. Gina Raimondo*, que formalmente superou a doutrina *Chevron*. A partir de então, os tribunais norte-americanos passaram a ser estimulados a interpretar diretamente a legislação, sem conceder deferência automática às interpretações administrativas. Essa inflexão altera significativamente o equilíbrio entre os Poderes Executivo e Judiciário e impacta diretamente o papel das agências no sistema norte-americano.

Jordão (2024) esclarece que a Doutrina *Chevron* foi superada porque a Suprema Corte americana percebeu que o sistema era simples demais e não se sustentava diante dos casos concretos. Ao longo do tempo, a própria Corte já vinha criando uma série de exceções ao modelo Chevron, o que demonstrava que o sistema original não era suficiente para abarcar a complexidade do direito administrativo.

No Brasil, a doutrina *Chevron* influenciou discussões sobre deferência judicial, sendo inclusive mencionada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal em precedentes como a ADI 4874. No entanto, o sistema jurídico brasileiro adota, em regra, uma postura menos deferente às interpretações administrativas, especialmente em matéria jurídica sensível. A constitucionalização do direito administrativo e a centralidade do princípio da juridicidade reforçaram a atuação judicial ativa, promovendo um controle mais amplo dos atos administrativos. Dessa forma, o impacto direto da mudança de entendimento no cenário norte-americano é limitado

[1] Uma doutrina que, em termos simples, estabelece que decisões de grande impacto político e econômico não podem ser tomadas por agências sem uma autorização clara e explícita do Congresso.

aqui, dado que o sistema jurídico brasileiro já adota uma abordagem menos deferente às interpretações administrativas (Jordão, 2024).

Além disso, Jordão enfatiza que importa discutir a intensidade do controle judicial sobre a Administração Pública a partir da superação de *Chevron*. Conforme Eduardo Jordão (2024, p. 189), a decisão de *Loper Bright* não eliminou a deferência judicial à Administração Pública, mas alterou a forma de identificá-la: não basta mais verificar a ambiguidade legislativa, como ocorria com *Chevron*, sendo necessário considerar todas as possibilidades do caso concreto, conforme a doutrina *Skidmore*, para determinar a intensidade do controle.

É oportuno enfatizar que Jordão (2024, p. 194) observa que, embora muitos afirmem que a queda de *Chevron* representaria o fim da deferência judicial ao nível global, tal leitura é equivocada. Segundo o autor, críticos da deferência, particularmente aqueles que defendem um controle judicial mais intenso sobre as autoridades administrativas, tendem a usar o precedente como argumento para reforçar suas posições no contexto brasileiro. No entanto, o que de fato foi superado não foi a deferência em si, mas somente o critério simplificado introduzido por *Chevron*, baseado exclusivamente na ambiguidade legislativa.

No contexto brasileiro, a grande questão que se coloca é: qual é, afinal, a base teórica ou prática que leva um juiz a adotar uma postura de deferência em relação a uma decisão administrativa? A resposta, infelizmente, não é evidente. O ordenamento jurídico nacional carece de critérios claros e consistentes que orientem em que situações o controle judicial sobre os atos administrativos deve ser limitado. Esta indefinição é justamente um dos principais problemas do direito administrativo brasileiro atual (Jordão, 2024, p. 192-193).

A ausência de parâmetros claros e sistemáticos sobre os limites e as hipóteses de deferência judicial no Brasil evidencia uma lacuna teórica e jurisprudencial ainda não suprida. Essa imprecisão oferece terreno fértil para pesquisas acadêmicas voltadas à formulação de modelos que conciliem a necessidade de controle com o respeito à *expertise* técnica das agências. Historicamente, no período anterior à Constituição de 1988, prevalecia no país a ideia de que o mérito administrativo era insuscetível de revisão judicial, sustentada por uma visão rígida de separação de poderes e por uma leitura restrita do princípio da legalidade.

Ainda que o termo “deferência” não estivesse expressamente presente na doutrina da época, sua lógica subjacente pode ser identificada na presunção de

legalidade e legitimidade dos atos administrativos, como observa Vanice Regina Lírio do Valle (2020, p. 113). Tal presunção, que operava inclusive por meio da inversão do ônus da prova, limitava a atuação judicial e configurava uma forma extrema de deferência. A noção de irrevisibilidade judicial do mérito administrativo consolidava, assim, um campo imune ao controle jurisdicional, reflexo de uma confiança quase absoluta na Administração Pública.

A Constituição de 1988, ao reformular a lógica institucional do país, fortaleceu os mecanismos de controle e reduziu esse espaço de intangibilidade. A introdução de novos princípios, como a moralidade, a eficiência e a publicidade, aliada à ampliação do acesso à Justiça, redefiniu os contornos da atuação judicial sobre os atos administrativos. Nesse novo arranjo, a deferência deve ser compreendida como um respeito qualificado à discricionariedade técnica, e não como abdicação do controle jurisdicional.

Quanto à Lei Federal n.º 13.655/2018, que alterou a LINDB, introduziu dispositivos que reforçam a exigência de decisões administrativas e judiciais fundamentadas e contextualizadas. Ao determinar que os órgãos de controle considerem as consequências práticas de suas decisões, a norma promove maior racionalidade e segurança jurídica. Igualmente, a norma em foco reforça a proteção dos gestores públicos que atuam de forma diligente e razoável, ao mesmo tempo em que evita decisões judiciais ou de controle desprovidas de fundamentação ou que desconsiderem a complexidade da gestão pública. Como destaca Rafael Barreto da Silva (2022, p. 146), essa mudança induz a um modelo de controle judicial mais deferente e responsável, exigindo que a fundamentação judicial apresente, obrigatoriamente: (a) a contextualização da análise e (b) a indicação das consequências decorrentes da decisão de controle.

Considerando o contexto exposto, o presente estudo analisa dois casos concretos, materializados em três decisões judiciais da Justiça Federal, que versam sobre a atuação normativa da ANAC. O objetivo é examinar as razões invocadas pelos magistrados ao validar ou revisar os atos normativos da agência, bem como verificar se, de forma explícita ou implícita, emerge uma lógica deferencial subjacente a tais decisões. Busca-se, assim, compreender empiricamente como o Judiciário se comporta, nesses dois casos, diante de matérias caracterizadas por elevado grau de complexidade técnica.

No conjunto das decisões selecionadas, a DJ 01 (franquia de bagagem) constituiu um caso de ampla repercussão midiática e social. A DJ 02, embora trate do mesmo tema, representa a reação judicial imediata e em sentido oposto, funcionando como contraponto direto. Já a DJ 03 (aplicação de penalidade) aborda uma questão regulatória de natureza mais técnica e com menor visibilidade pública, completando o espectro de análise.

Importa esclarecer, desde logo, que a análise não pretende medir o grau de deferência dos magistrados em sentido estrito, mas sim verificar em que medida os julgamentos submetidos à análise revelam respeito à *expertise* técnica da ANAC, ainda que sem o uso expresso da terminologia da deferência. Sabe-se que, em muitos casos, a não revisão judicial de um ato administrativo discricionário pode refletir uma postura deferente, mesmo que não declarada.

Embora a jurisprudência nacional reconheça amplamente a discricionariedade administrativa e a tendência de não intervenção do Judiciário em escolhas técnicas da Administração, a adoção expressa da deferência pelos tribunais superiores é recente e ainda carente de consolidação de seus contornos. Ressalta-se que alguns pesquisadores brasileiros (Jordão, 2020) já verificaram haver expressamente a adoção da deferência pelos Tribunais Superiores[2].

Nesse contexto, o presente estudo formula a seguinte pergunta de pesquisa: diante da complexidade técnica do setor aéreo e da ausência de critérios consolidados para orientar o controle judicial das agências reguladoras no Brasil, como, especificamente no *corpus* analisado, o Judiciário fundamenta suas decisões ao revisar atos normativos da ANAC? Em que medida tais decisões refletem uma lógica de deferência à expertise técnica da agência ou, ao contrário, evidenciam uma postura de ativismo judicial?

A partir dessa indagação, define-se como objetivo geral da pesquisa analisar três decisões da Justiça Federal, selecionadas por sua relevância prática e diversidade de fundamentos. Busca-se compreender como os magistrados validam ou revisam atos da agência, examinando os argumentos utilizados, as omissões recorrentes e os limites estabelecidos para a discricionariedade técnica.

De forma complementar, estabelecem-se os seguintes objetivos específicos:

[2] Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

1. identificar, nos casos em estudo, os fundamentos adotados pelo Poder Judiciário na análise da legalidade e da constitucionalidade dos atos normativos editados pela ANAC;
2. verificar a presença, explícita ou implícita, de deferência judicial nas decisões judiciais selecionadas; e
3. analisar as intervenções do Poder Judiciário sobre os atos regulatórios da ANAC à luz da doutrina especializada sobre o controle judicial da atividade regulatória.

Metodologicamente, o estudo adota uma abordagem qualitativa, combinando o método de estudo de casos comparativos com a técnica de análise de conteúdo temática. Para tanto, foram selecionados três casos concretos julgados pela Justiça Federal, nos quais se examinam os argumentos utilizados pelos magistrados para manter ou revisar atos normativos da ANAC. O objetivo é compreender, de maneira empírica, como o Judiciário atua em matérias caracterizadas por alta complexidade técnica. Importante destacar que a análise não busca quantificar o grau de deferência judicial, mas sim identificar em que medida as decisões demonstram “respeito” à expertise técnica da ANAC, mesmo quando a noção de deferência não é expressamente mencionada.

Dessa forma, a pesquisa visa identificar padrões decisórios e a presença ou ausência de deferência judicial nas decisões analisadas, bem como avaliar se os argumentos apresentados pelos magistrados estabelecem limites ao controle judicial sobre a atividade normativa da agência. Tal reflexão revela-se particularmente relevante à luz das recentes discussões internacionais sobre a superação da doutrina *Chevron* nos Estados Unidos e seus potenciais impactos sobre o modelo brasileiro de controle judicial da regulação, conforme destacam Jordão (2024) e Coutinho e Adami (2024).

Além de mapear os padrões decisórios, esta tese avança ao propor diretrizes para um controle judicial institucionalmente responsável, capaz de equilibrar o respeito à expertise técnica das agências com a garantia da integridade procedimental. Busca-se, assim, contribuir para o aprimoramento do diálogo institucional entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras no Brasil.

No que se refere à estrutura do presente trabalho, este se organiza em sete capítulos. Após esta introdução, o **Capítulo 2 apresenta** os conceitos fundamentais de regulação, discutindo a superação da dicotomia entre regulação econômica e social e abordando a reforma regulatória como processo de aprimoramento da

accountability e da transparência. O capítulo se divide em duas seções: a primeira trata dos fundamentos teóricos da regulação e da importância dos diálogos regulatórios; a segunda examina a ambiência regulatória no Brasil, destacando a evolução histórica e as características institucionais das agências reguladoras.

O **Capítulo 3 aborda** o transporte aéreo brasileiro, com destaque para a sua relevância atual, desafios e processo histórico de regulação. Além disso, analisa-se a atuação da ANAC e sua recente adesão à lógica da regulação responsiva. O **Capítulo 4 trata** do controle judicial dos atos normativos, explorando as implicações da separação de poderes, a tensão entre técnica e política, o princípio da juridicidade e as principais doutrinas de deferência desenvolvidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Ainda no Capítulo 4, examinam-se as tendências de deferência judicial e ativismo judicial, com ênfase na busca por equilíbrio entre autonomia administrativa e controle jurisdicional. O **Capítulo 5 delimita** a metodologia. O **Capítulo 6 apresenta** a análise empírica das decisões dos Tribunais Regionais Federais sobre atos normativos da ANAC e discute os resultados obtidos. Por fim, o **Capítulo 7 expõe** as conclusões da pesquisa, sintetizando os achados e propondo caminhos para o aperfeiçoamento do controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras.

2 REGULAÇÃO: FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO

2.1 O que é regulação? Uma delimitação conceitual crítica

A conceituação de regulação costuma ser ampla e alcança, por exemplo, o conjunto de atos normativos por meio dos quais os governos estabelecem exigências aos agentes econômicos e aos cidadãos (OCDE, 1997). Dessa forma, a regulação é vista como o processo pelo qual os governos estabelecem regras e normas para influenciar ou controlar o comportamento de empresas, cidadãos e outras entidades no mercado e na sociedade em geral.

Nesse contexto, se determinado órgão ou entidade estabelece exigências ou formas de conduta aos agentes econômicos e aos cidadãos, também exerce a função regulatória. Nesse sentido, vários órgãos da administração direta e várias entidades da administração indireta são reguladores (ENAP, 2020, p. 6).

A regulação, em sentido geral, é uma forma de ação do Estado que se refere ao conjunto de instrumentos jurídico-normativos, como as leis, os decretos e demais regulamentos de que o governo dispõe para estabelecer regras ou obrigações a serem cumpridas pelo setor privado, pelos cidadãos e pelo próprio governo (ENAP, 2020, p. 7). Ademais, é importante pontuar que a atividade regulatória sempre esteve entre as atribuições do Estado, cujos objetivos são organizar, controlar e orientar diversos setores da sociedade, de modo a tentar garantir que as atividades econômicas, administrativas e sociais ocorram de forma ordenada, eficiente e segundo as políticas públicas e os interesses coletivos.

Com relação à definição de regulação, Windholz e Hodge mencionam que esta é profundamente contestada. E explicam que as definições variam entre as legalistas, que limitam “regulação” às normas legais promulgadas por um Estado soberano, até as definições mais expansivas, porém ainda centradas no Estado, que incluem todas as formas de intervenção governamental, por meio de definições descentralizadas que abrangem todas as atividades projetadas para influenciar comportamentos, indiferentemente da fonte ou do objetivo (Windholz, Hodge, 2013, p. 21).

Não se pretende adentrar na extensa literatura que tenta conceituar regulação. É oportuno, entretanto, mencionar a definição de regulação adotada por Black: “regulação é um processo que envolve a tentativa focada e sustentada de alterar o comportamento dos outros, de acordo com critérios ou padrões definidos, com a

intenção de produzir um resultado ou resultados amplamente identificados" (Black, 2002).

Tal conceito desafia a hipótese de que o Estado é o *locus* primário para articular metas comunitárias, ao reconhecer as influências sociais das organizações comerciais e não governamentais. Não obstante, a lei permanece central ao entendimento da teoria e da prática da regulação, pois é apoiada pelo poder coercitivo do Estado, sendo uma forma distinta de regulação (Windholz, Hodge, 2013, p. 23).

Ainda considerando o conceito de Black em foco, admite-se que a regulação é intencional, continuada e focada, sendo o resultado de uma decisão do governo. Requer monitoramento contínuo das atividades relevantes, reavaliações frequentes de valores e negócios, e ajustes às mudanças de necessidades e circunstâncias. A definição coloca alguns limites razoavelmente claros em torno do conceito de regulação que a diferencia das outras atividades principais de governo (fornecer e distribuir), e impede que se torne excessivamente ampla (tornando-se compatível com todo o sistema jurídico) ou muito abstrata ou amorfa (se incluídos todos os mecanismos de controle social ou de influência de comportamento apesar da fonte ou intenção) (Windholz, Hodge, 2013, p. 23-25).

Braithwaite, Coglianese e Levi-Faur (2007) observaram, semelhantemente, que, das três funções dos governos — prover, distribuir e regular —, o trabalho de distribuir (ou redistribuir) riquezas continuou inexorável através do tempo; a função de suprir diretamente serviços está em queda (mediante terceirização ou privatização, por exemplo); e a função de regulação está crescendo e mudando do antigo sentido de desenvolver e aplicar regras ou gerenciar os riscos para conduzir o fluxo de eventos e o comportamento.

Diante das contribuições teóricas examinadas, adota-se, ao longo desta tese, uma concepção de regulação como técnica de poder normativo exercida pelo Estado de forma estratégica, contínua e predominantemente indireta, para ordenar comportamentos, estruturar mercados e promover finalidades públicas definidas constitucionalmente. Essa concepção ultrapassa a ideia restrita de regulação como mera imposição de comandos legais ou edição de normas técnicas, compreendendo-a como um processo jurídico e político complexo, que envolve escolhas discricionárias, fundamentos técnicos e consequências jurídicas relevantes para todos os agentes envolvidos no processo regulatório.

Oportuno ainda ressaltar que a regulação como técnica de poder pode ser compreendida, sob a perspectiva de autores como Gustavo Binenbojm e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como uma forma de atuação do Estado que transcende os modelos tradicionais de comando e controle, operando por meio de mecanismos normativos, técnicos e econômicos que visam condicionar comportamentos e estruturar mercados e relações sociais.

Gustavo Binenbojm entende que a regulação se insere no paradigma do Estado Constitucional, onde a atuação estatal não é somente vinculada ao princípio da legalidade estrita, mas também à efetividade dos direitos fundamentais e à realização de finalidades públicas. Para ele, a regulação é uma forma de atuação estatal racional, pautada em critérios de eficiência, proporcionalidade e transparência. Binenbojm destaca que: “a atividade regulatória do Estado envolve escolhas políticas e técnicas, que se desdobram em normas jurídicas dotadas de pretensão de autoridade, inserindo-se no exercício do poder estatal sob a forma de regulação econômica e social” (Binenbojm, 2017, p. 281).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, desenvolve a ideia de que a regulação é uma técnica de poder que caracteriza o chamado “Estado regulador”, cuja principal função é coordenar, corrigir e complementar os mercados e outras formas de organização social. Para ele, a regulação não se limita a impor proibições e permissões, mas implica também incentivos, padrões de conduta e metas, constituindo um poder normativo que se exerce de maneira difusa e estratégica. Ele afirma: “A regulação, como técnica de poder, caracteriza-se por sua capacidade de moldar comportamentos e ordenar sistemas complexos, valendo-se de instrumentos normativos, econômicos e informacionais, em substituição ou complemento às formas tradicionais de coerção jurídica” (Moreira Neto, 2014, p. 45).

Ambos os autores reconhecem que a regulação não é meramente uma função administrativa técnica, mas um exercício qualificado de poder estatal que deve ser submetido a controles democráticos e jurisdicionais, especialmente diante dos riscos de captura regulatória ou de violação de direitos fundamentais.

Quanto à atuação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é importante salientar que, sobre o tema deste capítulo, o foco tem sido a melhoria da governança global por meio da promoção do diálogo colaborativo. Segundo a OCDE, a regulação pode ser dividida em três categorias principais: a econômica, a social e a administrativa (ENAP, 2020, p. 7).

Na regulação econômica, há a intervenção do Estado nas decisões empresariais quando há falhas ou imperfeições de mercado em garantir as escolhas adequadas capazes de maximzar o bem-estar social. Por sua vez, na regulação social, a intervenção busca proteger interesses públicos relevantes, como a saúde, a segurança e o meio ambiente. Por fim, na regulação administrativa há a imposição de uma série de exigências do próprio Estado para o cumprimento de formalidades administrativas necessárias para assegurar a aplicação das normas, por exemplo, o preenchimento de formulários e outros documentos (ENAP, 2020, p. 7).

Entretanto, os conceitos de regulação social e econômica mencionados são tradicionais. Há quem questione se esses continuam a fornecer uma moldura proveitosa para analisar os atuais agentes reguladores e a atividade regulatória (Windholz, Hodge, 2013, p. 20). A tradicional dicotomia entre regulação econômica, focada em eficiência, sendo conduzida por instituições não majoritárias compostas por especialistas, e regulação social, focada em equidade e outros resultados socialmente desejados, sob responsabilidade de instituições majoritárias, talvez não se sustente mais (Windholz, Hodge, 2013, p. 47).

Esses conceitos tradicionais não refletem o que acontece na prática. Na verdade, os governos são simultaneamente convidados a criar condições nas quais os mercados possam operar mais eficientemente e a produzir resultados socialmente desejados, melhores e diferentes daqueles produzidos por mercados operando eficientemente.

Como, então, melhor diferenciar a regulação “social” da “econômica”? Um modelo alternativo é sugerido pelos autores referidos, onde toda a regulação é sustentada por uma combinação de valores econômicos e sociais interdependentes e interconectados, e na qual a distinção entre a regulação social e econômica consiste na supremacia dos valores projetadas para promover, e o propósito que são projetadas para alcançar. Esse conceito também reconhece o importante papel que a presença dos outros valores (não primários) possui na definição de limites, no apoio e na legitimação do esforço regulatório (Windholz, Hodge, 2013, p. 21).

Com efeito, os reguladores econômicos estão sendo crescentemente chamados a realizar suas funções de forma que promovam valores sociais mais amplos, como razoabilidade, justiça e equidade. De modo análogo, entende-se que os agentes reguladores sociais estão sendo chamados a operar de uma maneira economicamente eficiente e com bom custo-benefício. A diferença entre regulação

econômica e social é agora mais fina e sutil do que sugere o uso conveniente (e, algumas vezes, ideologicamente impulsionado) desses rótulos tradicionais (Windholz, Hodge, 2013, p. 48).

Vale salientar que a regulação é uma importante forma de atuação do Estado, entretanto, precisa ser utilizada quando necessário e na medida do possível,pois implica custos e riscos associados. Sabe-se que a regulação pode promover objetivos como o aumento da eficiência, o crescimento econômico e ganhos de bem-estar social; porém, quando excessiva e desproporcional, pode impedir ou desestimular a inovação, criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica, ou seja, pode gerar obstáculos aos objetivos para os quais foi criada. A regulação tem um custo relevante, pouco medido e pouco discutido (ENAP, 2020, p. 8).

No que concerne à governança regulatória, esta tem um ciclo que envolve as fases de implementação, monitoramento e de avaliação. O cuidado sistemático em todas as fases do ciclo permite que o acervo regulatório se mantenha atualizado, consistente e efetivamente contribua para o alcance dos objetivos para os quais ele foi criado. Essa nova governança é, sem dúvida, característica genuína do Estado Regulador. O funcionamento dessas estruturas de governança atrai cada vez mais o interesse acadêmico (CRUZ, 2009, p. 60).

Dessa forma, para uma regulação de alta qualidade, isto é, que efetivamente promova o bem-estar econômico e social do cidadão, é importante envolver todos os agentes responsáveis. Faz-se isso por meio de instrumentos voltados às boas práticas regulatórias, entre os quais se destaca a Análise de Impacto Regulatório (AIR), que busca verificar os possíveis efeitos decorrentes das ações regulatórias, a fim de que se possa escolher a melhor alternativa. No Brasil, dois documentos institucionalizaram o uso da AIR na Administração pública federal: as Diretrizes Gerais e o Guia Orientativo para Elaboração de AIR, ambos de caráter orientativo, recomendados pelo Comitê Interministerial de Governança (CIG) como boas práticas para utilização por todos os órgãos da Administração Pública Federal.

Uma vez apresentados os conceitos básicos de regulação, discorre-se sobre a reforma regulatória.

2.2 Reforma do Estado e a Consolidação do Modelo Regulador

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Estado Regulador, com suas instituições e características expressas por agências independentes especializadas, teve origem nos Estados Unidos.

Nas últimas décadas, as falhas da intervenção direta do Estado no domínio econômico ganharam destaque em todo o mundo, somadas à crescente consciência quanto ao esgotamento da capacidade fiscal estatal e às dificuldades em prover políticas públicas de qualidade decorrente dos baixos níveis de crescimento econômico experimentados. Esses fatores, em conjunto, explicam a abertura da América Latina, nos anos 1990, à consolidação do argumento que sustenta a moderna teoria da regulação (Cruz, 2009, p. 55).

Por meio do apoio de organismos internacionais, como o Banco Mundial (Bird), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), consolidou-se e difundiu-se a crença de que esforços como a privatização, associados a outros fatores, conduziriam ao desenvolvimento. Nesse sentido, ficava claro que a estrutura regulatória de cada país seria determinante do sucesso ou do fracasso desses esforços. O instrumental utilizado por esses atores internacionais variou amplamente, indo de restrições a incentivos aos países que se adequassem ou não aos padrões econômicos indicados, sendo comum, por exemplo, exigência de reformas pró-mercado como condição para a concessão de empréstimos (Cruz, 2009, p. 57).

A propósito, os países vinculados à OCDE, por exemplo, deram início à revisão de suas práticas e instrumentos regulatórios. Também incentivaram os movimentos de reforma nos demais países e, sobretudo, promoveram o rompimento com qualquer estilo administrativo associado ao desenvolvimentismo, ou seja, às estratégias de desenvolvimento econômico e tecnológico baseadas em financiamentos estatais (Cruz, 2009, p. 57). Assim, a proposta de reforma regulatória da OCDE influenciou amplamente os países latinos, entre eles o Brasil.

Os principais objetivos para os quais as empresas nacionalizadas foram criadas eram frequentemente esquecidos. Para Majone, a propriedade e o controle público não podem ser assumidos como similares. Embora essa discussão tenha sido pautada nos anos 1960 nos EUA sobre as chamadas “falhas de governo”, Majone acredita que só nos anos 1990 essa discussão chegou a outros países (Majone, 1996). Os manuais de economia explicam as “falhas de governo” à luz da teoria da escolha pública.

Por oportuno, salienta-se que a “captura” é um dos problemas recorrentes que caracterizam as restrições da atuação do governo na economia. A captura ocorre quando os organismos regulatórios se encontram muito próximos dos regulados, favorecendo o aumento dos riscos e a interferência de interesses particulares nas decisões públicas, o que afeta consequentemente a independência e a qualidade da regulação. Isso é recorrente devido à assimetria de informação entre o governo e a firma, o que faz com que o regulador se aproxime do regulado visando a obter informação e passe a identificar seus reais objetivos (Cruz, 2009, p. 62).

Nesse sentido, Andreia Bagatin afirma ser necessário que se cogite a existência de um ambiente institucional propício a reduzir a ocorrência da captura, isso seria possível com ampliação da transparência da atividade regulatória e sua procedimentalização (Bagatin, 2010).

Diga-se de passagem, o estilo americano de regulação que deixa a indústria nas mãos do mercado expressa amplamente a crença de que o mercado trabalha melhor sob circunstâncias normais e deve sofrer interferências somente em casos específicos de falhas de mercado. Na Europa, por outro lado, o sistema de mercado e a estrutura de direito de propriedade, tal como o atual sistema impõe, tem sido aceitos pela maioria dos eleitores apenas recentemente. Por um longo período histórico, largo segmento da opinião pública era abertamente hostil à economia de mercado e cético quanto à capacidade do sistema de sobreviver a crises recorrentes (Cruz, 2009, p. 71).

Majone recorda que, em resposta às falhas de mercado, a Europa adotou a tradição de dirigismo estatal e centralização burocrática, rejeitando o estilo americano simplesmente por não acreditar no mercado. Contudo, a filosofia e a prática regulatória americana passaram a influenciar fortemente o processo decisório na Europa em três distintos momentos: durante os anos de formação da Comunidade Europeia; nos anos 1970, durante o período de expansão da regulação social, especialmente quanto ao meio ambiente e à proteção dos consumidores; e nos anos 1980, na era da privatização e da desregulação (Majone, 1996).

Nas duas últimas décadas, Majone afirma que mudanças consideráveis já podem ser observadas, entre elas, a proliferação de corpos regulatórios, tanto no nível nacional quanto no local, dos países europeus. Ele destaca ainda a crescente literatura especializada à análise da regulação europeia, enquanto gênero diferenciado de tomada de decisão. Para o autor, isso se deve ao fato de que formas

tradicionais de pensamento, bem como padrões de comportamento, não são facilmente modificáveis (Majone, 1996).

2.2.1 *Accountability*, transparência e déficit democrático

No fim dos anos 1980, com a onda de democratização na América Latina, as ciências sociais passaram a incorporar às suas análises a necessidade de desenvolvimento de instrumentos de *accountability* e transparência das decisões públicas, considerada tarefa inadiável das novas democracias. Cidadania, sociedade organizada, engajamento cívico, interesses, representação, prestação de contas, controle, punição, boa governança e poder. Esses são alguns dos conceitos-chave aos quais a prática do *accountability* se vincula, direta ou indiretamente. Eles estão presentes em todo o debate sobre o tema e auxiliam no seu entendimento (Cruz, 2009, p. 72).

Na verdade, entender e identificar práticas de *accountability,* de modo geral, há alguns anos na América Latina, na África ou mesmo em países centrais não era tarefa simples. Todavia, com o crescimento da ideia de Estado Regulador, atualmente os conceitos de *accountability* e de transparência assumem papéis relevantes, tendo em vista o deslocamento de poder que se observa nessa nova ordem pós-reformas. Hoje ambos são cruciais para manter o regime regulatório em um subsistema de resultados e políticas (Cruz, 2009, p. 73).

A moderna reforma regulatória traz em seu bojo um arcabouço teórico que sustenta que as agências reguladoras autônomas representam importante inovação institucional no que tange à democratização da tomada de decisão. Isso ocorre porque essa modalidade de reforma tem como substrato ideológico uma doutrina ou um conjunto de interpretações administrativas, o *New Public Management*, que incorpora a introdução de novos conceitos como o de “cidadão consumidor” e “boa governança”, por exemplo. Além disso, essa ideologia incorpora presunção da necessidade do predomínio da razão sobre a política, fundamentada na superioridade da especialização técnica e em detrimento da representação de interesses. Em ambiente regulatório com as características citadas, *accountability* e transparência seriam favorecidos e ocorreriam quase que naturalmente. Porém, na prática, essa naturalização não se observa e a introdução de mecanismos de controle é quase sempre acompanhada de fortes resistências (Cruz, 2009, 73).

Além das mudanças na estrutura formal de decisão, transferindo poder a agências independentes, a reforma regulatória propiciou também variedade de novos atores atuando nos mais diversos níveis decisórios − local, regional, nacional e internacional −, envolvendo departamentos de governo, políticos, população-alvo, firmas, investidores e um grande público. Enquanto todos esses atores passam a formular suas demandas, entre elas está também a inclusão de transparência nos processos e maior prestação de contas por parte dos decisores. Assim, a própria mudança política passa a requerer dinâmica decisória mais *accountable* e transparente (Cruz, 2009, p. 74).

Entretanto, há quem conteste tal afirmação no contexto da implementação das agências independentes. Entendem que o processo decisório em regulação envolve também questões políticas delicadas ou controvertidas (*trade-offs*) cujo desfecho é submetido a decisores sem legitimidade democrática para fazê-lo, pois se tratam de decisões tomadas no âmbito de agências não majoritárias, nas quais os decisores são tecnocratas julgados aptos por disporem de ampla expertise, mas, na verdade, tomam decisões e fazem escolhas baseados em seus valores (Lodge, 2004).

Nesse sentido, observa-se, por exemplo, que as decisões nas agências independentes podem envolver desde valores de eficiência econômica a objetivos ambientais e sociais, até garantias como de provimento de determinado bem ou serviço. As transferências dessas decisões para instituições não majoritárias, além de caracterizar mudança significativa no processo decisório do Estado, tornam-se mais críticas, porque implicam ainda mudança na qualidade da cidadania. Segundo Lodge (2004), a cidadania no Estado Regulador é redefinida de uma perspectiva ampla, de direitos e deveres no contexto político, para um modelo mais restrito, baseado em relações contratuais e direitos de consumidor. Haveria, portanto, significativa redução do conceito de cidadania, agora limitado a indivíduo com direitos contratuais de consumidor.

Entretanto, Giandomenico Majone (1996) mantém um otimismo cauteloso em relação às agências independentes, argumentando que a sua autonomia é essencial para a eficácia do Estado Regulador. No entanto, ele alerta para a necessidade de equilibrar essa autonomia com mecanismos de controle que garantem a legitimidade democrática. Na última análise, o desafio é construir um modelo que combine autonomia técnica, eficiência regulatória e responsividade democrática, preservando tanto a estabilidade das políticas quanto os princípios fundamentais do Estado de

Direito. Reconhece que a instituição das agências viola o princípio de que as políticas públicas devem ser objeto de controle de pessoas que prestem contas ao eleitorado, e não por instituições não majoritárias, que pelo seu próprio desenho não são controláveis nem por eleitores, nem pelos políticos eleitos.

Esse autor sugere o desenvolvimento de um conceito de *accountability* consistente com o princípio democrático e que não negue na prática a lógica das instituições majoritárias. Propõe um modelo equilibrado de *accountability* para lidar com o dilema das agências independentes, buscando conciliar sua autonomia técnica com a necessidade de controle democrático. Ele reconhece que a delegação de poder a especialistas é essencial para questões técnicas e complexas, mas enfatiza que essa delegação deve ser acompanhada de mecanismos claros de prestação de contas. Majone (1996) sugere abordar o problema da seguinte forma: (1) definição das questões que podem ser delegadas. Nem todas as decisões políticas devem ser delegadas a instituições independentes. (2) Definição de qual mecanismo de *accountability* indireto pode ser reforçado.

O referido autor entende que a delegação é legítima nos casos de questões de eficiência, isto é, para tarefas que buscam encontrar soluções capazes de melhorar as condições de todos ou quase todos os indivíduos e grupos sociais. Por outro lado, argui que as políticas redistributivas, em especial, cujo objetivo é melhorar as condições de um grupo à custa de outro, não devem ser delegadas a agências independentes. Já quanto à tendência em afirmar que *accountability* e agências independentes são mutuamente exclusivas, Majone atribui a afirmação à tradicional visão hierárquica de que controles são completamente inapropriados para atividades altamente técnicas e discricionárias, como aquelas delegadas às agências (Cruz, 2009, p. 75, 76).

Para Majone (1996), um conceito mais apropriado deve contemplar uma rede de complementaridades e mecanismos de supervisão, assumindo que controle necessariamente é para exercer de qualquer lugar no sistema político. Isso significa que as agências devem ser monitoradas e mantidas democraticamente *accountables* somente pela combinação de instrumentos de controle, objetivos claros e rigorosamente definidos, *accountability* por resultados, exigência de procedimentos precisos, profissionalismo, transparência, participação pública e até mesmo rivalidade entre as agências. A supervisão dos Poderes Legislativo e Executivo está obviamente

incluída, no entanto, o autor adverte que qualquer tentativa de estabelecer administração paralela à da agência deve ser resistida (Majone, 1996).

Nota-se nesse estudo que, embora Majone (1996) defenda a adoção de mecanismos de *accountability*, estes não são claramente apontados. Verônica Cruz reforça que o próprio autor reconhece que não está muito claro como o *accountability* deve ser reforçado, se não está claro também de quem deve ser cobrada a responsabilidade pelas decisões, se dos administradores públicos ou se dos governos. Além disso, a autora enfatiza que o autor em foco se revela cético quanto à capacidade do parlamento para controlar agências. Por exemplo, em sua análise sobre o surgimento das agências na Europa, Majone afirma que o controle via parlamento sempre foi mítico, pois o parlamento não tem nem tempo, nem *expertise*, nem informação necessária para supervisionar grandes empresas industriais (Cruz, 2009, 76).

No intuito de esclarecer sobre os possíveis sistemas de controle a serem adotados em um sistema regulatório, Lodge (2004) indica algumas saídas em sua análise corroborando o argumento de Hood (1983), para quem *accountability* é inerente a qualquer sistema de controle e, um regime regulatório, sendo um sistema de controle, não poderia prescindir do seu. Como qualquer sistema de controle, também a atividade regulatória requer no mínimo três elementos centrais: detectores − para obtenção de informações −, ativadores − para modificações de comportamento − e um mecanismo de fixação de normas. Lodge considera que esses três elementos são interessantes enquanto estabelecem cinco dimensões cruciais que devem ser consideradas em qualquer discussão sobre *accountability* e transparência. São elas:

> 1. *Accountability* e transparência dos processos decisórios envolvidos na fixação das regras e normas.
> 2. Transparências das regras a serem seguidas.
> 3. *Accountability* e transparência das atividades dos atores regulados.
> 4. *Accountability* e transparência dos reguladores.
> 5. *Accountability* e transparência dos processos de avaliação.

A abordagem de Martin Lodge amplia o debate sobre regulação ao deslocar o foco da tomada de decisão estatal para uma visão mais inclusiva e interconectada. Sua análise confirma que, em um cenário de privatizações e globalização, a regulação é construída por meio de redes de responsabilidade compartilhada. Esse modelo oferece uma perspectiva mais realista e eficaz para lidar com os desafios

contemporâneos da governança regulatória, destacando a necessidade de responsabilização em todos.

Portanto, a justificativa da reforma regulatória repousava na busca por maior previsibilidade e imparcialidade decisória. Nesse contexto, a institucionalização da autonomia das agências visava blindá-las de pressões políticas imediatistas. Todavia, essa autonomia também gerou um déficit democrático: como garantir *accountability* de órgãos que não passam pelo crivo do voto popular? As respostas a esse dilema têm sido muitas vezes apontadas como necessidade de maior valorização de mecanismos de participação social (como consultas públicas), controle parlamentar e judicialização crescente da atividade normativa.

Cumpre discorrer sobre a construção da política regulatória.

2.2.2 Diálogos regulatórios e participação

Júlia Black (2002, p. 172) defende que a compreensão da regulação vai além da análise de suas normas escritas, ao depender também da análise discursiva da atuação dos agentes reguladores, regulados e outros envolvidos no processo regulatório, da comunicação destes sobre o funcionamento do sistema, ou seja, depende do estudo dos diálogos regulatórios.

Segundo Felipe Romero (2023, p. 95), essa perspectiva interacional substitui a ideia de um processo unívoco, promovendo a percepção de uma competição com múltiplas rodadas e sentidos, entre diversos agentes institucionais e econômicos, que buscam influenciar o processo de construção da regulação de modo que o seu resultado seja o mais próximo possível de suas preferências. Segundo o autor, pensar o processo de construção da política regulatória é vislumbrar a existência de camadas legítimas e superpostas de deliberação e de centros de decisão, os quais se alternam em um processo dinâmico de diálogo e disputa institucional, que gera sucessivas rodadas de adaptação, correção ou imposição de novos rumos.

A construção da política regulatória é um processo dinâmico e multifacetado, caracterizado por negociações, disputas e interações entre diversos atores que possuem legitimidade ou capacidade de influência no ambiente regulatório. Longe de ser linear, esse processo é marcado por camadas superpostas e concorrentes de atuação, o que reflete a complexidade dos interesses no jogo.

Assim, o chamado “caráter dialógico” da regulação refere-se ao processo de construção normativa que incorpora, formal ou informalmente, múltiplos agentes: regulados, sociedade civil, órgãos de controle e o próprio Judiciário. A regulação é, cada vez mais, uma arena de negociação e disputa hermenêutica. Não se trata, portanto, de um fluxo unidirecional de autoridade técnica, mas de um campo permeado por conflitos epistêmicos e políticos.

Especificamente quanto ao panorama brasileiro, cumpre mencionar algumas peculiaridades da sua atividade regulatória.

2.3 Ambiência regulatória no cenário nacional

No tocante à atuação do Estado nas esferas jurídica, social e econômica, é inconteste que este passou por várias fases e mudanças ao longo da história. De fato, as tendências econômicas são profundamente influenciadas por eventos históricos e crises forçam o Estado a reavaliar sua atuação e postura. A cada grande evento – sejam guerras, crises financeiras ou mudanças tecnológicas – o Estado precisa ajustar seu papel econômico, oscilando entre uma atuação mais intervencionista e uma postura mais liberal.

No Brasil, sobretudo no final da década de 1990 e no início da década seguinte, as transformações ocorridas apontam para uma redução da intervenção direta do Estado na economia e para o incremento de uma nova forma de intervenção. Há o fortalecimento do papel regulador do Estado em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços.

A propósito, nesse cenário, destaca-se a separação entre o operador estatal e o ente regulador, encarregado da regulação do respectivo setor, bem como a admissão pelo setor regulado da existência de operadores privados, muitas vezes competindo com o operador público. Essa abordagem é descrita por autores como Ariño Ortiz como “regulação para a competição” (Ariño Ortiz, 2001).

Ademais, a atividade estatal de regulação difere da intervenção direta no domínio econômico, ao ser muito mais pautada pelo caráter de mediação. Em verdade, pressupõe que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória, buscando legitimar a sua atividade e tornar a regulação mais aderente às necessidades e perspectivas da sociedade (Abar, [s.d.], p. 11-12).

Com efeito, a regulação no Brasil é um aspecto essencial da atuação estatal. Ao longo das últimas três décadas, o Estado brasileiro estruturou uma série de agências e fortaleceu instituições voltadas para a regulação de setores estratégicos, entre as quais se destacam, nesta pesquisa, as agências reguladoras setoriais e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

É oportuno destacar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sendo a instituição responsável por assegurar a concorrência e combater práticas anticompetitivas. O CADE atua para prevenir monopólios e cartéis, buscando garantir que o mercado funcione de forma justa e competitiva. Essa regulação visa proteger os consumidores contra práticas abusivas e fomentar um ambiente saudável para a inovação e o desenvolvimento empresarial.

Vale mencionar ainda, como exemplo, outra instituição voltada para a regulação, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade Tecnologia (INMETRO) o qual é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços, e atua como a principal instituição brasileira responsável pela metrologia, qualidade de produtos e regulamentação técnica. Fundado em 1973, o INMETRO tem como missão assegurar que produtos e serviços sigam padrões de qualidade e segurança no intuito de proteger os consumidores e assegurar a qualidade no mercado, promovendo confiança nas relações de consumo e competitividade nas indústrias brasileiras.

Diga-se de passagem, as agências reguladoras foram introduzidas no país no contexto da reforma de Estado, nos anos 1990, durante o processo de liberalização e privatização de setores anteriormente controlados pelo Estado, como telecomunicações, energia e transportes. Havia o objetivo de assegurar estabilidade a investidores em setores relevantes da economia, especialmente os de infraestrutura, em um momento em que o Estado brasileiro precisava atrair capital privado para financiá-los. As primeiras agências criadas foram: a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) pela Lei n.º 9.247/1996; a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) pela Lei n.º 9.472/1996 e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) pela Lei n.º 9.478/1997.

Nesse novo cenário, a ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse

público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc.) (Abar, [s.d.], p. 13).

Vale salientar que se um dos fundamentos da regulação é manter o equilíbrio de um dado setor da economia (mercado), isso não impede que pela atividade regulatória sejam introduzidos objetivos de ordem geral (artigo 170 da Constituição Federal - CF) que não seriam alcançados exclusivamente pela ação a livre iniciativa dos agentes econômicos (Abar, [s.d.], p. 14).

Igualmente, entende Marçal Justen Filho (2002, p. 24 e 25), "[...] já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. O mercado não estabelece todos os fins a serem realizados na atividade econômica.".

Quando se trata de atividade regulatória estatal, esta não envolve somente preservar o equilíbrio do mercado (função estabilizadora), mas compreende também alguma função redistributiva. Inclusive, o artigo 174 da CF/88, ao prever o papel do Estado como ente normativo e regulador da atividade econômica, lista a função de incentivar e planejar atividades econômicas, o que dá à regulação uma conotação mais ampla do que a simples "correção de falhas de mercado". Porém, é importante frisar que esse caráter redistributivo se coloca a partir de uma perspectiva de mediação de interesses e de busca de equilíbrio interno ao sistema regulado (Abar, p. 15).

Marília de Ávila e Silva Sampaio (2002, p. 339) ressalta que a saída do Estado da prestação direta de serviços ou do exercício de atividades econômicas não implica necessariamente uma redução de seu intervencionismo, nem representa um retorno ao modelo de Estado Liberal clássico. Pelo contrário, o Estado mantém um papel ativo por meio da regulação e fiscalização, garantindo que a iniciativa privada opere nos parâmetros de interesse público. Dessa forma, mesmo sem atuar diretamente como prestador de serviços, o Estado continua influenciando o setor econômico. Com a redução da atuação direta do Estado na prestação de serviços essenciais e relevantes, cresce a necessidade de regulação indireta para garantir que esses serviços continuem sendo prestados adequadamente. Esse controle regulatório busca assegurar a qualidade, a continuidade e o equilíbrio econômico-financeiro desses serviços, mesmo após sua transferência para a iniciativa privada. Dessa forma, o Estado mantém sua função de supervisão e fomento, garantindo que o interesse público seja preservado.

A referida autora ressalta que a criação das agências reguladoras não apenas garante a continuidade do controle estatal sobre setores estratégicos privatizados, mas também assegura um ambiente regulatório estável e previsível, essencial para atrair e manter investimentos de grande porte de agentes econômicos multinacionais (Sampaio, 2002, p. 340).

No que concerne às principais formas de intervenção do Estado na economia, estas se dão por meio de três funções-chave: redistribuição de renda, estabilização macroeconômica e regulação dos mercados.

A redistribuição de renda é uma forma de promover maior equidade e justiça social, enquanto se almeja a redução das desigualdades econômicas. O Estado pode atuar por meio de políticas fiscais e sociais, como a tributação progressiva, onde os mais ricos pagam uma porcentagem maior de impostos, ou pode destinar diretamente recursos para serviços públicos e programas sociais. Exemplos incluem programas de transferência de renda, como o Bolsa Família no Brasil, que buscam oferecer uma rede de proteção para as populações mais vulneráveis.

Por sua vez, a estabilização macroeconômica se propõe a garantir o crescimento sustentável e evitar flutuações extremas. O Estado utiliza políticas monetárias e fiscais para controlar variáveis como inflação, desemprego, e crescimento do PIB. A política monetária, geralmente conduzida pelo Banco Central do Brasil (BACEN), envolve a regulação das taxas de juros e a oferta de dinheiro para controlar a inflação e estimular ou conter o consumo e os investimentos. Já a política fiscal, que inclui o controle de gastos públicos e arrecadação de impostos, possibilita equilibrar o orçamento e apoiar o crescimento econômico. Em períodos de crise, como a de 2008 e a de 2020 com a pandemia, o Estado intensificou seus esforços para sustentar a economia e evitar uma recessão profunda.

Ademais, a regulação dos mercados intenciona que os mercados funcionem de maneira mais justa, transparente e competitiva, evitando, monopólios, práticas desleais e riscos sistêmicos. Entre as práticas de regulação, há aquelas em que o Estado estabelece regras para setores específicos, como telecomunicações, energia, finanças e meio ambiente, a fim de proteger tanto os consumidores quanto a estabilidade econômica. Regulações também garantem padrões de qualidade, proteção ao meio ambiente e direitos dos trabalhadores. Nos últimos anos, com o avanço das tecnologias e a complexidade dos mercados globais, a regulação vem ganhando importância também em áreas como proteção de dados e fintechs.

É importante destacar que a noção de regulação no ordenamento jurídico brasileiro é antiga. Grotti (2004, p. 189) exemplifica esse entendimento ao mencionar a existência de órgãos como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Álcool e do Açúcar (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940) e o Instituto Nacional do Pinho (1941). Apesar de se reconhecer que o fenômeno da regulação não surgiu na década de 1990, é inegável que, nesse período, ele passou a assumir uma nova configuração, diretamente relacionada ao fortalecimento da economia de mercado.

Portanto, embora o discurso da regulação tenha ganhado centralidade a partir da década de 1990, experiências regulatórias existem no Brasil desde o início do século XX e indicavam uma preocupação do Estado com a ordenação de setores econômicos sensíveis. A novidade contemporânea reside menos na existência da regulação e mais na sua formalização institucional em entidades autônomas e especializadas.

Vale ressaltar que em um contexto nacional de necessidade de ajustes estatais para fomentar a atração de investimentos privados para o desenvolvimento da infraestrutura no país, o que consequentemente proveria um estímulo à atividade econômica, é relevante destacar que as falhas de governança e de gestão regulatória podem causar a desconfiança de investidores acerca da credibilidade para se investir em projetos na nação. Neste sentido, Pó (2009) afirma que a estabilidade regulatória e a preservação dos contratos seriam elementos essenciais para a atração de investimentos de longo prazo e o consequente desenvolvimento econômico nacional (Dematte, 2019, p. 3).

2.3.1 Breve contexto histórico da regulação

Com o propósito de melhor contextualizar o assunto em estudo na realidade brasileira, discorre-se sobre o tema sem pretensão de aprofundar a digressão histórica. Durante o Império e a Primeira República o Brasil apresentou características de Estado Liberal com economia agrária. Inclusive, a Constituição de 1824 e a Constituição de 1981 garantiam plenamente o direito de propriedade.

Ressalta-se que, no Brasil, o Estado passa a fazer-se mais presente sobre e na economia a partir da década de 30, o que se evidencia na Constituição de 1934.

Como observa Edilson Nobre, foram várias empresas públicas criadas a partir da década de 40, em razão da ausência de capacidade da iniciativa privada, bem como da desorganização do setor privado. A expansão da atuação do Estado na economia permaneceu no período do governo militar e, segundo o referido autor (Nobre, 2021, p. 61), em censo de 1981, no âmbito da União, constatou-se 530 (quinhentas e trinta) pessoas jurídicas públicas empresariais. Contexto esse com o qual se deparou o início da vigência da Constituição de 1988, como ressalta.

Vale a pena frisar que a Constituição Federal de 1988 menciona três formas de intervenção na ordem econômica: como agente da atividade econômica (art. 173); regulador da atividade econômica e ressalta ainda as atividades indutoras do Estado.

Com efeito, o artigo 173 da Constituição prevê que o Estado poderá atuar diretamente na economia por meio da exploração direta de atividades econômicas quando necessária aos "[...] imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo", ou seja, somente em situações excepcionais.

Como regulador da atividade econômica, o Estado estabelece normas e regulações para disciplinar e supervisionar a atuação do mercado, buscando assegurar a concorrência justa e o equilíbrio entre os interesses públicos e privados. A regulação se manifesta por meio de agências reguladoras e órgãos específicos (como o CADE) que regulam setores determinados e garantem a defesa do consumidor. Essa função é fundamental para proteger o interesse público, evitar práticas abusivas, buscando assegurar a transparência e eficiência dos mercados. A regulação é também orientada pelos princípios constitucionais da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor.

Por sua vez, o Estado como Indutor da Atividade Econômica atua como incentivador do desenvolvimento econômico, implementando políticas públicas, programas de fomento e incentivos fiscais para estimular setores específicos ou apoiar a inovação e o crescimento em áreas estratégicas. As atividades indutoras incluem subsídios, financiamentos por bancos públicos, isenções fiscais, investimentos em infraestrutura e em educação, que geram condições mais favoráveis para o desenvolvimento econômico e social. O objetivo é corrigir falhas de mercado, reduzir desigualdades regionais e fomentar o desenvolvimento em áreas que o mercado, por si só, não alcançaria, como regiões menos favorecidas ou setores de grande impacto social, como saúde e educação.

Continuando o curso histórico, em 1988, surge o Programa Nacional de Desestatização (Decreto n.º 95.886/1988) que previa em seu art. 2º, projetos de privatização e desregulamentação. Na gestão de Fernando Collor e no Governo de Fernando Henrique Cardoso diversas normas foram criadas disciplinando as desestatizações, inclusive, com mudanças constitucionais na gestão deste último, das quais vale a pena destacar algumas emendas.

Em especial, ressalta-se a Emenda Constitucional nº 06 que alterou o princípio diretivo da ordem econômica para não mais dar tratamento favorecido à empresa de capital nacional de pequeno porte e sim à empresa de pequeno porte constituída em compasso com as leis brasileiras e que tenha sua administração no país (Nobre, 2021, p. 62, 63). Também merece destaque para fins desta pesquisa a emenda constitucional 07, que dispôs sobre o exercício da atividade de transporte aéreo, aquático e terrestre (Nobre, 2021, p. 63). Por sua vez, a Emenda Constitucional n.º 08 dispôs, entre outras coisas, sobre a criação de órgão regulador relativos aos serviços de telecomunicações. Por fim, frisa-se a Emenda Constitucional n.º 09 que relativizou o monopólio estatal do petróleo e listou, entre outros objetivos, a instituição de órgão regulador da referida atividade (Nobre, 2021, p. 63).

Pablo Leurquin e Fabiano Lara (2016, p. 162) enfatizam que a legitimidade da criação das agências reguladoras é decorrente da própria Constituição da República. Mencionam que em seu artigo 2º, XI, como desdobramento da Emenda Constitucional de n.º 8/1995, quebrou o monopólio da União para explorar os serviços de telecomunicação. Igualmente, o §2º, III do artigo 177 da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional n.º 9/1995, flexibilizou o monopólio da União no que tange a atividades relacionadas à exploração de petróleo e gás natural.

Por conseguinte, aduzem os referidos autores que apesar da formulação genérica do art. 174 da Constituição, que define o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, o próprio texto constitucional apresenta duas disposições específicas referentes às agências reguladoras. Assim, pode-se afirmar que a origem do modelo brasileiro de agências reguladoras está na própria Constituição, sendo posteriormente ampliado e adotado em outros setores por meio da legislação infraconstitucional (Leurquin e Lara, 2016, p. 162-163).

Igualmente dá-se destaque ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, documento finalizado em 1995, elaborado pela Câmara de Reforma do Estado, que ressalta que o setor de produção de bens e serviços deve ficar a cargo

da iniciativa privada. Segundo o referido texto, caberia ao Estado assegurar, por meio de governança, a aplicação das leis e das políticas públicas, indicando para essa finalidade a transmudação das antigas autarquias em agências autônomas (Nobre, 2021, p. 65).

Outrossim, houve a elaboração da primeira lei de concessão de serviços públicos, bem como, da primeira lei que estabelece a agência reguladora sob forma de autarquia especial, Lei n.º 9.427/1996, que também criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Vale ainda ressaltar a lei n.º 13.848/2019, norma geral sobre a matéria, que enumerou as onze agências reguladoras existentes no âmbito federal, bem como afirmar que qualquer nova entidade criada posteriormente deveria observar a norma em questão (Nobre, 2021, p. 65). Além disso, alterou substancialmente regras gerais sobre os dirigentes e o pessoal dos entes reguladores (Nobre, 2021, p. 66). Dessa forma, criou-se um conjunto normativo que consolidou o estado regulador ou garante.

Nesse contexto, a reforma do Estado na década de 1990, influenciada por agendas neoliberais e orientações de organismos internacionais, impulsionou no Brasil a criação das agências reguladoras. Sob a justificativa de substituir o modelo de intervenção direta por uma regulação técnica e estável, instaurou-se um novo arranjo institucional: a regulação por autarquias especiais com competências normativas, sancionatórias e deliberativas. O modelo, no entanto, já nasceu tensionado por contradições estruturais.

2.3.2 Agências reguladoras independentes: mitos e realidades

A moderna regulação representa uma mudança no paradigma da intervenção estatal na economia, chamada de intervenção regulatória. Esse contexto demanda o surgimento das Agências Regulatórias como instrumento apto para o exercício regulatório (ABAR, [s.d.], p.18). Frisa-se, porém, que nem todo ente regulador se configura como uma Agência, porém, para regular, esta é instrumento considerado por muitos mais apto e eficiente (ABAR, [s.d.], p. 22).

Segundo Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 281), as agências reguladoras no Brasil são caracterizadas como autarquias de regime especial, dotadas de certa autonomia em relação à administração centralizada. São responsáveis por exercer funções regulatórias sendo dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados

pelo Presidente da República, com aprovação prévia do Senado Federal, para mandatos com prazos fixos. Ressalta-se que esses dirigentes não podem ser exonerados *ad nutum*. Assim, a exigência de maior autonomia institucional confere às agências a qualificação de autarquias especiais, destacando-se entre suas prerrogativas a estabilidade dos dirigentes, a autonomia financeira e o poder normativo (Santos, 2002, p. 629).

Vislumbrou-se nas autarquias em regime especial uma espécie de organização que deveria ser capaz de normatizar temas adequadamente de elevada complexidade técnica e decidir imparcialmente e isonômica potenciais conflitos entre Administração Pública direta (no exercício do poder concedente/ permitente/ autorizante), agentes regulados e usuários dos serviços. Sua estrutura reforçada e descentralizada não somente viabiliza a regulação de setores estratégicos com elevada complexidade, mas também promove a confiança necessária para atrair investimentos de longo prazo, equilibrando os interesses do poder público, dos agentes privados e da sociedade.

Sabe-se que o Estado como regulador pode se dar em setores em que se suprime a sua atuação como operador da atividade econômica (supressão da intervenção direta) ou em setores que embora abertos à atuação privada o Estado permanece operando como agente econômico (via empresas estatais ou empresas com participação do Estado no seu capital). Pode ainda haver casos em que se introduzem mecanismos de regulação estatal sobre setores onde o Estado nunca atuou diretamente, mas cuja relevância econômica ou o interesse social nele existente justifique essa intervenção (ABAR, [s.d.], p. 18).

Oportuno reiterar que o surgimento das agências reguladoras no Brasil foi inspirado em uma tendência global de criação de autoridades administrativas independentes, para trazer maior profissionalismo, imparcialidade e especialização técnica à regulação de setores complexos e estratégicos da economia. Esse movimento, como já foi dito, começou na década de 1990, período em que o Brasil passou por uma série de privatizações e reformas estruturais em setores como telecomunicações, energia, transporte e saneamento, que antes eram operados diretamente pelo Estado.

A moderna regulação deve favorecer não a imposição de pautas regulatórias, mas a busca do consenso e da mediação de interesses, sem perder de vista a tutela dos interesses gerais da sociedade (ABAR, [s.d.], p. 21). É necessária a existência de

neutralidade (equidistância) que o ente regulador deve manter em face dos interesses regulados, incluídos aí também os interesses do poder público (ABAR, [s.d.], p. 21). Eis que as agências reguladoras foram estruturadas para desempenhar funções especializadas, com foco na neutralidade e independência em relação a influências políticas e partidárias.

As primeiras agências reguladoras no Brasil foram criadas no contexto das reformas estruturais e administrativas da década de 1990, como foi dito, um período marcado pela reestruturação do papel do Estado na economia e pelo movimento de privatização de setores antes monopolizados pelo governo. Essas reformas tiveram como objetivo abrir o mercado para a iniciativa privada e, ao mesmo tempo, garantir que o interesse público e a segurança dos serviços essenciais fossem mantidos por meio da regulação independente.

As reformas administrativas alteraram o perfil constitucional do Estado brasileiro nos domínios administrativo e econômico. Por estratégia política, coube à legislação infraconstitucional a criação de agências reguladoras dotadas de competências regulatórias que consumaram a mutação da atuação estatal em relação à ordem econômica (Jales, 2020, p. 9).

Atualmente o Brasil possui onze agências reguladoras federais, cada uma responsável pela regulação de setores específicos da economia que exigem supervisão especializada, são elas: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) que Regula o setor de energia elétrica; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que regula as telecomunicações, incluindo telefonia, internet e o uso do espectro de radiofrequências; Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) que regula o setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis, incluindo a exploração, produção e distribuição desses recursos; Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que regula e fiscaliza produtos e serviços que afetam a saúde, como medicamentos, alimentos, cosméticos, produtos de higiene e serviços de saúde; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que regula os planos e seguros de saúde no intuito de tentar garantir que as operadoras cumpram normas e ofereçam atendimento adequado aos usuários; Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que regula o transporte terrestre, incluindo rodovias e ferrovias concedidas, bem como o transporte interestadual e internacional de passageiros e cargas; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) que regula o transporte aquaviário e os portos, garantindo a eficiência e segurança nos serviços de

navegação e nas operações portuárias; Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) que regula o setor de aviação civil, incluindo companhias aéreas, aeroportos e profissionais da aviação; Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) que regula e fiscaliza o uso dos recursos hídricos e, desde a aprovação do marco legal do saneamento, também tem papel na regulação de serviços de saneamento básico; Agência Nacional de Mineração (ANM) que regula o setor de mineração, assegurando a conformidade com normas ambientais e de segurança, bem como o uso sustentável dos recursos minerais e a Agência Nacional de Cinema (ANCINE) que é responsável pela regulação, fomento e fiscalização das indústrias de cinema e audiovisual no Brasil, apoiando a produção, distribuição e exibição de conteúdos nacionais.

Como já foi dito, as agências reguladoras, no Brasil, são estabelecidas como autarquias em regime especial, o que lhes confere um nível mais elevado de autonomia administrativa e financeira em relação ao ente político instituidor, ou seja, ao governo federal. Essa autonomia é tida como essencial para que elas possam exercer suas funções regulatórias com independência técnica e imparcialidade.

Essa autonomia não significa ausência de controle, uma vez que as agências continuam sujeitas aos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente o da legalidade. Entretanto, “[...] possuem uma margem maior de discricionariedade, consoante o novo espírito que norteia a atividade estatal, qual seja, o de que o Estado deve funcionar melhor e ser mais econômico ao consumidor, nos moldes preconizados por um modelo de administração gerencial” (Sampaio, 2002, p. 341).

Para poderem operar com essa independência, as agências reguladoras possuem algumas prerrogativas específicas: autonomia administrativa e financeira; independência técnica; mandato fixo para dirigentes; prerrogativas jurídicas especiais e poder fiscalizador e sancionador.

Assim, as Agências são dotadas de autoridade, ao poderem exercer coercitivamente suas atribuições. Exercem função pública, típica de Estado, embora não somente aquelas típicas da Administração Pública, são criadas para o exercício de regulação estatal, conforme previsto no artigo 174 da Constituição (ABAR, [s.d.], p.23). Ressalte-se que o fato de exercerem poder extroverso típico de autoridade pública não implica dizer que as Agências sejam órgãos caracterizados pela unilateralidade e impositividade. É inerente a essas instituições o exercício da

autoridade num ambiente de composição, negociação e mediação perante os interesses envolvidos (o pressuposto do equilíbrio). (ABAR, [s.d.], p.24).

Quanto à amplitude de poderes que as Agências possuem, para bem exercer a atividade regulatória nos moldes antes expostos, o regulador deverá manejar vários instrumentos interventivos, que vão desde a atividade normativa até a aplicação de sanções (ABAR, [s.d.], p.25) [3].

É oportuno esclarecer que, para fins desse trabalho, designa-se poder normativo das agências reguladoras como uma característica essencial do Estado Regulador moderno, refletindo a necessidade de especialização e flexibilidade para lidar com a complexidade dos setores regulados. Esse poder, conhecido como *rulemaking*, permite que as agências emitam normas substantivas que criam obrigações, direitos e sanções para os agentes envolvidos. Embora essas normas possuam força vinculante semelhante à das leis, sua hierarquia inferior às normas legais garante que não possam contrariar disposições legislativas.

Outra característica relevante das Agências é a sua necessária permeabilidade à sociedade (ABAR, [s.d.], p. 26). Por conseguinte, quanto mais aberta e institucionalizada for essa permeabilidade, mais controle poderá ter a sociedade para coibir a captura.

A permeabilidade se revela na interlocução com os sujeitos à regulação e também perante os potenciais beneficiários da atividade das Agências. Ou seja, o órgão regulador deverá buscar, permanentemente, a participação dos demais atores

[3] Para tanto, embora isso possa variar de setor para setor, as Agências reúnem os seguintes poderes consoante a ABAR: i) poder normativo, consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (complementando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); ii) poder de outorga, consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular; iii) poder de fiscalização do setor, a qual se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor), quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimentos de regras ou objetivos regulatórios; iv) poder sancionatório, consistente tanto na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, como também na prerrogativa de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; v) poderes de conciliação, que se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado (malgrado não explorarem diretamente a atividade sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica47; e por fim vi) poderes de recomendação, consistentes na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a Agência, do regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas. (ABAR, [s.d.], p. 25, 26)

da sociedade (consumidores, grupos de interesse, associações, entidades de classe, agentes econômicos e outros que não os operadores regulados) (ABAR, [s.d.], p. 28).

A permeabilidade da atuação do órgão regulador irá se traduzir em vários mecanismos como:

> i) mecanismos de participação nas atividades dos órgãos (Consultas Públicas, Audiências, Sessões de Deliberação abertas, forte incentivo ao contraditório nas decisões); ii) a institucionalização de organismos de representação da sociedade no cumprimento das funções do regulador (Conselhos Consultivos, por exemplo); iii) a institucionalização dos espaços de interlocução entre regulador e regulado (mesas de negociação, comitês técnicos, etc.); iv) na disponibilidade aos interessados do acervo de informações amealhado pelo regulador, com facilitação de acesso e possibilidade de cruzamento com outros bancos de dados; v) a instituição de agentes de promoção da permeabilidade e abertura do órgão como as ouvidorias ou os conselhos de representantes dos operadores ou usuários; vi) a formatação de convênios com órgãos governamentais ou não governamentais que permitam o intercâmbio de experiências, demandas e informações relevantes para o setor regulado; vii) a difusão e incentivo da criação, na sociedade, de agrupamentos voltados a participar da atividade regulatória (conselhos de usuários, comitês de acompanhamento dos regulados, etc.) (ABAR, [s.d.], p. 28).

Reunindo tantos poderes, há a necessidade de que a atividade das Agências seja rigorosamente submetida a normas processuais. Observância de prazos, procedimentos detalhados, formas de assegurar os direitos dos administrados, mecanismos para exercício do contraditório, critérios de aferição da proporcionalidade nas condutas regulatórias, estes dispositivos têm de estar previstos (e garantidos) no exercício das funções das Agências (ABAR, [s.d.], p. 29).

Dessa forma, o traço de processualidade se manifesta tanto pela observância da ideia de processo (partes e o respeito aos seus direitos), quanto no aspecto procedimental (detalhamento do rito e dos procedimentos a serem necessariamente observados pelo regulador) (ABAR, [s.d.], p. 29).

Nesse contexto, o aspecto a ser destacado está-se diante de autoridades reguladoras dotadas de independência. Esse talvez seja o aspecto mais polêmico destes novos órgãos de regulação. “O traço essencial de tais organismos é naturalmente a sua autonomia ou independência dos respectivos membros. Não estão organicamente integrados na administração ordinária do Estado, nem estão sujeitos as orientações ou controle governamental quanto à condução da sua atividade.” Trata-se de uma decorrência daquele requisito de neutralidade da regulação (ABAR, [s.d.], p. 29).

Com efeito, Alexandre Aragão afirma que a novidade mais relevante que as agências reguladoras trazem para o nosso direito, é a sua independência assegurada principalmente pela vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, vedação de exoneração por motivos exclusivamente políticos (autonomia orgânica), e pela inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central sobre os seus atos decisórios (autonomia decisória) (Aragão, 2013, p. 214).

A independência se põe, portanto, essencial para o regulador poder exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado (ABAR, [s.d.], p. 29, 30). Segundo a ABAR, para existir o pleno exercício da regulação, é necessário que o ente dela encarregado mantenha uma certa autonomia em relação a esses três blocos de interesses que, normalmente, não são combináveis, nem muito menos coincidentes (ABAR, [s.d.], p. 30).

Tem-se que o órgão regulador deve ter total independência perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Porém, isso não significa que a atividade regulatória deve ser exercida contra o regulado (ABAR, [s.d.], p. 30).

Um dos principais elementos para a efetivação desta independência são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador (a chamada quarentena). (ABAR, [s.d.], p. 30). A quarentena não impedirá que, superado o prazo de impedimento, o mercado absorva quadros do regulador, entretanto, ela obsta o fluxo de informações no sentido do regulador para o regulado e permite uma demarcação de períodos entre a atuação do agente no âmbito do regulador e, após, no mercado (ABAR, [s.d.], p. 30).

Do mesmo modo, embora deva ter um compromisso forte com os consumidores (em benefício de quem deve se dirigir à regulação), a Agência não pode se transformar num simples e incondicional promotor do interesse do consumidor, desconhecendo as outras dimensões da atividade regulatória. Tal atividade não pode se traduzir num populismo regulatório. Isso porque o atrelamento exclusivo ao interesse do usuário pode levar, em situações limite, ao aniquilamento de parcela dos exploradores da atividade regulada, acarretando, a longo prazo, a redução da competição (ABAR, [s.d.], p. 31).

Vale salientar que a dimensão da independência mais polêmica é a que tange à articulação com o poder político. Será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: as leis que suportam os instrumentos regulatórios e as macro-políticas para o setor. Porém, definidos esses marcos, devem as Agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em meras *longa manus* do núcleo estratégico estatal (ABAR, [s.d.], p. 31).

Um exemplo parece ser ilustrativo. Deve o órgão regulador deter suficiente independência (apoiada pelos instrumentos legais adequados) para, por exemplo, se opor ao interesse de um governante que, numa jogada eleitoral, intente reduzir à metade as tarifas praticadas para um determinado serviço essencial. (ABAR, [s.d.], p. 32).

Alguns instrumentos se prestam, conjugadamente, a garantir a independência orgânica: estabilidade dos dirigentes e ausência de controle hierárquico. O principal deles é a estabilidade dos dirigentes das Agências. Esta estabilidade se traduz: a) na investidura de mandato para os dirigentes (fixação de um prazo para exercício das funções) e b) na consequente inamovibilidade (não demissibilidade) destes durante o período do mandato, salvo em circunstâncias excepcionais (prática de atos de improbidade, condenação criminal, descumprimento reiterado dos objetivos do setor) (ABAR, [s.d.], p. 33).

Essa estabilidade assegura, em última instância, que o regulador poderá exercer suas competências sem estar ameaçado de ter sua atuação interrompida por ato de vontade dos dirigentes do poder central. (ABAR, [s.d.], p. 33).

Ainda no plano da independência orgânica, à estabilidade dos dirigentes soma-se a ausência de mecanismos típicos do controle hierárquico. É dizer, os atos

praticados pelas Agências não são passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte dos dirigentes do órgão da Administração central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados (ABAR, [s.d.], p. 33).

Também é essencial a independência administrativa. A independência de gestão cuida, portanto, de garantir uma liberdade de meios para a boa atuação do regulador (ABAR, p. 34). Trata-se de dotá-lo de recursos e instrumentos para exercer suas atividades sem necessidade de recorrer ao poder central. Ela se traduz nos seguintes mecanismos: i) a autonomia de gestão do órgão; ii) autonomia financeira; iii) liberdade para organizar seus serviços; iv) regime de pessoal compatível. (ABAR, [s.d.], p. 34).

A autonomia de gestão envolve dotar a Agência da capacidade de organizar e gerir seus orçamentos (observadas as regras gerais de direito financeiro e os mecanismos de controle da gestão pública), alocando os recursos disponíveis nas atividades que, ao ver do órgão, sejam prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas atividades. Tal autonomia interdita contingenciamentos ou cortes orçamentários que sejam feitos para atender a objetivos de política monetária ou fiscal. (ABAR, [s.d.], p. 34).

A autonomia financeira se caracteriza pela garantia de que os recursos financeiros necessários à atividade da Agência não dependerão da gestão do tesouro (ou seja, sua liberação não demandará boa vontade do poder central) (ABAR, [s.d.]. p. 34).

Por sua vez, a liberdade para organizar seus serviços é a característica que mais se aproxima do conceito clássico de ente autárquico. Trata-se da liberdade para determinar, internamente, como serão alocadas as competências e atribuições dos agentes para exercício das atividades regulatórias (ABAR, [s.d.], p. 35).

Por fim, está a prerrogativa (e a necessidade) das Agências possuírem um regime de pessoal compatível com a natureza das suas atividades. Nas Agências haverá três ordens de regimes de pessoal. Os dirigentes máximos (integrantes do órgão de direção colegiada) que terão cargos de investidura por prazo certo. Os demais agentes que exerçam funções de direção (supervisores, gerentes, superintendentes, coordenadores, etc.) que poderão ocupar cargos de confiança cuja nomeação, porém, deverá caber ao órgão de direção da Agência (nunca ao chefe do Executivo ou seus auxiliares). Por conseguinte, os demais cargos que exerçam funções inerentes à atividade regulatória, os quais deverão seguir o regime

estatutário, dotado de todas as garantias inerentes à carreira de servidor público ocupante de funções de estado (ABAR, [s.d.], p. 36).

Cumpre esclarecer que as Agências estão submetidas a quatro espécies de controle:

> i) o controle de gestão (exercido principalmente pelos Tribunais de Contas) e referente à aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo; ii) controle quanto ao cumprimento das políticas públicas que, no nosso modo de ver, deve ser exercido predominantemente pelo Poder Legislativo mediante exigência de relatórios semestrais e arguições em Comissões específicas do Parlamento; iii) controle contra abusos e ilegalidades, que deve ficar predominantemente a cargo do Poder Judiciário, podendo ainda, no caso de exorbitância do poder normativo delegado, ser exercido pelo Legislativo que tem competência constitucional para sustar tais atos quando exorbitantes; e por derradeiro iv) o controle quanto ao atingimento das finalidades e metas da regulação que deve ser exercido pelo Legislativo, pelo Executivo e principalmente pela sociedade (ABAR, [s.d.], p. 43).

Delegar poderes regulatórios a agências especializadas é uma estratégia para aumentar a eficiência, reduzir custos de decisão e, principalmente, garantir a continuidade de políticas de longo prazo. Esse modelo é especialmente útil para setores que exigem conhecimentos técnicos específicos e onde a regulação precisa ser constante e estável, como energia, telecomunicações, saúde e transporte.

Portanto, reitera-se, algumas das principais razões para a delegação desses poderes incluem: redução dos custos de tomada de decisão, compromisso com políticas de longo prazo, autonomia em relação a autoridades políticas, independência dos entes regulados, profundidade técnica e conhecimento especializado.

Faz parte da caracterização dessas entidades exigências de profunda fundamentação de suas decisões por meio de processos de consulta e audiência pública, e uma ampla exigência de planejamento de suas atividades e de prestação de contas previstas na Lei n.º 11.848/2019.

Pablo Leurquin e Fabiano Lara, em artigo que compara as agências reguladoras brasileiras e a realidade francesa, destacam três blocos de reflexão expostos no Relatório da Assembleia Nacional de 2010 sobre as autoridades administrativas independentes (AAI) francesas, quais sejam: “qual a legitimidade e limites dessas instituições? Qual a aderência delas às obrigações financeiras que a administração pública se vincula? Como garantir independência sem criar um quarto poder?” (Leurquin e Lara, 2016, p. 169).

Em relação ao primeiro bloco, no Brasil, o próprio texto constitucional conferiu legitimidade ao modelo das agências reguladoras, que hoje se encontram plenamente incorporadas ao ordenamento jurídico nacional. Dentro dessa realidade, os autores em foco mencionam uma preocupação recorrente que diz respeito à necessidade de aperfeiçoamento da atividade regulatória, em sintonia com os pressupostos da chamada "terceira onda regulatória", conforme delineado por Carlos Ragazzo (Leurquin e Lara, 2016, p. 169, 170). Oportuno esclarecer que a terceira onda descrita por Ragazzo é a fase contemporânea da regulação, marcada por uma preocupação crescente com a legitimidade democrática, a transparência, a eficiência e a responsabilidade regulatória. Assim, busca transformar a atuação regulatória em um processo mais transparente, participativo, responsivo e baseado em evidências.

Com relação ao segundo bloco de reflexões, Pablo Leurquin e Fabiano Lara (2016, p. 170) aduzem que merece destaque a posição de Alexandre Santos de Aragão, que afirma ser a autonomia financeira um requisito fundamental para o funcionamento das agências reguladoras, assegurada, em grande parte, pela titularidade das chamadas “taxas regulatórias”. Além disso, mencionam que Aragão sustenta que as leis instituidoras dessas entidades devem prever mecanismos que garantam a autonomia orçamentária, especialmente no que diz respeito à elaboração e envio da proposta orçamentária diretamente ao ministério competente. Todavia, Aragão ressalta que essa autonomia não pode ignorar os limites impostos pelo princípio da unidade orçamentária, previsto na Constituição Federal (Aragão, 2013, p. 352 e seguintes). Por fim, Pablo Leurquin e Fabiano Lara mencionam ser pacífico o entendimento de que tais agências estão sujeitas ao controle externo, devendo prestar contas aos Tribunais de Contas, conforme determina o art. 70 da Constituição da República.

No que se refere ao terceiro bloco de reflexões — a discussão sobre o grau de independência das agências reguladoras —, Pablo Leurquin e Fabiano Lara (2016, p. 170) entendem mais apropriado abordar a questão a partir dos níveis de autonomia dessas entidades. Optam pelo uso do termo autonomia em vez de independência, por considerarem que este último está associado a uma noção equivocada de neutralidade absoluta e de completo afastamento das agências em relação ao governo. Tal concepção não deve ser reproduzida, segundo os autores em foco, uma vez que as agências reguladoras fazem parte da estrutura institucional da política econômica nacional e, por isso, devem manter vínculos com os poderes constituídos,

especialmente com o Poder Legislativo, cuja participação se mostra essencial nesse modelo de intervenção estatal. Nessa perspectiva, segundo os autores, um dos principais desafios do desenho institucional dessas entidades reguladoras é justamente viabilizar uma participação mais efetiva do Legislativo em sua governança, à semelhança do que propõe o Relatório da Assembleia Nacional da França sobre as autoridades administrativas independentes (Leurquin e Lara, 2016, p. 171).

É importante lembrar que, no ordenamento jurídico brasileiro, cabe ao Poder Legislativo a competência para criar, extinguir e modificar o regime jurídico das agências reguladoras. Dessa forma, a autonomia dessas entidades em relação ao Legislativo é necessariamente limitada, uma vez que este também detém o poder de fiscalizar todos os aspectos de sua atuação, inclusive podendo sustar atos normativos que ultrapassem os limites legais estabelecidos. Diante dessas considerações, concluem os autores em foco que as agências reguladoras no Brasil não possuem independência plena, mas sim uma autonomia institucional reforçada (Leurquin e Lara, 2016, p. 171).

As agências reguladoras possuem diretoria colegiada indicada pelo Presidente da República e sabatinada pelo Senado Federal. Seu desenho institucional buscou conferir estabilidade e tecnicidade às decisões regulatórias, mas enfrenta críticas quanto ao grau real de independência frente ao Executivo e aos interesses do mercado. Por que chamar de “autonomia” um órgão que depende politicamente da nomeação presidencial e da aprovação do Senado?

2.3.2.1 Poder Normativo das Agências Reguladoras

O poder normativo das agências é uma das dimensões mais controversas do modelo regulatório. Em tese, tais entes somente executariam a lei por meio de regulamentos técnicos (regulamentos de execução). Contudo, na prática, suas normas muitas vezes criam obrigações novas, de forma geral e abstrata, sem respaldo em comandos legais específicos — configurando o que parte da doutrina chama de “deslegalização”.

Essa competência lhes permite emitir atos normativos de caráter geral e abstrato – os chamados atos infralegais – que definem regras, impõem obrigações e, muitas vezes, limitam direitos de indivíduos e instituições no setor regulado. Há um debate significativo sobre os fundamentos jurídicos dessa atribuição, assim como

sobre sua abrangência e os limites a que deve se submeter. Sem a capacidade de formular normas infralegais, as agências não poderiam ser consideradas verdadeiramente reguladoras.

Frisa-se que o instituto em questão é relativamente novo e sua compreensão tem sido desafiadora justamente pela forma como foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Como mencionado, o modelo brasileiro de agências reguladoras foi amplamente influenciado pelo direito norte-americano, o que significa que muitos dos conceitos e práticas adotados foram importados de um sistema jurídico bastante diferente do que vigora no Brasil. As agências reguladoras no Brasil surgem junto a um movimento de desestatização de alguns serviços públicos; enquanto nos EUA, elas surgem num movimento de intervenção estatal em serviços privados.

Ademais, o direito norte-americano, fundamentado na tradição da *Common Law*, apresenta características marcantes, como a ênfase na jurisprudência e a flexibilidade interpretativa, enquanto o sistema brasileiro é fortemente influenciado pelo modelo romano-germânico, que valoriza a codificação e a sistematização das normas escritas. Essa diferença de tradição implica que, ao importar um instituto jurídico de um sistema estrangeiro, é essencial realizar as devidas adaptações para que ele se ajuste ao contexto e às particularidades do ordenamento brasileiro.

Com efeito, não basta somente transpor conceitos. É preciso recontextualizá-los, considerando as especificidades do sistema nacional, o papel do Judiciário, a tradição interpretativa e os princípios que regem a Administração Pública. Essa tarefa de adaptação e reinterpretação é, portanto, fundamental para o desenvolvimento de uma regulação eficaz e legítima no país, permitindo que o modelo das agências reguladoras possa ser aprimorado e integrado de maneira harmoniosa ao ordenamento jurídico nacional. Assim, incorporação das agências reguladoras provocou um movimento doutrinário voltado à adaptação desses institutos à tradição do Direito Administrativo brasileiro.

Autores como Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1999); Lúcia Valle Figueiredo e Maria de Ávila Silva Sampaio (2000) argumentam que as agências reguladoras não podem inovar no ordenamento jurídico por meio de normas primárias, como ocorre nos Estados Unidos. Para elas, o poder normativo das agências deve se restringir à regulamentação técnica nos limites da lei, sem criar novas obrigações ou direitos. Esse entendimento baseia-se no princípio da legalidade estrita e na ausência de previsão constitucional para regulamentos autônomos, tornando inconstitucional

qualquer tentativa de ampliação desse poder por meio de leis infraconstitucionais. Afirma ainda Lúcia Valle Figueiredo (2000), que mesmo nos Estados Unidos “[...] após uma maior liberdade outorgada pelo Legislativo às ditas agências, houve a percepção de que esse fato poder-se-ia constituir em invasão das competências do Poder Legislativo”.

Sabe-se que ambas as únicas agências que possuem previsão constitucional são a ANATEL e a ANP, que receberam delegação de função a partir do próprio texto constitucional. Já as demais não têm previsão constitucional e, consequentemente, dependem exclusivamente da delegação conferida por leis ordinárias, pela lei instituidora da agência.

O desafio para o legislador brasileiro reside em encontrar um equilíbrio entre a eficácia e a autonomia das agências reguladoras e o respeito aos limites impostos pela Constituição. Sampaio (2002, p. 343) aduz que é fundamental que o poder normativo conferido a essas entidades esteja adequadamente alinhado com a repartição de competências e com a proteção dos direitos fundamentais, evitando a excessiva concentração de poder e assegurando um controle efetivo e transparente das suas ações.

Se, por um lado, é inegável que a regulação exige a edição de normas infralegais para disciplinar setores complexos da economia e dos serviços públicos, por outro, há o risco de que tais normas ultrapassem os limites da regulamentação e adentrem o campo da criação de direitos e obrigações, reservado ao Legislativo na visão dos autores referidos. A questão, portanto, reside em definir até que ponto as agências podem inovar juridicamente sem comprometer a estrutura constitucional brasileira.

Nesta tese, trabalha-se com a categoria de “escolha regulatória” (Guerra), entendida como uma decisão administrativa dotada de tecnicidade, mas também de impacto normativo, tomada nos limites jurídicos, mas com espaço de conformação institucional. A escolha regulatória exige análise sistêmica, motivação robusta e responsabilidade democrática.

2.3.2.2 Teorias para justificar a abrangência e os limites do poder normativo

A doutrina administrativa brasileira tem se pautado em diferentes teorias para justificar a abrangência e os limites do poder normativo e regulador das agências

reguladoras brasileiras. Este trabalho mencionará abaixo algumas classificações com base na abrangência e limites referidos.

Inicialmente (a), vale discorrer sobre a extensão do poder normativo do Poder Executivo, de forma geral, e sobre as teorias baseadas na disciplina constitucional, especialmente no que se refere ao debate acerca da separação dos poderes e do princípio da legalidade, bem como à classificação doutrinária correspondente a essa discussão.

Em seguida (b), será apresentada a classificação mencionada por Elton Dias Xavier e Elizangela Santos de Almeida, que reúnem posicionamentos doutrinários divergentes quanto ao fundamento do poder normativo, em especial no âmbito das agências reguladoras.

a) Regulamentos e sua disciplina constitucional

A extensão do poder regulamentar do Executivo, sob uma perspectiva dogmático-legalista, está intrinsecamente ligada ao princípio da legalidade. Como definir a amplitude do conteúdo sobre o qual o Executivo pode editar normas, chamadas regulamentos? Há uniformidade na doutrina no sentido de que as matérias reservadas à lei por determinação constitucional não podem ser disciplinadas por regulamento do Executivo. Porém, surge divergência em relação à disciplina de matérias em que não há reserva explícita.

Em perspectiva formal, os regulamentos são normas emanadas da Administração Pública, que transformam a norma abstrata da lei em procedimentos e regras aplicáveis à realidade da administração pública para o efetivo cumprimento de sua função administrativa. A competência regulamentar, portanto, é atribuída por meio de lei. Nesse contexto, quais os limites e as exigências do direito brasileiro para essa atribuição de competência regulamentar?

Oportuno salientar que a doutrina tradicional classifica os regulamentos de acordo com sua relação com a lei, distinguindo por esse critério, em estritamente subordinados à lei, no caso dos chamados regulamentos de execução, ou relativa, ou completamente independentes de lei, chamados regulamentos autorizados, delegados ou autônomos como será esclarecido adiante.

Essencialmente, a relação entre o regulamento e a lei gira em torno da capacidade – ou não – do regulamento de inovar na ordem jurídica, isto é, de criar

novos direitos e obrigações. Esse debate se centra em duas noções. A inovação primária é aquela, própria da lei, que cria direitos e obrigações novos à ordem jurídica. Por outro lado, a inovação de natureza secundária não cria, mas sim disciplina direitos e obrigações preestabelecidos.

Não há divergência com relação aos casos em que o regulamento se apresenta como norma jurídica derivada, situação dos regulamentos de execução. Nesses casos entende-se que o Poder Executivo pode editar normas com a finalidade de garantir a fiel execução da lei, nos termos do art. 84, IV da Constituição Federal de 1988. Assim, não há criação de direito novo na situação referida.

Entretanto, há divergência nos casos em que a atribuição ou restrição de direitos, ou imposição de obrigações aos administrados, inovação característica de lei, é veiculada por meio de norma editada pelo Executivo, ou seja, por meio de regulamento. Há situações em que, embora o regulamento seja emitido com base em uma lei autorizativa genérica – a chamada lei-quadro –, ele acaba por funcionar, na prática, como a principal fonte de direitos e obrigações na ordem jurídica. Isso ocorre porque a lei estabelece somente diretrizes gerais e delega ao Executivo (ou às agências reguladoras) a tarefa de detalhar, operacionalizar e adaptar essas diretrizes à realidade do setor. Dessa forma, os regulamentos, ao especificarem regras concretas, determinam de maneira efetiva os direitos e obrigações dos administrados. Nesses casos, o conteúdo normativo substancial, que supostamente deveria estar na lei, é, na prática, elaborado por meio de atos infralegais. Essa dinâmica levanta discussões sobre a extensão do poder normativo do Executivo. Nesse contexto, serão mencionadas três abordagens teóricas que definem diversamente essa extensão em discussão do poder normativo.

I - Primeira abordagem

A abordagem doutrinária tradicional no direito brasileiro sustenta que o Poder Executivo só pode editar disposições destinadas ao campo de execução da lei, isto é, os chamados regulamentos de execução. Essa perspectiva baseia-se na premissa de que a função normativa originária – que cria direitos e obrigações – é exercida pelo Poder Legislativo e não pode ser delegada genericamente ao Executivo. Nos termos da Constituição de 1988, especialmente nos dispositivos que tratam da separação de

poderes e da divisão de competências, a função legislativa é indelegável, salvo nos casos expressamente previstos (como nos artigos 62 e 68 da CF/88).

Em tal abordagem, cita-se, com frequência, o art. 84, IV da CF/88, que estatui competir privativamente ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Nesse sentido, ressaltam que os regulamentos podem ser expedidos somente para a fiel execução das leis, o que sinalizaria a admissão apenas dos regulamentos de execução. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro vedaria a edição de normas primárias, regulamentos autônomos, pelo Executivo.

Além disso, para tentar demonstrar que a Constituição Federal adotou o modelo tradicional e rígido da separação de poderes, mencionam o art. 25, I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Veja-se o dispositivo em foco:

> Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:
> I - ação normativa; (...)

Portanto, a doutrina tradicional defende uma separação de poderes, atribuindo exclusivamente ao Legislativo a competência para editar normas primárias que interfiram na autonomia individual. Essa perspectiva baseia-se na necessidade de proteger a liberdade individual contra possíveis arbitrariedades do Estado, garantindo que apenas representantes eleitos diretamente pelo povo possam criar leis que afetem os direitos e deveres dos cidadãos. A legitimidade dessas leis, segundo esse posicionamento, origina-se dessa divisão estrita de competências, garantindo que o processo legislativo seja transparente e democrático.

II - Segunda abordagem

Outra abordagem amplia a ideia de legalidade e propõe uma releitura da visão clássica sobre a separação dos poderes. A partir da tese da capacidade normativa de conjuntura, Eros Grau (2002, p. 348) sugere uma releitura da separação clássica de poderes, enfatizando uma separação de funções, sendo admissível ao Executivo lançar mão de parcela de função normativa, sem que isso seja compreendido como

delegação de poderes. A capacidade normativa de conjuntura permite que órgãos especializados do Executivo atuem normativamente em áreas que exigem *expertise*, técnica e respostas ágeis, garantindo a eficácia das políticas públicas.

Eros Grau introduz o conceito de "capacidade normativa de conjuntura", que se refere à necessidade de o Executivo atuar normativamente em situações específicas e urgentes, especialmente em áreas complexas como a regulação financeira. Essa perspectiva aduz que, diante da dinâmica socioeconômica, o Executivo precisa de certa flexibilidade para responder às conjunturas específicas, garantindo a eficácia e a adaptabilidade das políticas públicas.

Com base na noção de capacidade normativa de conjuntura e em uma concepção ampla de legalidade, reconhece-se que o Poder Executivo pode exercer função normativa por meio da edição de regulamentos autônomos. Nessa linha, Eros Grau (2002, p. 143) define os regulamentos como instituições primárias, dotadas de força própria, ainda que não derivem de um poder originário. Essa compreensão abre espaço para admitir que o Executivo produza normas autônomas, ou seja, leis em sentido material.

A tese encontra respaldo na interpretação da Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, II ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"). De acordo com essa leitura, tal princípio se desdobra em uma “reserva de norma”, que contempla duas dimensões: (i) a obrigatoriedade de observância das disposições expressas na lei (reserva de lei) e (ii) a vinculação às normas que derivam da própria lei (reserva de norma). Considerando que a Constituição já define claramente os assuntos que exigem tratamento exclusivo por meio de lei (como é o caso dos arts. 5º, XXXIX; 150, I; e 170, parágrafo único), entende-se que as demais matérias podem ser reguladas por meio de regulamentos. Assim, concilia-se o princípio da legalidade com a possibilidade de edição de regulamentos autônomos, desde que decorrentes de atribuições implícitas no texto constitucional ou fundadas na sua estrutura normativa (Picchia, 2010, p. 348-349).

III - Terceira abordagem

Em vez de tratar a tensão entre regulamentos autônomos e o princípio da legalidade como um conflito direto e inconciliável, uma corrente crítica à visão

proibitiva sobre regulamentos que inovam na ordem jurídica propõe outra leitura: entende-se que as normas primárias editadas pelo Executivo podem ser legitimadas por autorização legislativa. Nesse sentido, resgata-se a noção de regulamento autorizado, segundo a qual a lei pode estabelecer standards ou parâmetros gerais que orientam a atuação normativa do Executivo, permitindo-lhe editar regulamentos que, embora tenham conteúdo materialmente legal, são válidos por se apoiarem na permissão conferida pela lei formal.

Assim, o foco do debate desloca-se da oposição binária entre legalidade e inovação normativa para a definição dos limites da delegação legislativa ao Executivo. A questão central passa a ser até que ponto o Executivo, a partir de uma autorização — seja ela expressa ou implícita —, pode detalhar e implementar comandos legais sem ultrapassar o limite de sua competência normativa e sem criar, de fato, novos direitos ou obrigações não previstos em lei.

b) Fundamento do poder normativo das agências reguladoras conforme Elton Dias Xavier e Elizangela Santos de Almeida

Elton Dias Xavier e Elizangela Santos de Almeida destacam a teoria da deslegalização, teoria que atribui às agências poder de editar regulamentos, idêntico àquele conferido ao Presidente da República e a teoria que admite às agências a prática de atos administrativos essencialmente técnicos e afetos à sua área de atuação para regular aspectos específicos determinados por lei (Xavier, Almeida, 2013, p. 236-237).

A teoria da deslegalização defende que os atos normativos praticados pelas agências reguladoras teriam seu fundamento de validade na delegação do Poder Legislativo de parcela de suas atribuições, podendo, assim, as agências, no limite da delegação, livremente, editar as normas que entendessem necessárias. Tais normas teriam força de lei e poderiam, inclusive, inovar no ordenamento, gerando e restringindo direitos e obrigações.

A deslegalização, conforme descrita por Diogo Neto (2001, p. 166), representa um mecanismo pelo qual o legislador transfere a competência normativa sobre determinados temas para outras instâncias, permitindo que sejam regulados por atos infralegais, como normas administrativas das agências reguladoras. Isso não significa que o Legislativo perca totalmente o controle sobre esses atos, pois ainda pode

exercer fiscalização política sobre eventuais excessos ou desvios. Esse conceito é particularmente relevante no contexto das agências reguladoras, ao justificar sua capacidade de editar normas técnicas sem que cada detalhe precise ser tratado diretamente por uma lei formal. Conclui que tal conceito pode ser utilizado para definir o processo em curso no Brasil, submetendo-se à deslegalização a certos limites. A teoria em foco será considerada novamente em subseção apartada, subsequente à presente, tendo em vista ser frequentemente mencionada na jurisprudência.

Benedito Porto Neto (2000, p. 291) defende que a outorga de competência normativa para a Administração Pública é legítima desde que a própria lei estabeleça parâmetros claros e concretos para sua atuação. Isso significa que a agência reguladora pode exercer sua competência normativa, mas sempre dentro dos limites definidos pelo legislador. Ao estabelecer os princípios, limites e finalidades que devem ser perseguidos pela agência, a lei garante que seu poder normativo esteja alinhado com a vontade legislativa e, assim, supera-se, segundo o referido autor, qualquer questionamento constitucional sobre a violação do princípio da legalidade.

Contudo, para Elton Dias Xavier e Elizangela Santos de Almeida, em que pese a respeitabilidade de seus defensores, a tese da deslegalização não se sustentaria. Isso porque o Poder Legislativo, em razão da conformação constitucional do Estado brasileiro, não pode, livremente, dispor das funções a ele reservadas. Mencionam que a Constituição Federal já estabeleceu, expressamente, os casos em que outro Poder ou órgão, poderiam, excepcionalmente, exercer a função legislativa com capacidade para inovar no ordenamento; no caso, ao Poder Executivo com fundamento no 62 (medidas provisórias) e art. 68 (leis delegadas); ao Conselho Nacional de Justiça (art. 130-B) e ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, I). Dessa forma, qualquer outra espécie de delegação, a qual se convencionou chamar de delegação anômala, seria, por evidente, inconstitucional (Xavier e Almeida, 2013, p.237).

Segundo Elton Xavier e Elisangela Almeida, uma segunda corrente doutrinária defende que o poder normativo das agências reguladoras é idêntico aos poderes conferidos ao Poder Executivo pelo art. 84, IV da Constituição Federal. Assim, poderiam editar normas complementares para a fiel execução e cumprimento das leis afetas à sua área de atuação. Os autores em foco entendem que essa tese também não merece acolhida. Argumentam que a constituição em nenhum momento demonstra o desejo de compartilhar a atribuição de editar regulamentos para cumprimento das leis. Ao contrário, esse poder foi conferido com exclusividade

somente ao chefe do Poder Executivo, não havendo igual previsão para órgãos da Administração (Xavier e Almeida, 2013, p. 237).

Segundo Xavier e Almeida, a corrente que mais se adéqua ao sistema brasileiro é a que defende que as agências reguladoras expeçam atos normativos técnicos, específicos em relação a determinados aspectos da atividade posta sob sua área de regulação. Os teóricos dessa tese defendem ser necessária a distinção entre poder regulador (de caráter econômico) e poder regulamentar (de cunho político-jurídico).

Dada a especificidade de determinadas questões, em vista do conhecimento técnico que exigem para sua regulação, as agências podem ditar atos específicos tendentes a fixar parâmetros para o exercício daquela parcela da atividade econômica ou serviço explorado. Jamais poderão ser conferidos poderes às agências reguladoras para baixar normas complementares às leis em relação à totalidade de determinado setor. Somente o chefe do Poder Executivo detém poderes para editar normas gerais e abstratas para regulamentar as leis. Os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, em que pese, também gerais e abstratos, devem restringir-se a questões pontuais e essencialmente técnicas, e circunscreverem-se aos exatos limites da lei permissiva. Segundo os autores, essa é a melhor interpretação a fim de harmonizar os dispositivos dos artigos 21, XI e 177, § 2º, III com o art. 84, IV, todos da Constituição Federal (Xavier e Almeida, 2013, p. 237-238).

c) Delegificação ou deslegalização

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000) traz uma definição específica de delegificação ou deslegalização: consiste na “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonnance)”. Igualmente, Eduardo García de Enterría acrescenta:

> [...] mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de ‘congelamento do grau hierárquico’ normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da

> mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora (Enterría, 1998, p. 220-221).

Como se vê, ambos os autores ressaltam que a lei de deslegalização abre aos regulamentos a possibilidade de normatizar uma matéria até então regulada por lei, ressalvadas as matérias resguardadas por reserva absoluta de lei formal.

Alexandre Aragão (2000, p. 290) menciona que as necessidades práticas de uma regulação social ágil e eficiente irão impor o acatamento da delegificação, enquanto o autor entende que este instituto se reveste de sólidos argumentos jurídicos além das razões de ordem prática. Não haveria inconstitucionalidade, segundo o autor, que afirma que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas somente a adoção de uma política legislativa pela qual o legislador transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. Argui que se tem poder para revogar uma lei anterior, teria para rebaixar o seu grau hierárquico. Afirma ainda que a Administração Pública tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social (Aragão, 2000, p. 289).

Segundo Alexandre Aragão, a transferência de determinadas matérias do domínio da lei para a esfera normativa das agências reguladoras se justifica pela complexidade técnica dos temas que elas regulam. Como a regulação envolve a criação de normas para disciplinar setores específicos da economia e serviços públicos, a competência normativa dessas entidades é parte essencial de sua função. Assim, a lei que cria uma agência reguladora geralmente permite que ela edite normas infralegais dentro de seu campo de atuação, caracterizando o fenômeno da deslegalização (2000, p. 291).

O autor em foco ressalta que a delegificação tem grande importância no Direito positivo brasileiro, mesmo existindo pessoas que não acolhem o instituto por via legislativa. Exemplifica que a Constituição Federal delegifica matérias para entidades estatais e não estatais: “[...] em favor de entidades desportivas privadas (art. 217, I), dos órgãos reguladores da prestação dos serviços de telecomunicações (art.21, XI) e da exploração do petróleo (art. 177, §2º, III), das universidades em geral (art. 207), etc” (Aragão, 2000, p. 291). Argui ainda que, como essas esferas normativas estão previstas na Constituição, somente poderiam ser alteradas por normas da própria Constituição (2000, p. 292).

Entretanto, reitera-se, há opiniões na doutrina de que o deslocamento de sede normativa só pode ser operado pela Constituição. Nesse sentido, afirmam que a liberdade do legislador, em um regime de Constituição rígida, não permite renunciar a seus poderes, delegando-os. Tais autores afirmam que a delegificação por via legislativa implicaria em derrogação infraconstitucional de competências fixadas na Constituição.

A análise do poder regulatório das agências reguladoras deve considerar as especificidades do ordenamento jurídico brasileiro na formação do seu modelo de regulação. Do contrário, arrisca-se de incorrer no sincretismo do direito regulatório apontado por José Vicente Santos de Mendonça (2015, p. 286), ou no fenômeno descrito por Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 135-136 *apud* Leitão e Gouveia, 2019, p. 100), em que conceitos e teorias, por vezes conflitantes, são tratados como se fossem harmônicos ou complementares.

É fundamental destacar que, no Brasil, a competência normativa atribuída ao Poder Executivo — e, por extensão, às agências reguladoras — difere substancialmente daquela exercida pelas agências nos Estados Unidos. Ao contrário da Constituição norte-americana, a Constituição brasileira adota uma abordagem mais analítica e detalhada na delimitação das competências legislativas e, consequentemente, das competências regulamentares. Como ressalta Sérgio Guerra (2015, p. 59), na experiência norte-americana não há uma definição constitucional expressa sobre tais competências.

Ainda que o modelo norte-americano se caracterize pela delegação normativa conferida diretamente por meio de lei — e não pela Constituição —, isso não implica na possibilidade de uma transferência integral da função normativa.

Guerra (2017) observa que a Suprema Corte reitera que a delegação de função normativa às agências reguladoras não pode assumir caráter irrestrito ou impreciso, exigindo-se que o legislador estabeleça standards e princípios claros — os chamados *intelligible principles* — que orientem a atuação dessas entidades. A ausência desses parâmetros configuraria uma renúncia inconstitucional do Congresso ao seu papel normativo.

Inicia-se a análise dos fenômenos jurídicos vinculados à escolha regulatória, compreendida como uma categoria distinta e específica própria da regulação.

2.3.2.3 Escolha regulatória e competência regulatória

A escolha regulatória é uma categoria jurídica desenvolvida por Sérgio Guerra (Guerra, 2017), em obra que propõe uma alternativa para superar os limites impostos pela doutrina nacional à regulação. Assim, trata-se de uma escolha distinguida das tradicionais escolhas discricionárias da administração pública, pois não se fundamenta em critérios de conveniência e oportunidade. Ao contrário, baseia-se em competências técnicas específicas dos agentes reguladores e em uma decisão ancorada na realidade concreta. Essa decisão é construída em um processo participativo, que valoriza a contribuição dos atores interessados e diretamente impactados pelos efeitos da regulação.

O estudo da intervenção do Estado nas relações privadas acompanha a própria evolução da sociedade. Ao longo da história, tanto o papel do Estado quanto sua forma de atuação foram se transformando. Em certos períodos, exigiu-se do Estado um afastamento completo das relações privadas; em outros, uma presença mais intensa. O fato é que a regulação sempre esteve presente nesse esforço de pacificação e equilíbrio social. É nesse movimento contínuo entre aproximação e distanciamento do Estado em relação à sociedade que a regulação se consolida. Houve um tempo em que ela se dava exclusivamente por meio da lei; depois, passou a abranger a regulamentação da lei, diante da impossibilidade de prever todos os fatos sociais. Mais adiante, atribuiu-se ao Executivo não somente a função regulamentar, mas também a possibilidade de fazer escolhas discricionárias e até de produzir normas com força de lei.

Na pós-modernidade, passa-se a discutir uma nova forma de atuação estatal, caracterizada pela chamada escolha regulatória. Conforme destaca Sérgio Guerra (2017, p. 416), trata-se de uma função estatal mais dinâmica e complexa do que o tradicional disciplinamento legal ou a regulamentação executiva, ou autônoma. Essa nova configuração reflete uma realidade marcada pela pluralidade de centros de poder e pela ampliação dos direitos individuais, o que intensifica a heterogeneidade dos interesses e a pressão exercida por indivíduos e grupos sobre a Administração Pública. Esses elementos exigem, segundo o autor, uma transformação na compreensão da discricionariedade administrativa, que deve assumir contornos mais objetivos, imparciais e suscetíveis ao controle.

Assim, a escolha regulatória é entendida como o “[...] exercício da capacidade técnica dessas entidades descentralizadas para dispor, com maior densidade, sobre

as matérias que lhe competem para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico e sem concretude" (Guerra, 2017, p. 417).

Fica claro que a escolha regulatória permanece submetida ao princípio da legalidade, distinguindo-se da discricionariedade por não se basear unicamente em juízos de conveniência e oportunidade. Trata-se, antes, de uma decisão fundamentada em uma análise sistemática e transparente da complexidade do problema regulatório (Guerra, 2017, p. 419).

A escolha regulatória surge como uma alternativa aos entraves apontados pela doutrina nacional quanto ao exercício da competência normativa pelas agências reguladoras, ao abranger múltiplas dimensões das funções estatais: ela quase julga, quase legisla e quase executa. Dessa forma, resultam atos que se aproximam de uma lei, de uma sentença ou de uma decisão administrativa. Ainda que sejam "quase", acabam sendo tudo, assumindo uma natureza singular (Leitão e Gouveia, 2019, p. 105).

Embora a escolha regulatória represente um conceito jurídico recente, é importante reconhecer que, na maioria dos casos, seu resultado assume natureza normativa, sendo, por isso, ainda analisado sob a perspectiva de um ato regulamentar (Leitão e Gouveia, 2019, p. 105).

A elaboração de atos regulamentares pelas agências reguladoras resulta da competência normativa atribuída à entidade integrante do Poder Executivo e, em observância aos princípios da legalidade e da inafastabilidade da jurisdição, está sujeita à apreciação e controle pelo Poder Judiciário.

A competência regulamentar, ainda que decorrente de uma escolha regulatória, implica a definição de direitos e deveres para os agentes regulados, o que exige necessariamente sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional. Por se tratar de uma atuação estatal, essa competência deve, inevitavelmente, obedecer ao princípio da legalidade, mesmo diante do enfraquecimento do modelo legalista tradicional frente à rapidez e complexidade das dinâmicas sociais e econômicas contemporâneas. É justamente no âmbito da regulação que surgem os debates mais intricados sobre a atuação das agências reguladoras no Brasil, especialmente quanto à acusação de que tais entidades estariam invadindo a esfera legislativa ao inovar na ordem jurídica, o que tem levado à judicialização de seus atos normativos com pedidos de anulação.

Dessa forma, percebe-se que, sempre que os atos normativos editados por agências reguladoras estabelecem regras gerais e abstratas que impactam o exercício de direitos dos agentes por elas regulados, é comum que tais normas sejam questionadas judicialmente. O Poder Judiciário, então, é chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade do exercício dessa competência normativa pelas referidas agências.

No âmbito doutrinário, existem autores que sustentam a constitucionalidade do exercício da competência regulamentar pelas agências reguladoras, como no caso de Sérgio Guerra, Jackson Tavares da Silva de Medeiros e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. Em contrapartida, há juristas, como Gustavo Binenbojm e Marçal Justen Filho, que defendem a inconstitucionalidade desse exercício sempre que ultrapassa os limites da função regulamentar e adentra o campo reservado à função legislativa (Leitão e Gouveia, 2019, p.107-108).

2.3.2.4 Desafios Estruturais e Propostas de Aperfeiçoamento

A criação das agências reguladoras no Brasil foi acompanhada de tensões e controvérsias, especialmente relacionadas à relação dessas agências com os ministérios correlatos e às condições dos seus funcionários. A falta de uma abordagem coordenada e estruturada dificultou a construção de um Estado Regulador integrado e consistente. Isso, por sua vez, levou a uma atuação regulatória fragmentada, com conflitos institucionais e dificuldades operacionais que impactam a eficiência e a legitimidade dessas instituições.

Entre os principais limites do modelo brasileiro de regulação estão: (i) a ausência de uma lei geral das agências reguladoras (por muitos anos, até a edição da Lei nº 13.848/2019); (ii) a instabilidade dos critérios judiciais de controle; (iii) a fragilidade dos mecanismos de prestação de contas ao Legislativo; e (iv) o risco de captura regulatória.

Em teoria, as agências reguladoras devem ter autonomia em relação aos ministérios aos quais são vinculadas, para assegurar independência técnica. No entanto, essa relação foi muitas vezes marcada por interferências, disputas de autoridade e questionamentos sobre a capacidade das agências de exercerem suas funções regulatórias sem pressões políticas. O conflito surge porque os ministérios

ainda detêm poder político e orçamentário, o que pode impactar a atuação independente das agências e gerar tensões institucionais.

Ao serem criadas como autarquias especiais, as agências reguladoras se depararam com questões sobre a estrutura de remuneração, o regime de trabalho e as regras para progressão de carreira de seus funcionários. A falta de uma política coordenada para a criação das agências resultou em disparidades no regime jurídico.

A criação das agências reguladoras ocorreu de forma isolada, sem um movimento estruturado que desejasse estabelecer um modelo uniforme e coordenado de regulação. Como aponta Gaetani (2002), isso significou que as agências foram criadas para atender demandas específicas de setores, como energia, telecomunicações e transporte, sem uma visão integrada de longo prazo. Essa abordagem fragmentada dificultou o desenvolvimento de um Estado Regulador coeso e uniforme, criando sobreposição de funções, normas inconsistentes e falta de alinhamento estratégico entre as diferentes agências.

Diga-se de passagem, a falta de um plano centralizado para o desenvolvimento do modelo regulador resultou em ambiguidades sobre a divisão de responsabilidades entre as agências e outros órgãos de governo, como ministérios e o próprio Poder Judiciário. Essa falta de clareza gera conflitos de competência, além de questões sobre o alcance e os limites da atuação das agências. Nesse contexto, ressalta-se a atuação do Poder Judiciário, que pode rever as decisões das agências e, em alguns casos, limitar o seu poder de atuação.

O Relatório da OCDE (Brasil, 2008, p. 223) menciona que, no segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1999-2002), quando as agências estavam dando seus primeiros passos, ainda havia um certo descuido, por falta de capacidade técnica e *expertise* de alguns ministérios da área de infraestrutura. O texto ressalta ainda que características como transparência, prestação de contas, isolamento técnico e estabilidade de regras que deveriam equilibrar a independência para garantir a delegação de responsabilidades, de forma procedural e apolítica, não foram devidamente asseguradas e compreendidas. Como consequência, esse foi um tema inacabado e muito problemático da agenda política geral. Nesse contexto, a noção de delegação de poderes fortes foi questionada politicamente, especialmente no contexto da eleição do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

O mesmo relatório da OCDE (Brasil, 2008) frisa que o fortalecimento de políticas em direção à qualidade da regulação e o fortalecimento das agências

reguladoras não fazia parte das metas de política da nova coalizão conduzida pelo Partido dos Trabalhadores (PT), uma vez que foi percebida como uma validação dos processos de privatização. Assim, as implicações totais para o crescimento a longo prazo e em termos de financiamento de infraestrutura essencial também não foram devidamente consideradas no início. Entretanto, progressivamente as autoridades públicas concordaram com o fato de que elas não tinham escolha a não ser ratificar o contexto institucional existente. A decisão do governo foi tomada no sentido de manterem-se as instituições sob liderança da Casa Civil da Presidência da República.

Outrossim, como se espera que atuem de forma autônoma, com mandatos fixos para seus dirigentes e com certa autonomia financeira, essas agências seriam menos suscetíveis a mudanças políticas e mais focadas em critérios técnicos e regulatórios. Isso lhes permitiria tomar decisões fundamentadas e informadas, de acordo com o interesse público e com o objetivo de assegurar a eficiência, a transparência e a competitividade dos mercados.

Contudo, reitera-se que, embora essas agências tenham sido estruturadas para atuar com neutralidade e independência, elas também enfrentam desafios. Existem situações em que pressões políticas e interesses econômicos podem interferir em seu funcionamento, comprometendo sua autonomia e eficiência. Em alguns casos, a falta de recursos ou a indicação de dirigentes com vínculos políticos podem ameaçar a neutralidade das agências, um ponto ainda em constante aprimoramento para assegurar que cumpram seus objetivos constitucionais de forma efetiva.

Portanto, a criação das agências reguladoras no Brasil reflete uma tentativa de trazer mais estabilidade, imparcialidade e expertise à regulação de setores cruciais, com a expectativa de que sua autonomia ajude a construir um ambiente econômico mais seguro e equilibrado.

Vale a pena discorrer um pouco sobre a teoria da captura, que questiona a premissa da autonomia das Agências Reguladoras Independentes (ARIs), enxergando as agências como instituições que podem ser capturadas por grupos de interesse, como as empresas privadas reguladas, os políticos, os consumidores, os ambientalistas e até a burocracia das próprias agências. A captura afasta o ideal de uma tomada de decisão isenta, com base exclusiva no conhecimento técnico e nas informações existentes para obter o melhor equilíbrio para o setor. O agente “capturado” pode tomar decisões e passar a agir em benefício de apenas uma das

partes do sistema, gerando incertezas e descontrole no processo regulatório e colocando em xeque a independência e a credibilidade das agências (Peci; Vieira, 2018, p. 540).

Entre essas fontes de captura, destaca-se, neste trabalho, a política. O modelo autônomo das ARIs resgata outra questão clássica em administração pública: como – e se – os órgãos burocráticos de natureza autônoma refletem as preferências presidenciais ou do próprio congresso (Goodsell, 2004). Os estudos internacionais que buscaram compreender a influência das preferências presidenciais no contexto norte-americano destacaram que a autonomia das agências não insula estas da influência presidencial ou do congresso. Wood e Waterman (1991) demonstraram que a principal ferramenta de influência presidencial para controlar politicamente as agências reside nas nomeações dos altos dirigentes. Outra influência importante se refere às mudanças legislativas; eles comprovam empiricamente que estas fontes de influências se refletem em responsividade por parte das agências, inclusive naquelas consideradas altamente independentes. Entretanto, as próprias agências, embora se ajustem às preferências políticas, também influenciam as decisões regulatórias, particularmente sustentando em bases mais racionais os processos de decisão. (Peci; Vieira, 2018, p. 540, 541)

Igualmente, o trabalho de Bonis (2016) buscou analisar os efeitos presidenciais sobre as ARIs, no período 1997-2014. Ele observou que a transição presidencial parece afetar a taxa de conclusão dos mandatos dos dirigentes das ARIs. Enquanto a taxa de conclusão dos mandatos circunscritos ao mandato presidencial é de 90%, os dirigentes cujos mandatos atravessaram uma transição presidencial concluíram seu mandato em 76% dos casos. Em contrapartida, a taxa de reconduções dos diretores das ARIs diminui muito com a troca do governo. De 43 diretores nomeados no governo Fernando Henrique Cardoso, que poderiam ter sido reconduzidos aos seus cargos no governo Lula, somente quatro, ou 9%, o foram. Outra forma de influência nas ARIs diz respeito a não complementação dos cargos de diretor dos colegiados. Durante o governo Fernando Henrique Cardoso, as agências operaram durante 86% do tempo com a diretoria completa; percentual que cai para 55% no governo Lula e 49% no governo Dilma. No governo Lula, por exemplo, a ANP operou com a diretoria completa durante apenas 21% do tempo (Bonis, 2018).

O autor observa que, quando se trata dos diretores-presidentes das ARIs – que têm poder inclusive nas nomeações de cargos de confiança internos –, apenas 56%

dos nomeados por Fernando Henrique Cardoso, cujo mandato se encerraria no governo Lula, o exerceram até o final. Destes nenhum foi reconduzido ao cargo pela nova administração. Ainda em relação aos diretores-presidentes, chama atenção também que a taxa de recondução, para aqueles que exerciam o cargo na transição do governo Lula para o governo Dilma, foi de apenas um terço dos casos. O autor conclui:

> [...] esta parece ser uma indicação de que, mesmo em casos de continuidade político-partidária, os presidentes eleitos têm incentivos para fazer uso de suas próprias redes pessoais e profissionais na montagem de suas equipes de governo, incluindo-se aí, naturalmente, as ARIs (Bonis, 2016, p. 112).

Em pesquisa realizada por Peci e Vieira (2018, p. 553), após evidenciarem que o risco de influência política ainda permeia o mandato dos diretores das agências reguladoras brasileiras, os referidos autores propuseram um conjunto de medidas que buscam aperfeiçoar o modelo de seleção e nomeação de altos dirigentes das agências reguladoras. Eles ressaltam que os critérios de seleção da alta direção das agências reguladoras e empresas estatais são parte importante dos mecanismos de governança regulatória. Mencionam que a conjugação de legitimidade e *expertise* pode reduzir o risco de captura e tornar as decisões dos reguladores mais legítimas perante a sociedade.

Frisam que a Lei n.º 13.303/2016 (Leis das Estatais) e o, à época, Projeto de Lei n.º 52/2013, das agências reguladoras, abordam diretamente o processo de seleção dos diretores. Entretanto, particularmente na Lei das Estatais, a atenção do legislador foi dedicada mais ao perfil dos dirigentes, desenhando atributos desejáveis ou não, ao invés de dedicar atenção ao processo de escolha e nomeação deles. Com efeito, os autores entendem que a melhoria dos processos de escolha é mais relevante do que propriamente a delimitação do perfil do dirigente (Bonis, 2016).

As recomendações que fazem envolvem a transparência e a competição no processo de escolha, ao entenderem ser necessário fortalecer os mecanismos processuais dos sistemas de seleção. Propõem:

> 1) Melhoria do processo de seleção, incluindo proposta de formulação de modelos de convocação; competição aberta aos possíveis candidatos; critérios de escolha e requisitos mínimos em termos de qualificação.

> 2) Sabatina de uma lista tríplice no Senado, ao invés de nome único, buscando incentivar uma sabatina mais rigorosa dos indicados (Peci; Vieira, 2018, p. 553).

Também sinalizam a relevância de um órgão específico responsável pela condução do processo de seleção, que tem sido uma medida tomada em alguns países do mundo, como Portugal (Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública – Cresap) e Chile (Sistema de Alta Direção Pública).

Ressaltam que o ponto comum a qualquer processo de seleção é o grau de transparência dado à vaga, para atrair o maior número de possíveis candidatos. Os meios de divulgação podem ser vários, a exemplo do Diário Oficial, de sítios de internet e de revistas especializadas; também podem ser decididos pelos membros do comitê.

Entendem que o perfil do diretor de agências reguladoras ou empresas estatais não pode ser indicado de antemão, uma vez que ele também deve se adaptar aos requisitos do cargo a desempenhar. Embora os conhecimentos técnicos sejam relevantes, existem também competências gerenciais e estratégicas que devem ser demonstradas pelos potenciais candidatos. Eles lidarão com pressões externas fortes e também devem demonstrar observação de determinados princípios éticos, uma vez que a credibilidade é a chave do funcionamento destes órgãos públicos. Conforme Alessio (2017) destaca, o dirigente público é definido a partir de um *ethos* específico de atuação, orientado não para o cumprimento impessoal das regras – como o burocrata weberiano –, mas segundo a racionalidade econômica, o uso eficiente de recursos visando à maximização dos resultados ou, segundo Moore (1995), para a criação de valor público, possuindo um grau de discricionariedade na sua ação (Peci; Vieira, 2018, p. 554).

Em termos de requisitos mínimos de qualificação, recomendam a comprovação de ampla experiência gerencial e técnica na gestão ou regulação do setor, assim como a observação de princípios éticos e de probidade administrativa.

É importante verificar, entretanto, que o caráter colegiado das diretorias das agências permite adotar um perfil diversificado e complementar dos diretores, integrando conhecimentos e competências de diversas áreas e contribuindo, desta forma, para criar um colegiado forte. Mais uma vez, uma integração de processos de escolha, por um órgão coordenador, poderia observar esta visão de conjunto (Peci; Vieira, 2018, p. 554).

Consideram o apoio de uma equipe permanente ao processo de seleção como um importante mecanismo de coordenação. Por sua vez, esta comissão pode compartilhar responsabilidades de supervisão da qualidade regulatória, fortalecendo-se como um polo importante de coordenação, a partir de uma visão de “governo como um todo” (Peci; Vieira, 2018, p. 555).

Recomendam manter o processo de sabatina no Senado, uma vez que, embora criticada pela sua formalidade, cumpre um importante papel na legitimidade do processo de escolha, assim como aproxima o Poder Legislativo das temáticas setoriais. Paralelamente, a sabatina fortalece a possibilidade de maior controle social para as agências. Entretanto, sugerem que, após o processo de seleção e escolha por parte do presidente da República, uma lista tríplice seja encaminhada para sabatina no Senado. Busca-se induzir certa competição na escolha e, indiretamente, fazer com que a sabatina perca, em parte, seu papel formalístico (Peci; Vieira, 2018, p. 555).

Sugere-se o fortalecimento da LINDB como instrumento de controle racional e consequencialista da atuação regulatória, a consolidação de critérios jurisprudenciais para aferição da validade dos atos normativos e a explicitação, pelo Supremo Tribunal Federal, dos limites da função normativa delegada.

Como o objeto de estudo desta pesquisa se debruça sobre a regulação no âmbito da aviação civil, passa-se a discorrer sobre o tema.

3 TRANSPORTE AÉREO E A REGULAÇÃO SETORIAL

O transporte aéreo brasileiro ocupa posição estratégica no desenvolvimento nacional, seja por sua relevância econômica, seja por sua capacidade de integração territorial em um país de dimensões continentais. Trata-se de um setor marcado por elevada complexidade técnica, sensibilidade à regulação estatal e crescente internacionalização normativa. Compreender suas características estruturais é essencial para a análise do exercício da atividade normativa pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), uma vez que a regulação setorial se relaciona diretamente com as especificidades operacionais, econômicas e institucionais do transporte aéreo.

Esclarece-se, por oportuno, o conceito de aviação civil, sob o qual se assenta a discussão proposta. Aviação civil refere-se a um conjunto de atividades, sendo a atividade de transporte aéreo, subdividida em transporte de passageiros, transporte de carga e mala postal, aquela que mais se destaca. O transporte aéreo divide-se ainda em regular, o qual abrange as linhas de voos permanentes e não regular, o qual se caracteriza pelo caráter esporádico da atividade, incluindo voos charter e táxi aéreo. Além do transporte aéreo, existe a atividade de aviação geral, que abrange as demais operações de voo. Nota-se, assim, que nem toda aviação é transporte.

Este capítulo oferece uma leitura crítica do panorama atual da aviação civil no Brasil para contextualizar o ambiente regulatório sobre o qual incide o controle jurisdicional da atividade normativa da ANAC.

3.1 Panorama atual da aviação civil brasileira

O mercado de aviação civil no Brasil possui grande relevância econômica, social e estratégica, desempenhando um papel fundamental na integração territorial, no desenvolvimento econômico e no fortalecimento da competitividade do país no cenário global.

Frisa-se que o transporte aéreo no Brasil tem vivenciado uma verdadeira democratização e expansão nas últimas décadas, transformando-se de um serviço elitizado em uma possibilidade acessível a uma parcela crescente da população. Isso reflete não somente avanços no setor de aviação civil, mas também mudanças culturais e econômicas que fazem viagens aéreas fazer parte do cotidiano de muitos brasileiros. Tendo em vista a extensão territorial do país e o imperativo de interconectar suas regiões e seu povo, mostra-se relevante observar que nunca se viajou tanto.

A desregulação da aviação comercial foi um marco que transformou profundamente o setor aéreo global, democratizando o acesso ao transporte aéreo e incentivando a competição entre companhias. Antes desse processo, as viagens de avião eram um privilégio restrito, com tarifas elevadas e um mercado altamente controlado por regulamentações governamentais. O impulso para desregular veio de mudanças econômicas e políticas que surgiram nos Estados Unidos nos anos 1970 e se espalharam para outras partes do mundo.

A ampliação do acesso ao transporte aéreo no Brasil deve-se a fatores como uma maior concorrência entre companhias, políticas de incentivo ao setor e a oferta de tarifas mais acessíveis, especialmente em rotas populares. Igualmente, a entrada de companhias *low-cost* no mercado brasileiro também contribuiu para popularizar as viagens aéreas.

Se em 1989 foram geradas 15 milhões de viagens de avião, em 2019 esse valor havia alcançado a casa dos 95 milhões (IPEA, 2022), ou seja, o crescimento foi maior que seis vezes em três décadas. Gastos com passagens aéreas passaram a ser item constante no orçamento das famílias brasileiras, que o digam os institutos de pesquisa de inflação, que coletam informações periodicamente (Oliveira, 2022, p. 17).

O advento da COVID-19, entretanto, foi um baque histórico no setor aéreo. Voos foram cortados, passageiros minguaram como nunca. O tráfego caiu à metade. O impacto econômico foi severo: companhias aéreas viram suas receitas despencarem, resultando em endividamento, renegociação de contratos e redução drástica da malha aérea. As tarifas médias também oscilaram de maneira significativa. Em 2019, o valor médio da tarifa doméstica era de R$ 422, enquanto em 2020 chegou a ser inferior a R$ 360, reflexo da retração da demanda e de estratégias de sobrevivência comercial das companhias (ANAC, 2021). A retomada em 2022 e 2023, embora gradual, tem se mostrado desigual entre regiões, revelando a persistência de assimetrias estruturais no acesso ao transporte aéreo no Brasil.

Entretanto, mesmo assim, em pleno ano de grande colapso (2020), o número de passageiros embarcados em voos regulares domésticos no país ainda foi quase três vezes maior do que havia sido em 1989. Nem uma crise sanitária de proporções globais foi capaz de desbancar o fato de que a aviação brasileira alçou voos espetaculares nos últimos tempos (Oliveira, 2022, p. 17).

Ressalta-se que a democratização da aviação civil também trouxe complexidades regulatórias. A intensificação do volume de passageiros pressionou a

infraestrutura aeroportuária — frequentemente deficiente e concentrada em poucos *hubs* — e exigiu da ANAC uma atuação normativa mais dinâmica, com foco em segurança, eficiência operacional e direitos dos passageiros. O aumento da demanda ampliou a relevância do papel regulador da Agência, mas também elevou os riscos de interferência normativa excessiva ou insuficientemente justificada.

Alessandro Oliveira menciona que para equacionar os principais entraves ao desenvolvimento do Brasil na área em foco são necessários estudos, acadêmicos ou não, pois tais estudos estão no cerne de qualquer planejamento estratégico de qualquer empresa, assim como de governos e países. Aduz ainda que, se o Brasil estiver bem provido de estudos, estará competitivo na corrida científica e tecnológica que promove o desenvolvimento (Oliveira, 2022, p. 18).

Mesmo com a retomada parcial da demanda, o transporte aéreo brasileiro enfrenta desafios estruturais persistentes. Entre os principais gargalos estão os elevados custos operacionais, a infraestrutura aeroportuária insuficiente ou mal distribuída e a concentração de mercado.

O custo do querosene de aviação (QAV) representa, historicamente, cerca de 30% a 40% do custo operacional das companhias aéreas. A volatilidade cambial, a carga tributária sobre combustíveis e a dependência de importações agravam esse quadro, comprometendo a competitividade do setor. O exercício da função regulatória deve considerar as condições econômicas do ambiente regulado, sob pena de impor obrigações descoladas da realidade do mercado.

A infraestrutura aeroportuária, embora tenha melhorado com as concessões ao setor privado iniciadas em 2011, ainda enfrenta graves assimetrias regionais. Aeroportos de menor porte, especialmente em regiões Norte e Centro-Oeste, operam com baixa capacidade técnica e poucos investimentos. Isso compromete a capilaridade da malha aérea e dificulta a interiorização do serviço. A ausência de uma política pública coordenada agrava o desequilíbrio entre os grandes centros e as áreas periféricas.

Por fim, a concentração de mercado continua a ser uma característica marcante do setor. Em 2023, somente três companhias aéreas respondiam por mais de 90% do mercado doméstico, segundo dados constantes do site da ANAC. Essa concentração limita a concorrência e dificulta o surgimento de novas operadoras, mesmo após a autorização para o capital estrangeiro em companhias aéreas brasileiras (Lei n.º 13.842/2019). A regulação da concorrência, portanto, se torna um

eixo estratégico da atuação normativa da ANAC, que precisa balancear a viabilidade econômica dos operadores com a necessidade de preservar um ambiente concorrencial saudável.

É notório que na indústria de transporte aéreo a cada momento surgem novos desafios, novas tecnologias e formas de gerenciamento. Temas como os esquemas internacionais para conter a pegada de carbono do transporte aéreo, os novos combustíveis alternativos de aviação, novidades em motores e aerodinâmica de aeronaves, inovações no controle de tráfego aéreo, as novidades nos padrões dos sistemas de distribuição de passagens e, a sensação do momento, os Veículos Elétricos de Pouso e Decolagem Vertical (eVTOLs) são todos assuntos vibrantes da aviação moderna, permeados de novidades (Oliveira, 2022, p. 22).

A aviação comercial vive de movimentos estratégicos das companhias aéreas, por isso é uma indústria tão dinâmica. No Brasil, viraram peça. de museu Varig, Vasp e Transbrasil. A quebra dessas empresas deu espaço a concorrentes mais adaptados ao novo ambiente de negócios que lograram se consolidar no mercado, como a TAM (posteriormente, LATAM) (Oliveira, 2022, p. 64-65).

Pode-se dizer que uma das mais recentes ondas evolutivas dos modelos de negócios das empresas no transporte aéreo surgiu com a criação das taxas extras cobradas dos passageiros. A indústria nunca mais será a mesma depois disso. Uma das mais polêmicas desse tipo de taxas é a cobrança do serviço de despacho de bagagem, que no Brasil iniciou em 2017 com um regulamento que liberava a prática (Oliveira, 2022, p. 67). A prática está agora consolidada e é uma das principais características do modelo de negócios moderno, especialmente para as companhias *low-cost*.

Os gestores das companhias aéreas pelo mundo afora logo perceberam esse como um filão magnífico a ser explorado. Antes, esses serviços eram todos incluídos em um único “pacote de serviços” cobrado. Com o desempacotamento dos serviços, possibilita-se gerar receitas de serviços que são auxiliares ao serviço principal de transporte. As receitas de serviços auxiliares constituem um negócio que gera bilhões de dólares anuais, mas que também confere outra oportunidade comercial valiosa às operadoras: segregar seus consumidores para evitar diluição de receitas com passagens. Com as cobranças de taxas extras, as ofertas nos sites das empresas passaram a ser mais individualizadas e customizadas para induzir os passageiros a

escolher as tarifas e os serviços que gostariam de adquirir, os preços que no final irão pagar, de acordo com suas preferências e possibilidades (Oliveira, 2022, p. 67).

O desempacotamento de serviços no setor aéreo foi uma inovação comercial estratégica. Além de gerar receitas adicionais, a prática proporciona flexibilidade para segmentar consumidores e maximizar lucros sem comprometer a competitividade das tarifas básicas.

Desde a corrida pela exploração das receitas de serviços auxiliares, as companhias aéreas passaram a se diferenciar pela capacidade de segmentar seus clientes. Surgiram, com isso, as chamadas "*ultra low cost*", as quais são as empresas que não oferecem praticamente nenhum atributo de graça, cobram por tudo, desde emitir o cartão de embarque no aeroporto até a bagagem de mão (Oliveira, 2022, p. 67).

As empresas aéreas buscam se adaptar às características evolutivas do mercado brasileiro e uma das possibilidades está na reconfiguração, talvez na recauchutagem, de seus modelos de negócio originais (Oliveira, 2022, p. 73). Por serem consideradas as principais companhias aéreas em operação no Brasil, passa-se a discorrer sobre a trajetória da Gol, LATAM e Azul.

A Gol iniciou suas operações publicamente como *low cost* em 2001, passando por um desafio significativo ao seu modelo de negócios com a aquisição da companhia aérea "de bandeira" Varig. Desde então, a operadora tem empenhado esforços no reestabelecimento de sua imagem como uma *low cost*, mantendo-se posicionada como a companhia aérea brasileira com o menor custo por assento-quilômetro, uma medida de eficiência produtiva do setor (Oliveira, 2022, p. 73).

Já a companhia aérea LATAM (anteriormente conhecida por TAM), por outro lado, começou suas operações como uma empresa de taxi aéreo nos anos 1960, tornando-se regional de média escala em meados de 1970. Foi uma das responsáveis pela pressão feita pró-liberalização do mercado de transporte aéreo no país nos anos de 1990. Assim, ao final daquela década, se tornou a maior empresa do Brasil, com destaque para sua estratégia de diferenciação por meio de qualidade e respeito ao cliente implementados pelo comandante Rolim Amaro, que criou o serviço "Fale com o presidente" para reforçar essa reputação. A empresa só perdeu esse posto recentemente para a Gol, com a qual concorre cabeça a cabeça pela liderança desde então. Em 2010, a empresa entrou em processo de fusão com a companhia chilena LAN (Oliveira, 2022, p. 73).

Por fim, a caçula das três, a Azul, iniciou suas operações em 2008, tornando-se rapidamente uma das principais empresas aéreas do país. Em 2021, chegou a atingir a liderança, com 40,7% do mercado. Por conta dos preços de penetração de mercado praticados nos primeiros anos, foi muito vinculada ao rótulo de *low cost*, pelo menos até sua fusão com a companhia regional Trip Linhas Aéreas, em 2012. Porém, atualmente, a Azul é outra. Tornou-se a companhia brasileira com uma das melhores reputações de qualidade de serviço, mas também com os maiores preços médios e preço por quilômetro. Ao mesmo tempo, tem o menor custo operacional por viagem, graças ao desempenho de suas aeronaves *E-jet* da Embraer. Suas tendências evolutivas sugerem que, ao longo de sua trajetória de sucesso, a companhia foi se alinhando cada vez mais com o modelo tradicional e se distanciando do modelo de baixo custo (Oliveira, 2022, p. 73-74).

À medida que crescem, as companhias aéreas tendem a se encontrar nos mesmos campos de batalha, ou seja, estão presentes nas mesmas rotas e em grandes aeroportos. Elas também tendem a concorrer pelos mesmos recursos financeiros advindos de investidores ou bolsa de valores. Por exemplo, tanto a Azul quanto a Gol estão listadas na Bolsa de Valores de Nova York. Empresas de modelos de negócios distintos parecem, em vários momentos, buscar estratégias e posicionamentos de mercado bem parecidos (Oliveira, 2022, p. 68).

Tem-se a impressão de que a fronteira da concorrência estaria presente na busca de novos mercados, novas configurações, novas formas de pensar e planejar o setor, para atender às constantes mudanças no perfil e comportamento dos consumidores. A Gol e a Azul anunciaram parcerias no campo dos chamados “carros voadores”, as aeronaves elétricas que irão revolucionar o transporte urbano e intermunicipal de curta distância (Oliveira, 2022, p. 69).

A entrada da Gol e da Azul no campo dos “carros voadores”, ou aeronaves elétricas de decolagem e pouso vertical (eVTOLs), sinaliza o início de uma nova era no transporte aéreo. Essas aeronaves, impulsionadas por motores elétricos e projetadas para deslocamentos curtos, prometem revolucionar o transporte urbano e intermunicipal, trazendo benefícios como redução de emissões, diminuição do tempo de deslocamento e maior acessibilidade a serviços de transporte aéreo.

A Gol anunciou parceria com a empresa irlandesa Avolon, uma das maiores locadoras de aeronaves do mundo, para explorar a introdução dos eVTOLs no Brasil.

Por sua vez, a Azul fechou parceria com a startup alemã Lilium, desenvolvedora de eVTOLs, para implementar rotas comerciais no Brasil.

Os eVTOLs são aeronaves compactas que utilizam tecnologias avançadas, como propulsão elétrica e sistemas de controle autônomo, para realizar decolagens e pousos verticais, semelhantes a helicópteros.

O investimento das principais companhias aéreas brasileiras nos “carros voadores” é um marco importante na busca por soluções inovadoras e sustentáveis no transporte. A chegada dos eVTOLs tem potencial para redesenhar a mobilidade urbana e regional, contribuindo para um futuro mais eficiente e ambientalmente responsável. Se bem implementado, o Brasil pode se posicionar como um dos pioneiros na adoção dessa tecnologia disruptiva.

Já a LATAM, ainda não fez menção a essa possibilidade, mas vem investindo em transformações digitais, como o embarque com reconhecimento facial (Oliveira, 2022, p. 68).

Parece que as empresas estão influenciando umas às outras. Há, portanto, bons indícios de uma convergência de modelos de negócio no setor. E não pairam dúvidas de que essas movimentações são puxadas pela concorrência, que é sempre impiedosa com os que não conseguem se adaptar (Oliveira, 2022, p. 71).

Uma ingressante no setor de aviação comercial pode provocar grande impacto na concorrência se for uma operadora dita “*low cost*” (Breeze, 2021). É provável que esse posicionamento das novatas, de custos baixos e preços atrativos, seja o que viabiliza conquistar a maior parcela de mercado em um menor espaço de tempo. A prática do preço de penetração de mercado em geral é muito eficaz (Oliveira, 2022, p. 54).

Quando uma novata entra na indústria de aviação comercial, ela causa um frenesi. No passado, esse furor era captado em jornais e TV. Atualmente, muito desse papel é desempenhado pelas redes sociais. De tempos em tempos, uma novata anuncia o ingresso na aviação comercial brasileira. Os episódios de entrada bem sucedida e duradoura são bem escassos, entretanto. Governos locais e aeroportos recém-privatizados logo se mobilizam para atrair voos para suas cidades, enquanto autoridades federais torcem para a concorrência baixar a inflação de passagens. Por sua vez, os consumidores têm a expectativa de que as novatas tragam com elas maiores oportunidades de viagens, seja por voos em dias, horários e aeroportos mais

convenientes, seja por preços ou condições de oferta mais convidativos (Oliveira, 2022, p. 46-47).

Pode-se dizer que na biografia da aviação comercial brasileira oscilou-se ao longo das décadas entre o duopólio e o “triopólio” de operadoras atuantes ao nível nacional. A chave para um bom entendimento dos fatores determinantes do número de empresas operantes passa pela inspeção dos mecanismos que induzem o ingresso de novas companhias ou repelem empresas que já atuavam (Oliveira, 2022, p. 51).

Sabe-se que, desde a instauração da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), esta é guardiã da liberdade econômica no setor de transporte aéreo, mas a agência atua em parâmetros legais que lhe são impostos. Um diagnóstico governamental de agravamento da situação da concorrência na indústria de aviação, ao final da década passada, levou a uma intensa agenda de algumas autoridades federais em prol do fomento à contestabilidade no setor. Isso se deu por meio de mudanças tanto em regulamentos com os quais a agência tem ingerência quanto na própria legislação do setor, dependente do Congresso Nacional. Esse movimento culminou nas medidas de intensa repercussão do final dos anos 2010, com a extinção da franquia obrigatória de bagagem, em 2016, e o fim da restrição à participação de capital estrangeiro em áreas no país, em 2019 (Oliveira, 2022, p. 52).

Em ambos os casos, visava-se criar condições de atração de novas empresas para o setor e, talvez, induzir quedas de preços, aumentar o tráfego em aeroportos recém-privatizados, promovendo rentabilidade de investimentos e garantindo, assim, um novo ciclo de crescimento. Em teoria, uma bela história (Oliveira, 2022, p. 52-53).

A atração de empresas novatas, e também as configuradas no modelo de baixo custo, pode ser importante para se evitar uma tendência de grande concentração da indústria do setor de transporte aéreo no Brasil. Turbinar a concorrência é, portanto, uma questão de tornar o país mais atrativo à operação de novas empresas (Oliveira, 2022, p. 59).

As companhias aéreas ao redor do mundo buscam configurar de formas variadas as diversas interfaces de sua relação com os clientes, desde a página da Internet e os tipos de tarifas customizadas ofertadas, a cobrança de taxas extras, o nível de serviço a bordo, até o relacionamento pós-venda no caso de reclamações, as redes sociais etc. Entretanto, padronizar a qualidade é um desafio tremendo, dado

que é preciso servir um portfólio variado e amplo de consumidores, com desejos e necessidades por vezes muito díspares (Oliveira, 2022, p. 75).

Portanto, o panorama atual da aviação civil brasileira é marcado por avanços significativos em termos de democratização e integração nacional, mas também por limitações estruturais que comprometem a universalização e a sustentabilidade do serviço. Sabe-se que o transporte aéreo brasileiro é, hoje, um setor de interesse público com intensa regulação econômica e técnica. A atuação da ANAC, enquanto órgão regulador, precisa responder a esse cenário com instrumentos normativos compatíveis com os princípios constitucionais da legalidade, eficiência e proteção de direitos fundamentais. A análise crítica dos dados e desafios do setor revela a importância de um controle jurisdicional capaz de assegurar que o poder normativo da Agência seja exercido nos limites legais, com razoabilidade, proporcionalidade e atenção aos impactos sociais e econômicos das decisões regulatórias.

3.2 História da Regulação no Setor Aéreo. Regulação Econômica e Regulação Técnica

A aviação civil no Brasil começou a se estruturar na década de 1920, quando as primeiras operações comerciais foram iniciadas por empresas pioneiras. Entretanto, o desenvolvimento significativo do setor ocorreu especialmente nas décadas de 1930 e 1940. Em sua origem, a aviação civil era regida por normas dispersas e subordinada a estruturas militares. Somente com o crescimento do setor e a ampliação da malha aeroviária a partir da década de 1930, iniciou-se um processo de institucionalização administrativa e normativa, com a criação do Ministério da Aeronáutica e, posteriormente, do Departamento de Aviação Civil (DAC).

Em 22 de abril de 1932, o presidente Getúlio Vargas estabeleceu o Departamento de Aviação Civil (DAC), subordinado ao Ministério de Viação e Obras Públicas. O DAC foi um marco importante na organização e regulação do setor.

É notório que o transporte aéreo é um setor essencial para o desenvolvimento econômico e social e sua complexidade exige uma abordagem regulatória. A necessidade de controle técnico e econômico é justificada por diversos fatores, entre os quais o cumprimento de rígidas exigências de segurança. O funcionamento do sistema em questão depende da articulação entre os agentes, de troca de informações dos mais diferentes aspectos.

Frisa-se que o transporte aéreo, assim como a provisão de infraestrutura para essa atividade é um serviço público (Art. 21, inciso XII da CF/88). O serviço de transporte aéreo regular é operado em regime de concessão, tal regime é regulado pela Lei 8.987/95 que estabelece regras para a adequada prestação dos serviços públicos.

O arcabouço regulatório funciona como uma correia de transmissão entre os objetivos coletivos e as ações dos agentes privados, promovendo resultados que o mercado, por si só, não poderia alcançar. A lei se incumbe de definir condições e exigir seu cumprimento. Essas regras aplicam-se ao transporte aéreo e é de sua adequada regulação, seja técnica, seja econômica, que se deve esperar que venham os incentivos para que as ações individuais dos agentes que compõem esse sistema de transporte levem a resultados compatíveis com o interesse coletivo.

A supervisão econômica no setor aéreo encontra sua principal justificativa na evidência empírica e histórica de que a ausência de controle adequado pode levar a resultados adversos tanto para os consumidores quanto para o sistema na totalidade. O desalinhamento entre o desempenho das empresas aéreas e o bem-estar dos usuários ocorre porque, sem regulação, as empresas tendem a priorizar exclusivamente a maximização de lucros, muitas vezes em detrimento da qualidade do serviço, acessibilidade e segurança.

Vale ressaltar que o setor de transporte aéreo no Brasil passou por duas grandes reformas regulatórias ao longo dos últimos anos: a introdução da regulação estrita (a era da “competição controlada”), entre o final dos anos 1960 e início da década 1970, e a Política de Flexibilização da Aviação Comercial (a era do “livre mercado”), introduzida no início da década de 1990. Ao longo destas décadas de políticas governamentais para o setor, estes foram os dois marcos regulatórios mais notáveis, que influenciam o debate com relação à regulação do setor ainda hoje.

A experiência em regulação do mercado de aviação civil iniciou nos anos 60 por meio das Conferências Nacionais da Aviação Comercial (CONAC), realizadas em 1962, 1963 e 1968. O modelo de regulação previa o estímulo à concentração de empresas, o controle de entrada e da definição de linhas, assim como um controle tarifário estrito.

O processo de flexibilização das regras vigentes sobre a aviação comercial, iniciou-se em 1991. A partir dali a década de 1990 testemunhou um cuidadoso processo de introdução da competição no setor, através de medidas como a revisão

e mesmo eliminação de segmentações de mercado, autorização para a entrada de novas companhias, liberalização tarifária e controle sobre concentração de mercado.

Foi um período onde governo e agentes setoriais estavam fortemente influenciados pela onda de reformas liberalizantes ao nível mundial, bem como pelas percepções quanto aos efeitos que as restrições que a política de regulação estrita então vigente acarretava na dinâmica do mercado. A partir deste consenso pela mudança do marco regulatório, foi realizada, em 1991, a chamada V CONAC, Conferência de Aviação Civil, que contou com a participação de representantes das companhias aéreas e que resultou em um conjunto de recomendações em prol da maior desregulação econômica do mercado (Salgado, 2008, p. XCII).

A Política de Flexibilização do setor começou efetivamente a partir de 1992, no chamado “Programa Federal de Desregulamentação” do Governo Collor (Decreto 99.179, de 15 de março de 1990), apesar de elementos de liberalização de preços por meio de bandas tarifárias já estarem vigentes desde 1989. Representando o estabelecimento de um novo marco regulatório da aviação comercial, esta reorientação de políticas foi implementada a partir de uma sequência de portarias expedidas pelo Departamento de Aviação Civil (DAC), ao longo da década de 1990 e início dos anos 2000 (Salgado, 2008, p. XCII).

A liberalização do setor aconteceu gradualmente, e nas linhas do programa governamental de desregulamentação dos setores regulados e da própria economia brasileira. Pode-se dizer que foi implementada em três rodadas, respectivamente, em 1992, 1998 e 2001, em uma trajetória muito semelhante aos “pacotes” de liberalização promovidos pela União Europeia (UE); com a abordagem europeia, seguida pelo DAC, houve uma ênfase na graduação das políticas, para tentar evitar seus potenciais efeitos “danosos” de curto prazo, sobretudo em termos de um forte acirramento da competição no mercado, como aconteceu com a desregulamentação norte-americana, a partir de 1978 (Salgado, 2008, p. XCII).

Em 2003, contudo, o processo de flexibilização da regulação econômica desse setor sofreu forte inflexão, provocada naquele momento pela crise gerencial e financeira ao passar a Varig, que não conseguiu suportar o impacto continuado da depreciação cambial sobre sua estrutura tradicional de custos. Convencido de que a crise pela qual passava a Varig tinha por origem o “excesso de oferta” no mercado e mesmo a “competição ruinosa”, o novo governo federal estabelece novas diretrizes

para o setor, configuradas nas portarias do antigo Departamento de Aviação Civil (DAC) 243/GC5, de 13 de março de 2003 (Salgado, 2008, p. XCIV).

Ressalta-se a Portaria 731/GC5, de 11 de agosto de 2003, que estabelece que o DAC passa a exercer a função moderadora de: “[...] adequar a oferta de transporte aéreo, feita pelas empresas aéreas, à evolução da demanda com a finalidade de impedir uma competição danosa e irracional, com práticas predatórias de consequências indesejáveis sobre todas as empresas”.

Deu-se início, portanto, ao que se chamou de re-regulação do setor aéreo (Salgado e Guimarães, 2003, Oliveira e Salgado, *op. cit.* e Vassallo e Oliveira, *op. cit*.), período em que a autoridade passou a responder a pedidos de importação de aeronaves, entrada de novas companhias e linhas aéreas de forma estritamente discricionária, de acordo com sua avaliação subjetiva de conveniência – ou seja, na ausência de regras transparentes de regulação. Voltam a ser exigidos estudos de viabilidade econômica prévia, configurando-se uma situação semelhante ao do período regulatório típico, de controle de oferta. Desta feita, contudo, a autoridade preferiu a utilização de mecanismos discricionários de controle, ao invés de uso de explícitas de regulação (Salgado, 2008, p. XCIV).

Em paralelo, percorria o trâmite processual no Poder Legislativo, projeto de lei visando à criação da Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), processo que se concluiu em 27 de setembro de 2005, com a promulgação da Lei n.º 11.182. Seguindo os mesmos princípios das leis que criaram outras agências regulatórias, essa lei consagrou conceitos de mercado, como o regime de liberdade tarifária e livre mobilidade, prevendo ao mesmo tempo, a atuação regulatória da agência para garantir a compatibilização entre a atuação das empresas e a adequada prestação de serviços aos usuários. Note-se, em especial, o disposto no art. 48, § 1°, que determina, consagrando o princípio da livre mobilidade, que: “[...] fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC” (Salgado, 2008, p. XCIV).

Pode-se argumentar que a re-regulação de 2003 representou o fim do período da Política de Flexibilização da aviação comercial brasileira, dado que promoveu uma interrupção na trajetória de concessão de maiores graus de liberdade estratégica às companhias aéreas, e sinalizou ao mercado que o regulador teria a habilidade de

intervir no mercado, de forma discricionária, quando julgasse necessário. A promulgação da Lei da ANAC, Agência Nacional de Aviação Civil, (Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005), a qual consagrou os conceitos de regime de liberdade tarifária e livre acesso e livre mobilidade, pode ser interpretada como um movimento no sentido de resgatar os objetivos iniciais da Política de Flexibilização (Oliveira, 2007, p. 30).

Nesse período, pedidos de importação de novas aeronaves, novas linhas e mesmo de entrada de novas companhias aéreas voltaram a exigir estudos de viabilidade econômica prévia, configurando-se uma situação semelhante ao do período regulatório típico, de controle de oferta. A diferença entre os períodos foi que, desta vez, a autoridade preferiu a utilização de mecanismos discricionários de controle, ao invés de uso de regras explícitas de regulação.

Com a liberalização dos anos 1990 e com o advento da Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei n.º 11.182 de 2005), alcançou-se o resultado em que o transporte aéreo é, hoje em dia, um setor com alto grau de desregulamentação econômica, onde, na maioria das situações, as companhias aéreas competem livremente por posições no mercado (Oliveira, 2007, p. 3). Dado que o setor possui atualmente um marco regulatório mais liberal, tem-se que o adequado entendimento da dinâmica desta indústria passa por uma maior compreensão de como se processa a concorrência entre as empresas participantes do mercado.

O marco legal do setor aéreo brasileiro é composto por um conjunto normativo heterogêneo, que incluem convenções internacionais (como a Convenção de Chicago, de 1944), normas infraconstitucionais (Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei nº 7.565/1986), atos do Poder Executivo e da própria ANAC, o que confere à regulação do setor um caráter dinâmico e tecnicamente exigente. A convergência regulatória com padrões internacionais — especialmente os definidos pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI/ICAO) — é um traço distintivo da aviação civil, o que impõe ao regulador nacional o desafio adicional de alinhar suas normas às práticas e obrigações multilaterais.

Os principais dispositivos legais referentes ao arcabouço regulatório do transporte aéreo podem ser encontrados tanto na Carta Magna brasileira, como no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer) – Lei n.º 7.565 de 1986 –, e na Lei da ANAC (Lei n.º 11.182 de 2005).

No Brasil, o mês de fevereiro de 1992 marca o início de um processo de liberação monitorada das tarifas aéreas domésticas que atinge seu desfecho em agosto de 2001, com a total desregulação de preços pela autoridade aeronáutica (Portaria n.º 075/GM5 e Portaria DAC n.º 1.213/2001). Nesse contexto, passados trinta anos da instauração do livre mercado, o que se observou com as viagens aéreas no país foi um fenômeno como poucos. A concorrência derrubou os preços à metade, companhias aéreas ineficientes foram expelidas da indústria, companhias de *startup* entraram com ofertas atrativas, alianças estratégicas foram estabelecidas, malhas aéreas se aperfeiçoaram, a maioria dos aeroportos de porte passou a ser operada por entes privados, dentre outros eventos notáveis. Como resultado desses avanços, o transporte aéreo superou o ônibus como principal meio de transporte rodoviário interestadual brasileiro (Oliveira, 2023, p. 16).

No que se refere à gestão da aviação civil no plano interno, o Brasil conta com os seguintes órgãos e entidades públicas responsáveis: Conselho de Aviação Civil (CONAC), Secretaria de Aviação Civil (SAC) do Ministério da Infraestrutura, NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea, ou apenas NAV Brasil, empresa estatal, prestadora de Serviços de Navegação Aérea, serviços estes que são regulados e fiscalizados pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO).

Por oportuno, é importante destacar o papel da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), pois, assim como o governo federal, esta empresa guarda uma importante função no processo de transformação do setor aeronáutico no país.

A Infraero teve sua criação autorizada pela Lei n. 5.862/72 e iniciou suas atividades em 1973, sendo uma empresa pública nacional, hoje vinculada ao Ministério de Portos e Aeroportos. Atualmente, a Infraero administra 32 aeroportos no país e mais 3 em fase de transição operacional. Também é sócia, com 49% de participação, dos aeroportos de Brasília, no Distrito Federal; Guarulhos e Viracopos, em São Paulo; Confins, em Minas Gerais; e Galeão, no Rio de Janeiro.

Sob a égide da Reforma do Estado, assim como os demais setores, a aviação civil passou por profundas mudanças gerenciais, sendo a concessão da infraestrutura uma das maneiras encontradas para atribuir maior eficiência e qualidade aos serviços prestados aos usuários.

No que concerne à regulação técnica e à regulação econômica, passa-se a discorrer brevemente sobre as diferenças conceituais, funcionais e jurídicas. A regulação técnica refere-se ao conjunto de normas e procedimentos que buscam garantir a segurança operacional, a padronização de serviços e a proteção dos usuários em atividades de risco elevado, como a aviação civil. Trata-se de uma regulação voltada à mitigação de riscos e à preservação de interesses públicos sensíveis, como a segurança dos voos, a certificação de aeronaves, a habilitação de tripulantes e a fiscalização de procedimentos aeroportuários.

A regulação técnica é, por natureza, fortemente dependente do conhecimento especializado e da cooperação internacional, estando submetida a padrões estabelecidos pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) e a tratados multilaterais. Como destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014), essa forma de regulação tende a ser mais estável, racionalizada e menos suscetível a interferências político-partidárias, embora não esteja isenta de questionamentos quanto à sua legitimidade democrática e controle judicial.

Por sua vez, a regulação econômica refere-se à atuação estatal destinada a organizar, supervisionar ou induzir o funcionamento de mercados em setores estratégicos, com vistas à eficiência econômica, à concorrência, à modicidade tarifária e à proteção dos consumidores. No setor aéreo, essa regulação envolve temas como autorizações de operação, alocação de *slots,* definição de tarifas aeroportuárias, regras de acesso ao mercado, concessões e contratos.

O transporte aéreo no Brasil historicamente foi por muito tempo controlado pelo Estado, que definia preços, rotas e a frequência dos voos. Esse cenário começou a mudar com a Constituição de 1988 e as reformas administrativas dos anos 1990, que impulsionaram a abertura do setor. A partir daí, o país passou por um processo gradual de liberalização. Entre as mudanças mais importantes estão a liberação dos preços das passagens, consolidada pela Resolução nº 505/2021 da ANAC, e a permissão para que empresas aéreas estrangeiras atuem no país, o que se concretizou com a Emenda Constitucional nº 102/2019, que eliminou o limite de capital estrangeiro em companhias aéreas brasileiras.

Apesar da distinção conceitual entre regulação técnica e regulação econômica, na prática, as fronteiras entre essas duas esferas são frequentemente tênues. Determinações sobre alocação de slots, por exemplo, envolvem tanto critérios técnicos (segurança e capacidade operacional do aeroporto) quanto econômicos

(distribuição de mercado, barreiras à entrada). A imposição de regras de reembolso e assistência material aos passageiros em caso de cancelamento de voos também tem implicações simultaneamente técnicas (garantia de continuidade do serviço) e econômicas (custos para as companhias aéreas).

A sobreposição de competências entre o Legislativo e a ANAC gera zonas de incerteza, nas quais a atuação normativa da agência pode parecer uma invasão da função legislativa. Parte da doutrina critica esse alargamento do poder das agências, alertando para o risco de uma “legislação feita por órgãos administrativos”, o que colocaria em risco a reserva legal e a separação entre os Poderes. Outros autores reconhecem a importância da regulação técnica e econômica por instituições especializadas, mas defendem que o poder normativo dessas entidades deve sempre estar vinculado à lei e sujeito a controle judicial efetivo.

Outro desafio está no equilíbrio entre autonomia técnica e *accountability* democrática. A complexidade técnica do setor muitas vezes serve como justificativa para a edição de normas com baixo grau de transparência e participação social. A atuação da ANAC, ainda que legítima do ponto de vista da eficiência administrativa, precisa ser constantemente avaliada à luz dos princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade e publicidade.

Torna-se imprescindível a construção de critérios jurídicos claros para a delimitação das funções da ANAC, bem como o fortalecimento dos mecanismos de controle jurisdicional sobre os atos normativos por ela expedidos. A análise crítica da atuação normativa da agência, especialmente quando ela se afasta da regulação técnica e passa a incidir sobre aspectos estruturais do mercado, é essencial para garantir a legitimidade democrática da regulação e a efetividade dos direitos dos usuários e operadores do transporte aéreo.

Para o presente estudo, é relevante tecer comentários mais específicos sobre a ANAC.

3.3 A ANAC e o exercício de seu Poder Regulador

A criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por meio da Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005, representou um marco na reestruturação institucional do setor aéreo brasileiro. Como autarquia sob regime especial, vinculada

ao então Ministério da Defesa (atualmente sob o Ministério de Portos e Aeroportos[4]), a ANAC foi instituída com o propósito de separar a atividade regulatória do Estado da função executiva e operacional da aviação, substituindo o Departamento de Aviação Civil (DAC).

A ANAC foi criada dentro do modelo de reforma do Estado que buscava tornar a administração pública mais eficiente, com decisões baseadas em critérios técnicos e menos influenciadas por interesses políticos. Como agência reguladora, ela tem autonomia administrativa e financeira, não estando subordinada a outros órgãos do governo. Sua direção é composta por uma Diretoria Colegiada com cinco membros, indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. Os mandatos são fixos e não coincidem, conforme determina a Lei nº 13.848/2019.

A Lei n.º 11.182/2005 atribui à ANAC competências normativas, regulatórias, fiscalizatórias e sancionatórias, para de disciplinar e supervisionar a prestação dos serviços de aviação civil e a operação da infraestrutura aeroportuária. Essa multiplicidade de funções confere à Agência significativa margem de atuação, o que impõe a necessidade de um debate contínuo sobre os limites jurídicos de seu poder normativo e seu controle jurisdicional.

Embora pouco lembrado, o Direito Aeronáutico tem previsão constitucional (CF/88, art. 22, I). A Agência Nacional de Aviação Civil começou a atuar em 2006 com o fim de possibilitar que a União regule e fiscalize as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária no país. As ações da ANAC se enquadram nos macroprocessos de certificação, fiscalização, normatização e representação institucional (ANAC, 2024).

Ou seja, no desempenho de suas funções, a ANAC exerce um tripé de atuação: regulação, certificação e fiscalização. A regulação consiste na elaboração de normas técnicas e econômicas voltadas à organização e ao bom funcionamento do setor; a certificação refere-se ao processo de autorização e habilitação de aeronaves, operadores e serviços de aviação; e a fiscalização envolve o monitoramento do cumprimento das normas e a aplicação de sanções administrativas em caso de infrações.

A regulação técnica depende muito de conhecimento especializado e da colaboração entre países. Ela segue regras da Organização da Aviação Civil

[4] O Ministério de Portos e Aeroportos é o órgão do Governo Federal incumbido de coordenar organização e elaboração da política nacional de transportes aquaviário e aeroviário.

Internacional (OACI) e acordos internacionais. Esse tipo de regulação costuma ser mais estável, bem estruturada e menos influenciada por interesses políticos. Mesmo assim, ainda levanta dúvidas sobre sua legitimidade democrática e sobre como deve ser controlada pelo Judiciário.

As agências reguladoras modernas, como a ANAC, foram criadas para atuar de forma técnica e especializada, com decisões baseadas em critérios racionais e não em interesses políticos. No entanto, para que essa atuação seja legítima, é necessário que suas decisões sejam transparentes, bem fundamentadas e submetidas a mecanismos de controle e prestação de contas.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) atua para promover a segurança da aviação civil e para estimular a concorrência e a melhoria da prestação dos serviços no setor. O trabalho da Agência consiste em elaborar normas, certificar empresas, oficinas, escolas, profissionais da aviação civil, aeródromos e aeroportos e fiscalizar as operações de aeronaves, de empresas aéreas, de aeroportos e de profissionais do setor e de aeroportos, com foco na segurança e na qualidade do transporte aéreo.

Tem-se que o poder regulatório da Agência não pode ultrapassar os limites estabelecidos no marco legal da aviação civil[5], assim como deve seguir as diretrizes e as políticas públicas do setor aéreo formuladas pelo Poder Executivo. Além disso, a atuação da ANAC ainda deve se submeter ao controle do Poder Legislativo, por meio das prestações de contas anuais ao Congresso Nacional e do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União. Sem falar no Poder Judiciário que, quando provocado, pode verificar questões relacionadas à legalidade nos atos da Administração.

Além de todos esses mecanismos de *accountability* por instituições públicas, a atividade regulatória da Agência também deve estar submetida a mecanismos de controle e participação social. Afinal, é importante ter em mente que qualquer intervenção regulatória, independentemente do setor a que se aplica, ensejará necessariamente a distribuição de ganhos e perdas entre agentes regulados/interessados.

[5] Leis 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) e 11.182, de 27 de setembro de 2005; Decretos n° 6.780, de 18 de fevereiro de 2009 (Política Nacional de Aviação Civil), nº 7.168, de 5 de maio de 2010 (Programa Nacional de Segurança da Aviação contra Atos de Interferência Ilícita) e nº 21.713, de 27 de agosto de 1946 (Promulga a Convenção de Aviação Civil Internacional), além do disposto no Programa de Segurança Operacional Brasileiro - PSO-BR.

Vale ressaltar que a atuação regulatória da ANAC é classificada pela própria Agência a partir de dois critérios: o primeiro refere-se à natureza da regulação, enquanto o segundo corresponde ao tipo de atividade regulatória exercida.

A natureza da regulação é dependente da temática regulada pela Agência. As principais temáticas tratadas na ANAC são (1) *safety* (segurança operacional), (2) *security* (segurança contra atos de interferência ilícita - AVSEC), (3) regulação econômica de aeroportos e (4) acompanhamento do mercado de transporte aéreo. Os dois primeiros temas são comumente denominados de regulação técnica, ao passo que os dois últimos, de regulação econômica (ANAC, 2024[6]).

Quanto ao critério relacionado ao tipo da atividade regulatória exercida, há, consoante a Portaria n.º 3.092/2017, três espécies: (i) regulamentação, (ii) certificação e outorga e (iii) fiscalização.

A coexistência de funções técnicas e econômicas na estrutura da ANAC gera, frequentemente, tensões quanto à delimitação de sua competência normativa. Embora, em tese, a regulação técnica deva incidir sobre aspectos objetivos e especializados (como segurança de voo e certificações), e a regulação econômica sobre a organização de mercado e as condições de prestação dos serviços, na prática, essas categorias se sobrepõem.

A jurisprudência e a doutrina têm reiteradamente alertado para o risco de um alargamento indevido do poder normativo das agências, especialmente quando suas normas assumem caráter geral e abstrato sem respaldo claro em lei. A delegação normativa a órgãos administrativos não pode servir como atalho para a produção normativa em temas reservados ao Legislativo. Há quem advirta que o poder regulamentar das agências deve ser exercido nos limites estritos da legalidade, com observância ao princípio da reserva legal.

A ANAC, ao atuar em um setor altamente técnico e dinâmico, é constantemente chamada a emitir resoluções que afetam direitos e obrigações de operadores, consumidores e demais entes envolvidos no transporte aéreo. Isso torna ainda mais premente a definição de critérios para distinguir atos de regulação técnica, mais vinculados à *expertise* operacional da agência, de atos de regulação econômica, cujos

[6] O papel da ANAC é ambivalente: de um lado, garantir a liberdade econômica no setor, estimulando a concorrência e a eficiência; de outro, assegurar a proteção dos consumidores e a segurança das operações. Essa ambivalência exige decisões técnicas complexas, como a liberação de cobrança por despacho de bagagem ou a regulação do capital estrangeiro nas companhias aéreas. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/institucional.

efeitos distributivos e concorrenciais devem ser cuidadosamente avaliados sob a ótica da proporcionalidade e da legalidade.

Dois casos ilustram, de forma paradigmática, os desafios enfrentados pela ANAC no exercício de seu poder regulador: o fim da franquia obrigatória de bagagem despachada e a liberação do capital estrangeiro nas companhias aéreas brasileiras.

O primeiro caso iniciou com a edição da Resolução n.º 400/2016 da ANAC, que instituiu novas condições gerais para o transporte aéreo de passageiros. Entre as inovações mais controversas estava o fim da obrigatoriedade da franquia mínima gratuita de bagagem despachada, até então garantida pela Resolução n.º 138/2010. A justificativa da ANAC foi de que a medida permitiria maior liberdade tarifária, incentivando a concorrência e a redução de preços. Entretanto, a medida foi duramente criticada por entidades de defesa do consumidor e pelo Congresso Nacional, que chegou a editar o Decreto Legislativo n.º 85/2018 para sustar seus efeitos, embora o STF tenha posteriormente reconhecido a constitucionalidade da resolução.

Esse episódio mostra o conflito entre a regulação técnica e econômica, além dos desafios para legitimar o poder normativo da agência. A atuação normativa das agências precisa se basear não apenas em critérios técnicos, mas também em processos transparentes, com participação pública, e estar sujeita a um controle judicial que garanta o respeito à legalidade e à integridade do procedimento.

O segundo caso se refere à Emenda Constitucional n.º 102/2019, que revogou o limite de 20% ao capital estrangeiro em empresas aéreas brasileiras. Embora a mudança tenha se dado por meio de emenda constitucional, sua implementação dependeu de atos infralegais da ANAC e da Secretaria de Aviação Civil para regulamentar os critérios e procedimentos para a participação de investidores estrangeiros no setor. Mais uma vez, a agência foi chamada a exercer sua função reguladora em um campo marcado por interesses econômicos relevantes e pela necessidade de adaptação célere às transformações globais do setor.

Igualmente, a retomada da aviação civil pós-pandemia representou um dos maiores desafios enfrentados pelo setor aéreo em décadas, exigindo uma combinação de medidas sanitárias, estratégias de confiança do consumidor e inovações tecnológicas para atender às novas demandas do mercado e às expectativas dos viajantes. Essa recuperação ocorre desde 2021, gradualmente, e é

acompanhada de mudanças significativas no comportamento dos consumidores e na operação das empresas.

Iniciativas da ANAC como a Regulação Responsiva e a Lei n.º 14.368, de 2022, do Voo Simples são fundamentais para superar desafios e promover a recuperação plena do setor.

3.3.1 Regulação Responsiva e o novo modelo regulatório da ANAC

O cenário pós-pandemia de COVID-19 impôs novos desafios à atuação da ANAC, exigindo adaptações rápidas, flexibilidade normativa e estratégias de regulação baseadas em evidências. A pandemia provocou uma queda abrupta na demanda por transporte aéreo, pressionando financeiramente as empresas do setor e exigindo ações emergenciais por parte do poder público.

Durante o período mais crítico da crise sanitária, a ANAC adotou medidas excepcionais, como a flexibilização de regras operacionais, a postergação de obrigações regulatórias e a publicação de diretrizes temporárias em parceria com organismos internacionais, como a IATA e a OACI. Essas medidas foram fundamentais para a manutenção mínima da malha aérea e para garantir a continuidade do transporte de cargas e insumos essenciais.

Entretanto, os desafios não cessaram com o arrefecimento da crise. O setor aéreo passou a enfrentar dificuldades como a inflação de custos operacionais, a escassez de peças e insumos, a instabilidade cambial e a necessidade de reconstrução da confiança dos consumidores. Esses fatores impuseram à ANAC a tarefa de rever seus instrumentos de regulação sob uma ótica mais pragmática e adaptativa.

Como resposta às novas exigências do ambiente regulatório, a ANAC intensifica a adoção da regulação baseada em riscos e evidências, modelo que privilegia a proporcionalidade das intervenções estatais, a análise de impacto regulatório (AIR) e a coleta sistemática de dados para fundamentar decisões.

Essa abordagem está em consonância com os princípios da regulação responsiva, conforme propostos por John Braithwaite (2002), para quem a eficácia da regulação depende de sua capacidade de calibrar respostas estatais conforme o comportamento dos regulados e com os riscos envolvidos. A AIR, nesse contexto,

assume papel importante, sendo utilizada pela ANAC para mensurar os efeitos esperados de novas normas e justificar suas escolhas regulatórias.

Para escapar de uma dicotomia formada entre, de um lado, os defensores de uma ingerência estatal na economia e, de outro, os adeptos da desregulação econômica, surge, no início da década de 1990, a denominada Teoria da Regulação Responsiva, de autoria de Ian Ayres e John Braithwaite (1992), à qual se deve o desenvolvimento de formas de regulação flexíveis, compatíveis com o contexto específico do mercado a ser regulado, o comportamento dos seus agentes e os objetivos buscados.

Segundo Antônio José e Silva, a Teoria da Regulação Responsiva foi, portanto, estruturada a partir da necessidade de superar esse dualismo que pouco contribuiu para a tão almejada eficiência estatal. Assim, seu corpo teórico oferece desenhos regulatórios flexíveis e adaptativos, que harmonizam persuasão e punição de tal forma que permite desenvolver modelos de regulação mais compatíveis com a realidade prática e os objetivos assentados pelo mercado e pelo Estado. Assim, a teoria parte da premissa acerca da necessidade de se conhecer a fundo a estrutura do mercado regulado, suas normativas internas e as motivações dos seus atores; a Teoria da Regulação Responsiva busca identificar e disponibilizar aos órgãos governamentais as melhores técnicas para cada situação particular (Silva, 2023, p. 11). Por esta razão, o autor vale-se desta teoria como principal referencial teórico para debater a regulação do mercado brasileiro de aviação civil.

Antes, contudo, é preciso compreender o conceito central de pirâmide regulatória proposto pelos teóricos; este recurso metodológico idealiza medidas crescentes de intervenção estatal, a depender do comportamento dos regulados. Assim, segundo o modelo desenvolvido, a autorregulação é a técnica inicial/primária a ser implementada, estando por isso na base da pirâmide, observável quando as condutas dos agentes estão em conformidade com as normas, ocorrendo pouca ou nenhuma intervenção governamental.

Dessa forma, uma vez que sejam identificadas irregularidades, sem a devida autocorreção pelos próprios infratores, a pirâmide é escalada, perpassando por medidas e estágios intermediários até se chegar a punições extremas, aplicáveis somente quando as irregularidades são persistentes, podendo resultar em altos valores de multa ou mesmo na decretação de incapacitação da empresa/agente regulada/o. Segundo Dias (2017), o modelo piramidal proposto por Ayres e Braithwaite

busca favorecer o ator virtuoso, dissuadir o ator irracional e punir o ator irracional, gerando responsabilidade social.

Ademais, a cooperação entre regulados e regulador é outra importante premissa do modelo teórico proposto. O objetivo é efetivar uma regulação cooperativa entre os agentes envolvidos, para provocar maior aderência dos regulados às normas, a partir de ideias de incentivo (normas de incentivo), às quais não excluem, vale destacar, a inclusão de técnicas de *enforcement*, quais sejam: a punição e a persuasão, conforme o modelo de pirâmide escalonada de regimes de intervenção proposto.

Neste campo, importa esclarecer que a punição é uma técnica de confronto, aplicada em decorrência de infrações reiteradas às regras, ao passo que a persuasão (ou aconselhamento) prioriza a cooperação e a conciliação, buscando prevenir danos. O foco da persuasão é alcançar o objetivo da norma e não somente punir os infratores após o seu descumprimento. Nesta estrutura, a possibilidade de punição existe, mas apenas em um plano subsidiário, do qual só se fará uso quando o resto falhar e o regulado continuar desvirtuando. Como bem destacado por Ayres e Braithwaite (1992, p. 19), a "[...] punição é cara e a persuasão é barata", enquanto a utilização de estratégias majoritariamente punitivas acaba por desperdiçar recursos em litígios que poderiam ser mais bem gastos em monitoramento e persuasão aptos a prevenir – ao invés de remediar – o prejuízo.

Tem-se o comportamento dos regulados como o principal critério apto a aferir a necessidade de uma resposta mais ou menos intervencionista e punitiva por parte do Estado.

Além de mencionar diversos estudos empíricos sobre o tema, os autores apresentam em sua obra análise econômica aprofundada que envolve a teoria dos jogos e auxilia na fundamentação deste ponto de vista (Ayres *et al*., 1992. p. 61-70).

Este programa de recompensas foi desenvolvido Braithwaite (2011) a partir do conceito de *pyramid of supports*, que prevê uma série de recompensas aos regulados que superarem os níveis estabelecidos na normativa a qual se submetem (SILVA, 2023, p. 14).

Em resumo, portanto, a regulação responsiva se diferencia das demais estratégias de regulação, sobretudo em relação ao que dispara como resposta regulatória (Ayres *et al*., 1992. p. 5), possibilitando a utilização das técnicas de

convencimento e/ou *enforcement* mais adequadas a cada caso, aumentando, por consequência, a probabilidade do atingimento dos objetivos elencados na normativa.

Há diversas críticas e propostas de aprimoramento direcionadas à teoria, a começar pelo questionamento acerca da própria legalidade da perspectiva responsiva de regulação.

Neste mesmo sentido, argumenta-se que a utilização de respostas individualizadas e adaptadas para cada ator carrega um elevado nível de discricionariedade, nunca bem tolerado em modelos democráticos de Estado, podendo, por tal razão, ser interpretado como atuação pouco transparente, parcial e privilegiada a determinados atores em detrimento de outros (Silva, 2023, p. 15).

De todo modo, o fato é que as ideias e conceitos próprios da regulação responsiva, complementados ou não pelas reformulações propostas por outros autores, já foram e continuam sendo aplicados em entidades governamentais e organismos internacionais (Kolieb, 2015, p. 142; Braithwaite, 2011, p. 482).

Ainda de maneira incipiente, percebe-se o início de discussões a respeito da aplicação de técnicas responsivas pelas agências reguladoras brasileiras, entre as quais, recentemente, a ANAC, em seu Plano Estratégico 2020-2026, com destaque para as Resoluções 472/2018 e 599/2020 (Silva, 2023, p.16).

Como se percebe, esta estrutura teórica-conceitual nos permite avançar para entender que, conforme propõem as premissas da teoria da regulação responsiva, a indução de determinado comportamento – quando comparada com a imposição do mesmo – por parte do ente regulador culmina com uma maior legitimidade do procedimento regulatório, uma vez que decorrente de uma relação consensual/voluntária/horizontal entre agentes públicos e agentes privados.

No âmbito da ANAC, conforme expõem Galvão e Aranha (2021, p. 108), “os trabalhos para a implementação da regulação responsiva começaram no ano de 2018, foram priorizados no ano seguinte (2019) e estão abarcados pelo planejamento institucional de curto a médio prazo, denominado Plano Estratégico 2020- 2026” (ANAC, 2020) (Silva, 2023, p. 17).

A Resolução 472/2018, não sem razão, é considerada pioneira do fenômeno da regulação responsiva no âmbito desta agência. No ano de 2020, a ANAC editou a Resolução 599/2020 que, em linhas gerais, não alterou a estrutura instituída para as competências fiscalizadora e sancionatória acima detalhadas, mas sanou a lacuna que havia quanto à normativa a ser aplicada para as relações contratuais de

concessão da exploração da infraestrutura aeroportuária, excluídas, conforme visto, do âmbito de incidência da Resolução 472/2018.

Em consonância com seu projeto de regulação responsiva, a ANAC publicou, em dezembro de 2024, as Resoluções n.º 761 e 762, com vigência prevista para 23 de junho de 2025, por meio das quais busca modernizar seu procedimento administrativo sancionador. Essas normas tratam, respectivamente, do rito procedimental e da gradação das sanções aplicáveis às infrações administrativas no setor aeronáutico, bem como da estipulação dos valores das multas correspondentes.

O novo marco substitui a Resolução ANAC n.º 472, de 6 de junho de 2018, que já havia introduzido elementos orientados à prevenção, como o Aviso de Condição Irregular (ACI) e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI), aplicáveis a infrações de menor gravidade e sem impacto direto sobre a segurança operacional. Apesar disso, estudo desenvolvido pela Universidade de Brasília (UnB) identificou que tais mecanismos preventivos tiveram baixa aplicação prática, em razão da generalidade de sua regulação e da persistência de uma cultura institucional ainda marcada por uma lógica punitivista e pouco aberta à indução colaborativa da conformidade regulatória.

Buscando aprimorar sua atuação sob a ótica da regulação responsiva, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) introduziu, por meio da Resolução n.º 762/2024, mecanismos sancionatórios diferenciados, como a obrigação de fazer ou de não fazer e a advertência, os quais podem ser aplicados em substituição à multa pecuniária. Essa inovação representa um esforço da Agência para tornar o processo sancionador mais proporcional, eficaz e alinhado aos objetivos públicos subjacentes à regulação do setor aéreo.

As sanções de obrigação de fazer ou de não fazer poderão ser adotadas sempre que se revelarem mais razoáveis e proporcionais do que a simples imposição de multa, tendo em vista os princípios da eficiência e da efetividade regulatória. Parte-se do reconhecimento de que a sanção pecuniária, por si só, nem sempre induz à melhoria concreta das operações reguladas, podendo inclusive comprometer recursos que, de outro modo, seriam aplicados na elevação da qualidade dos serviços. Nesse sentido, a imposição de obrigações específicas tende a ser mais útil ao sistema regulatório na totalidade, ao viabilizar correções estruturais e comportamentais com efeitos mais duradouros.

O regulado, ao receber proposta de substituição da multa por obrigação de fazer ou de não fazer, dispõe de prazo de 15 dias para apresentar manifestação sobre as condições de cumprimento, podendo sugerir alternativas ou ajustes proporcionais ao valor originalmente previsto para a sanção pecuniária. Trata-se de medida que reforça o caráter dialógico da atuação da ANAC e fortalece os incentivos à cooperação dos agentes regulados.

Outra inovação introduzida pela Resolução n.º 762/2024 foi a regulamentação da advertência como medida sancionatória autônoma e substitutiva da multa. A previsão legal dessa penalidade decorre de alteração da Lei n.º 11.182/2005, promovida pelo Congresso Nacional por meio da Lei n.º 14.368/2022, oriunda da conversão da Medida Provisória do Voo Simples. A emenda foi sugerida pelo Sindicato Nacional das Empresas de Aviação Agrícola (Sindag) e apresentada pelo deputado Alceu Moreira (RS), para tornar o sistema sancionador mais proporcional e adequado à realidade das empresas de menor porte.

Durante a consulta pública que precedeu a edição das novas resoluções, o Sindag propôs, além de maior clareza nas hipóteses de aplicação da advertência, a introdução do modelo de fiscalização orientadora, especialmente para empresas optantes do Simples Nacional. Estima-se que dois terços das empresas de aviação agrícola no país se enquadram nessa categoria, fazendo jus, portanto, ao tratamento diferenciado previsto no Estatuto da Micro e Pequena Empresa (Lei Complementar n.º 123/2006).

Não obstante esses avanços normativos, observa-se que os critérios para substituição da multa por sanções alternativas ainda permanecem relativamente abertos, conferindo ampla margem de discricionariedade à atuação fiscalizatória. Tal situação pode comprometer a previsibilidade e a efetividade do novo modelo regulatório, limitando, na prática, a consolidação de uma regulação responsiva.

Conforme dispõe o art. 27, § 2º, da Resolução nº 761/2024, a substituição da multa por advertência ou obrigação de fazer/deixar de fazer dependerá da análise de múltiplos fatores, como a criticidade da infração, as circunstâncias do fato, a conduta do regulado, seu histórico de conformidade, o caráter pedagógico da medida e a necessidade de assegurar a efetividade da norma. A avaliação concreta desses elementos permanece, assim, a cargo da fiscalização, o que poderá acarretar interpretações restritivas e comprometer o avanço de uma lógica sancionadora

verdadeiramente orientada por princípios de responsividade, proporcionalidade e prevenção.

Como se pode observar, o leque de providências administrativas foi ampliado, com a incorporação de sanções alternativas à multa, como a advertência, a obrigação de fazer e a obrigação de não fazer, inspiradas em experiências exitosas de outras autoridades reguladoras. Outras mudanças trazidas pelas resoluções referidas que vale a pena destacar são os incentivos à cooperação entre os operadores do setor e a Agência, promovendo uma relação mais colaborativa e orientada para a conformidade. Houve, ainda, uma readequação dos valores das sanções, com critérios mais proporcionais e equilibrados, levando em consideração o porte da operação e o histórico de conformidade do regulado. A normativa também estimula a conformidade voluntária, por meio da concessão de descontos àqueles que reconhecem a infração e renunciam ao direito de recorrer administrativamente, o que contribui para a resolução mais célere dos processos e a redução da litigiosidade. Por fim, frisa-se que os procedimentos administrativos foram revisados, incluindo a mudança na contagem de prazos — que passa de dias corridos para dias úteis —, além da otimização de diligências e da busca por maior eficiência nas interações processuais.

Com as novas resoluções, a ANAC reafirma seu compromisso com uma atuação mais responsiva, combinando mecanismos de persuasão e orientação com a imposição de sanções proporcionais e baseadas em critérios objetivos. A expectativa é que tais mudanças contribuam para tornar o ambiente regulatório mais eficiente, transparente e coerente com os princípios de justiça procedimental e eficácia regulatória.

Como já foi ressaltado, as resoluções em questão entram em vigor seis meses após sua publicação no Diário Oficial da União, prazo que tem como finalidade assegurar a adequada preparação dos regulados e das áreas técnicas da ANAC. Esse intervalo temporal possibilita a internalização das novas disposições normativas, com o apoio de ações de capacitação, treinamentos e iniciativas voltadas à familiarização com os novos procedimentos regulatórios.

Nota-se que esse arcabouço normativo instituído pela ANAC está voltado à lógica responsiva de estimular a conformidade global das condutas, ao invés de punir a desconformidade, sobretudo quando pontuais e não comprometedoras da qualidade dos serviços prestados. Ressalta-se, como bem observa Galvão (2021, p. 108), que

“[...] a flexibilidade do modelo responsivo não significa passividade perante a reincidência de certos atores. Assim, é razoável que a prática recente da infração justifique a indisponibilidade de tratamento mais benéfico ao reincidente”, como bem orienta a postura regulatória responsiva (Silva, 2023, p.18).

É possível constatar que a Agência Nacional de Aviação Civil Brasileira não só partilha de premissas desenvolvidas pela teoria da regulação responsiva, como já as implementa em algumas de suas normativas, com destaque para as recentes Resoluções n.º 761 e 762, de 18 de dezembro de 2024, bem como as integra ao Plano Estratégico 2020- 2026, supramencionados.

No Brasil, atualmente, o maior desafio enfrentado no campo regulatório é de ordem prática, tendo em vista que, em que pese ampla concordância dos sujeitos envolvidos quanto à necessidade de mudanças no âmbito fiscalizatório na direção de uma perspectiva mais colaborativa e menos impositiva, os entraves observáveis no cotidiano da atividade de transporte aéreo são inúmeros, muitos dos quais relacionados à enfraquecida cultura da segurança, reduzido diálogo entre as partes da cadeia operante, bem como desconfiança e insegurança no modelo sancionatório prevalecente.

Vale ressaltar que, na teoria do Direito, existem inúmeras abordagens críticas ao poder regulamentar estatal que se vale do uso da força/sanção como elemento principal de Habermas, coação. Como exemplo, em sua teoria da ação comunicativa, discorre sobre a importância da legitimidade procedimental das normas, uma vez que, sendo as normas vigentes reconhecidamente legítimas, seus destinatários cumprem não pelo temor à sanção, mas sobretudo em razão da concordância em seus comandos. Para o alcance deste contexto sociojurídico, é necessário que o Estado garanta um processo comunicativo no qual a participação e a anuência dos regulados sejam de fato observadas (Silva, 2023, p. 20).

Aplicando a teoria habermasiana ao contexto regulatório brasileiro no âmbito da aviação civil, podemos considerar que iniciativas estatais que invistam na produção de normativas regulamentares legítimas – aptas a gerar aderência dos regulados não pelo temor à punição, mas sim pela concordância em relação aos seus procedimentos e finalidades – aparentam ser importantes instrumentos capazes de causar impactos práticos positivos no setor.

Sendo assim, é deveras importante que os sujeitos que integram o quadro de direção da ANAC atentem-se à responsabilidade que possuem para o

desenvolvimento, implementação e propagação do modelo regulatório almejado. Afinal, são os seus valores e motivações que, ao final e em conjunto, conduzirão à tomada de decisões, que se materializarão na normativa regulamentar vigente.

Por tal razão, se mostra extremamente importante que o Estado participe ativamente do processo de esclarecimento e difusão das premissas responsivas a serem implementadas. Aqui, vale destacar que a ANAC, desde agosto de 2020, implementa o “Projeto de Regulação Responsiva”, que busca uma atuação mais efetiva e com melhores índices de conformidade ao projeto, regulatória. A própria descrição a seguir transcrita permite constatar que a agência reguladora brasileira almeja a via responsiva. Veja-se (Silva, 2023, p. 21):

> A regulação responsiva é uma alternativa ao modelo regulatório baseado essencialmente em punições, conhecido como comando e controle. O comando e controle, quando exclusivamente adotado, encontra limitações, já que não existem incentivos para que o regulado cumpra voluntariamente os requisitos postos pelo regulador. Além disso, as multas, as suspensões e as cassações tendem a ser excessivamente pesadas, tanto para o regulador quanto para o regulado que demonstra um histórico de colaboração e comprometimento com os objetivos regulatórios.

Sabe-se que a adoção exclusiva de ferramentas de comando e controle pode gerar diversos problemas, como normativos demasiadamente prescritivos, elevado volume de processos sancionadores e de custos administrativos, pouca liberdade do regulador frente à diversidade de comportamentos dos regulados e baixa efetividade das sanções aplicadas. Por isso, cada vez mais os reguladores, dos mais diversos setores, estão migrando para um modelo de regulação responsiva.

O Projeto propõe, dessa forma, que a ANAC repense o seu modelo de regulação para utilizar ferramentas de comando e controle somente quando estritamente necessário. O foco passará a ser o estabelecimento de incentivos, à prevenção e à conformidade regulatória, e não o sancionatório.

Além disto, e não menos importante, acresce-se à responsabilidade estatal a responsabilidade dos agentes empresariais. Isto porque o desenvolvimento de uma cultura ética de responsabilidade perpassa pela consciência coletiva de todos as partes envolvidas. É exatamente nesse contexto que se desenvolve a discussão a respeito dos programas de compliance, que se refere a um mecanismo de autorregulação, compatível com a hétero regulação, a ser implementado nas

empresas, em um contínuo processo de dentro para fora, isto é, dos ambientes corporativos para o mercado. Assim observa Galvão (2021, p. 229):

> [...] por meio dos programas de compliance, busca-se realçar e difundir o valor intrínseco das normas jurídicas e as razões para o seu cumprimento, a fim de gerar uma efetiva cultura de respeito à ética e à legalidade que, iniciada dentro da empresa, possa depois se expandir, estendendo-se a todos aqueles com os quais determinado agente econômico trava relações contratuais.

A proposta principal do compliance é fazer com que a mudança interna (da empresa) funcione como catalisador da transformação do próprio mercado, isto é, "[...] do espaço comum em que os agentes econômicos entabulam relações com outras empresas, com consumidores e com o Estado" (Galvão, 2021, p. 229).

Dessa forma, os programas de compliance impactam na própria cultura corporativa do país, favorecendo uma visão institucional do mercado, em que as regras do jogo são compreendidas e respeitadas por todos os agentes, fomentando, assim, o seu bom, justo e adequado funcionamento (Silva, 2023, p. 22).

É notório que a ANAC tem adotado orientações e princípios responsivos, alguns dos quais expressamente previstos em suas recentes normativas e em seu plano estratégico atualmente em vigor. Contudo, estudos acadêmicos disponibilizados pela própria ANAC em seu portal apontam para uma linearização das medidas preventivas adotadas pela agência brasileira, vez que grande parte delas são concedidas sem ponderação da avaliação do histórico do agente regulado, da gravidade da infração cometida, bem como da análise do percentual de efetividade do benefício concedido (Silva, 2023, p. 24).

É preciso uma revisão pontual referente a este panorama, sob pena de restar sem efeito uma das principais vantagens da regulação responsiva, qual seja: o incentivo maior ao regulado de baixo risco, que não (ou pouco) desvirtua.

Com base nos pressupostos da teoria da regulação responsiva, certo é que a regulação cooperativa será tanto mais eficaz quanto maior for "(i) o uso de estratégias de barganha de retaliação equivalente, (ii) a disposição hierárquica de uma variedade de sanções e estilos regulatórios interventores e (iii) a altura da pirâmide, representada pela aflitividade de sua sanção mais severa" (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 40).

No que se refere à cultura da segurança — especialmente no contexto brasileiro, marcado por entraves históricos à adoção de práticas cooperativas e de conformidade —, três elementos centrais merecem especial atenção. Em primeiro lugar, destaca-se a responsabilidade do agente estatal na formulação de normas legítimas, que possam gerar adesão espontânea por parte dos regulados, não em razão do temor de sanções, mas pela percepção de justiça, razoabilidade e adequação do conteúdo normativo. Em segundo lugar, impõe-se aos agentes de mercado o dever de adotar posturas de autocorreção e autorresponsabilidade, por meio de programas robustos de compliance, além de incentivos estatais vinculados a classificações que privilegiem operadores de menor risco regulatório.

Por fim, a transparência emerge como pilar indispensável em qualquer ambiente que pretenda ser colaborativo, sendo fundamental que os critérios técnicos sejam expostos de maneira clara, de modo a fomentar um novo paradigma cultural de cumprimento consistente das normas.

Trata-se, portanto, de promover uma transição da lógica centrada no *enforcement* para uma cultura regulatória baseada no compliance, alicerçada na colaboração, na previsibilidade, na eficiência e na segurança jurídica (Silva, 2023, p. 26). Destaca-se, por fim, que o ente regulador deve considerar o histórico do regulado como elemento mais importante que a gravidade da infração em si. Elemento essencial para a teoria da regulação responsiva, o histórico do regulado revela o registro das ações e aponta os índices de acatamento/descumprimento das normas ao longo dos anos, sendo por isso capaz de indicar a disposição do agente em colaborar com o sistema regulatório.

Portanto, reitera-se, a conclusão do autor segundo a qual, *a priori,* o uso de medidas preventivas e de conformidade não deve ser preterido, ainda que a conduta praticada pelo regulado seja considerada grave. Sob a perspectiva responsiva, esta regra geral há de ser confrontada com o histórico do regulado, para que, ante a análise das peculiaridades do caso concreto, a agência defina a melhor (mais eficiente e equivalente) resposta regulatória a ser implementada (Silva, 2023, p. 27).

Assim, em síntese, considera que se mostra de suma importância o mapeamento e a posterior classificação dos agentes regulados conforme índices de regularidade no cumprimento das normativas vigentes (ou de outros indicativos considerados relevantes pelo regulador), para que em relação a cada grupo sejam previstos distintos conjuntos de medidas regulamentares, prevalecendo, por certo, as

medidas de conformidade ao grupo de baixo risco, ao passo que, ao grupo de alto risco, devem predominar as medidas de *enforcement* (Silva, 2023, p. 27).

Outro aspecto essencial do novo modelo regulatório da ANAC é a intensificação da interação com stakeholders e a busca por maior legitimidade das decisões normativas. A participação social no processo regulatório é instrumentalizada por meio de consultas e audiências públicas, bem como pela atuação do Comitê de Avaliação da Qualidade Regulatória (CAQR), instituído para revisar e monitorar atos normativos com apoio de especialistas externos.

A literatura sobre legitimidade regulatória (Black, 2008) ressalta que a regulação eficaz não depende somente da *expertise* técnica da agência, mas também de sua capacidade de engajar os regulados e afetados pelas normas em um processo dialógico e transparente. A ANAC tem procurado incorporar essa perspectiva, promovendo oficinas temáticas, painéis regulatórios e outras formas de engajamento colaborativo.

Tais práticas não somente contribuem para a qualidade das normas editadas, mas também reforçam a confiança dos regulados na atuação da agência, aspecto relevante para a eficácia da regulação responsiva. Ao integrar diferentes perspectivas e conferir publicidade aos fundamentos de suas decisões, a ANAC busca construir um ambiente regulatório mais previsível, participativo e responsivo às transformações do setor.

No contexto de complexidade e volatilidade que caracteriza o setor aéreo, especialmente no pós-pandemia, a regulação responsiva mostra-se um instrumento indispensável para o equilíbrio entre segurança, eficiência e inovação. O fortalecimento dessa abordagem dependerá, contudo, da contínua qualificação técnica da agência, da manutenção de sua autonomia e da ampliação dos canais de diálogo com os diversos atores envolvidos na aviação civil brasileira.

4 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

Passa-se a abordar aspectos que dizem respeito ao controle exercido pelo Judiciário sobre o poder normativo conferido às agências reguladoras no Brasil.

Assim como ocorre com qualquer órgão do Estado, as agências reguladoras, incluindo a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), estão sujeitas ao controle judicial sempre que seus atos forem alegadamente lesivos a direitos de terceiros. Essa prerrogativa deriva do princípio do acesso à Justiça e da garantia de que nenhum ato administrativo está imune à apreciação do Poder Judiciário, conforme previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

No Brasil, o controle dos atos administrativos das agências reguladoras, especialmente quando estas possuem âmbito federal, não costuma apresentar grandes complexidades em relação à definição da competência jurisdicional, cabendo à Justiça Federal o julgamento dessas demandas. Ademais, é importante lembrar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há separação entre jurisdições administrativa e comum.

Vale salientar que, embora as agências reguladoras gozem de autonomia para cumprir suas funções técnicas especializadas, elas não são órgãos absolutamente independentes. Sua atuação está submetida ao controle político (pelo Parlamento) e judicial no intuito que, suas decisões sejam compatíveis com o ordenamento jurídico e com os interesses da sociedade. Esse equilíbrio reforça o papel das agências no sistema de freios e contrapesos, essencial para a preservação do Estado democrático e do interesse público.

Ressalta-se que as agências reguladoras são submetidas ainda, em certo grau, à influência do Chefe do Executivo, que se manifesta em diversas frentes, como nomeações, orçamento, edição de medidas provisórias e pressão política. No entanto, essa influência deve ser exercida nos limites legais e institucionais, respeitando o equilíbrio entre autonomia regulatória e controle político para preservar o interesse público e a eficácia do sistema regulatório. Ademais, há risco de desgaste político que serve como um importante freio natural à atuação do Chefe do Executivo sobre as agências reguladoras. Ele incentiva uma postura de cautela e a busca por consenso, restringindo as intervenções políticas às situações onde elas sejam inevitáveis e amplamente justificáveis. Dessa forma, preserva-se o equilíbrio entre a autonomia

regulatória e a necessidade de alinhamento com as prioridades do governo e da sociedade.

A relativização do conceito de independência das agências reguladoras é necessária para preservar o equilíbrio entre autonomia técnica e responsabilidade pública. Essa abordagem dificulta a captura regulatória, evita a criação de estruturas isoladas de poder e promove maior transparência e controle social, contribuindo para as agências cumprirem seu papel de forma mais eficaz e alinhada ao interesse público.

Sabe-se que o papel das agências reguladoras transcende a esfera meramente técnica, pois suas decisões muitas vezes possuem impacto direto em políticas públicas e na vida da sociedade. Essa característica exige que as agências estejam sujeitas ao sistema de freios e contrapesos, sendo controladas pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Assim, uma das formas de se controlar os atos das agências, e evitar que elas se transformem numa ditadura tecnocrática, é através do controle judicial. Este, mostra-se como ferramenta indispensável para proteger o equilíbrio entre especialização técnica e responsabilidade democrática, garantindo que as agências contribuam para a formulação e implementação de políticas públicas de forma transparente, legítima e nos parâmetros constitucionais.

Cumpre frisar, como já foi demonstrado, que na doutrina não existe um consenso sobre a natureza jurídica da competência normativa das agências reguladoras há quem entenda como delegação legislativa (Justen Filho, 2002, p. 513), deslegificação (Aragão, 2006, p. 424), competência regulamentar decorrente do art. 174 da CRFB (Moreira, 2013, p. 106) etc. O que não se nega é que, tal poder é uma realidade e precisa de controles externos que atendam suas especificidades.

Sérgio Guerra pontua que o controle judicial dos atos normativos das agências, no Brasil, ainda é incipiente, sendo raras as manifestações de mérito sobre a questão (Guerra *apud* Lima, 2012, p. 224).

4.1 Limites constitucionais à jurisdição sobre atos administrativos: separação de funções

Felipe Romero (2023, p. 35) aponta que a ideia de deferência aos juízos técnicos das agências reguladoras está associada a uma perspectiva institucionalista, que considera a capacidade diferenciada de determinados atores públicos para tomar

decisões informadas em contextos de incerteza e alta complexidade. Essa lógica de deferência é perceptível em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, notadamente nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.923 e 4.874.

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 176) sustenta que a atuação das agências reguladoras deve se restringir à deliberação sobre aspectos eminentemente técnicos. Complementando essa visão, Floriano de Azevedo Marques (2004) afirma que as agências não são instâncias responsáveis pela formulação de políticas públicas, mas sim instrumentos voltados à sua implementação.

Romero (2023, p. 41) observa que essas concepções, de forma geral, se apoiam em duas construções teóricas fundamentadas em uma leitura dogmática da separação dos poderes: (a) o conceito de discricionariedade técnica e (b) o conceito de reserva de administração. Ambas compartilham a tentativa de qualificar e distinguir o espaço decisório das agências reguladoras, sustentando que esse espaço não poderia ser substituído pela deliberação de outros órgãos ou poderes estatais.

(a) Discricionariedade técnica

Antes de avançar na análise da discricionariedade técnica, é pertinente diferenciá-la da discricionariedade administrativa, a fim de delimitar com precisão o escopo do controle judicial sobre os atos das agências. A concepção clássica de poder discricionário, sem tratar das nuances da definição, é mencionada como “[...] a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, dentre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público” (Carvalho Filho, 2014, p. 51).

A discricionariedade administrativa constitui um dos fundamentos da atuação da Administração Pública, ao representar a margem de liberdade que a lei concede ao gestor para escolher, entre alternativas juridicamente válidas, a decisão que melhor atenda ao interesse público. No entanto, esse poder não é absoluto: deve ser exercido nos limites estabelecidos pela lei e em conformidade com os princípios constitucionais que orientam a Administração, especialmente os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Existe discricionariedade quando a lei confere à Administração a possibilidade de, diante de um caso concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas

compatíveis com o ordenamento jurídico. Essa escolha deve ser pautada por critérios como oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade e interesse público, elementos que se reúnem no conceito de mérito do ato administrativo (Di Pietro, 2007, p. 76).

A partir dessa definição, extraem-se os elementos fundamentais da discricionariedade administrativa: (a) pressupõe a existência de duas ou mais opções; (b) essas opções decorrem da própria lei; (c) qualquer das alternativas escolhidas pela autoridade será juridicamente válida; e (d) a escolha deve ser feita com base em critérios de mérito, considerados à luz do caso concreto (Di Pietro, 2007, p. 76).

Atualmente, a discricionariedade administrativa não é mais vista como uma liberdade de opção entre duas ou mais alternativas, limitadas ao que está escrito na lei. Ela passou a ser entendida como uma faculdade que deve respeitar todo o ordenamento jurídico, incluindo os princípios do Direito em sentido mais amplo. Essa forma de compreender a discricionariedade foi influenciada pela Constituição alemã de 1949, cujo artigo 20 estabelece que o Poder Executivo deve obedecer não só à lei, mas também ao Direito como um todo (Di Pietro, 2007, p. 77-78).

Com isso, quando o sistema jurídico adota princípios como o da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, boa-fé, dignidade da pessoa humana e interesse público, é inevitável que a margem de escolha da Administração sofra limitações. Em situações nas quais, à luz da lei, a Administração teria duas opções, a aplicação de um princípio jurídico pode eliminar uma delas. Por exemplo, se uma das alternativas for desproporcional ou irrazoável, restará somente uma escolha juridicamente admissível. Nesses casos, a discricionariedade se reduz, ou mesmo desaparece, diante da exigência de conformidade com o ordenamento jurídico como um todo (Di Pietro, 2007, p. 78).

Consequentemente, quanto menores forem os espaços legítimos para a discricionariedade, maior é a possibilidade de controle judicial. Isso porque os valores e princípios constitucionais vinculam todos os Poderes do Estado. O Legislativo, ao elaborar leis, deve observá-los, sob pena de inconstitucionalidade; o Executivo, ao praticar atos normativos ou administrativos, também está sujeito a esses mesmos parâmetros; e o Judiciário, por sua vez, ao analisar a validade de leis ou atos administrativos, deve julgá-los não apenas à luz da legalidade formal, mas também conforme com os princípios que fundamentam o ordenamento jurídico, estejam eles ou não expressamente positivados (Di Pietro, 2007, p. 78).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 143-150), em seu livro Parcerias na Administração Pública, destaca que, no direito norte-americano, as agências reguladoras possuem função quase-legislativa, podendo editar normas que inovam na ordem jurídica. Aduz que isso contrasta com o modelo brasileiro, onde o poder normativo das agências é mais restrito. No passado, as agências norte-americanas também gozavam de um elevado grau de discricionariedade técnica, a ponto de alguns de seus atos, especialmente os regulatórios, estarem fora do controle judicial, sob o argumento de que envolviam conhecimento altamente especializado. Assim, elas eram responsáveis por normatizar questões técnicas sem interferência direta do Judiciário. Entretanto, essa realidade mudou nos últimos anos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro argumenta que, diferentemente do modelo norte-americano, onde as agências reguladoras possuíram, historicamente, um alto grau de autonomia técnica e discricionariedade, no Brasil não há fundamento para reservar às agências um espaço de decisão totalmente imune ao controle do Judiciário. Isso significa que, mesmo quando editam normas técnicas dentro de sua competência regulatória, suas decisões podem ser revistas pelo Poder Judiciário para verificar sua legalidade e adequação aos princípios constitucionais. Isso porque, a chamada discricionariedade técnica pode causar lesão ou ameaça de lesão e, portanto, ensejar correção judicial.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro posiciona-se de forma clara contra a ideia de que a discricionariedade técnica possa funcionar como um escudo protetor da Administração Pública ou das agências reguladoras frente ao controle judicial. Ao contrário, ela sustenta que esse tipo de discricionariedade, por sua própria natureza, está sujeito à revisão pelo Judiciário. Isso porque a discricionariedade técnica não envolve juízo de valor ou decisão política, mas sim a busca por uma solução correta com base em critérios técnicos e conhecimentos científicos. Nesse contexto, cabe à Administração aplicar o saber técnico-científico para definir conceitos e parâmetros estabelecidos em lei, e não exercer liberdade de escolha política ou de conveniência (Di Pietro, 2002).

Mesmo nos casos em que atos normativos das agências reguladoras envolvem discricionariedade técnica, Di Pietro afirma que é plenamente possível a atuação do Judiciário, inclusive com a anulação da norma, quando constatadas ilegalidades. Ela ressalta que a exigência de procedimentos formais, como a motivação e a demonstração de racionalidade na elaboração das normas, tem justamente o

propósito de viabilizar o controle judicial quanto à razoabilidade do conteúdo regulatório (Di Pietro, 2002).

Segundo a autora, embora as agências possam interpretar, esclarecer ou aplicar princípios e conceitos técnicos previstos em lei, elas não podem inovar na ordem jurídica, criar obrigações ou deveres, impor penalidades ou afetar direitos individuais sem autorização legal expressa. Essas matérias estão submetidas ao princípio da reserva legal e, por isso, não podem ser subtraídas do alcance do controle judicial sob a justificativa de estarem amparadas por uma suposta discricionariedade técnica (Di Pietro, 2002).

Em relação à discricionariedade técnica, **(a)** uma das construções teóricas vinculadas a uma concepção dogmática da separação dos poderes, refere-se a um espaço decisório mais limitado para a Administração. Como o próprio termo indica, essas decisões devem estar fundamentadas em critérios técnicos, científicos ou especializados, o que reduz a margem de escolha subjetiva por parte do agente público.

O conceito de discricionariedade técnica é objeto de controvérsias tanto na doutrina jurídica brasileira quanto na estrangeira. Duas correntes contrastantes merecem destaque. A **primeira** sustenta que, nas hipóteses em que há discricionariedade técnica, não se estaria diante de uma verdadeira manifestação de escolha administrativa. Nessa visão, o regulador não inova no ordenamento jurídico, pois a norma já estaria integralmente determinada pela lei, cabendo apenas a aplicação de critérios técnicos previamente definidos pela ciência. A decisão técnica, nesse caso, corresponderia a uma solução única, correta, identificável com base no saber especializado. Assim, os órgãos administrativos exerceriam apenas uma função executiva, operacionalizando políticas públicas previamente estabelecidas, sem qualquer margem para inovação normativa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende dessa forma (2007).

A ideia da discricionariedade técnica também legitima a delegação de poder normativo às agências reguladoras, bem como, algumas vezes, é usada para defender que o mérito da decisão da agência não esteja sujeito a controle judicial ou político-administrativo. Pois a agência seria o ente institucional mais capacitado para emitir juízos técnicos sobre determinada matéria. Os demais Poderes deveriam adotar postura deferente às normas e decisões emanadas das agências reguladoras.

Uma **segunda** versão de discricionariedade técnica reconhece um espaço de discricionariedade (possibilidade de escolha) às agências reguladoras. Em havendo mais de uma possibilidade, a decisão pela melhor solução deve ser tomada com razões técnicas e não com fundamentos políticos. A discricionariedade estaria limitada a possibilidades validadas pelo conhecimento técnico. Nesse sentido, entendem Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2002, p.35); e Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 34). Essa versão ainda conserva a crença de que o regulador deve decidir com base em fundamentos técnicos, politicamente neutros e pretensamente objetivos que blindariam as decisões das agências reguladoras contra a revisão de outros poderes.

É importante destacar que há autores que entendem que a chamada discricionariedade técnica se distingue da discricionariedade político-administrativa por não envolver juízos de conveniência e oportunidade, os quais são típicos do clássico conceito do mérito do ato administrativo. Esse mérito seria supostamente intangível pelo Poder Judiciário, especialmente sob uma interpretação estrita do princípio da legalidade.

No entanto, justamente por não se basear nesses juízos subjetivos de mérito, a discricionariedade técnica não estaria, a priori, excluída do controle judicial. Pelo contrário, estaria sujeita à apreciação do Judiciário nos termos do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Em outras palavras, ainda que a decisão técnica exija conhecimento especializado, ela não se encontra imune ao controle de legalidade e de conformidade com os princípios jurídicos (Sampaio, 2002, p. 345-346).

(b) Reserva de administração e reserva de regulação

Quanto à segunda construção teórica associada à leitura dogmática do princípio da separação dos poderes, trata-se das chamadas reservas de administração e de regulação. De acordo com essa teoria, haveria um espaço institucional próprio da função administrativa que não poderia ser invadido pelos Poderes Legislativo ou Judiciário.

A chamada reserva de administração é um conceito mais amplo, que abrange competências atribuídas exclusivamente ao Poder Executivo pela Constituição Federal. Já a reserva de regulação procura conferir às agências reguladoras uma

prerrogativa mais específica e técnica: a de tratar, com autonomia, de matérias que exigem conhecimento especializado e que não podem ser substituídas por juízos de valor subjetivos ou generalistas (Romero, 2023, p. 41).

Segundo Sérgio Guerra (2018), essa prerrogativa do regulador se justifica pela crescente complexidade e tecnicidade do mundo pós-moderno, que desloca a competência decisória sobre sistemas altamente especializados do Poder Legislativo para as agências reguladoras, que estariam mais bem equipadas para lidar com esses desafios.

A defesa da chamada reserva de regulação está associada à produção doutrinária que propõe uma evolução do princípio tradicional da legalidade. Essa visão mais recente defende uma legalidade baseada em princípios ou uma legalidade formal com base em valores, superando a ideia de que somente a letra da lei escrita é suficiente para limitar a atuação administrativa (Romero, 2023, p. 47).

Na ADI n.º 4.874, de relatoria da Ministra Rosa Weber, o Ministro Edson Fachin defendeu, em seu voto, a existência de uma reserva de administração em favor da Anvisa, o que, em sua visão, justificaria uma postura deferente do Judiciário em relação às normas editadas pela agência. Por outro lado, na ADI n.º 5.779, a tese da reserva de administração em favor da Anvisa foi rejeitada pela maioria do Plenário. Nesse julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes sustentou ser legítimo o controle dos limites da delegação legislativa conferida às agências reguladoras, cabendo tanto ao Congresso Nacional quanto ao Poder Judiciário fiscalizar eventuais desvios de finalidade ou abusos de poder. No mesmo precedente, o Ministro Gilmar Mendes observou que “[...] é o contexto institucional que muitas vezes desvenda os espaços de atuação do Poder Legislativo frente à atuação da autoridade reguladora”. Defende, assim, que não haveria fórmulas universais para delimitar a competência da Administração Pública em oposição à do Poder Legislativo.

Do ponto de vista normativo, diferentemente de outros países, a Constituição Federal de 1988 não estabelece critérios claros para distinguir a elaboração da política pública regulatória de sua execução, nem delimita com precisão o que cabe à lei e o que pode ser objeto de regulamentação técnica pelas agências reguladoras. O texto constitucional apenas indica, pontualmente, as matérias sujeitas à legalidade estrita e aquelas atribuídas ao poder regulamentar, conforme disposto nos artigos 62, §1º, e 84, inciso VI.

Cumpre destacar que a Constituição Federal confere ao Congresso Nacional ampla competência legislativa, reconhecendo a primazia de sua função normativa em relação às atribuições normativas exercidas pelos demais Poderes. O artigo 48, *caput,* estabelece que compete ao Congresso dispor, por meio de lei, sobre todas as matérias de competência da União. Já o artigo 49, inciso X, assegura ao Congresso a prerrogativa de fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, enquanto o inciso XI do mesmo artigo lhe atribui, de forma genérica, a competência para zelar pela preservação de sua função legislativa frente à atuação normativa dos demais Poderes.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal frequentemente recorrem a categorias doutrinárias para tentar delimitar, de forma abstrata, o campo de atuação das agências reguladoras. No entanto, essa orientação nem sempre se mostra coerente. De um lado, o Tribunal estabelece restrições à atividade normativa dessas entidades, afirmando que elas devem obedecer ao princípio da legalidade, não podem criar novos direitos e apenas executam escolhas políticas previamente definidas pelo legislador. De outro lado, o próprio STF reconhece a importância da atuação das agências diante da complexidade crescente das relações econômicas e destaca o papel especial que lhes é conferido em razão de sua qualificação técnica e capacidade de formulação especializada (Romero, 2023, p. 56).

Felipe Romero (2023, p. 57) entende que a distinção entre técnica e política, embora frequentemente utilizada, revela-se imprecisa e, em muitos casos, inútil para orientar a análise de situações concretas. Igualmente, Marçal Justen Filho (2011, p. 242) afirma que “[...] a atividade regulatória, ainda quando envolva escolhas de natureza técnico-científica, envolve decisões políticas relacionadas à conveniência e oportunidade”.

A separação de poderes, além de representar uma divisão funcional de competências específicas, configura-se como um sistema de distribuição de instrumentos por meio dos quais os agentes estatais são habilitados a intervir da arena e do debate públicos (Romero, 2023, p. 57). Nesse mesmo sentido, Josh Chafetz utiliza a expressão “separação de poderes baseada na multiplicidade” para destacar a flexibilidade dos arranjos institucionais e a dinâmica de disputa entre os poderes pelo exercício da autoridade decisória (Chafetz, 2017, p. 27).

Regimes democráticos se baseiam na ideia de que nenhum poder político deve ser exercido sem limites. Por isso, é natural que as instituições contem com

mecanismos para conter ou controlar a atuação umas das outras. Como bem define Arend Lijphart (2003, p. 49), trata-se de um “harmonioso sistema de frustração mútua” entre os poderes, com efeitos tanto positivos quanto negativos. Nesse sentido, Felipe Romero (2023, p. 58) observa que defender a existência de uma reserva de administração em favor das agências pode ser até inconveniente, especialmente diante dos riscos de captura do regulador por interesses privados ou políticos.

Sem negar a especialização técnica das agências reguladoras, nem desconsiderar que há uma diferença entre decisões técnicas e políticas, é importante reconhecer que, na prática, as funções das agências muitas vezes serão superposta e concorrentes à atribuição normativa do Poder Legislativo. Em temas regulatórios, não é possível traçar uma linha clara e definitiva entre o que é técnico e o que é político (Guerra, 2018, p. 58).

Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), ao analisar as teorias de interpretação judicial sob uma perspectiva institucionalista, destaca a importância de os juízes reconhecerem suas próprias limitações, tanto no aspecto cognitivo quanto institucional. Essa abordagem contrasta com teorias que esperam dos juízes decisões materialmente ótimas ou a descoberta da “melhor solução” para cada caso.

O ponto central do argumento é que, diante de questões complexas, os juízes muitas vezes não dispõem de todas as informações necessárias nem possuem o conhecimento técnico especializado para definir, com precisão, qual seria a decisão ideal do ponto de vista substantivo. Assim, ao invés de buscar uma decisão perfeita, Sunstein e Vermeule sugerem que os juízes adotem modelos de decisão "*second-best*". Esses modelos reconhecem que o Judiciário atua muitas vezes em contextos de incerteza e enfrenta limitações práticas, como a falta de conhecimento técnico especializado ou o acesso restrito a informações. Nesse contexto, a abordagem institucionalista defendida por Sunstein e Vermeule propõe uma visão mais modesta e realista da função judicial. Essa visão valoriza, entre outros aspectos, a deferência a instituições especializadas, partindo do reconhecimento de que outros órgãos ou esferas do governo podem estar mais preparados para lidar com determinados temas.

4.2 Técnica versus política: o desafio hermenêutico da regulação

A divisão entre técnica e política, usada com frequência nos debates sobre regulação, cumpre muitas vezes um papel estratégico nas disputas de poder sobre

quem deve ter a palavra final (Romero, 2023, p. 99). Na prática, a oposição entre esses dois termos está mais ligada a uma disputa por espaço e autoridade entre instituições do que a uma separação real entre áreas com funções distintas (Klüger, 2015, p. 6).

Nessa disputa, os agentes técnicos costumam destacar o valor de sua especialização para tratar de determinados temas, alegando que essas questões podem ser distorcidas se forem submetidas a decisões políticas. Com isso, suas posições se tornam menos sujeitas à contestação. Esse tipo de argumento geralmente se baseia na ideia de que decisões técnicas são objetivas e neutras, e que poderiam perder qualidade ou legitimidade se influenciadas por interesses políticos.

Por outro lado, os agentes políticos recorrem à sua legitimidade democrática e à proximidade com o eleitorado como estratégia para afirmar que a decisão final deve caber a eles.

Felipe Romero (2023, p. 101) observa que, em grande parte, o cotidiano da atividade regulatória tende a não despertar o interesse direto dos parlamentares no Congresso Nacional. No entanto, em determinadas situações, as escolhas regulatórias podem envolver temas de elevada repercussão social, nos quais estão em jogo interesses públicos e privados significativos. Nesses contextos, é esperado que o Congresso — enquanto instância representativa de uma pluralidade de interesses — reivindique protagonismo normativo, especialmente quando perceber que a condução da política regulatória por uma agência específica se afasta das preferências políticas dominantes.

Vale destacar, como aponta José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 363), a semelhança com o critério utilizado no debate norte-americano ao se avaliar a legitimidade da produção normativa legislativa em matérias delegadas às agências reguladoras: *big deal principle*. Trata-se de definição empregada pelo *justice O'Connor em FDA v. Williamson Tabacco Corp* (U.S. 120 [2000]), adotada pela maioria da Suprema Corte sustenta que não se deve presumir que questões relevantes, com grande impacto político ou econômico, tenham sido delegadas pelo Congresso às agências reguladoras, excluindo a possibilidade de o Legislativo vir a normatizá-las futuramente. Nesse contexto, a formulação do chamado *big deal principle* foi apresentada como uma exceção à regra da deferência, estabelecida em *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (467 U.S. 837 [1984]) (Romero, 2023, p. 100).

Posteriormente, o tema voltou ao centro do debate jurídico norte-americano com a decisão da Suprema Corte no caso *West Virginia v. EPA (597 U.S. ___ [2022]),* que analisou a interpretação do *Clean Air Act e os limites das prerrogativas da Environmental Protection Agency (EPA)* para regular a emissão de gases de efeito estufa relacionados ao aquecimento global. Com base na chamada *major questions doctrine*, a Corte entendeu que a lei não confere explicitamente à agencia a autoridade de regular o tema e, sendo esse um tema de alta sensibilidade política, a agencia seria incompetente para tratar do assunto.

Segundo essa doutrina, em casos excepcionais de delegação legislativa, o Congresso deve manifestar-se de forma expressa. No caso concreto, a decisão inviabilizou a adoção de medidas relevantes pela EPA no enfrentamento das mudanças climáticas. Cabe destacar que, após o julgamento, o Congresso aprovou o *Inflation Reduction Act de 2022*, que, entre outras disposições, concedeu explicitamente à EPA a competência para regular a emissão de gases de efeito estufa, possibilitando à agência contornar os efeitos da decisão judicial (Romero, 2023, p. 100).

No Brasil, na medida em que existe competência sustatória congressual (Art. 49, V c/c XI, da CF/88), esta poderia funcionar como argumento em favor de normas editadas pela agência, ainda que com base em delegações legislativas vagas. Isso porque a possibilidade de veto e o não exercício dessa prerrogativa poderia ser interpretados como uma sinalização de que a regulação editada se harmoniza com a intensão legislativa privilegiando a perspectiva dinâmica sobre a afirmação de zonas de reserva, como defende Felipe Romero (2023, p. 100).

Ainda é frequente no debate público e na jurisprudência a reprodução da lógica dicotômica que reparte competências entre legislativo e as agências reguladoras por meio de categorias pouco significativas como política, técnica, definição de objetivos e execução técnica. Porém, essas abordagens e conceitos são insuficientes para explicar a complexidade dessa relação institucional entre esses atores (Romero, 2023, p. 205).

Evitar a dicotomia entre política e técnica é fundamental para que o controle político das agências reguladoras seja discutido com base em premissas mais concretas, alinhadas ao texto constitucional e menos marcadas por casos específicos. A autonomia dessas agências é um elemento chave do modelo regulatório, sendo justamente o que diferencia esse modelo de intervenção estatal indireta na economia.

No entanto, essa autonomia não depende apenas das garantias formais previstas em lei, mas é construída a partir das disputas entre os diferentes atores institucionais que participam do chamado “jogo regulatório”. Por isso, proteger as agências de interferências políticas não deve se basear em uma ideia abstrata de neutralidade, nem ignorar a necessidade de que sua atuação seja responsiva e comprometida com a democracia (Romero, 2023, p. 205–206).

A separação entre política e técnica parte da ideia de que definir os objetivos das políticas públicas seria uma atribuição exclusiva do campo político, enquanto a execução técnica corresponderia a uma função neutra e isolada das agências reguladoras. No entanto, essa perspectiva desconsidera a interdependência existente entre essas esferas, bem como a influência de diversos atores no processo regulatório. A relação entre o Poder Legislativo e as agências reguladoras ocorre em um espaço de indefinição, uma espécie de zona cinzenta, na qual as competências frequentemente se sobrepõem e as interações constantes contribuem para moldar as decisões no âmbito regulatório.

A regulação, por sua natureza, é atravessada simultaneamente por dimensões epistêmicas, políticas e técnicas, que frequentemente entram em conflito. Nesses contextos, a dicotomia entre política e técnica, comumente mobilizada para enquadrar disputas regulatórias, deve ser compreendida não como um critério neutro ou meramente descritivo, mas como um instrumento retórico de caráter estratégico. A contraposição entre esses política e técnica costumam ser utilizada como mecanismo argumentativo para fortalecer a legitimidade de um determinado ponto de vista ou para sustentar a autoridade de um ator institucional sobre os demais.

Essa disputa entre técnica e política, marcada por estratégias de afirmação institucional, revela um cenário regulatório desafiador. Sob essa perspectiva, ganha relevo um problema que está relacionado aos limites do modelo tradicional de legalidade para lidar com essa realidade multifacetada. A crescente tensão entre a necessidade de respostas técnicas especializadas e os parâmetros formais da legalidade coloca em evidência as insuficiências do paradigma legalista clássico. É nesse ponto que se insere a discussão sobre a crise da legalidade, tema do próximo item.

4.3 A crise da legalidade

A crescente complexidade das sociedades modernas mostra que o legislador já não consegue prever ou regular todas as condutas humanas e os diversos interesses coletivos. Essa limitação contribui para o enfraquecimento do modelo legalista. A lei, ao oferecer apenas soluções fixas e unívocas, tornou-se insuficiente para lidar com a complexidade das demandas sociais atuais. A lei, que por muito tempo foi vista como a única fonte legítima do direito, já não consegue dar conta, sozinha, das demandas sociais atuais. Isso porque os desafios do mundo contemporâneo exigem do Estado respostas mais rápidas e flexíveis. Dessa forma, o direito passa a ser compreendido, principalmente, como um instrumento de adaptação às mudanças sociais, algo que o modelo tradicional, baseado apenas na rigidez da lei, tende a ignorar ou subestimar.

Sérgio Guerra (2017, p. 161) destaca que a proliferação excessiva de leis tem contribuído para o enfraquecimento da concepção oitocentista de uma sociedade livre estruturada pela legalidade, uma vez que o volume normativo é tão grande que se torna impossível delimitar com clareza o arcabouço jurídico que sustenta essa sociedade. Além disso, ele ressalta como indicativo da crise do modelo legalista a própria incompletude das leis, que muitas vezes não oferecem respostas suficientes para os desafios contemporâneos. Por fim, aponta como agravante a atuação distorcida do parlamento, que, em certos contextos, contribui para o esvaziamento da legalidade ao se afastar de sua função primordial na produção normativa.

Percebe-se que a crise da legalidade aparece na dificuldade do Estado, especialmente do Poder Legislativo, em produzir sozinho todas as normas necessárias para garantir a paz social e atender às muitas e complexas demandas da sociedade atual. Essa limitação abre espaço para novas formas de criação de normas, que vão além da ideia tradicional de lei em sentido estrito.

Com isso, fica claro o avanço do constitucionalismo moderno e pós-moderno. A queda do modelo legalista tradicional se deve, principalmente, ao fato de que agora a lei pode ser questionada e revista com base na Constituição. Dessa forma, a lei deixa de ocupar posição central na criação do direito e passa a ser apenas uma entre várias partes do sistema constitucional, cuja supremacia redefine como as normas são produzidas.

Foi apenas com a Constituição de 1988 que o princípio da legalidade passou a ser entendido de forma mais ampla, incluindo valores como justiça e participação da sociedade. Essa mudança mostra como a Constituição passou a ocupar uma posição

central no sistema jurídico, servindo de base e orientação para todas as normas que compõem o direito brasileiro.

Resignificar o princípio da legalidade sem esvaziar seu conteúdo é um desafio possível, desde que ele seja visto não como uma regra absoluta, mas como parte do ordenamento jurídico, capaz de se harmonizar com outras fontes do direito.

O princípio da legalidade está presente em vários trechos da Constituição Federal, mostrando que a lei ocupa uma posição central no sistema jurídico brasileiro. Isso demonstra a intenção clara do constituinte de atribuir à lei o papel principal na criação do direito no país. Por essa razão, a legalidade não é apenas uma regra constitucional, mas sim um dos pilares do ordenamento jurídico. Sua presença no caput do art. 37 da Constituição reforça que a lei continua sendo um elemento essencial para o funcionamento do sistema jurídico. A administração pública, como ente fictício derivado desse sistema, deve se orientar pela lei como um guia que traz valores e organiza hierarquias, conforme destaca Juarez Freitas, considerando que os princípios fundamentais servem como diretrizes estruturais para todo o direito (Leitão, Golveia, 2019, p. 115).

A legalidade, enquanto princípio, não se limita à obediência estrita à lei formal, mas tampouco ultrapassa os limites estabelecidos pela Constituição. Contudo, embora sua aplicação seja pacífica quando diretamente fundamentada no texto constitucional ou vinculada unicamente à lei, surgem diversas controvérsias quando se analisa a legalidade sob a ótica da regulamentação infralegal. É nesse contexto que afloram os principais desafios, sobretudo no que diz respeito ao controle das escolhas regulatórias realizadas pelas agências reguladoras.

Diante das dificuldades impostas pela crescente complexidade normativa e pela atuação regulatória infralegal, o princípio da legalidade no sentido estrito mostra-se, por si só, insuficiente para fundamentar o controle judicial contemporâneo. O Judiciário, ao se deparar com escolhas administrativas baseadas não apenas na lei formal, mas também em regulamentos e atos normativos infralegais, precisa recorrer a parâmetros mais amplos de controle. É nesse cenário que ganha relevância o princípio da juridicidade, que amplia o foco do controle para além da mera conformidade com a lei, incorporando os princípios constitucionais como critérios de legitimidade das decisões administrativas.

4.4 O princípio da juridicidade como base do controle judicial contemporâneo

A harmonia e a independência entre os Poderes da República são garantidas por um sistema de freios e contrapesos, no qual cada função estatal atua sem subordinação, mas sujeita a mecanismos recíprocos de controle (Moraes, 2012, p. 429). Esse equilíbrio institucional exige que a atuação administrativa, embora independente, também esteja subordinada a padrões normativos e valores constitucionais.

Nesse sentido, o reconhecimento da incidência direta das normas constitucionais sobre os atos administrativos ampliou o campo da legalidade, consolidando o princípio da juridicidade. Esse princípio impõe à Administração Pública não apenas a observância da lei formal, mas também a obediência aos princípios constitucionais que expressam os valores fundamentais da sociedade. O administrador passa, então, a ter um dever ampliado: sua atuação deve ser não apenas legal, mas também legítima, ética e orientada à realização do interesse público e dos direitos fundamentais.

Dentro dessa lógica, Gustavo Binenbojm observa que a normatividade dos princípios constitucionais redefine a ideia tradicional de discricionariedade administrativa. Esta deixa de ser compreendida como um espaço livre de escolha e passa a representar um campo de decisões pautadas por critérios de proporcionalidade e razoabilidade. A noção de juridicidade administrativa, ao vincular diretamente os atos da Administração à Constituição, desfaz a antiga dicotomia entre atos vinculados e discricionários, substituindo-a por diferentes graus de vinculação aos princípios constitucionais. O chamado “mérito do ato administrativo” torna-se, assim, progressivamente mais restrito diante da força normativa da Constituição (Binenbojm, 2008, p. 49).

Dessa forma, percebe-se uma redução significativa do espaço da discricionariedade, inclusive da técnica, que só será considerada legítima se estiver em conformidade com os princípios da moralidade, impessoalidade, finalidade pública e motivação adequada, clara e coerente com os fins públicos. Soma-se a isso o dever de obediência ao princípio da responsividade, que, segundo Moreira Neto, busca garantir a harmonização contínua entre a vontade popular, democraticamente expressa, e a racionalidade técnica da administração pública (Moreira Neto, 2006, p. 281).

Assim, há uma ampla gama de instrumentos de controle judicial dos atos administrativos que tenham por objeto decisões de caráter técnico, a despeito da invocação da deferência. Por conseguinte, além das exigências de racionalidade, razoabilidade e devido processo legal, há no direito brasileiro, a obrigatoriedade de respeito a todos os princípios constitucionais para o exercício da discricionariedade (técnica ou não) seja infenso ao controle judicial (Sampaio, 2023, p. 203-204).

Mesmo quando se entende a legalidade a partir da ideia de normatividade ou juridicidade, é essencial reconhecer, desde o começo, que esse conceito só faz sentido dentro da estrutura hierárquica criada pela própria Constituição. Isso porque não existe juridicidade ou produção válida de normas fora dos limites que a Constituição estabelece.

Ao afirmar que a juridicidade administrativa pode se manifestar *secundum legem, praeter legem* ou até mesmo *contra legem*, Gustavo Binenbojm (2006, p. 142) busca sustentar a ideia de que a juridicidade na esfera administrativa pode: (I) derivar diretamente da normatividade constitucional; (II) assumir a forma de uma vinculação estrita à lei, seja ela formal ou material; ou (III) manifestar-se por meio da disciplina regulamentar — seja esta autônoma ou meramente executiva, editada pelo Presidente da República ou por órgãos setoriais — desde que respeitados os espaços normativos e as diretrizes previamente delineadas pela Constituição (2006, p. 143).

Assim, a legalidade, enquanto princípio consagrado na Constituição de 1988, configura-se como um horizonte hierarquizador da atuação da administração pública. Ao gestor público cabe compreendê-la como uma estrutura normativa escalonada, à qual seu agir deve estar vinculado, sendo-lhe assegurada certa margem de discricionariedade, desde que exercida dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (Leitão e Golveia, 2019, p. 117).

Por oportuno, passa-se a discorrer sobre alguns parâmetros, no âmbito da doutrina, que balizam a atuação dos magistrados. Cada teoria reflete uma tentativa de equilibrar o exercício da discricionariedade administrativa com um efetivo controle judicial. Essas teorias buscam responder o questionamento: até onde pode ir a análise ou a reforma judicial da decisão administrativa?

Especificamente em relação ao controle judicial de agências reguladoras, verificam-se duas principais tendências: **deferência judicial e ativismo judicial.** Tendo em vista as agências reguladoras no Brasil terem sido inspiradas nas norte-americanas, embora com características e regramentos distintos, inicialmente,

mostra-se relevante discorrer um pouco sobre as principais teorias de deferência criadas pela Suprema Corte norte-americana.

4.5 Principais teorias norte-americanas de deferência judicial

Durante a década de 1930, no contexto da implementação do *New Deal* nos Estados Unidos, o governo de Franklin D. Roosevelt deparou-se com desafios econômicos e sociais sem precedentes, como a Grande Depressão. Os idealizadores do programa entenderam que as soluções tradicionais, baseadas no modelo clássico da separação de poderes, não eram suficientes para enfrentar a complexidade e a urgência dos problemas que se apresentavam naquele momento histórico.

Os responsáveis do programa econômico do *New Deal* acreditavam que as problemáticas sociais daquele período demandavam a formação de instituições flexíveis, dotadas de expertise administrativa, *accountability* política e capacidade de iniciativa que transcendessem as atribuições do Poder Judiciário (Silva, 2022, p. 100). Em razão dessa convicção, apostaram na criação de agências independentes, muitas das quais possuíam quase-poderes judiciais e legislativos. A concepção desse tipo de entidade administrativa visava também a contornar o controle judicial da época, que era percebido como excessivamente conservador.

Sabe-se que a estrutura das agências independentes norte-americanas influenciou outros países, como o Brasil, resultando na criação de agências reguladoras que desempenham papel semelhante. Contudo, o debate sobre o equilíbrio entre a autonomia administrativa e a Accountability democrática persiste, sendo relevante até os dias atuais, tanto nos Estados Unidos quanto em outras jurisdições.

Nesse contexto de afirmação institucional das agências reguladoras, surgem debates sobre os limites do controle judicial de seus atos, especialmente em razão de sua complexidade técnica e do espaço discricionário que ocupam na formulação e execução de políticas públicas. É nessa conjuntura que se insere o desenvolvimento da doutrina da deferência judicial, construída inicialmente no sistema jurídico norte-americano como forma de lidar com essa nova configuração administrativa.

A deferência judicial é comumente associada aos casos *Chevron* e *Skidmore* na Suprema Corte dos Estados Unidos, embora tenha sido observada de forma mais esparsa em decisões anteriores. A origem exata desse conceito é debatida entre os

acadêmicos nos EUA, revelando sua evolução gradual influenciada por mudanças legais, econômicas e políticas ao longo do tempo. A deferência foi estabelecida como uma maneira de reconhecer a autonomia técnica das agências, desde que sua conduta esteja dentro dos limites legais e razoáveis.

De acordo com Jordão (2024, p. 172), a deferência judicial à Administração surge quando o magistrado opta por restringir sua própria capacidade de revisão, admitindo o legítimo poder da Administração de tomar decisões e agir em circunstâncias onde a lei não especifica um curso de ação obrigatório. No contexto do escrutínio judicial das interpretações administrativas, várias correntes de deferência foram elaboradas pela mais alta instância judicial dos Estados Unidos. Duas teorias principais se destacam, as quais serão examinadas adiante, acompanhadas de críticas dirigidas a essas teorias.

4.5.1 Teoria *Skidmore*

O precedente *Skidmore v. Swift & Co.* (323 U.S. 134), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1944, é um marco no debate sobre a deferência judicial às interpretações administrativas. Esse caso consolidou a ideia de que o Judiciário deve levar em conta a expertise da Administração Pública, reconhecendo um nível de consideração, embora não vinculante, às interpretações de normas jurídicas realizadas por agências governamentais (Silva, 2022, p. 114).

O caso envolvia uma disputa trabalhista em que funcionários da empresa *Swift & Co.,* no Texas, reivindicavam o direito ao pagamento de horas extras pelo tempo que passavam em sobreaviso na atividade de bombeiros, ou seja, disponíveis nas instalações da empresa, mas sem necessariamente realizar atividades laborais contínuas. Jim Skidmore e outros empregados da fábrica de empacotamento atuavam em favor do empregador durante o horário normal de trabalho e, além disso, de três a quatro noites ficavam de sobreaviso na planta para o caso de eventual acionamento do alarme de incêndio. Como as instalações eram providas de dormitórios climatizados e de equipamentos de lazer (natação, dominó e rádio), o empregador não considerava trabalhadas as horas em que não havia ocorrência de incêndio (Silva, 2022, p. 114-115).

A agência com atribuição para regulação laboral expedira instrução, "*Interpretative Bulletin n. 13*", para orientar que a hipótese não se tratava de caso de

pagamento de horas extras. Frisa-se que a pretensão dos empregados não foi acolhida nem na primeira e nem na segunda instância de julgamento (Silva, 2022, p. 115).

Porém, a Suprema Corte reverteu as decisões anteriores, consignando que eram equivocadas devido à ausência de legislação dispondo sobre o pagamento de horas extras no caso de sobreaviso e, por tal razão, a questão deveria ser examinada de acordo com o contexto fático: verificar se existia alguma espécie de tratativa entre as partes da relação de trabalho (Silva, 2022, p. 115).

Apesar disso, sob forma de *obider dictum*[7], a Suprema Corte reconheceu que a orientação da *Wage and Hour Division* (agência com atribuição para regulação laboral), que atuara como *amicus curiae*, tinha grande poder persuasório e era merecedora de "consideração" porque tomada com base no conhecimento especializado do ente administrativo, ficando o seu "peso" condicionado à profundidade da investigação fática, à motivação apresentada e à sua consonância com os pronunciamentos em casos anteriores (Silva, 2022, p. 115).

A Suprema Corte decidiu que a questão do pagamento de horas extras em sobreaviso deveria ser avaliada caso a caso, considerando as circunstâncias específicas de cada situação. A interpretação administrativa não foi obrigatória, mas serviu como orientação relevante na análise judicial.

Esse precedente dá ampla liberdade ao controle judicial para avaliar pontualmente o nível de deferência a ser concedido, exigindo apenas uma justificativa escorada em três critérios: motivação, investigação fática e consonância com decisões anteriores (Silva, 2022, p. 116).

Rafael Barreto da Silva (2022, p. 117) menciona que a regra deferencial de *Skidmore* serviu como critério preponderante para o controle judicial da Administração Pública até a superveniência do caso *Chevron* (1984), quando se instalou a dúvida quanto à persistência de sua validade, que somente veio a ser reafirmada em 2001, no julgamento do caso *United States v. Mead Corp., 533, U.S. 218*.

Mead reafirmou que *Skidmore* ainda era válido e aplicável em situações onde não houvesse uma delegação expressa de autoridade interpretativa à agência

[7] Segundo Thomas da Rosa Bustamente, *obiter dictum* "[...] são argumentos que podem ou não ser aceitos como razões para pronunciamentos futuros. Eles carecem de 'força de precedente' porque apesar de estarem contidos em decisões judiciais vinculantes não constituem a parte vinculante dessas decisões. Bem entendidos, *obter dicta* seriam meros repositórios de razões auxiliares que discorrem sobre questões ainda não decididas pelos tribunais" (Bustamante, 2018).

administrativa. Em casos nos quais *Chevron* não fosse aplicável, o critério persuasivo de *Skidmore* deveria ser adotado. A decisão de *Mead* restabeleceu um equilíbrio entre os dois modelos, criando uma distinção funcional entre os casos em que cada doutrina deveria ser aplicada.

Essa abordagem foi criticada por sua subjetividade. Como os juízes têm ampla liberdade para decidir se a interpretação administrativa é persuasiva, isso leva à inconsistência entre as decisões judiciais, tornando a aplicação da regra imprevisível. Esse caráter flexível dificulta a uniformidade no controle judicial, o que pode levar a decisões que variam de acordo com a composição do tribunal ou com o caso concreto.

Outra crítica sob a lógica de *Skidmore* seria que o Judiciário mantém controle significativo sobre a interpretação das agências, podendo revisar amplamente as decisões administrativas. Isso foi visto como um problema, pois pode levar à substituição do julgamento técnico da Administração Pública pela visão subjetiva dos juízes.

4.5.2 Teoria *Chevron*

O precedente *Chevron* representou uma mudança substancial no paradigma da deferência judicial à Administração Pública nos Estados Unidos. Anteriormente, a deferência era justificada por razões pragmáticas e circunstanciais do caso concreto. Após *Chevron*, a premissa adotada passou a ser a de que ambiguidades na legislação configuravam uma delegação implícita de autoridade interpretativa às agências administrativas (Merril, 2002).

Os padrões mais fortes de deferência judicial consolidaram-se com o caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council* 467 U.S. 837 (1984). Neste julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu um marco regulatório para a avaliação judicial das interpretações administrativas de termos legais ambíguos. A decisão buscou sistematizar e simplificar a abordagem dos tribunais a essas interpretações, realçando a necessidade de autocontenção judicial, desde que a interpretação da agência se mantivesse dentro de limites razoáveis.

O critério deferencial estabelecido estrutura-se em duas etapas. Inicialmente, o tribunal deve verificar se a linguagem legal é clara e expressa a intenção do Congresso, ou se, ao contrário, é ambígua ou silencia sobre a questão em análise. Caso a lei seja clara, o controle judicial terá autonomia para aplicar a opção legislativa,

a interpretação legal prevalecerá, e a decisão administrativa será desconsiderada. Essa primeira etapa é sempre de competência exclusiva do Poder Judiciário, que definirá o que constitui um comando normativo "claro".

Na segunda fase, caso a lei seja ambígua ou omissa, o Poder Judiciário analisará se a interpretação adotada pela Administração é "razoável". Se a interpretação estiver dentro de um quadro aceitável, o tribunal deverá validar a escolha da agência. Uma interpretação razoável é aquela que se situa entre as opções possíveis, e o controle judicial deve acatá-la mesmo que não seja a escolha ideal aos seus olhos.

O movimento deferencial já existia na jurisprudência da Suprema Corte, porém, não havia um critério geral. Cada julgado deferia à sua maneira. *Chevron* estabeleceu um regramento geral e de simples aplicação, o que facilitaria a previsibilidade quanto à concessão de deferência às escolhas administrativas.

A doutrina *Chevron* tem sido alvo de críticas significativas nos Estados Unidos, especialmente no que diz respeito à sua compatibilidade com os princípios fundamentais do Estado de Direito e à separação de poderes. As objeções mais veementes apontam que essa deferência judicial às interpretações legais das agências administrativas compromete o papel constitucional do Poder Judiciário. Parte dessa argumentação reside na crítica de que a Doutrina *Chevron* seria contrária à função do Poder Judiciário de exercer um julgamento independente na interpretação do direito.

O professor Phillip Hamburger, da *Columbia Law School*, elaborou uma crítica significativa à doutrina *Chevron*, focando no impacto da deferência judicial sobre o princípio do devido processo legal. Ele argumenta que essa deferência compromete a imparcialidade dos juízes, gerando um viés institucional favorável às agências administrativas, as quais, muitas vezes, são partes processuais mais poderosas no litígio (Hamburger, 2016). Hamburger propõe a abolição ou reforma da deferência judicial para que os tribunais reassumam sua posição de intérpretes finais das leis, promovendo um maior equilíbrio entre os poderes e assegurando o devido processo legal. Sua visão reflete uma crítica mais ampla à concentração de poder nas agências administrativas e à abdicação do Judiciário de seu papel constitucional.

Com relação especificamente ao segundo passo, há quem critique afirmando que deveria exigir das agências administrativas um dever de escolha da melhor

interpretação a ponto de rejeitar interpretações sub-ótimas (Walker, 2018, p. 11 – Silva, 2022, p. 186).

Outro argumento, com foco no Poder Legislativo, sustenta que a Doutrina *Chevron* incentivaria o Congresso a delegar um poder legiferante excessivo às agências federais, o que frustraria os valores da doutrina da não-delegação (Walker, 2018, p. 118-120). Esse regime de incentivos perversos induziria o Congresso a aprovar leis vagas e a permitir que as agências preenchessem as lacunas, em vez de se dedicarem à difícil tarefa de buscar consenso legislativo em questões politicamente polarizadas (Walker, 2018, p. 112-113). Desse modo, a população elege o Congresso para elaborar leis, mas a delegação excessiva dificulta a responsabilização dos legisladores, uma vez que as decisões concretas acabam sendo tomadas pelas agências.

Uma parte das críticas formulou inclusive uma nova etapa na análise da deferência *Chevron*, um “passo zero”, adotado antes do primeiro passo (Sunstein, 2006, p. 187). Aliás, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos adotou uma série de decisões em fixou a necessidade de uma deliberação prévia sobre se seria, de fato, uma situação de deferência *Chevron*, dando ensejo a tese relativa ao passo zero de *Chevron*. No passo zero, por exemplo, foi introduzida uma doutrina de questões relevantes (*major questions doctrine*) relacionada às questões de intenso significado econômico e político que tornam inaplicável a deferência (Walker, 2018, p. 115).

Dessa forma, em situações que envolvem questões de intenso significado econômico ou político, a *major questions doctrine* passou a funcionar como uma exceção à deferência *Chevron*. Essa doutrina afirma que, em casos que envolvam decisões de grande impacto econômico ou político, a Suprema Corte presume que o Congresso não delegou questões de tamanha relevância às agências administrativas sem uma instrução clara e explícita.

Igualmente, o fato de uma determinada agência administrativa não possuir expertise técnica na formulação de uma determinada política pública já pode ser suficiente para tornar inaplicável a deferência (Walker, 2018, p. 115). Além disso, alguns acadêmicos consideram que a Suprema Corte deveria considerar inaplicável a deferência quando uma interpretação jurídica de uma agência conflitasse com uma legislação estadual (Walker, 2018, p. 117).

Existem decisões de três casos que são exemplos relevantes de não aplicação da doutrina *Chevron* com base na ideia de *major questions doctrine* mencionada

anteriormente. O primeiro caso é *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp*. (2000). Nele, a Suprema Corte rejeitou a interpretação da FDA de que poderia regulamentar a venda de cigarros sob a Lei de Alimentos, Medicamentos e Cosméticos. A Corte considerou que o Congresso não delegaria tal questão de grande relevância econômica e política sem uma indicação clara (529 U. S. 120. 2000). O segundo caso é *King v. Burwell* (2015). Esse caso envolvia a interpretação da Lei de Cuidados Acessíveis (*Affordable Care Act*). A Corte decidiu que a *Chevron* não se aplicava porque a questão tinha grande impacto político e econômico, exigindo que o Congresso fosse explícito em delegar tal poder às agências (576 U. S. 2015). Por fim, o terceiro caso é *West Virginia v. EPA* (2022). Nele, a Corte invocou a *major questions doctrine* para limitar a autoridade da EPA na regulamentação de emissões de carbono sobre a Lei do Ar Limpo. A decisão reforçou que questões de grande importância política e econômica não seriam passíveis de deferência *Chevron* sem delegação clara do Congresso (597 U. S. 2022).

Entretanto, é o caso *Loper Bright Enterprises, Inc. v. Gina Raimondo* que representa um marco importante no direito administrativo dos Estados Unidos. Em 28 de junho de 2024, a Suprema Corte dos EUA decidiu, de forma contundente, que não seria mais apropriado conceder deferência automática às interpretações das agências administrativas com base na doutrina *Chevron*. Essa decisão sinaliza uma mudança de paradigma: os tribunais serão, a partir de agora, incentivados a interpretar diretamente as leis, sem assumir que ambiguidades legislativas correspondem automaticamente a uma delegação implícita de autoridade às agências.

Essa revisão tem implicações profundas. Ao reduzir o alcance da deferência *Chevron*, a decisão busca reforçar o papel do Judiciário como intérprete final da lei, garantindo uma análise mais independente e rigorosa das ações administrativas. Além disso, isso pode pressionar o Congresso a redigir leis mais claras e específicas, de modo a evitar lacunas que, anteriormente, permitiam às agências exercer amplos poderes interpretativos.

Em resumo, o caso *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* não só marca a superação da doutrina *Chevron*, mas também estabelece um novo cenário para o controle judicial das decisões administrativas, com o potencial de influenciar profundamente a forma como questões regulatórias são tratadas nos Estados Unidos.

Essa transformação representa uma alteração significativa na orientação e um considerável aumento de poder para os juízes e para aqueles que exercem controle

sobre as autoridades administrativas. É perceptível que a essência da discussão por trás de *Chevron* reside no deslocamento de poder.

Na prática, a aplicação da Doutrina *Chevron* revelou que o seu modelo simplificado era insuficiente para lidar com a complexidade dos casos concretos. Conforme aponta Jordão (2024, p. 187-188), ao longo dos anos, como já foi mencionado, a Suprema Corte americana foi criando diversas exceções a *Chevron*, reconhecendo que outros fatores, como o procedimento utilizado pela agência (caso *Mead*), questões federativas (*Swancc*) e decisões de grande relevância política (*West Virginia*), também deveriam ser considerados. Assim, a prática demonstrou que o controle judicial não podia se limitar apenas à ambiguidade legislativa, pois questões mais complexas exigiam uma análise mais sofisticada.

Em *Loper Bright*, a Suprema Corte americana decidiu que a simplicidade de *Chevron* não poderia mais prevalecer, pois o modelo era excessivamente limitado (Jordão, 2024, p. 189). A Corte derrubou a Doutrina *Chevron*, eliminando o uso automático da ambiguidade legislativa como critério exclusivo para aplicação da deferência. Contudo, Eduardo Jordão enfatiza que a Corte não aboliu a deferência em si: revalorizou a Doutrina *Skidmore*, que permite uma análise mais ampla, considerando diversos elementos do caso concreto para definir o grau de deferência aplicável (p. 189-190). Assim, *Loper Bright* não extinguiu a deferência, mas afastou o mecanismo simplificador criado por *Chevron*.

Alguns doutrinadores e intérpretes dizem equivocadamente que o fim da Doutrina *Chevron* seria o fim da deferência porque confundem o abandono do "gatilho" da ambiguidade legislativa com a eliminação da deferência como conceito. Na verdade, o que *Loper Bright* derruba é a simplificação procedimental criada por *Chevron* (isto é, o critério único da ambiguidade), e não a deferência judicial em si. Como Jordão (2024, p. 193) explica:

> Muita gente tem dito por aí que a deferência caiu, que não há mais espaço para deferência no direito mundial etc. Aqueles que politicamente tendem a ter uma visão contra a deferência porque, por exemplo, são mais a favor do controle ou entendem que é preciso ter um controle intenso sobre as autoridades administrativas no Brasil, essas pessoas podem utilizar a queda de Chevron para dizer: olha, até nos Estados Unidos está caindo uma teoria de deferência. Mas vocês que ouviram aqui a conversa sabem que o que está caindo não é a deferência, é só um gatilho, uma simplificação trazida por Chevron relativa à ambiguidade legislativa.

Após *Loper Bright*, o direito administrativo norte-americano deverá operar com uma lógica de deferência mais complexa e contextualizada. Segundo Jordão (2024, p. 191-192), a mudança filosófica mais importante foi o abandono da premissa de que, em casos de ambiguidade, não existe uma interpretação legislativa correta — ideia que permitia reconhecer um espaço legítimo de criação normativa pelas agências. A partir de agora, com o novo paradigma, os juízes voltam a afirmar que podem buscar a "interpretação correta da lei", o que reforça o papel do Judiciário e tende a deslocar o poder decisório das agências para os tribunais. Há uma expectativa de maior protagonismo judicial e, possivelmente, de debates sobre o risco de um controle judicial excessivamente forte.

Em relação ao futuro do direito administrativo nos Estados Unidos após *Loper Bright* Eduardo Jordão (2024, p. 191, 192) afirma que a deferência não foi eliminada. O autor explica que o que de fato cessou foi a Doutrina *Chevron*, ou seja, uma forma específica de se abordar os casos de deferência. Aduz que a doutrina *Skidmore,* por sua vez, permanece ativa e fortalecida, indicando que a deferência ainda encontra espaço, mas agora fundamentada em uma variedade de outros elementos.

Embora a doutrina *Chevron* tenha enriquecido o debate sobre o controle judicial das decisões administrativas, o sistema jurídico brasileiro já possui mecanismos e uma cultura de controle que não se baseia na deferência automática, mas sim em uma análise mais detalhada e crítica das decisões administrativas. Isso limita o impacto direto das mudanças observadas nos Estados Unidos, pois os parâmetros e as práticas de interpretação no Brasil já são mais críticos e menos propensos a ceder automaticamente à autoridade técnica das agências.

4.6 A deferência judicial no Direito Brasileiro

O tema da deferência judicial às decisões administrativas, especialmente no campo regulatório, tem sido debatido na doutrina nacional, principalmente diante do aumento da complexidade técnica das atividades do Estado e do crescimento do número de agências reguladoras. A experiência dos Estados Unidos, especialmente com as doutrinas *Chevron* e *Skidmore*, influenciou a forma como a teoria da deferência judicial vem sendo construída no Brasil. Porém, trazer essas ideias para o contexto jurídico brasileiro não acontece de maneira automática nem está livre de críticas.

Como aponta Guerra (2017), existe uma tendência no Brasil de adotar soluções jurídicas de outros países sem refletir adequadamente sobre os fundamentos que lhes dão origem. Isso acaba resultando em uma aplicação parcial e, às vezes, contraditória de mecanismos de deferência judicial, que não se encaixam bem na cultura jurídica brasileira, ainda muito influenciada pelo formalismo e pelo papel central do Judiciário.

Segundo Jordão (2024), a Doutrina *Chevron* não trata diretamente de situações de discricionariedade administrativa, mas sim da forma como o Judiciário deve controlar as interpretações que autoridades administrativas dão a conceitos jurídicos vagos ou indeterminados. A principal contribuição da doutrina está em estabelecer um mecanismo de simplificação do critério para determinar a intensidade do controle judicial sobre a Administração Pública. Dessa forma, ela funciona como um critério para graduar a intensidade da revisão judicial sobre a atuação administrativa. A lógica central da *Chevron* está no grau de clareza da lei: se a norma for clara, o controle judicial deve ser mais exigente; se houver ambiguidades, o Judiciário deve adotar uma postura mais deferente (Jordão, 2024, p. 180-181).

No Brasil, a repercussão de *Loper Bright* deve ser vista com cautela. Jordão (2024, p. 192-193) adverte que muitos têm interpretado a decisão como se significasse o fim da deferência judicial, o que não corresponde à realidade. Como aponta Jordão (2024), o que se abandonou foi o “gatilho” simplificador da ambiguidade legislativa, retomando-se a necessidade de uma análise multifatorial e contextualizada. No direito brasileiro, a situação é ainda mais incerta, pois não há critérios claros para definir quando o juiz deve ou não deferir às decisões administrativas. Faltam parâmetros normativos ou jurisprudenciais consistentes, o que gera insegurança jurídica. Assim, em vez de adotar ou rejeitar *Chevron*, seria mais proveitoso para o Brasil desenvolver um modelo próprio, adequado à sua realidade institucional, que permita estabelecer quando o controle judicial deve ser mais forte ou mais deferente, promovendo um equilíbrio mais estável entre controle e respeito à expertise administrativa, segundo o autor.

Parte da doutrina defende que a inexistência, no Brasil, de um precedente vinculante semelhante ao modelo norte-americano compromete a previsibilidade e a uniformidade das decisões judiciais que incidem sobre atos normativos das agências reguladoras. Em lugar de um sistema de deferência sustentado por critérios claros e estáveis, afirmam que se observa uma jurisprudência marcada por oscilações e pela possibilidade de captura judicial de competências que, por sua natureza, demandam

expertise técnica. Em contrapartida, destacam um risco inverso: a adoção irrefletida de uma deferência absoluta, que desconsidera os limites constitucionais da atuação administrativa e atribui legitimidade excessiva a estruturas tecnocráticas desprovidas de mandato democrático.

Esse risco é particularmente sensível em relação às agências reguladoras, pois há doutrinadores que enfatizam que o poder normativo carece de um respaldo democrático direto e que sua atuação muitas vezes tangencia a criação de normas de caráter geral e abstrato. Assim, embora as agências tenham expertise técnica, sua legitimidade institucional não pode prescindir do controle judicial, especialmente quando suas decisões afetam direitos fundamentais ou criam obrigações de natureza primária.

Como lembra Aragão (2015), o Judiciário não pode ser um mero espectador diante do exercício de poderes normativos que, em última instância, impactam a legalidade e a separação de poderes. Cumpre, oportunamente, apresentar diferentes posicionamentos doutrinários acerca da deferência judicial no contexto jurídico brasileiro.

4.6.1 A deferência judicial às manifestações administrativas especializadas

De acordo com Andréa Maria Pedrosa Silva Jales (2020, p.12-16), o grande dilema do controle judicial sobre a atuação das agências reguladoras é: como proceder tais cognições sem substituir as decisões dos agentes reguladores por outras de preferência dos juízes? Nesse particular, a aplicação de controle judicial limitado (deferente) diante de competências específicas pode ser uma das técnicas a serem adotadas, segundo a autora. A deferência judicial é inspirada nas abordagens norte-americanas. A autora entende que a deferência não é a ausência de controle judicial, mas uma das formas desse controle que se aproxima mais das escolhas regulatórias na atualidade.

A autora (Jales, 2020, p.16) menciona que o efeito mais relevante dessa doutrina é o efeito dissuasório voltado a desestimular a propositura de ações e recursos judiciais e que acaba por incentivar meios extrajudiciais de composição de conflitos substituindo um regime de correção pela via judicial (Jordão, 2016, p. 580-581).

Com o crescimento do número de agências reguladoras, aumentou também a quantidade de normas por elas produzidas nos últimos anos. Isso levou a um maior número de ações judiciais, já que os setores regulados impactam diretamente amplas cadeias de consumo e produção.

Até a promulgação da Lei n.º 13.848/2019 não existia no Brasil um estatuto que disciplinasse, uniformemente, a organização e atuação de todas as agências reguladoras, porque cada lei que criava uma agência reguladora passava a estabelecer a disciplina específica de tal ente. A Lei n.º 13.848/2019 ao dispor sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras são consideradas marcos regulatórios fundamentais para agências reguladoras brasileiras (Silva, 2020, p. 18).

A criação das agências reguladoras no Brasil foi marcada por leis diferentes entre si, sem um modelo jurídico único que definisse com clareza como deveria ser feito o controle sobre essas instituições. Essa falta de uniformidade dificultou o controle externo e contribuiu para a percepção de pouca transparência e baixa prestação de contas por parte das agências.

Dentro desse cenário, o novo marco regulatório trouxe avanços importantes, especialmente ao incluir a Análise de Impacto Regulatório (AIR) no artigo 6º da Lei n.º 13.848/2019. Essa ferramenta, obrigatória para atos normativos com maior relevância, tem como objetivo avaliar os possíveis efeitos econômicos, sociais e jurídicos das decisões tomadas pela Administração Pública. A AIR ajuda a tornar essas decisões mais racionais e bem fundamentadas, exigindo justificativas claras e a análise de diferentes alternativas.

Com sua adoção, o marco regulatório passou a garantir mais transparência nas decisões das agências reguladoras, estimulou maior participação da sociedade nesses processos e ofereceu uma base técnica mais sólida para que o controle externo, tanto pelo Judiciário quanto por outros órgãos de fiscalização, seja mais efetivo.

Ademais, a Lei nº 13.655/2018, que introduziu importantes alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), representou um marco relevante na busca por maior segurança jurídica e eficiência na elaboração e aplicação do direito público. Ao acrescentar dez artigos à LINDB, a legislação reforçou o objetivo de equilibrar a aplicação das normas jurídicas com as condições concretas de sua

execução, considerando as dificuldades práticas enfrentadas pelos gestores públicos (Jales, 2020, p. 18).

Um dos avanços trazidos pela Lei nº 13.655/2018 foi o reforço da importância da realidade concreta no sistema jurídico brasileiro. A lei determina que, ao analisar e fiscalizar as decisões da Administração Pública, é preciso levar em conta os obstáculos e dificuldades reais enfrentados pelos gestores. Isso significa que tanto os órgãos de controle interno e externo quanto os próprios agentes públicos devem considerar o contexto prático em que as ações são tomadas, evitando julgamentos que ignorem os desafios do mundo real.

Essa abordagem busca afastar interpretações muito formais ou distantes da realidade, promovendo uma análise mais prática, conectada com as necessidades sociais e os recursos disponíveis. Com isso, a Lei nº 13.655/2018 fortalece a legitimidade das decisões administrativas e busca um equilíbrio maior entre controle e eficiência na gestão pública.

O artigo 21 da LINDB determina que, ao apontar erros ou irregularidades nas ações de um gestor público, é preciso levar em conta os obstáculos e dificuldades reais que ele enfrentou no exercício da função. Isso reforça a importância de que o órgão de controle fundamente bem suas decisões, explicando com clareza os motivos e considerando o contexto específico de cada caso.

> Nesse sentido a expressão “engenheiros de obras prontas”: é expressão que geralmente é utilizada para criticar a situação em que o controle a posteriori se foca exclusivamente em apontar falhas e erros, sem procurar compreender as dificuldades práticas e obstáculos enfrentados pelo gestor no processo, sobretudo quando não há orientações claras e compreensão de gargalos existentes em cada situação concreta e, em vez da prevenção, o controle acaba se focando exclusivamente na repressão e no sancionamento, especialmente se este é excessivo e injusto. (Motta; Nohara; Praxedes, 2019, p. 25)

Decisões baseadas apenas em princípios muito amplos ou frases genéricas podem causar insegurança jurídica e enfraquecer a legitimidade das ações da Administração Pública e dos órgãos de controle. Por isso, tanto os gestores quanto os responsáveis pelo controle devem justificar suas decisões com critérios claros e objetivos, considerando os efeitos reais das escolhas feitas. O ideal é que o processo de decisão busque um equilíbrio entre eficiência, transparência e atenção às condições práticas. Esse cuidado ajuda a proteger o interesse público e garante que

as decisões tenham base técnica e legal, levando em conta o contexto e suas limitações.

Espera-se, no entanto, que com a aplicação dessas leis a deferência passe a ser vista no ordenamento brasileiro não como uma forma de bloqueio do Poder Judiciário, mas de uma autolimitação por respeito às escolhas administrativas realizadas segundo a observância da razoabilidade, de critérios racionais previstos no processo normativo/decisório e no dever de motivação (Jales, 2020, p. 21). Esse modelo promove uma atuação conjunta e harmônica entre os Poderes, assegurando tanto o exercício pleno do controle judicial quanto a valorização das escolhas administrativas legitimamente fundamentadas.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, especialmente durante a fase de consolidação do modelo das agências reguladoras, reafirmou a competência normativa atribuída a essas entidades. A partir de então, passou-se a discutir como tal competência deve ser exercida. Com base nos “standards” estabelecidos pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n.º 4.679 e n.º 4.874, um estudo conduzido pelo projeto Regulação em Números, da FGV Direito Rio, evidenciou a possibilidade de controle a posteriori dos atos normativos editados pelas agências reguladoras. O mesmo estudo salientou ainda a conveniência de uma postura deferente, por parte do Poder Judiciário, em relação às decisões de natureza técnica tomadas por essas entidades (Jordão; Cabral Jr.; Brumati, 2020, p. 38). Tal postura busca mitigar o risco de ingerência excessiva sobre o mérito técnico dessas escolhas, valorizando a expertise institucional das agências para enfrentar questões complexas, desde que os atos praticados sejam devidamente fundamentados e estejam em conformidade com os parâmetros constitucionais. Desse modo, reforça-se a necessidade de um equilíbrio entre o controle judicial e o respeito à autonomia administrativa.

Uma vez reconhecida a deferência à decisão administrativa, os órgãos de controle têm o dever de ir além da simples aplicação de conceitos indeterminados, como cláusulas gerais, proporcionalidade ou razoabilidade. Eles devem avaliar se a decisão foi tomada em conformidade com o devido processo legal e se as escolhas realizadas passam por um escrutínio mais amplo, que abranja não apenas a razoabilidade jurídica, mas também a análise da realidade factual que fundamentou e orientou a decisão (Jales, 2020, p. 21).

Nesse cenário, é fundamental que os órgãos de controle levem em conta os aspectos técnicos e as circunstâncias que motivaram as decisões administrativas, conforme previsto na Lei nº 13.655/2018. O objetivo é garantir que essas decisões não sejam apenas corretas do ponto de vista formal, mas também apropriadas na prática, baseadas em critérios técnicos sólidos e na análise de impacto regulatório. Assim, o controle deve equilibrar o respeito à especialização técnica das agências com uma avaliação cuidadosa das suas escolhas, buscando mais transparência, racionalidade e eficiência nas decisões públicas.

Oportuno frisar que José Ignacio Hernández G. (2024, p. 13-21) menciona que o Direito Administrativo da Iberoamérica, devido a sua configuração constitucional, torna possível a revisão de todas as atividades e omissões administrativas na proteção de situações jurídicas subjetivas de pessoas. Assim, argui que com base nos princípios gerais do Direito Administrativo permite-se adaptar o princípio da legalidade às tarefas mutáveis que a Administração demanda. O autor reconhece que a Administração Pública deve ter uma margem de deferência, porém, sempre sujeita ao ordenamento jurídico e ao controle judicial para evitar arbitrariedades. Afirma que na Iberoamérica há um sistema racional que se baseia em princípios gerais que impedem arbitrariedade e ao mesmo tempo convidam a Administração a agir.

Cabe ainda destacar a observação de Vanice Valle, segundo a qual a presunção (relativa) de legitimidade do ato administrativo já contém, de forma implícita, uma ideia de deferência, na medida em que transfere o ônus da prova àquele que busca desconstituir o ato perante os órgãos de controle (Lirio Do Valle, 2020).

É importante ressaltar que a interpretação e a aplicação do Direito não constituem atribuições exclusivas de juízes e tribunais. A Administração Pública, dotada de expertise técnica e de uma maior capacidade de resposta, frequentemente se mostra mais apta a atender de forma eficiente às demandas e expectativas dos administrados, especialmente em um cenário marcado pela dinamicidade e constante transformação da atividade regulatória (Jales, 2020, p. 21). Nesse contexto, a deferência judicial mostra-se como um instrumento fundamental para assegurar o equilíbrio adequado no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Conforme observa Jales (2020, p. 22), essa postura evita que o Poder Judiciário precise refazer integralmente processos decisórios já conduzidos pela Administração Pública, os quais, por sua natureza técnica e complexa, demandaram consideráveis investimentos de tempo e recursos por parte do Estado.

Diante desse cenário, vários países têm desenvolvido doutrinas que reconhecem a importância de dar certa margem de decisão às agências reguladoras. Essas doutrinas consideram tanto a complexidade da atividade regulatória quanto o fato de que muitos problemas não têm uma única resposta jurídica clara. Com isso, reconhece-se que, usando seu conhecimento técnico, as agências podem escolher entre diferentes soluções, desde que todas estejam dentro dos limites permitidos pelo direito.

Contudo, em contraposição a essa perspectiva deferente, é comum que parte da magistratura e alguns tribunais resistam a tal abordagem. Em vez de admitir as escolhas administrativas fundamentadas na expertise técnica das agências, acabam por impor soluções próprias, baseando-se em interpretações expansivas de princípios abstratos. Um exemplo ilustrativo é o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja natureza aberta permite justificar uma ampla gama de desfechos jurídicos nos casos concretos. Tal prática pode comprometer o equilíbrio entre os poderes, ao minimizar o papel técnico e decisório das agências reguladoras e favorecer uma potencial sobreposição da função judicial sobre a esfera administrativa (Jordão; Ribeiro, 2017, p. 197).

Um exemplo concreto da situação em que o Poder Judiciário acaba, por vezes, impondo suas próprias soluções com base naquilo que presume ser a exigência de um princípio abstrato diante do caso concreto, é apontado pelos autores ao mencionarem a decisão que suspendeu, liminarmente, a aplicação da Resolução ANAC nº 400/2016, norma que autorizava a cobrança pelo despacho de bagagem. A suspensão foi determinada em 13 de março de 2017 pelo juiz da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública nº 0002138-55.2017.4.03.6100 (Jordão; Ribeiro, 2017, p. 197). Tal decisão será oportunamente analisada ao neste trabalho (item 6.1.2).

4.6.2 Outras ideias de deferência inspiradas na tradição norte-americana

A noção de juiz deferente está vinculada à ideia de autolimitação ou autocontenção do Poder Judiciário, tema que ganhou destaque na produção acadêmica à medida que se intensificou a prática do ativismo judicial. Há autores que defendem a necessidade de contenção do Judiciário, especialmente no que diz

respeito à revisão das ações políticas dos Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes (Dimoulis; Lunardi, 2011).

De acordo com Richard Posner (1983), é possível identificar ao menos cinco sentidos distintos atribuídos à noção de juiz autolimitado ou à ideia de juiz deferente. Para os propósitos desta pesquisa, destacam-se dois desses sentidos, em especial aquele que (1) descreve o juiz como alguém cauteloso, circunspecto e hesitante em projetar suas próprias convicções políticas nas decisões judiciais que profere. Abre-se um parêntese para a explicação de Veríssimo (2012, p. 493) que adverte que a deferência judicial não se restringe, de modo exclusivo e direto, ao reconhecimento do papel político desempenhado pelos demais Poderes: Executivo e Legislativo. O autor observa ser igualmente possível conceber deferência judicial no respeito a precedentes do próprio tribunal ou a decisões oriundas de instâncias hierarquicamente superiores.

A segunda acepção destacada por Posner (2012, p. 521) associa a figura do juiz autolimitado àquele que busca reduzir o poder de seu tribunal em relação aos demais ramos do governo. O autor caracteriza essa postura como uma cautela específica dos juízes no tocante à invalidação da ação política do Legislativo e do Executivo.

No campo da aplicação do direito (teoria do direito), é pertinente abordar brevemente o papel desempenhado pela política e pela moral, de modo geral. Tal reflexão se conecta diretamente ao problema do formalismo nos debates acerca da autolimitação do Poder Judiciário. Embora existam diversas conceituações de formalismo, não sendo objetivo deste trabalho aprofundar o tema, adota-se aqui a definição proposta por Veríssimo (2012, p. 495): trata-se de “[...] um certo conjunto de visões sobre o processo judicial para as quais o trabalho do juiz seria sempre meramente interpretativo e constrito pelo material jurídico, não comportando, nesse sentido (e ao menos de forma importante), nenhuma espécie de escolha, especialmente de natureza política ou moral”.

Nesse contexto, o exercício jurisdicional seria “[...] um juízo de declaração da vontade do direito e não o exercício de uma vontade própria”. As concepções tradicionais de separação dos poderes partem de compreensões do direito marcadamente formalistas, concebendo a lei como um elemento de limitação externa à atuação dos juízes.

O modelo formalista de descrição do sistema jurídico oferece uma solução conceitualmente mais simples, embora imprecisa e de menor operatividade, para essa questão. Parte da premissa de que as funções estatais estão rigidamente separadas e que o ordenamento jurídico se divide em dois grandes domínios estanques: de um lado, as áreas inteiramente reguladas pelo direito; de outro, as escolhas discricionárias do Legislativo e do Executivo, que, por não estarem juridicamente normatizadas, escapariam à revisão judicial. Assim, onde o direito não incide, haveria um espaço de discricionariedade reservado à atuação política dos órgãos representativos; inversamente, nas esferas reguladas pelo direito, não haveria margem para a ação política, permitindo-se o controle jurisdicional pleno por meio da interpretação judicial (Veríssimo, 2012, p. 499). A noção de deferência judicial, por sua vez, assenta-se em um referencial teórico inteiramente diverso desse esquema dicotômico.

Cabe destacar a tese oposta à perspectiva formalista acima mencionada, segundo a qual a atividade interpretativa do juiz envolve, inevitavelmente, escolhas e juízos de natureza política e moral por parte do próprio julgador. Nessa visão, é o trabalho interpretativo que acaba por controlar o direito, e não o contrário. Veríssimo observa, nesse sentido, que qualquer limitação à jurisdição, no plano interpretativo, deve ser de natureza interna, resultante de uma postura autocontida do próprio juiz, uma restrição espontânea e autoimposta do poder político que a própria modelagem interpretativa do direito lhe confere. O autor conclui que, ao se admitir que a interpretação jurídica envolve escolhas, frequentemente ancoradas em preferências políticas e morais do próprio intérprete, reconhece-se, consequentemente, que esse processo interpretativo implica a criação de novo direito (Veríssimo, 2012, p. 496-497).

O paradigma formalista mostra-se superado à medida que se reconhece o caráter político inerente à atividade interpretativa. Esse reconhecimento conduz, por sua vez, à necessidade de buscar espaços em que a interpretação do direito possa caber, prioritariamente, aos próprios órgãos Administrativos e Legislativos (Veríssimo, 2012, p. 500).

A deferência às interpretações que a Administração faz da lei baseia-se no respeito às decisões administrativas, especialmente em razão da especialização técnica dos órgãos administrativos. Isso não significa uma autolimitação total por parte do Judiciário. Veríssimo (2012, p. 509) aponta dois pressupostos que regulam essa

deferência: um de natureza procedimental e outro substancial, que ele chama de reguladores da deferência.

O primeiro pressuposto diz respeito ao procedimento, propondo uma espécie de comparação institucional entre o Judiciário e os órgãos Administrativo e Legislativo, com o objetivo de identificar qual deles estaria mais capacitado a oferecer uma interpretação do direito que mereça deferência (Veríssimo, 2012, p. 509). O grau de deferência a ser conferido dependeria, entre outros fatores, do grau de meticulosidade e diligência empregado pela Administração na análise do tema, bem como da coerência dessa interpretação em relação a decisões passadas e futuras do próprio órgão (Veríssimo, 2012, p. 510). Por outro lado, a deferência não seria justificada/ merecida em situações em que se vislumbre, por exemplo, preconceito contra minorias específicas/particulares (veríssimo, 2012, p. 511).

Da mesma forma, o segundo regulador da deferência, de natureza substancial, é o critério da razoabilidade. Desse modo, a interpretação administrativa sujeita a controle deve ser razoável ou racional; caso contrário, não será merecedora de deferência. É importante compreender que, nesse contexto, a razoabilidade atua como um princípio auxiliar à regra da deferência, com a finalidade de impedir que sua aplicação conduza a decisões absurdas, manifestamente irracionais, arbitrárias, incoerentes ou movidas por capricho.

Não se trata, portanto, de um instrumento voltado a fomentar o ativismo judicial — interpretação que, por vezes, lhe é atribuída —, mas justamente do oposto da deferência aqui delineada (Veríssimo, 2012, p. 513). O conceito de "razoável" difere do de "correto". Conforme observa Veríssimo, o termo "correto" remete à ideia de um conjunto unitário, à existência de uma única resposta correta. Já o "razoável", em contraste, refere-se a um conjunto, em maior ou menor grau, de posições, julgamentos ou opiniões que podem ser consideradas aceitáveis dentro de uma determinada perspectiva.

Veríssimo observa que a crítica pode sustentar a ideia de que os juízes seriam, por razões práticas, mais aptos a decidir adequadamente sobre os problemas políticos tratados em seu estudo. A diferença fundamental, contudo, é que essas razões devem ser de natureza substancial e não meramente formal. Em outras palavras, é necessário justificar concretamente por que os juízes estariam mais bem preparados do que os órgãos representativos para fazer escolhas entre alternativas politicamente sensíveis e geradoras de desacordo social, e em quais circunstâncias isso ocorreria

(Veríssimo, 2012, p. 517). O autor propõe, ainda, que se imponha ao juiz uma obrigação rigorosa de "sinceridade", isto é, o dever de declarar as "verdadeiras razões" pragmáticas que orientam sua decisão, vedando que essas motivações sejam ocultadas sob a aparência de uma interpretação abstrata de princípios jurídicos formais (Veríssimo, 2012, p. 517).

Segundo Veríssimo (2012, p. 514), quando compreendida dentro de seus limites, conforme delineado anteriormente, a deferência pode desempenhar um papel útil no sistema jurídico brasileiro, ao valorizar princípios como a democracia, a representação política e a eficiência administrativa na condução dos assuntos de governo (Veríssimo, 2012, p. 516). Nesse sentido, a noção de deferência busca enfrentar o chamado "ônus da competência", na medida em que busca distinguir as situações em que os juízes devem — e aquelas em que não devem — adotar interpretações arrojadas na solução de casos juridicamente “difíceis” (Veríssimo, 2012, p. 517).

O autor em questão menciona que a “doutrina da deferência” extraída dos casos que ele analisa, é tão objetiva quanto podem ser os princípios gerais do direito. Trata-se de um guia para a ação judicial, balizada pelos princípios reguladores já expostos (Veríssimo, 2012, p. 519). Essa doutrina configura uma abordagem menos ativista e mais respeitosa, operando dentro de parâmetros razoáveis e empregando a noção de razoabilidade como um instrumento voltado a promover "respeito" — e não interferência — na atuação dos demais Poderes (Veríssimo, 2012, p. 521).

O autor acrescenta que a regra da deferência, entendida como o princípio que impõe respeito às interpretações razoáveis de textos jurídicos abertos e genéricos, é capaz de oferecer uma moldura dentro da qual podem ser fornecidas e operacionalizadas boas razões para a adoção de um controle judicial mais fraco (Veríssimo, 2012, p. 521).

4.7 A LINDB como instrumento de contenção ou de ativismo judicial?

De acordo com Rômulo Guilherme Leitão e Alessandro Samartin de Gouveia (2019, p. 118), o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a competência regulamentar das agências reguladoras pode ser analisado sob duas perspectivas distintas. A primeira diz respeito à verificação objetiva da compatibilidade dos atos normativos com a Constituição Federal, realizada por meio do controle concentrado

de constitucionalidade. A segunda, por sua vez, refere-se às demandas individuais dos regulados, que, embora possam envolver questões constitucionais, tratam de atos específicos, concretos e de natureza subjetiva praticados pelas agências reguladoras. Nesse cenário, a aplicação da LINDB revela-se particularmente relevante, sobretudo no segundo aspecto, ao fornecer parâmetros mais precisos para orientar a atuação judicial diante da complexidade inerente à atividade regulatória.

Segundo a perspectiva apresentada por Sérgio Guerra, o ato normativo expedido por uma agência reguladora resulta de uma escolha regulatória exercida no âmbito de sua esfera própria de atuação. Frequentemente, tais atos normativos acabam por instituir, de modo inaugural, direitos e obrigações para os setores regulados, o que suscita debates de natureza constitucional, em especial, quanto a eventuais violações a preceitos constitucionais, com destaque para o princípio da legalidade (Leitão; Gouveia, 2019, p. 118).

O controle exercido pelo Poder Judiciário em processos de natureza subjetiva, nos quais a constitucionalidade das normas editadas pelas agências reguladoras é apreciada de modo incidental, gera efeitos limitados ao caso concreto. No entanto, com a promulgação da Lei nº 13.655/2018, que reformulou a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, passando a denominá-la Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), esses processos passaram a contar, em articulação com o Novo Código de Processo Civil, com um conjunto de ferramentas que permitem ao Judiciário não apenas solucionar litígios individuais e simples, mas também disciplinar os efeitos de suas decisões em casos complexos e de repercussão coletiva (Leitão; Gouveia, 2019, p. 119).

Os autores mencionados destacam que a nova redação da LINDB introduziu cinco dispositivos específicos voltados ao controle judicial dos atos da Administração Pública: os artigos 20, 21, 23, 24 e 27. Em todos esses dispositivos, ainda que com diferentes graus de exigência, impõem-se deveres aos órgãos de controle, com o objetivo de reduzir os impactos e as incertezas geradas pelas decisões que incidem sobre atos administrativos (Leitão; Gouveia, 2019, p. 119).

Os autores também esclarecem que o primeiro desses dispositivos busca reduzir a margem de discricionariedade do decisor que esteja dissociada da realidade concreta, aproximando o plano do "ser" ao do "dever-ser". O segundo artigo impõe o dever de considerar e disciplinar as consequências decorrentes da eventual anulação de um ato administrativo. O terceiro dispositivo trata da necessidade de ponderação

diante de mudanças de entendimento por parte da Administração, assegurando uma transição mais estável para situações consolidadas sob interpretações anteriores. O quarto artigo reforça a segurança jurídica, ao exigir que o controle dos atos administrativos leve em consideração o contexto e os motivos determinantes em que foram praticados. Por fim, o quinto artigo estabelece a obrigação de considerar a compensação por eventuais prejuízos causados pelo comportamento das partes ao longo do processo (Leitão; Gouveia, 2019, p. 119-120).

Além disso, Rafael Barreto da Silva (2022, p. 187) sustenta que os artigos 20, 21 e 22 da LINDB, após as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, passaram a exigir uma nova postura do controle judicial. Segundo o autor, a interpretação conjunta desses dispositivos configura uma verdadeira cláusula geral de deferência às escolhas públicas realizadas pela Administração.

O autor em questão aborda, em primeiro lugar, a transformação do controle judicial no Brasil, destacando que sua intensidade atual frequentemente permite que as escolhas da Administração Pública sejam substituídas pela vontade do Poder Judiciário. Ele identifica como principais causas desse fenômeno: (a) o uso abusivo da retórica dos princípios e de outras normas de textura aberta como método para resolver todo tipo de questão administrativa; e (b) a suposição de que todos os problemas poderiam ser solucionados apenas com razões jurídicas, o que levou o controle judicial a assumir características de um poder hierárquico — um poder de revisão das escolhas administrativas baseado na subjetividade dos juízes (Silva, 2022, p. 187-188).

Cumpre destacar, ainda, três consequências apontadas por Rafael Barreto (2022, p. 188) decorrentes de um controle judicial desmedido. A primeira é a paralisia administrativa, que pode ocorrer de duas formas: (1) por apatia, em razão dos efeitos sistêmicos desencadeados quando o controle judicial interfere em uma questão específica, gerando desarranjos no planejamento da Administração, ou (2) paralisia por medo de futura responsabilização, levando o gestor público a não iniciar ou a não dar continuidade a processos decisórios após uma decisão judicial superveniente. A segunda consequência é a perda da capacidade inventiva da Administração. Por fim, a terceira (3) é a corrosão da confiança pública na Administração.

No que se refere à LINDB, as alterações promovidas nos artigos 20 a 30, idealizadas por Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, tiveram como propósito tornar "[...] mais segura a atuação dos gestores e dos parceiros

privados, sem comprometer a eficiência da atividade administrativa e o papel do controle público" (Sundfeld, [s.d.]).

Nesse contexto, os novos dispositivos da LINDB demonstram especial preocupação com a realidade do controle judicial e com os efeitos que sua atuação pode produzir sobre a Administração. É importante destacar que a Lei nº 13.655/2018 não suprimiu competências nem instrumentos dos órgãos de controle; tampouco os restringiu. O que passou a exigir foi um compartilhamento de responsabilidades e a imposição de um ônus de justificação maior sempre que houver interferência nas escolhas realizadas pela Administração (SILVA, p. 145-146). Como sintetiza Sundfeld, "[...] há uma mutação em curso no Direito Administrativo brasileiro e a LINDB tem tudo a ver com ela" (Sundfeld, 2022).

Cabe, neste ponto, analisar os artigos 20, 21 e 22 do Decreto-Lei nº 4.657/1942. Inicia-se pelo artigo 20:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Edilson Pereira Nobre esclarece que o artigo 20 é aplicável tanto à esfera administrativa quanto à judicial e que não incide sobre toda e qualquer decisão proferida nesses âmbitos, mas especificamente sobre aquelas cuja fundamentação se apoie, de modo essencial, em valores jurídicos abstratos (Nobre, 2021, p. 28). Como o foco deste trabalho recai sobre o controle judicial, a análise aqui se concentrará na atuação do magistrado enquanto agente de controle.

Portanto, o legislador não veda que o controle judicial se fundamente em princípios, por exemplo. Contudo, caso o juiz pretenda substituir a escolha administrativa com base exclusivamente em razões jurídicas, deverá empreender um esforço de concretização de sua decisão, de modo a indicar claramente as consequências práticas decorrentes dela. Tal exigência visa, inclusive, a oferecer subsídios ao gestor para a continuidade da execução da política afetada pela decisão judicial (Silva, 2022, p. 150).

Ao comentar esse dispositivo, Marçal Justen Filho (2018, p. 39) reconhece que o Poder Judiciário está sujeito às disposições da nova LINDB, sem que isso represente qualquer obstáculo. Segundo o autor, o atual Código de Processo Civil, em seu art. 489, §1º, já aborda a matéria de forma semelhante e até mais ampla. Além disso, ressalta que o artigo 20 da LINDB apenas explicita um comando já contido no artigo 5º da mesma lei, que impõe ao juiz o dever de interpretar e aplicar a norma em consonância com seus fins sociais e com o bem comum a que ela se destina.

Nesse sentido, o artigo 20 da LINDB não subverte a lógica do julgamento ao priorizar as consequências em detrimento do direito. Ao contrário, exige que o direito se mantenha conectado à realidade social, impondo que as decisões judiciais sejam fundamentadas nas normas jurídicas, mas sem recorrer a abstrações desvinculadas do contexto concreto. Seu propósito é justamente mitigar aquilo que Adriano Soares da Costa denomina de “perda da dimensão terrena do direito” (2003, p. 3). Nessa perspectiva, o aspecto mais relevante da norma consiste em impedir que o juiz anule um ato normativo de agência reguladora sem considerar, de maneira expressa, as consequências práticas decorrentes dessa decisão (Leitão; Gouveia, 2019, p. 121).

Se, por um lado, o julgador não deve invalidar um ato sem considerar as consequências práticas dessa decisão, por outro, Rômulo Leitão e Alessandro Gouveia observam que é necessário refletir sobre a possibilidade — e os limites — de o magistrado editar normas substitutivas ao ato normativo da agência reguladora anulado, como forma de mitigar os impactos resultantes dessa anulação (Leitão; Gouveia, 2019, p. 121).

No que diz respeito ao artigo 21 da LINDB, este estabelece que, caso se decida pela invalidação da escolha administrativa, o julgador deverá indicar expressamente as "consequências jurídicas e administrativas" decorrentes dessa decisão. Veja-se:

> Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.
> Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Conforme dispõe o artigo 21 da LINDB, o julgador deve indicar as consequências jurídicas e administrativas mais relevantes, ou seja, aquelas que, ao sofrerem os efeitos diretos da invalidação, produzam menos reflexos econômicos, político-administrativos e/ou sociais (Silva, 2022, p. 157). Em outras palavras, a autoridade competente tem o dever de optar pela solução menos gravosa ao administrado, desde que esta seja juridicamente viável (Nobre, 2021, p. 48).

Além disso, o artigo 21 exige que o juiz, ao decidir sobre a anulação de um ato, não apenas preveja, mas leve em conta, de fato, as consequências dessa decisão. Isso significa que, se a anulação puder causar prejuízos sociais muito grandes, o juiz deve avaliar com cuidado se ela é realmente necessária e quais serão os efeitos práticos. A ideia central desse artigo é incentivar uma postura mais cuidadosa no controle dos atos da Administração Pública, colocando o consequencialismo, ou seja, a análise dos impactos concretos, como um princípio importante no direito brasileiro.

É importante ressaltar, conforme observa José Vicente dos Santos Mendonça (2015), que a análise das consequências de uma decisão judicial não consiste em um exercício de futurologia ou de adivinhação por parte do julgador. Trata-se, antes, de uma reflexão fundamentada, que conecta os fatos jurídicos à realidade concreta. Ainda que o direito se configure como um fenômeno do conhecimento, regido por regras de imputação e não por relações de causalidade, é possível identificar efeitos previsíveis decorrentes dessas imputações, sobretudo quando se considera que sua finalidade última é a promoção da pacificação social.

Naturalmente, não se pode exigir que o julgador antecipe todas as consequências possíveis e imagináveis. Contudo, é fundamental que as partes do processo também apresentem essas potenciais repercussões, em consonância com a lógica dialógica que estrutura o procedimento judicial, contribuindo assim para uma compreensão mais aprofundada do caso e para a construção de uma solução restaurativa adequada (Leitão; Gouveia, 2019, p. 122).

Por sua vez, o art. 22 da LINDB impõe que se interprete as normas de gestão pública de acordo com a primazia da realidade, que se considere “[...] os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

> § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (...).

O artigo 22 dispõe que o julgador deve adotar a perspectiva do gestor público, reconhecendo que a decisão administrativa não corresponde, necessariamente, à solução ideal, mas sim àquela viável diante das limitações e dificuldades impostas pelo contexto fático. Caso o controlador pretenda substituir as escolhas da Administração, será imprescindível que também assuma os ônus inerentes à função administrativa, exigindo-se, assim, “maior atenção às agruras e aos dilemas enfrentados pelo gestor público” (Jordão, p. 46-47)..

Como exemplo da aplicação prática do artigo 22, destaca-se decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 19 de abril de 2021, durante o contexto da pandemia de COVID-19. Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça usou expressamente o artigo 22 para suspender uma liminar concedida por um juiz de primeira instância, que determinava a internação imediata de um paciente em um leito de UTI para tratamento da COVID-19. A decisão ressaltou que a falta de leitos não era resultado de má gestão da Administração Pública, mas sim do colapso generalizado do sistema de UTIs, amplamente reconhecido em vários estados do país (Brasil, 2021). No caso específico, o Estado do Mato Grosso enfrentava uma grave escassez de leitos hospitalares. Mesmo com a liminar mantida pelo Tribunal de Justiça local, o STJ, ao julgar o caso, levou em conta as limitações práticas e administrativas enfrentadas pelos gestores públicos, conforme previsto no artigo 22.

Rafael Barreto da Silva observa que a principal intenção do legislador foi “frear a intensidade do controle judicial sobre a Administração Pública, sem cercear as prerrogativas dos órgãos controladores”. O autor sustenta que não são os textos normativos dos dispositivos em análise que estruturam a deferência judicial, mas sim as ideias-força que lhes subjazem: a necessidade de contextualização da atividade de controle (artigo 22) e a incorporação da análise consequencial (artigos 20 e 21). Conclui, assim, que se delineia um regime deferencial com características próprias, nitidamente distinto do modelo *Chevron* (Silva, 2022, p. 190-191). O modelo brasileiro de deferência não se fundamenta em presunções, como a delegação legislativa implícita, nem em disputas interpretativas acerca da clareza do texto legal. Seu alicerce está na imposição de um ônus argumentativo ao órgão controlador: exige-se

que este adote a perspectiva do gestor público, ponderando se a decisão administrativa foi condicionada por dificuldades ou obstáculos concretos. Identificados tais constrangimentos/impedimentos, abre-se a possibilidade de que o controlador judicial adote uma postura de deferência em relação à escolha administrativa.

Cumpre destacar, de modo oportuno, as distinções entre o modelo de deferência do precedente *Chevron* e aquele delineado pela LINDB. No contexto brasileiro, o Poder Judiciário mantém a prerrogativa de revisar integralmente a decisão administrativa, incumbindo à Administração suscitar, em seu favor, a aplicação de uma abordagem deferencial. A questão central, portanto, não reside na possibilidade de sindicância judicial da discricionariedade administrativa, ponto sobre o qual há consenso doutrinário e jurisprudencial, mas em estabelecer critérios claros quanto às circunstâncias e justificativas que autorizariam o juiz a anular uma escolha discricionária (Silva, 2022, p. 167).

Além disso, o modelo de deferência *Chevron* opera como uma regra formal e de aplicação geral, cuja incidência pressupõe a existência de ambiguidade legislativa: em tal cenário, a Administração Pública detém primazia interpretativa. Já no caso da LINDB, não se trata de uma regra automática, mas da formulação de critérios para uma análise deferencial de caráter informal, necessariamente dependente das circunstâncias concretas do caso. Importante salientar que a LINDB não restringiu prerrogativas nem suprimiu o controle judicial sobre as escolhas administrativas; ao contrário, reforçou a necessidade de fundamentação e de ponderação contextualizada por parte do julgador (Silva, 2022, p. 167).

A aplicação da doutrina *Chevron* no ordenamento jurídico brasileiro significaria redução da intensidade do controle judicial, conferindo-lhe caráter subsidiário em relação à atuação do gestor e atribuindo primazia interpretativa à Administração Pública, uma solução que se mostra incompatível com o modelo brasileiro de controle, fundado em uma ampla jurisdição constitucional e infraconstitucional.

Pedro de Menezes Niebuhr, Cláudio Ladeira de Oliveira e Isaac Kofi Medeiros identificam, na conjugação do artigo 22 da LINDB com o artigo 13 do Decreto nº 9.830/2019[8], a construção de um teste de deferência que, embora inspirado na doutrina *Chevron*, teria por finalidade assegurar que “[...] é o gestor, e não o Judiciário,

[8] Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

o responsável por tomar decisões que envolvam algum grau de discernimento técnico ou de legitimidade política" (Medeiros; Niebuhr; Oliveira, 2022). Segundo os autores, esses dispositivos conjuntamente traduzem a positivação do argumento da capacidade institucional em favor da Administração Pública.

Na verdade, a ideia de capacidade institucional está presente tanto na lógica da doutrina *Chevron* quanto na LINDB, especialmente nos artigos 20 e 22. No entanto, há vários motivos que impedem que o modelo *Chevron* seja usado como referência para a deferência judicial no Brasil. A seguir, são apresentadas cinco diferenças importantes entre os dois modelos:

a) O modelo *Chevron* expressa um tipo forte de deferência, no qual a interpretação da Administração, diante de normas ambíguas, deve prevalecer sobre a do Judiciário, desde que razoável. Já a LINDB não adota essa lógica. O artigo 22 não presume a correção das decisões administrativas nem impede o controle judicial em casos de dúvida interpretativa. Como observa Silva (2022, p. 169), a norma não cria um escudo para a Administração.

b) Os magistrados norte-americanos são mais generalistas do que os juízes brasileiros. Um dos elementos considerados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir o caso *Chevron*, foi justamente a limitada expertise técnica dos juízes em matérias administrativas. No Brasil, por outro lado, a criação de unidades jurisdicionais e de câmaras especializadas confere aos magistrados maior familiaridade e conhecimento técnico em temas de Direito Administrativo tornando os juízes brasileiros mais informados sobre Administração que os norte-americanos (Silva, 2022, p. 169).

c) No precedente *Chevron*, estabeleceu-se uma ficção jurídica de delegação legislativa implícita, conferindo à Administração Pública liberdade para optar entre diferentes interpretações razoáveis nos casos de ambiguidade legal. Nessa lógica, bastaria que a escolha administrativa atendesse ao requisito da razoabilidade (Silva, 2022, p. 169). Segundo o autor, porém, no ordenamento brasileiro tal ficção não encontra respaldo. Isso porque entende que as hipóteses de delegação legislativa estão expressamente reguladas no artigo 68 da Constituição Federal de 1988, não sendo admissível a construção de uma presunção implícita de delegação interpretativa em favor da Administração.

No âmbito da LINDB, a deferência encontra seu fundamento em duas ideias-força: a contextualização da atividade de controle e a análise consequencial. A

manifestação de deferência, por parte do controle judicial em relação à escolha administrativa, ocorrerá nos seguintes termos: (1) porque, após a análise do contexto em que a decisão administrativa foi produzida, supõe-se que ela seja adequada às circunstâncias concretas; e (2) porque o juiz reconhece que não dispõe de capacidade institucional para formular uma decisão alternativa que produza consequências menos gravosas, ainda que, em tese, considere sua própria solução/ escolha é a mais correta (Silva, 2022, p. 171).

d) No Brasil, a dinâmica do controle judicial da escolha administrativa pode sugerir uma atuação em duas fases. Inicialmente, a decisão administrativa é submetida ao crivo judicial com fundamento em alegações de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nesta primeira etapa, o julgador examina a regularidade jurídica da escolha administrativa. Apenas em um segundo momento, superada essa análise preliminar, o magistrado passa a avaliar a adequação da decisão administrativa à luz dos parâmetros estabelecidos pela LINDB, notadamente os previstos nos artigos 20, 21 e 22. Essa estrutura sequencial de controle não encontra paralelo no modelo delineado por *Chevron*, que opera com uma lógica distinta (Silva, 2022).

e) Outro fator que dificulta qualquer possibilidade de transposição do modelo de deferência *Chevron* ao ordenamento brasileiro é de natureza formal. O modelo norte-americano se consubstancia em uma regra de aplicação formalizada e de fácil identificação: na presença de ambiguidade legal, atribui-se primazia interpretativa à Administração Pública. Em contraste, a deferência prevista na LINDB não se apresenta como uma regra expressa e estruturada, mas decorre de forma implícita das ideias-força subjacentes aos seus artigos 20, 21 e 22 — a contextualização da atividade de controle e a análise consequencial —, cuja aplicação é necessariamente casuística e dependente da avaliação concreta do julgador (Silva, 2022).

A única aproximação consistente entre os dois regimes é a importância atribuída à interpretação normativa realizada pela Administração Pública. Ambos reconhecem a competência legítima da Administração para interpretar a legislação e especificar os modos de sua aplicação (Niebuhr, 2019). No entanto, a LINDB confere um peso específico à escolha administrativa, impondo ao controle judicial o dever de examiná-la de forma contextualizada e de atuar com prudência quanto aos potenciais consequências de uma eventual intervenção. Trata-se, portanto, de um modelo singular de deferência, que não se enquadra em nenhuma das categorias

desenvolvidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (Silva, 2022, p. 173).

Nos termos do artigo 20 da LINDB, o magistrado não pode fundamentar sua intervenção com base exclusiva em valores jurídicos abstratos. Ademais, caso conclua que não é capaz de propor uma solução que produza consequências práticas melhores, ou menos custosas, do que aquelas decorrentes da decisão administrativa, o dispositivo sugere, de forma clara, uma postura de deferência por parte do julgador. Caso opte por intervir na escolha administrativa, o órgão de controle deverá, nos termos do artigo 21, explicitar as consequências jurídicas e administrativas de sua decisão. Tal exigência visa proporcionar ao gestor público uma compreensão precisa da finalidade e do alcance da decisão judicial, evitando-se o risco de paralisação ou desorganização das atividades da Administração (Silva, 2022, p. 191).

Importa destacar que o autor em exame compreende que a deferência prevista na LINDB assume a natureza jurídica de uma cláusula geral, conferindo ao controle judicial uma dupla margem de liberdade: caberá ao julgador definir tanto a hipótese de incidência quanto a solução prática mais adequada ao caso concreto (Silva, 2022, p. 191-192).

A partir dessa cláusula geral de deferência introduzida pela LINDB, o exercício do controle judicial sobre as escolhas administrativas deve observar dois aspectos: (1) o contexto político, social e econômico vigente à época da decisão administrativa; e (2) a conformidade da decisão com a legislação aplicável ao caso concreto (Silva, 2022, p. 180).

Após avaliar as consequências que sua eventual intervenção poderá gerar no ambiente geral, o magistrado deverá adotar uma das seguintes opções: a) manter a decisão administrativa, caso conclua que a sua anulação acarretaria efeitos mais danosos para a Administração e para a sociedade; ou b) anular a escolha administrativa (Silva, 2022, p. 181).

O magistrado responsável pelo controle judicial poderá entender que, embora a escolha administrativa não esteja plenamente amparada pela legalidade, sua anulação resultaria em prejuízos coletivos maiores do que sua manutenção. Nessa situação, configura-se uma postura de deferência, não porque o juiz endosse a atuação administrativa, mas porque reconhece que, diante das limitações institucionais e das consequências práticas envolvidas, não estaria em condições de oferecer uma solução alternativa melhor. Frisa-se que tal deferência não impede que

o órgão judicial aponte as irregularidades eventualmente identificadas e formule recomendações à Administração, com o objetivo de prevenir a repetição de tais falhas em decisões posteriores (Silva, 2022, p. 181).

O modelo de deferência delineado pela LINDB pode ser classificado como um modelo de deferência fraca. Por tratar-se de uma cláusula geral, sem hipóteses de incidência previamente delimitadas e com flexibilidade quanto ao grau de intervenção judicial, confere ao julgador ampla margem para decidir se adotará, ou não, uma postura deferente em face da escolha administrativa (Silva, 2022, p. 183). Assim, a LINDB estruturou um modelo de deferência equilibrado: de um lado, reconhece a capacidade institucional da Administração Pública para formular escolhas de interesse público; de outro, não impõe restrições ao exercício do controle judicial, limitando-se a exigir uma justificação mais robusta por parte do magistrado que pretenda reverter tais escolhas (Silva, 2022, p. 184).

Rômulo Guilherme Leitão e Alessandro Samartin de Gouveia analisam o artigo 23 da LINDB, destacando que este dispositivo enfrenta uma das questões centrais decorrentes da crise do sistema legalista: a proliferação de conceitos jurídicos indeterminados e os desafios de sua aplicação prática. O artigo estabelece que, sempre que uma decisão judicial introduzir uma nova interpretação ou orientação acerca de norma de conteúdo indeterminado, criando, com isso, um novo dever ou condicionamento de direito, deverá ser previsto, quando necessário, um regime de transição. Tal regime visa assegurar que o novo dever seja implementado de forma proporcional, equitativa e eficiente, sem comprometer a realização do interesse público (Leitão; Gouveia, 2019, p. 122-123). Ao examinar essa inovação normativa, Floriano de Azevedo Marques Neto (2018) reconhece os avanços trazidos por sua incorporação ao ordenamento jurídico, ressaltando que o dispositivo contribui para estabilizar a evolução interpretativa e reforçar a segurança jurídica.

Uma análise atenta revela que, embora o artigo 23 da LINDB tenha como propósito declarado promover maior previsibilidade e justiça na aplicação do direito, é inevitável reconhecer que ele próprio está permeado por conceitos jurídicos indeterminados, tais como proporcionalidade, equidade, eficiência e interesses gerais. A aplicação concreta de uma nova interpretação ou orientação normativa dependerá, necessariamente, da definição e delimitação desses conceitos, o que subordina a imposição de um regime de transição à interpretação subjetiva de noções igualmente vagas. Assim, longe de assegurar automaticamente a segurança jurídica pretendida,

o dispositivo acaba por abrir espaço para a formulação de regimes de transição diferenciados caso a caso. Tal situação pode comprometer a uniformidade na aplicação do direito e gerar tratamentos excepcionais entre sujeitos que se encontrem em situações análogas diante de uma mesma mudança interpretativa (Leitão; Gouveia, 2019, p. 123).

A análise conjunta dos artigos 23 e 24 da LINDB revela que, ao menos, as interpretações e decisões judiciais devem considerar as orientações vigentes à época em que o ato administrativo foi praticado (Leitão; Gouveia, 2019, p. 123).

Os mesmos autores também comentam o artigo 24 da LINDB. Trata-se de uma norma destinada a reforçar a segurança jurídica, ao vedar a revisão — inclusive no âmbito judicial — da validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas que tenham sido concluídos com fundamento em orientações gerais vigentes no momento de sua produção. Fica, assim, proibida a declaração de invalidade baseada em mudanças posteriores de entendimento, sejam estas derivadas de atos públicos de caráter geral, de jurisprudência majoritária (judicial ou administrativa), ou de práticas administrativas reiteradas e amplamente conhecidas. Em artigo sobre o tema, Jacintho Arruda Câmara (2018, p. 131-134) reconhece os avanços promovidos por esse dispositivo, mas também aponta os desafios práticos de sua aplicação, especialmente no tocante à definição do que se deve entender por "orientação geral". No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, tal problemática não se coloca nos processos objetivos, mas adquire relevo nos processos subjetivos e concretos (Leitão; Gouveia, 2019, p. 123).

Por fim, o artigo 27 da LINDB tem, ao menos em aparência, o propósito de assegurar a efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo, bem como de coibir a propositura de demandas temerárias, contribuindo, assim, para o fortalecimento da boa-fé processual. Há muito se reconhece que o Estado figura entre os maiores litigantes perante o Poder Judiciário, na medida em que, ao mesmo tempo em que desempenha o papel de garantidor de diversos direitos sociais, também se apresenta, não raramente, como agente responsável pela violação de diversos direitos fundamentais (Leitão; Gouveia, 2019, p. 124).

De acordo com o artigo 27 da LINDB, a decisão judicial pode determinar a adoção de medidas compensatórias em razão de benefícios indevidos ou de prejuízos anormais ou injustos decorrentes da própria ação judicial ou da conduta das partes envolvidas. Não obstante o fato de os §§ 1º e 2º do referido artigo buscarem

estabelecer critérios para a aplicação dessa medida, é inegável que o dispositivo incorpora conceitos jurídicos de definição complexa, tais como “benefícios indevidos” e “prejuízos anormais”. Embora, em princípio, possa parecer lógico presumir que o ganho indevido de uma parte corresponda a um prejuízo experimentado pela outra, a delimitação prática desses conceitos continua a representar um desafio interpretativo significativo (Leitão; Gouveia, 2019, p. 125).

Quando analisados em conjunto, os artigos 20, 21, 23, 24 e 27 da LINDB evidenciam que, nos julgamentos de processos judiciais comuns que envolvam o controle de atos administrativos, especialmente quando houver, de modo incidental, a discussão sobre a constitucionalidade de atos normativos de agências reguladoras decorrentes de escolhas regulatórias, impõe-se ao Poder Judiciário a adoção de uma postura especialmente cautelosa. Antes de deliberar pela eventual invalidação do ato administrativo, o julgador deve considerar valores jurídicos concretos e contextualizados, ponderar as consequências práticas da invalidação e expressá-las de forma expressa, sempre que possível, em diálogo com as partes. Ademais, deverá verificar se a alegada nulidade decorre de mudanças em orientações gerais anteriores e, ainda, avaliar a pertinência de eventuais compensações por benefícios indevidos ou por prejuízos anormais sofridos pelas partes em razão de suas condutas no curso do processo (Leitão; Gouveia, 2019, p. 125).

Em outras palavras, enquanto a doutrina continua a avançar no debate acerca do controle do mérito dos atos administrativos, a LINDB introduz novos critérios orientadores para a apreciação desses atos, inclusive daqueles decorrentes de escolhas regulatórias formuladas pelas agências reguladoras (Leitão; Gouveia, 2019, p. 125).

Após a discorrer sobre os dispositivos da LINDB aplicáveis ao controle judicial das escolhas regulatórias sob diferentes aspectos e perspectivas, passa-se agora à análise de uma forma de atuação de tribunais e juízes conhecida como ativismo judicial.

4.8 O ativismo judicial

O ativismo judicial acontece quando o Poder Judiciário amplia sua atuação e passa a influenciar políticas públicas ou interferir em decisões do Executivo ou do Legislativo, que normalmente não seriam de sua responsabilidade. Essa postura

costuma surgir quando há omissão por parte dos outros poderes e se baseia em interpretações mais amplas da Constituição e dos princípios fundamentais.

A vinculação direta do julgador aos princípios decorre da nova hermenêutica constitucional. Em sua origem, essa abordagem principiológica destinava-se aos chamados "casos difíceis", nos quais não havia regras específicas para a orientar a decisão. Com o tempo, entretanto, tal método interpretativo foi progressivamente expandido e passou a fundamentar decisões em uma variedade de situações, inclusive em casos regidos por normas legais específicas (Jales, 2020, p. 13).

Como reflexo da ampliação das atividades governamentais e do crescente uso de normas de textura aberta, aumentou a defesa do ativismo judicial no controle dos atos administrativos. Assim, intensificou-se a formulação de diversas teorias voltadas à ampliação do controle da discricionariedade administrativa (Wang; Palma; Colombo, 2010, p. 277).

Como já foi mencionado, destaca-se a ideia de que a atuação discricionária da Administração Pública pode ser controlada com base em princípios, principalmente os da razoabilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado. Essa forma de controle é bem aceita entre os estudiosos, mas também levanta preocupações, especialmente quando juízes anulam, alteram ou substituem decisões administrativas com base apenas em princípios.

O ativismo judicial emerge, nesse contexto, como uma resposta ao modelo clássico do positivismo jurídico, inserindo-se em um movimento de superação da rigidez formalista tradicional. Tal fenômeno acompanha a ascensão do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela centralidade da Constituição e pela força normativa de seus princípios. Isso exige que os operadores do direito usem interpretações mais abertas, estratégias interpretativas capazes de torná-la efetiva na prática

Essa forma de pensar, conhecida na doutrina como neoconstitucionalismo, ampliou o espaço de atuação do Judiciário, possibilitando que juízes tomem decisões com base em princípios e valores constitucionais, especialmente nos casos em que a norma é aberta ou imprecisa. Com isso, espera-se um equilíbrio entre diferentes valores constitucionais no julgamento de situações concretas. No entanto, essa ampliação de liberdade decisória exige, como contrapartida, que as decisões sejam bem fundamentadas, com justificativas claras e acessíveis ao público, garantindo assim a transparência e a possibilidade de controle democrático.

A citação de João Paulo Allain Teixeira[9] lança luz sobre uma das questões centrais do neoconstitucionalismo: a ampliação do papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ao destacar a expectativa social em torno da atuação judicial nesse novo arranjo institucional, o autor evidencia tanto a legitimação do Judiciário como protagonista da democracia quanto os riscos associados à expansão de suas prerrogativas. Nesse sentido, sua crítica não recai apenas sobre os riscos do ativismo judicial desmedido, mas sobretudo sobre a necessidade de estabelecer critérios racionais e transparentes para a fundamentação das decisões, como forma de preservar a legitimidade da jurisdição constitucional. O questionamento hermenêutico que propõe — sobre o "não dito" nas decisões e os limites do recurso à proporcionalidade como critério de justiça — é especialmente relevante em um cenário regulatório, onde decisões judiciais podem interferir em escolhas técnicas e políticas complexas. A reflexão do autor, portanto, convida à ponderação crítica sobre os limites e as condições do controle judicial em um Estado de Direito comprometido com a efetividade dos direitos, mas também com a racionalidade institucional.

A concepção tradicional e puramente dogmática do Direito, que via o Poder Legislativo como o único legítimo para expressar a vontade do povo soberano e reservava aos juízes apenas a função de aplicar a lei de forma passiva e mecânica, mostra-se inadequada frente às transformações trazidas pelo movimento do "acesso

---

[9] Discorrendo sobre o tema do neoconstitucionalismo, João Paulo Allain Teixeira: "Com a promulgação da Constituição de 1988, gerou-se uma grande expectativa em torno da atuação do Poder Judiciário (e do Supremo Tribunal Federal), especificamente no que se refere ao seu novo desenho institucional e, sobretudo, às novas competências e prerrogativas estabelecidas pela Constituição. Diante da consagração do modelo de Estado Social, o qual necessariamente contempla a existência de direitos exercíveis, através do Estado, aguardou-se com grande ansiedade a forma pela qual o poder judiciário receberia esta nova missão.
Como conseqüência, desenvolveu-se um discurso no sentido do qual o Poder Judiciário é a instância adequada para identificar e assegurar os valores socialmente consagrados. Juízes e Tribunais foram em grande medida legitimados a atuar na qualidade de verdadeiros regentes da democracia brasileira, e responsáveis últimos (ou primeiros) pela concretização dos direitos fundamentais no Brasil.
(...) A ampliação das prerrogativas dos juízes, contudo, trouxe a uma reflexão sobre os limites da atuação do judiciário, bem como a discussão sobre os modelos teóricos capazes de, conferindo racionalidade às decisões judiciais, viabilizar um certo controle sobre a atuação de juízes e tribunais.
(...) Na perspectiva consagrada pelo debate nacional após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tratar a questão do acesso à justiça enquanto acesso à decisões 'justas' envolve um processo construtivo de fundamentação das decisões. (...)
Sob o ponto de vista hermenêutico, diríamos que mais importante do que o 'dito', talvez seja oportuno questionarmo-nos sobre o 'não dito'. Em que medida a 'verdade' trazida pela proporcionalidade representa mesmo uma forma de 'acesso à justiça'? Será mesmo possível considerar que juízes e tribunais são capazes de realizar o direito 'justo' a partir de um procedimento racional fundado em uma ponderação de valores? (...)" (Teixeira, 2008, p. 88).

à justiça". De acordo com Cappelletti (1990, p. 111), essa visão reduzia o papel do juiz a uma aplicação “seca e inanimada” da norma. No entanto, com o avanço desse movimento, passou-se a valorizar a atuação mais ativa e criativa do magistrado diante das particularidades do caso concreto, buscando-se uma prestação jurisdicional mais efetiva e adequada à realidade social.

Maria Berenice Dias (2002, p. 12) sustenta que uma sociedade orientada pelos princípios da justiça, liberdade, solidariedade, fraternidade e democracia não pode tolerar discriminações cruéis, sobretudo quando se busca assegurar a cidadania e promover a inclusão dos excluídos. Para que esses valores sejam efetivamente concretizados, ela ressalta o papel essencial dos juízes, que devem atuar com consciência de que o Estado de Direito não se limita à legalidade formal, e que a verdadeira justiça exige uma abordagem que vá além do cumprimento estrito da lei.

Nesse contexto, o ativismo judicial tende a valorizar excessivamente o papel do Judiciário, permitindo um controle mais rigoroso sobre os atos praticados pelas agências reguladoras, com ampla margem para a revisão das decisões administrativas.

Os defensores de um controle judicial mais intenso da atividade regulatória argumentam que essa revisão ajuda a evitar a captura do regulador, corrige ilegalidades e contribui para tornar a tomada de decisão regulatória mais racional (GUERRA, 2005). Por outro lado, uma das principais críticas é que o ativismo judicial pode desrespeitar o princípio da separação de poderes e gerar insegurança jurídica. No que diz respeito aos custos envolvidos na revisão judicial, não há consenso entre os profissionais do direito.

Nesse sentido, o ativismo judicial pode ter conotação positiva ou negativa, dependendo do ponto de vista: para alguns, é uma defesa dos direitos fundamentais e da justiça social e para outros, representa uma quebra do equilíbrio entre os poderes, com juízes atuando além de seus limites constitucionais.

Diante desse cenário de tensão entre autonomia regulatória e controle judicial, torna-se imprescindível aprofundar a análise empírica das decisões judiciais que envolvem a atividade normativa das agências reguladoras. A fim de compreender como o Judiciário brasileiro tem operado, na prática, o equilíbrio entre deferência técnica e controle de legalidade, especialmente no contexto da atuação da ANAC, justifica-se a adoção de uma abordagem metodológica que permita investigar os fundamentos, padrões argumentativos e consequências institucionais dessas

decisões. É a partir dessa perspectiva que se apresenta, no capítulo seguinte, a delimitação metodológica.

5 DELIMITAÇÃO METODOLÓGICA[10]

5.1 Tipologia e escopo da investigação

A presente investigação caracteriza-se como de natureza qualitativa, fundamentando-se na análise de dados predominantemente textuais, interpretativos e contextuais. A pesquisa qualitativa prioriza a compreensão de fenômenos complexos por meio da observação de significados, percepções, discursos e estruturas simbólicas inerentes aos objetos de estudo. No âmbito jurídico, essa abordagem exige um exame minucioso de documentos normativos, decisões judiciais, pareceres, exposições de motivos, doutrina e demais registros textuais que expressam valores, argumentos, concepções jurídicas e práticas institucionais. Destaca-se, portanto, que este método privilegia a profundidade da análise em detrimento da mensuração de variáveis, buscando apreender o contexto e os sentidos construídos pelos atores envolvidos.

No contexto específico deste trabalho, foram selecionadas três decisões judiciais proferidas no âmbito da magistratura federal, examinando-se o inteiro teor das decisões apenas nos trechos que abordam a fundamentação sobre o poder normativo da ANAC. Conforme Vergara (2005, p. 257), as pesquisas qualitativas distinguem-se por contemplar a subjetividade dos sujeitos, valorizando suas visões de mundo e favorecendo a descoberta e a interpretação dos fenômenos sociais. Nessas investigações, as amostras são intencionalmente selecionadas, com base na tipicidade ou acessibilidade dos casos. A coleta de dados é tipicamente realizada por meio de técnicas menos estruturadas, e a análise dos resultados adota uma abordagem interpretativa, focada na compreensão do significado das experiências observadas.

As pesquisas qualitativas baseiam-se na valorização da experiência subjetiva e da perspectiva dos indivíduos envolvidos no fenômeno em estudo. Este modelo investigativo foca na interpretação de significados, visando à identificação de aspectos não imediatamente evidentes na realidade empírica. A ênfase recai na construção

[10] A delimitação metodológica adotada nesta tese segue, com as devidas adaptações, a estrutura e a lógica analítica utilizadas na dissertação de mestrado da mesma autora. A opção por manter esse formato decorre da similitude do corpus empírico — decisões judiciais — e da intenção de assegurar coerência entre as duas pesquisas da autora, uma vez que ambas constituem estudos de caso com aplicação da análise de conteúdo temática.

compreensiva dos fenômenos, e não na mensuração de variáveis, o que implica, metodologicamente, a adoção de instrumentos de coleta de dados menos estruturados e um tratamento analítico guiado por interpretações e inferências (Vergara, 2005).

A lógica que orienta este tipo de abordagem é predominantemente indutiva. Em vez de testar hipóteses previamente formuladas, a pesquisa parte da análise de dados concretos e específicos, construindo generalizações conceituais ou teóricas a partir da observação empírica. Segundo Vasconcelos (2017), a indução pressupõe um movimento de convergência: parte-se de enunciados particulares para alcançar proposições mais amplas, o que torna o método particularmente adequado para a descrição e explicação de realidades complexas, nas quais o contexto e a interpretação são essenciais para a compreensão do objeto. É nessa perspectiva que se insere a presente pesquisa, cuja lógica investigativa também se pauta por um método indutivo. O estudo parte da análise de casos concretos, e a descrição minuciosa das razões de decidir permite, a partir do particular, extrair inferências mais gerais sobre a maneira como os magistrados da Justiça Federal interpretam e aplicam limites ao poder normativo das agências reguladoras. Essa transição do caso específico para reflexões de maior abrangência constitui a "generalização analítica", conceito a ser aprofundado na seção dedicada ao estudo de caso.

Frisa-se que o uso da indução não implica ausência de rigor, mas sim uma forma distinta de construção do conhecimento. A pesquisa qualitativa, ao priorizar a compreensão contextualizada dos fenômenos, exige do pesquisador uma postura reflexiva e crítica, bem como atenção aos elementos simbólicos, institucionais e normativos que permeiam os discursos analisados. Essa abordagem é particularmente adequada para investigar temas jurídicos complexos, como o controle judicial de atos normativos, pois permite articular os dados empíricos com os marcos teóricos que estruturam o campo da Regulação.

No que se refere à classificação quanto aos propósitos, a presente pesquisa enquadra-se como exploratória e analítica, em consonância com a hierarquia de objetivos proposta na literatura metodológica. O objetivo geral, de natureza exploratória, consiste em analisar decisões judiciais que tratam do controle jurisdicional da atividade normativa da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), visando compreender os fundamentos utilizados pelos magistrados para validar ou revisar atos normativos editados pela agência. Este esforço busca verificar

empiricamente a atuação do Judiciário brasileiro diante de normas infralegais produzidas por entes reguladores, especialmente em setores técnicos e de alta complexidade, como o da aviação civil.

Dentre os objetivos específicos, destacam-se: (i) coletar o inteiro teor das decisões proferidas pela Justiça Federal nos casos selecionados, com ênfase nos fundamentos invocados para a manutenção ou revisão dos atos normativos da ANAC; (ii) descrever o contexto normativo e jurisprudencial em que se insere o poder normativo das agências reguladoras, com especial atenção à delimitação teórica e legal de seus limites; (iii) analisar os padrões argumentativos adotados pelos magistrados à luz das teorias de deferência judicial; e (iv) refletir sobre as implicações dessas decisões para o equilíbrio entre autonomia técnica das agências e controle judicial, contribuindo para o aperfeiçoamento do modelo regulatório brasileiro.

A abordagem metodológica adotada fundamenta-se na análise qualitativa de dados empírico-discursivos, com base em documentos judiciais e normativos. O método de análise empregado será a análise de conteúdo, com o propósito de identificar categorias relevantes, frequências argumentativas e estruturas retóricas presentes nos acórdãos analisados. A lógica adotada será indutiva, partindo da observação de casos específicos para a formulação de proposições mais gerais, conforme os pressupostos da generalização analítica, o que se mostra particularmente adequado para pesquisas empíricas no campo do Direito Administrativo e da Regulação.

Ressalta-se que, em estudos de natureza exploratória, a formulação de hipóteses desde o início não é uma exigência, dada a própria lógica aberta e flexível da investigação. Portanto, a abordagem qualitativa adotada nesta tese distancia-se da exigência de definição prévia e rígida dos conceitos investigados, bem como da formulação de hipóteses a serem testadas. Ao contrário, conforme explica Gibbs (2008, p. 9), os conceitos — ou mesmo as hipóteses, quando utilizadas — são construídos, desenvolvidos e ajustados ao longo do próprio processo investigativo, em diálogo contínuo com o material empírico analisado. Essa perspectiva é especialmente relevante em pesquisas no campo jurídico, onde os significados e interpretações estão em constante construção, influenciados por múltiplos fatores normativos, institucionais e sociais.

Quanto aos procedimentos metodológicos, optou-se pelo estudo de casos. Essa escolha justifica-se pelo fato de que a investigação se debruça sobre decisões

judiciais específicas, a partir das quais se busca compreender, descrever e interpretar os fundamentos jurídicos mobilizados no julgamento e suas implicações para o controle judicial da atividade normativa da ANAC. O estudo de caso, nesse contexto, adota uma abordagem idiográfica, voltada à exploração de aspectos particulares e contextuais do objeto empírico analisado. Essa estratégia permite extrair inferências relevantes a partir da singularidade de cada caso, sem prejuízo da construção de generalizações analíticas que contribuam para o avanço teórico no campo da regulação e do direito administrativo.

Para fins de análise dos dados, adotou-se a estratégia metodológica conhecida como análise de conteúdo categorial temática. Trata-se de um conjunto de técnicas sistemáticas aplicadas ao exame das comunicações, com o objetivo de identificar, classificar e interpretar elementos significativos em mensagens escritas, orais ou simbólicas (Bardin, 1977). Tal abordagem revela-se particularmente adequada para pesquisas qualitativas na seara jurídica, permitindo uma exploração rigorosa dos discursos judiciais, normativos e institucionais sob o prisma de categorias analíticas previamente definidas.

No contexto da presente tese, a construção das categorias de análise partiu da leitura sistemática dos fundamentos apresentados pelos magistrados nas decisões que envolvem o controle de atos normativos da agência. Foram estabelecidas três categorias principais:

- **Categoria A – Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC:** Busca identificar os argumentos dos magistrados para validar os atos normativos da ANAC.
- **Categoria B – Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC:** Investiga se a decisão adota, de forma explícita, o critério da deferência judicial para não revisar os atos normativos da ANAC.
- **Categoria C – Quais fundamentos foram utilizados pelo magistrado para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC?:** Aplicada em situações nas quais a decisão afastou a aplicação do ato normativo.

Essas categorias foram formuladas com base nos objetivos específicos da pesquisa, permitindo uma análise estruturada das decisões judiciais. A coleta de

dados relativos aos julgados foi realizada de forma transversal, mediante a obtenção do inteiro teor dos acórdãos diretamente nos repositórios digitais dos Tribunais Regionais Federais. Essa abordagem permitiu articular o conteúdo das decisões judiciais com o contexto normativo e institucional mais amplo, fornecendo subsídios para a discussão crítica dos limites e possibilidades do controle jurisdicional sobre os atos normativos da ANAC.

5.2 Procedimentos metodológicos

5.2.1 Estudo de Caso

A adoção do estudo de caso como estratégia metodológica insere-se, por definição, no campo das abordagens qualitativas. Esta escolha mostra-se particularmente adequada à investigação de problemas de pesquisa que envolvem complexidades interpretativas e contextuais, afastando-se das exigências formais da estatística e das peculiaridades metodológicas próprias das pesquisas empíricas de natureza quantitativa. Embora essa abordagem possa implicar limitações no que tange à generalização estatística das inferências ou à formulação de explicações causais universalizáveis, ela proporciona, em contrapartida, ganhos significativos no aprofundamento da compreensão do fenômeno investigado. Isso se dá por meio da análise detalhada de um caso singular ou de um conjunto delimitado de casos, que permite apreender as dinâmicas específicas do objeto de estudo em sua concretude institucional.

Nesse sentido, realizar um estudo de caso significa, essencialmente, lançar questionamentos sobre eventos ou situações reais, atuais e contextualmente situados, conforme apontam Gomes Neto, Albuquerque e Silva (2024, p. 48). O foco recai sobre fatos contemporâneos, de período recente, e não a fatos do passado. "Há estudo de caso apenas quando se coletam informações concretas a partir de um fato concreto (caso). Estas informações concretas (empíricas) servirão para solucionar a questão de pesquisa", aduzem os referidos autores (2024, p. 33). Ou seja, os casos escolhidos devem conter informações que possam contribuir para a resposta à pergunta de pesquisa.

No estudo de caso(s), a seleção dos casos não obedece aos pressupostos da inferência estatística baseada em amostragem probabilística, mas sim a uma lógica

inferencial qualitativa. Nesse tipo de abordagem, o critério de escolha está vinculado à suficiência informacional do caso — ou do conjunto de casos — para a elucidação do problema de pesquisa. O foco não recai sobre a representatividade numérica dos eventos selecionados em relação ao universo total de decisões possíveis, mas sobre sua relevância analítica e potencial explicativo dentro do recorte temático proposto. Assim, não há a necessidade de cálculos estatísticos prévios para sorteio de amostras representativas; o que se busca é a densidade teórica e a complexidade do material empírico que permitam alcançar os objetivos da investigação.

Quando se trata de estudos de caso comparativos — também denominados estudos múltiplos ou coletivos —, como é o caso desta pesquisa, a proposta consiste em examinar dois ou mais fenômenos, fatos ou objetos de interesse que compartilham algumas características comuns, mas que também apresentam divergências relevantes. A análise qualitativa, nesse contexto, volta-se tanto à identificação das semelhanças quanto à compreensão das diferenças entre os casos, de modo a enriquecer a explicação do fenômeno investigado e ampliar a capacidade analítica do estudo. Tal procedimento não apenas aprofunda a compreensão do objeto empírico, como também contribui para a formulação de generalizações analíticas consistentes, baseadas na convergência ou na tensão entre os dados observados.

Segundo Almeida (2016, p. 65), o estudo de caso pode ser conduzido de forma única ou múltipla, a depender dos objetivos específicos da investigação. O caso único é indicado quando o fenômeno em análise apresenta características excepcionais ou quando a pesquisa busca aprofundamento sobre um objeto específico. Por outro lado, a investigação de múltiplos casos não visa à representatividade estatística, mas constitui uma estratégia metodológica voltada à comparação entre diferentes complexidades relacionadas a um problema comum. Nessa abordagem, a delimitação dos casos não se dá por critérios probabilísticos, mas sim pela busca de variações relevantes, priorizando a diversidade de situações em detrimento da uniformidade.

No desenvolvimento empírico da pesquisa, adotou-se uma sequência metodológica estruturada em consonância com os objetivos propostos. Inicialmente, foi solicitada à ANAC, por meio da plataforma GOV.BR, a listagem de processos judiciais em que a agência figura no polo passivo e que envolvam questionamentos sobre o exercício de seu poder normativo. Obtida a resposta, posteriormente, procedeu-se à coleta do inteiro teor das decisões judiciais, entre as quais foram

selecionadas três para o objeto de estudo, consultadas diretamente nos sítios eletrônicos oficiais dos Tribunais Regionais Federais (TRFs).

Em paralelo, realizou-se uma revisão de literatura especializada, com o intuito de identificar os principais referenciais teóricos e debates acadêmicos pertinentes ao controle jurisdicional da atividade normativa das agências reguladoras, em especial no que concerne à atuação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

Em etapa subsequente, a partir da consolidação dessas informações e do amadurecimento das proposições teóricas delineadas ao longo do trabalho, passou-se à análise detalhada das decisões judiciais selecionadas, com foco na identificação dos fundamentos utilizados pelos magistrados, na verificação de como os atos normativos foram interpretados e na avaliação dos argumentos que sustentaram a manutenção ou a revisão dos atos da agência. A análise também buscou compreender o modo como essas decisões foram implementadas no contexto institucional e regulatório. Esse percurso metodológico permitiu não apenas esclarecer o comportamento do Judiciário diante da atividade normativa da ANAC, mas também levantar reflexões críticas sobre os resultados práticos do controle judicial exercido em tais casos.

A escolha do estudo de caso múltiplo justifica-se por ser uma estratégia metodológica que permite a comparação entre diferentes decisões judiciais sobre um mesmo fenômeno jurídico, possibilitando a identificação de padrões argumentativos, divergências interpretativas e elementos contextuais relevantes. Trata-se de uma abordagem que amplia a profundidade da análise ao considerar a complexidade e a diversidade de posicionamentos judiciais diante da atividade normativa da ANAC, sem pretensão de generalização estatística, mas com foco na construção de inferências teóricas robustas.

Oportuniza ao pesquisador, dessa forma, observar e analisar pormenorizadamente as decisões proferidas em contextos distintos, porém vinculadas por um problema comum, examinando os fundamentos jurídicos, os critérios adotados pelos julgadores, as tensões entre técnica e juridicidade e os reflexos institucionais da deferência ou da intervenção judicial sobre os atos normativos da agência. Essa estratégia metodológica fortalece a compreensão crítica do comportamento do Judiciário frente à regulação estatal, especialmente em setores de alta complexidade técnica, como o da aviação civil.

Em relação às críticas comumente dirigidas à estratégia do estudo de caso — especialmente quanto à suposta dificuldade de generalização de seus resultados, diante da análise de um único ou de poucos casos —, é importante reiterar que tal objeção considera uma concepção de generalização estatística que não se aplica às abordagens qualitativas. Como observa Gil (2002, p. 55), “os propósitos do estudo de caso não são os de proporcionar o conhecimento preciso das características de uma população, mas sim o de proporcionar uma visão global do problema ou de identificar possíveis fatores que o influenciam ou são por ele influenciados” (grifo acrescido). Assim, o estudo de caso não busca representar numericamente uma população, mas sim oferecer uma compreensão densa, contextualizada e teoricamente relevante do fenômeno analisado, capaz de contribuir com a formulação de inferências analíticas e a construção de categorias interpretativas aplicáveis a situações análogas.

Yin (2001, p. 29) esclarece que os estudos de caso não têm como finalidade a generalização para populações ou universos estatísticos, mas sim para proposições teóricas. Nesse sentido, o autor distingue entre a generalização estatística, que se fundamenta na representatividade numérica de uma amostra, e a generalização analítica, que busca expandir e aprofundar teorias com base na análise densa de casos específicos. Assim, o estudo de caso não se configura como técnica de amostragem, mas como estratégia voltada à construção teórica, permitindo ao pesquisador desenvolver ou refinar explicações conceituais aplicáveis a fenômenos similares.

Com efeito, é fundamental distinguir entre a generalização analítica e a generalização estatística, dada a diferença substancial de propósitos e fundamentos metodológicos entre ambas. A generalização analítica baseia-se na aplicação e no confronto de resultados empíricos com teorias previamente desenvolvidas, de modo que o estudo de caso funcione como instrumento para testar, ampliar ou refinar proposições teóricas. Conforme esclarece Yin (2001, p. 54), esse tipo de generalização não parte de uma amostra representativa, mas utiliza a teoria como modelo referencial com o qual os achados empíricos são comparados.

No presente trabalho, os casos examinados são interpretados à luz de um arcabouço teórico mais amplo, que contempla discussões sobre reforma regulatória, transporte aéreo e a correspondente regulação setorial, controle judicial dos atos regulatórios e possíveis limites, discricionariedade técnica, LINDB, princípio da juridicidade, deferência, ativismo judicial. O objetivo não é produzir inferências

estatísticas ou representações quantitativas, mas compreender como determinadas decisões judiciais reafirmam, interpretam ou desafiam os limites da atuação normativa das agências, contribuindo para a formação de uma base teórica consistente sobre o papel do Judiciário na revisão de atos infralegais em setores regulados. Trata-se, portanto, de uma abordagem voltada à construção de conhecimento a partir da análise densa de casos concretos, com foco na validade teórica dos achados.

Por outro lado, a generalização estatística, típica de pesquisas quantitativas, opera com base em inferências sobre populações ou subconjuntos claramente definidos. Nesse modelo, os pesquisadores trabalham com dados empíricos coletados a partir de amostras representativas, cuja validade é assegurada por métodos probabilísticos e pelo uso de fórmulas estatísticas que estimam o grau de precisão das inferências. Essa abordagem, contudo, não se aplica à presente pesquisa, cujo foco está centrado na profundidade interpretativa e na construção teórica decorrente do exame de casos concretos, e não na representatividade numérica dos dados. A natureza dos dados objetos de estudo é que define se a pesquisa empírica é quantitativa ou qualitativa.

Para fins de tratamento sistemático dos dados extraídos das decisões judiciais analisadas neste estudo, adotou-se a estratégia de numeração das linhas de forma que correspondam às linhas do inteiro teor das decisões. Essa medida teve por finalidade facilitar a localização precisa dos trechos da fundamentação da decisão, sendo que os espaços entre linhas não foram numerados. Com o mesmo objetivo, foram construídos quadros analíticos contendo fragmentos da decisão, organizados em sequência crescente e identificados numericamente. Essa organização visa permitir a remissão direta aos trechos analisados das decisões, evitando a repetição desnecessária de transcrições extensas ao longo do texto.

Optou-se por manter integralmente os grifos, destaques em negrito e eventuais erros de digitação constantes no documento original, preservando-se, assim, a fidelidade ao conteúdo processual tal como disponibilizado. Em contrapartida, os nomes de agentes do Estado, por se tratarem de agentes públicos no exercício de funções institucionais, foram mantidos na íntegra.

5.3 Da análise de conteúdo

No presente estudo, adotou-se a técnica da análise de conteúdo como método para o tratamento sistemático dos dados obtidos nas decisões judiciais selecionadas, especificamente aquelas relacionadas ao controle jurisdicional da atividade normativa da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Conforme aponta Silvia Vergara (2005), a análise de conteúdo é uma técnica voltada à identificação do que está sendo comunicado a respeito de um determinado tema, permitindo ao pesquisador interpretar com rigor elementos expressos em discursos institucionais. Essa abordagem mostrou-se adequada para examinar o posicionamento dos magistrados quanto à validade e aos limites dos atos normativos da ANAC, por meio da categorização.

A literatura especializada apresenta múltiplas definições para a análise de conteúdo, tratando-a ora como método, ora como técnica de investigação. Smith (2003) entende que se trata de um método baseado em um conjunto de procedimentos que visa possibilitar inferências válidas a partir de textos. Bardin (1977, p. 42), por sua vez, conceitua a análise de conteúdo como um conjunto de técnicas de análise das comunicações que, por meio de procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, permite a produção de indicadores capazes de gerar inferências sobre as condições de produção e recepção dessas mensagens. Para essa autora, o rigor metodológico é essencial, a fim de evitar que o pesquisador se perca na heterogeneidade do objeto de estudo.

A análise de conteúdo pode ser conduzida com base em procedimentos interpretativos, estatísticos ou em ambos. No âmbito desta pesquisa, optou-se exclusivamente pelos procedimentos de natureza interpretativa, em consonância com a abordagem qualitativa adotada. Seguindo Bardin (1977), o processo compreendeu três etapas fundamentais: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos dados com posterior interpretação. A pré-análise consistiu na definição do *corpus* documental e nos procedimentos a serem aplicados, abrangendo a coleta do inteiro teor das decisões judiciais disponíveis nos sites dos TRFs, bem como a obtenção de textos legais relacionados à temática, acessados no site do Palácio do Planalto. Nessa etapa também se realizou pesquisa bibliográfica sobre os temas abordados na tese — regulação, mercado aéreo, o controle jurisdicional da normatividade administrativa, deferência, LINDB e ativismo judicial — e sobre a metodologia da pesquisa, que fundamentou a escolha da análise de conteúdo como técnica interpretativa.

Durante a coleta dos dados, deu-se início às análises preliminares, o que é característico das pesquisas qualitativas, marcadas por sua flexibilidade e caráter iterativo. Em seguida, procedeu-se à leitura detalhada e ao exame crítico de todos os documentos e textos científicos levantados. Na última etapa, os argumentos constantes das decisões judiciais foram agrupados em três categorias temáticas, definidas a partir de perguntas-problemas orientadoras da análise, já explicitadas anteriormente e listadas no Quadro 1 a seguir:

Quadro 1 – Categorias temáticas

Categoria A	Quais fundamentos foram utilizados pelo magistrado para manter a validade dos atos normativos editados pela ANAC?
Categoria B	A decisão adota, de forma explícita, o critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC?
Categoria C	Quais fundamentos foram utilizados pelo magistrado para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC?

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

A pergunta-problema central da pesquisa — “Quais são os critérios jurídicos e institucionais utilizados pelo Poder Judiciário ao controlar atos normativos editados pela ANAC?” — demanda uma análise que vá além da classificação binária de decisões favoráveis ou contrárias à agência. É necessário compreender a racionalidade argumentativa subjacente às decisões judiciais, bem como identificar padrões de interpretação, pontos de tensão entre técnica e princípio, e os fundamentos invocados para justificar tanto a deferência quanto a intervenção judicial.

Com base nas perguntas de pesquisa e nos objetivos específicos desta tese, elaboraram-se categorias e subcategorias analíticas (variáveis qualitativas) aplicadas à análise do conteúdo das decisões judiciais selecionadas (DJ 01, DJ 02 e DJ 03), as quais estão sistematizadas nos apêndices. Além disso, foi construído o Quadro 48, que apresenta uma avaliação comparativa das três decisões judiciais, permitindo visualizar convergências e divergências quanto ao controle judicial da atividade normativa exercida pela ANAC.

A construção dessas variáveis partiu do objeto central da pesquisa e foi estruturada de modo a contemplar, de forma comparativa, tanto as decisões que validam os atos normativos editados pela ANAC quanto aquelas que os afastam. Cada categoria temática corresponde a uma dimensão central da controvérsia jurídica — validade normativa, deferência judicial e controle judicial restritivo —, desdobrada em subcategorias que captam os fundamentos jurídicos, principiológicos e institucionais invocados pelos magistrados.

Nesse sentido, as categorias temáticas propostas estão alinhadas aos objetivos específicos da tese, que envolvem: (1) examinar os fundamentos jurídicos e principiológicos mobilizados pelos tribunais federais ao apreciar atos normativos da ANAC; (2) verificar a existência de critérios explícitos ou implícitos de deferência judicial no julgamento de normas técnicas; e (3) analisar as implicações institucionais e regulatórias das decisões judiciais que alteram ou impedem a eficácia de atos normativos editados pela agência.

A divisão em três categorias permite mapear, com base em critérios analíticos previamente definidos, os argumentos presentes nas decisões judiciais selecionadas. A classificação entre decisões que reconhecem a validade dos atos normativos (Categoria A), decisões que adotam a deferência judicial como fundamento (Categoria B) e decisões que afastam a eficácia das normas da ANAC (Categoria C) assegura uma abordagem estruturada e comparável entre os diferentes julgados.

Além disso, as subcategorias temáticas associadas a cada dimensão analítica possibilitam identificar os critérios jurídicos concretos mobilizados pelos magistrados, como: invocação da autonomia técnica da agência, aplicação de princípios constitucionais protetivos, interpretação do regime de liberdade tarifária ou crítica à ausência de fundamentação normativa. A adoção desse instrumento metodológico reforça o compromisso desta tese com uma análise empírica ancorada nos marcos teóricos do direito administrativo contemporâneo, permitindo, ao final, oferecer uma leitura crítica sobre os limites e as possibilidades do controle judicial exercido sobre a atividade normativa das agências reguladoras no Brasil.

As inferências produzidas a partir da análise do conteúdo das decisões judiciais foram sistematicamente confrontadas com os referenciais teóricos previamente delineados, em especial aqueles que problematizam os contornos da discricionariedade técnica, o princípio da juridicidade administrativa e o papel do Poder Judiciário na fiscalização de atos regulatórios. Conforme conceituação clássica

de Bardin (1977, p. 177), as categorias empregadas na análise de conteúdo funcionam como “rubricas ou classes” que agrupam elementos segundo características comuns, organizando o material empírico sob títulos genéricos. No presente estudo, o critério objetivo de categorização adotado consistiu na distinção entre manifestações judiciais que reconhecem a validade dos atos normativos da ANAC (categorias A e B) e aquelas que afastam a eficácia ou negam a legitimidade do ato normativo impugnado (categoria C).

Quanto à abordagem metodológica utilizada, optou-se pela análise de conteúdo de natureza temática, em conformidade com a distinção proposta por Jones e Shoemaker (1984 [s.d.] *apud* Alves, 2011, p. 148-149). Os autores distinguem entre análise temática e sintática: a primeira centra-se na identificação de temas recorrentes no texto, permitindo inferências sobre tendências argumentativas, concepções institucionais e categorias substantivas; já a segunda concentra-se nos aspectos formais da linguagem, como frequência de termos ou complexidade sintática. Neste trabalho, a abordagem temática mostrou-se particularmente adequada à identificação de padrões de argumentação favoráveis ou contrários à deferência judicial à ANAC, bem como de posicionamentos divergentes quanto à legitimidade do exercício do poder normativo pela agência diante do princípio da legalidade. Essa escolha metodológica permitiu captar com maior sensibilidade as nuances discursivas presentes nos julgamentos, fornecendo subsídios analíticos relevantes à compreensão crítica do controle jurisdicional sobre atos normativos emanados por agências reguladoras.

A seguir, passa-se à análise das decisões judiciais que compõem o corpo empírico do capítulo destinado à apresentação e discussão dos resultados.

6 REVISÃO JUDICIAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DA ANAC: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DE CASOS

Este capítulo apresenta uma análise qualitativa de decisões da Justiça Federal que discutem os limites do poder normativo da ANAC. O objetivo é identificar quais argumentos os juízes utilizam para manter ou revisar as normas infralegais editadas pela agência em cada caso.

Foram selecionadas três decisões judiciais para análise, sendo as duas primeiras relacionadas ao caso emblemático da franquia de bagagem. A primeira (DJ 01) é a decisão liminar proferida em 13 de março de 2017, pela 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública nº 0002138-55.2017.4.03.6100, que suspendeu a vigência dos artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução nº 400/2016 da ANAC. A segunda (DJ 02) é a decisão da 10ª Vara Federal do Ceará, no processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100, que concedeu tutela de urgência à ANAC e reverteu a suspensão da referida resolução. A terceira decisão (DJ 03) trata do acórdão proferido, em sede de apelação, por unanimidade, pela 4ª Turma do TRF da 5ª Região, no processo nº 0804782-02.2016.4.05.8400, em que a INFRAERO recorreu contra sentença que considerou legal a multa aplicada pela ANAC, com base na Resolução nº 25/2008, em razão do descumprimento da exigência de uso de detectores de traços explosivos no controle de acesso de funcionários e tripulantes em determinado aeroporto.

A seguir, será realizada a análise das duas primeiras decisões mencionadas, ambas referentes ao caso da franquia de bagagem que envolve diretamente a validade e os limites da atuação normativa da ANAC. O contraste entre essas decisões, uma suspendendo e outra restabelecendo a vigência de dispositivos da Resolução nº 400/2016, oferece um campo fértil para examinar como o Judiciário interpreta e controla a atuação regulatória da agência, especialmente diante de conflitos entre princípios como proteção do consumidor, segurança jurídica e discricionariedade técnica do regulador.

6.1 O caso da franquia de bagagem

A discussão sobre a Resolução n.º 400/2016 da ANAC, que autorizou a cobrança pelo despacho de bagagem, é um exemplo claro do conflito entre a

autonomia técnica da agência reguladora e a intervenção do judiciário, frequentemente pautada por princípios constitucionais e pela defesa do consumidor. Este caso é um dos mais representativos da tensão entre o poder normativo das agências e intervenção judicial baseada em princípios constitucionais e protetivos.

Trata-se de um caso em que se confrontam a lógica da regulação econômica setorial e a vocação expansiva do controle jurisdicional orientado por direitos fundamentais. Assim, tendo em vista ser um caso paradigmático sobre o tema em estudo, passa-se a contextualizar um pouco a problemática em foco antes de adentrar na discussão sobre os argumentos dos magistrados nas duas decisões concretas selecionadas para a análise.

6.1.1 O surgimento da controvérsia sobre a franquia de bagagem

Em 2014, como parte de sua agenda regulatória, a ANAC iniciou a revisão e consolidação das regras sobre os direitos dos passageiros do transporte aéreo e sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo, que até então estavam previstas na Resolução nº 141/2010. A agência tem competência para tratar desse tema com base no artigo 47, inciso I, da Lei nº 11.182/2005, que criou a ANAC e lhe atribuiu, de forma geral, a função de editar normas para regular a prestação dos serviços aéreos e o uso de áreas e instalações aeroportuárias (Romero, 2023, p. 163).

Um dos primeiros passos desse processo foi a abertura da Consulta Pública nº 04/2014. Para embasar a proposta de norma, a ANAC elaborou, entre outros materiais, um “formulário de análise para proposição de ato normativo”, uma espécie de análise de impacto regulatório, no qual apresentou de forma organizada o problema identificado, os objetivos pretendidos e as alternativas avaliadas. Segundo Felipe Romero (2023, p. 163), um ponto especialmente importante desse documento é a explicitação dos fatores que, na visão da ANAC, justificavam a necessidade de intervenção regulatória naquele momento. Entre eles, destacava-se o chamado “risco legislativo”, descrito no relatório nos seguintes termos:

> [...] o tema defesa de interesse de usuário é um assunto de grande sensibilidade e caso o Congresso Nacional decida legislar nesse sentido, corre-se o risco de uma regulamentação política se sobrepor a uma regulação técnica da Agência Reguladora que é especialista no

> assunto, sem contar o processo mais rígido para alteração, caso uma lei seja editada[11].

Fica claro, portanto, que a defesa dos interesses dos usuários do transporte aéreo é um tema sensível. Caso o Congresso Nacional decidisse legislar diretamente sobre o assunto, haveria o risco de que uma norma com motivações políticas se sobrepusesse à regulação técnica feita pela ANAC, uma agência especializada. Além disso, a criação de uma lei dificultaria futuras adaptações, devido à rigidez do processo legislativo. Isso mostra que o potencial político envolvido na questão foi estrategicamente considerado como um dos motivos que levaram a ANAC a agir preventivamente, buscando preservar sua competência técnica e sua autonomia regulatória (Romero, 2023, p. 164).

A proposta de extinguir a obrigatoriedade da franquia gratuita para bagagem despachada foi incluída na minuta de resolução submetida à audiência pública promovida pela ANAC. Vale lembrar que, até então, os passageiros tinham garantido o direito de despachar gratuitamente uma bagagem de até 23 quilos em voos nacionais. A proposta da agência era "desregular a franquia de bagagem", seguindo uma tendência adotada em diversos países. A justificativa apresentada era que a franquia poderia ser considerada um serviço adicional, a critério da companhia aérea, e que sua flexibilização poderia gerar ganhos operacionais e, possivelmente, a redução do preço das passagens (Romero, 2023, p. 164). Pela nova regra proposta, a única franquia gratuita obrigatória seria uma bagagem de mão de até 10 kg por passageiro. Para a ANAC, manter uma regulação rígida sobre a bagagem despachada não era compatível com o modelo de liberdade tarifária previsto no artigo 49 da Lei nº 11.182/2005[12], lei que criou a agência e lhe atribuiu a missão de promover um ambiente mais competitivo e flexível no setor aéreo civil.

Em parecer jurídico sobre o tema, a Procuradoria Federal junto à ANAC destacou que a discussão sobre a franquia de bagagem fazia parte do espaço de decisão técnica da agência (Romero, 2023, p. 164). Segundo o entendimento apresentado, caberia à ANAC decidir sobre o assunto com base em sua própria

---

[11] Formulário de Análise para Proposição de Ato Normativo, constante do processo administrative nº 00058.054992/2014-33, em tramitação perante a Anac.

[12] Art. 49. Na prestação de serviços aéreos, prevalecerá o regime de liberdade tarifária. § 1º A autoridade de aviação civil poderá exigir dos prestadores de serviços aéreos que lhe comuniquem os preços praticados, conforme regulamentação específica. §2º (VETADO) §3º (Revogado).

avaliação de conveniência, oportunidade e nas características técnicas do setor[13]. Esse posicionamento reforçou a legitimidade da agência para exercer seu poder normativo regulatório.

Em dezembro de 2016, a ANAC publicou a Resolução n.º 400, que instituiu um novo conjunto de regras para o transporte aéreo regular de passageiros. Entre as principais mudanças, estava o fim da obrigatoriedade de oferecer gratuitamente franquia de bagagem despachada. A norma definiu um período de 90 dias de *vacatio legis*, ou seja, passaria a valer apenas a partir de março de 2017.

A publicação da Resolução n.º 400 foi rapidamente seguida por uma onda de judicialização. A mudança gerou fortes críticas de entidades de defesa do consumidor, do Ministério Público Federal e de parte da opinião pública, que consideraram a medida um retrocesso nos direitos dos passageiros. Diversas ações civis públicas foram propostas para contestar pontos específicos da norma, o que levou à concessão de uma medida cautelar suspendendo seus efeitos. Essa suspensão foi determinada por decisão liminar proferida em 13 de março de 2017, pela 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública nº 0002138-55.2017.4.03.6100, que tratou diretamente da cobrança pelo despacho de bagagens. Essa é a primeira decisão, analisada no item 6.1.2 desta pesquisa.

Frisa-se que diante da multiplicidade de ações e da controvérsia quanto à definição da autoridade judicial competente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, analisando conflito de competência, pela concentração do juízo na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em Fortaleza[14]. Dessa forma, o processo em questão, em 19/07/2019, e outras ações civis públicas declaradas como conexas[15] foram remetidas à 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará. Em decisão proferida em abril de 2017, esse juízo entendeu que "[...] a desregulamentação da franquia de bagagem despachada, por si só, não representa violação a direitos do consumidor" e,

---

[13] Parecer nº 401/2014/CMF/PF-ANAC/PGF/AGU/JELSN.

[14] STJ, 1ª Seção, Conflito de Competência nº 151.550/CE, Rel. Min. Assusete Magalhães, dj. 24.04.2019.

[15] A Ministra Assusete Magalhães, do Superior Tribunal de Justiça, proferiu decisão liminar no Conflito de Competência nº 151.550/CE. Nesta decisão, foi reconhecida a conexão entre diversos processos: o de nº 0002138-55.2017.4.03.6100, da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo; o de nº 0000752-93.2017.4.01.3400, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal; e o de nº 0810187-28.2016.4.05.8300, da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco. Todos esses processos foram considerados conexos ao processo de nº 0816363-41.2016.4.05.8100, que tramitava na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, e que já havia sido sentenciado à época da decisão que determinou a conexão.

com base nesse fundamento, revogou a medida de suspensão. A partir de então, a norma passou, de fato, a produzir seus efeitos regulares no ordenamento jurídico[16].

Após o indeferimento da tutela liminar pleiteada, o Ministério Público Federal, na qualidade de autor da ação, interpôs agravo de instrumento, o qual foi rejeitado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Diante da ausência de reforma da decisão interlocutória e da perda superveniente do objeto da medida, o processo em primeira instância foi extinto, na forma do art. 304, §1º, do CPC (Romero, 2023, p. 167).

Ademais, é importante esclarecer que, ao longo do tempo, diversas propostas legislativas foram aprovadas pelo Congresso Nacional com o objetivo de restabelecer a obrigatoriedade da franquia gratuita de bagagem despachada. Em todas essas ocasiões, contudo, os projetos foram vetados pela Presidência da República e, ao retornarem ao Legislativo, os vetos acabaram sendo mantidos.

O tema, entretanto, voltou à agenda legislativa em 2022, com a aprovação da Medida Provisória n.º 1.089/2021, convertida na Lei n.º 14.368/2022. Durante a tramitação, foi incluído um dispositivo que alterava o Código de Defesa do Consumidor para proibir a cobrança de taxa por até um volume de bagagem com peso não superior a 23 kg em voos nacionais e 30 kg em voos internacionais. Este dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República, Jair Bolsonaro, por meio do Veto n.º 30/2022, sob a justificativa de que a medida poderia aumentar os custos dos serviços aéreos e reduzir a atratividade do mercado brasileiro a potenciais novos competidores. Até a conclusão desta tese, o veto permanecia pendente de apreciação pelo Congresso Nacional, tendo sido incluído em diversas pautas de sessões conjuntas, mas sem deliberação definitiva.

Pode-se observar que embora a ANAC tenha fundamentado tecnicamente a extinção da franquia obrigatória de bagagem despachada, o tema adquiriu relevância política considerável. O caso em comento revela também a tensão entre a autonomia técnica das agências e os limites impostos por pressões institucionais e sociais em temas de alta sensibilidade pública.

Como se pode observar, a temática do poder normativo da ANAC, particularmente no que concerne à franquia de bagagem, foi objeto de diversas decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça Federal. No presente estudo, a

[16] JFCE, 10ª Vara Federal, Tutela Antecipada Antecedente nº 0805454-03.2017.4.05.8100.

escolha para fins de análise recaiu, inicialmente, sobre duas decisões judiciais proferidas em contextos distintos, mas complementares, no âmbito da Justiça Federal.

Como já foi mencionado, a primeira decisão (DJ 01) trata da liminar concedida pelo Juízo da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, proposta pelo Ministério Público Federal contra a ANAC. A segunda (DJ 02) é a decisão proferida pelo Juízo da 10ª Vara Federal do Ceará (processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100), que deferiu o pedido incidental de tutela de urgência da ANAC, reconsiderando, assim, a decisão liminar de suspensão concedida pelo primeiro Juízo mencionado. A seleção desses julgados visa permitir uma análise mais aprofundada dos argumentos adotados pelos magistrados, em busca de elementos que contribuam para a compreensão crítica das questões investigadas neste trabalho.

No item a seguir, apresenta-se inicialmente um mapeamento analítico da Decisão Judicial 01, com a identificação das subcategorias extraídas dos trechos decisórios mais relevantes sobre o tema em estudo. Esse levantamento preliminar tem por objetivo organizar e sistematizar os argumentos utilizados pelo magistrado, servindo como base empírica para a etapa subsequente da pesquisa. Com base nessas subcategorias, será possível desenvolver, no tópico 6.1.2.1 (Discussão dos Resultados), uma interpretação mais aprofundada dos dados à luz da literatura especializada, contribuindo para o debate sobre os limites e fundamentos da intervenção judicial na atividade regulatória.

6.1.2 A suspensão judicial da norma da ANAC sobre bagagem despachada: análise da decisão liminar na ACP nº 0002138-55.2017.4.03.6100 - 22ª VF/SP (DJ 01)

De acordo com o que já foi apresentado, a Resolução ANAC n.º 400/2016, especificamente no ponto que autorizava a cobrança pelo despacho de bagagem, teve sua eficácia suspensa por decisão liminar proferida em 13 de março de 2017, pelo Juízo da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública n.º 0002138-55.2017.4.03.6100.

Para fins de análise da referida decisão, adotou-se uma categoria analítica formulada a partir da pergunta-problema orientadora da pesquisa: Categoria C – Quais fundamentos foram utilizados pelo magistrado para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC? A formulação dessa categoria está alinhada aos

objetivos específicos do estudo, permitindo uma leitura sistematizada da decisão judicial com foco nos argumentos jurídicos empregados para sustentar a suspensão liminar da norma regulatória.

Para uma melhor compreensão da decisão analisada (DJ 01), procede-se ao exame dos trechos em que o magistrado fundamenta seu posicionamento, com foco na resposta à pergunta correspondente à categoria temática “C”. Ao longo da análise, foram identificadas subcategorias, devidamente destacadas em negrito para facilitar a visualização. Cabe destacar, ainda, que o Apêndice A apresenta uma tabela com as categorias e subcategorias identificadas na DJ 01. Passa-se a analisar fragmentos de manifestações do magistrado. Passa-se a analisar fragmentos de manifestações do magistrado.

Quadro 2 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 1	43. Afasto, portanto, por ora, esta questão preliminar. 44. Passo a analisar o pedido de liminar 45. ***PERICULUM IN MORA*** 46. A necessidade de apreciação da tutela de urgência encontra- 47. se presente considerando-se que a resolução questionada passará a produzir 48. efeitos concretos a partir de amanhã (14/03), após o que os passageiros já 49. estarão sujeitas [*sic*] ao pagamento da taxa de despacho de suas bagagens, cuja 50. restituição, em caso de procedência do pedido, será muito demorada e 51. eventualmente não compensará a execução individual da sentença, não 52. obstante a grande quantidade de passagens aéreas que são vendidas 53. diariamente, para milhares de passageiros das mais diversas localidades.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 1 da decisão (DJ 01), linhas 43 a 53, corresponde à fundamentação do *periculum in mora* (perigo da demora). Ele não trata do mérito do controle judicial da norma, apenas justifica, sob o ponto de vista processual, a concessão da liminar. A urgência é fundamentada na iminência de dano irreparável aos consumidores, que,

a partir da vigência da norma (no dia seguinte ao julgamento), estariam sujeitos ao pagamento imediato pela bagagem despachada.

O magistrado reconhece a assimetria entre as partes (usuários e companhias aéreas) e aponta que a devolução do valor pago seria demorada e, em muitos casos, antieconômica ou inviável. Isso evidencia uma preocupação com a vulnerabilidade do consumidor e os impactos concretos da norma regulatória. Assim, a forma como o magistrado valoriza os efeitos concretos da norma regulatória e os potenciais prejuízos aos consumidores demarca no texto a subcategoria **valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável**. Já é possível observar o juiz pontuando as possíveis repercussões sociais negativas da aplicação da norma em questão.

Quadro 3 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 2	1. **DECISÃO EM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR** (...) 54. ***FUMUS BONI IURIS*** 55. As alegações do MPF são relevantes. 56. **É dever do Estado promover a defesa dos direitos e** 57. **interesses dos consumidores**, nos termos do disposto 58. inciso XXXII, e 170, inciso V, ambos da Constituição Federal, bem como da 59. Lei 8. 078/90. 60. Esse dever visa proteger o consumidor, presumido pela 61. Constituição como a parte mais vulnerável na relação de consumo, 62. principalmente quando o fornecedor estiver adquirindo bens e serviços de 63. grandes organizações empresariais, dentre as quais se incluem, 64. evidentemente, as companhias aéreas.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Esse trecho da decisão, linhas 54 a 64 (fragmento 2, DJ 02), corresponde à fundamentação do *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado), e revela o enquadramento da controvérsia sob a ótica da proteção constitucional do consumidor. O magistrado reforça o dever estatal de defesa do consumidor e a vulnerabilidade do passageiro frente às companhias aéreas. Há, portanto, uma **interpretação judicial**

do direito do consumidor como limite à atuação normativa da agência (subcategoria), uma aplicação prioritária do princípio da proteção ao consumidor sobre a regulação econômica**.** O magistrado está construindo o argumento de que o Estado (e a ANAC é incluída nesse conceito) deve assegurar a defesa do consumidor.

Quadro 4 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 3	65. Portanto, considerando esse enfoque, entendo que é dever 66. da ANAC regulamentar e assegurar aos consumidores de passagens aéreas, 67. um mínimo de direitos em face das companhias aéreas, o que não ocorre no 68. caso dos dispositivos ora questionados, contidos na Resolução 400/ 1016 [*sic*], que 69. deixam o consumidor inteiramente ao arbítrio e ao eventual abuso econômico 70. por parte daquelas empresas, vez que permite a elas cobrarem quanto 71. querem pela passagem aérea e, agora, também pela bagagem despachada, 72. no quanto eliminou totalmente a franquia que existia. Mesmo o dispositivo

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 65 a 72 (fragmento 3, DJ 01), observam-se dois aspectos: a falta de proteção normativa mínima ao consumidor por parte da ANAC e a permissão para condutas potencialmente abusivas pelas companhias aéreas.

O magistrado afirma que é dever da ANAC, como expressão do Estado, regulamentar de forma protetiva, assegurando aos consumidores direitos mínimos frente às companhias aéreas, o que, segundo ele, não ocorreu na Resolução n.º 400/2016. Nesse sentido, há o **entendimento da regulação da franquia como parte do dever estatal de proteção ao consumidor**.

Igualmente, ao declarar que a norma "[...] deixa o consumidor inteiramente ao arbítrio e ao eventual abuso econômico" das companhias, o juiz identifica o que considera um risco regulatório de abuso de poder econômico, sem limites claros ou parâmetros normativos definidos. Vislumbra-se, assim, **a valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável**.

O juiz destaca não apenas o conteúdo permissivo da norma, mas a omissão da ANAC em estabelecer garantias mínimas, o que remete à ideia de falha na função regulatória protetiva da agência, um fundamento que não se confunde com a mera

ilegalidade da norma. Há **crítica à omissão da agência reguladora quanto à fixação de padrões mínimos de proteção**.

Quadro 5 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 4	72. no quanto eliminou totalmente a franquia que existia. Mesmo o dispositivo 73. que amplia de 5 quilos para 10 quilos a franquia da bagagem de mão, não 74. representa uma garantia para o consumidor, uma vez que esta franquia pode 75. ser restringida pelo transportador, fundamentado na segurança do voo ou da 76. capacidade da aeronave, sem que tenham sido previstos critérios objetivos 77. que impeçam a utilização dessa restrição de forma abusiva, como, por 78. exemplo, nos casos em que a companhia aérea tenha dado prioridade ao 79. transporte de cargas em detrimento do transporte das bagagens.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O trecho do fragmento 4 da DJ 01, linhas 72 a 79, aprofunda a crítica à falta de garantias efetivas ao consumidor na Resolução ANAC n.º 400/2016, especialmente no que diz respeito à franquia de bagagem de mão e à ausência de critérios objetivos que regulem o poder discricionário das companhias aéreas. A argumentação do magistrado reforça a preocupação com abusos decorrentes da omissão regulatória e com o desequilíbrio da relação de consumo.

O juiz aponta que a franquia de 10kg para bagagem de mão não garante proteção real ao consumidor, pois permite restrições baseadas em critérios vagos, como "segurança do voo" ou "capacidade da aeronave"[17], sem parâmetros técnicos que limitem o exercício abusivo desse poder pelas empresas. Vislumbra-se, novamente, a **crítica à ausência de critérios objetivos na norma regulatória**.

Ademais, a possibilidade de que a empresa aérea privilegie o transporte de carga em detrimento da bagagem do passageiro é apontada como exemplo de conduta potencialmente abusiva. O magistrado antevê prejuízos concretos ao

[17] Art. 14. O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte. (...) § 2º O transportador poderá restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão por motivo de segurança ou de capacidade da aeronave. Resolução ANAC n.º 400/2016.

consumidor vulnerável, decorrentes da desregulamentação. Observa-se, portanto, a **valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável**.

Embora a norma pareça ampliar a franquia de bagagem de mão, o juiz considera que, na prática, essa garantia é ilusória, pois pode ser retirada unilateralmente pelas empresas sem critérios definidos, o que compromete a efetividade do direito supostamente assegurado. A crítica não se limita à omissão, mas à ineficácia normativa de garantias declaradas. Verifica-se, assim, a **insuficiência da norma em garantir a efetividade de direitos mínimos declarados** (subcategoria).

Quadro 6 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 5	80. Aparentemente o ato da ANAC (uma Autarquia Federal), 81. consistente em liberar as cobranças por bagagens despachadas, contraria 82. esse dever do Estado, na medida em que impõe aos passageiros um ônus 83. financeiro adicional nas viagens, consistente em pagar uma taxa extra pela 84. bagagem despachada, sem direito a qualquer franquia, exceto para a 85. bagagem de mão, promovendo com essa medida não os interesses dos 86. consumidores e sim das empresas de transporte aéreo de passageiros.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

No fragmento 5 da decisão (DJ02), linhas 80 a 86, o juiz reforça a crítica à escolha regulatória da ANAC, com base na ideia de que a norma editada se desvia da finalidade constitucional de proteção ao consumidor, ao privilegiar interesses econômicos das empresas em detrimento da parte vulnerável.

Há o entendimento da **regulação da franquia como parte do dever estatal de proteção ao consumidor** na medida em que o juiz considera que o ato da ANAC viola um dever estatal positivo, ao impor ônus financeiro sem contrapartida, frustrando a expectativa de proteção institucional do consumidor nas relações reguladas pelo Estado.

O trecho contrapõe, de forma explícita, os interesses dos consumidores e os interesses das empresas aéreas, apontando que a medida regulatória optou por

privilegiar o setor regulado, o que contraria a função constitucional orientada pela proteção da parte vulnerável. Reforça-se, dessa forma, a ideia da **aplicação prioritária do princípio da proteção ao consumidor sobre a regulação econômica**.

Igualmente, a imposição de cobrança adicional sem franquia mínima é interpretada como onerosa, desequilibrada e injustificada, caracterizando potencial lesão à parte vulnerável da relação de consumo. Portanto, reitera-se o argumento da **valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável**.

Quadro 7 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 6	87. De fato, o custo do transporte das bagagens dos passageiros 88. já está incluído no preço das passagens, podendo-se considerar como sendo 89. inerente a esse tipo de serviço, ao menos no Brasil, principalmente nos 90. trajetos longos, nos quais o despacho de bagagem é um procedimento 91. necessário para o viajante, pois não se mostra razoável incluir na bagagem de 92. mão itens como roupas, calçados, objetos de higiene pessoal, remédios, etc, 93. devendo ser considerado também, o fato de que vários desses objetos não 94. podem ser incluídos nessa bagagem em razão de proibição legal, como é o 95. caso, por exemplo, dos líquidos acondicionados em vidros ou plásticos.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 87 a 95 (fragmento 6, DJ 01) traz-se uma fundamentação prática e contextualizada da relação entre o serviço de transporte aéreo e a necessidade do despacho de bagagem, sustentando que a bagagem despachada é parte essencial e inerente ao serviço contratado, especialmente em voos longos. O juiz também reforça que há limitações legais ao conteúdo da bagagem de mão, o que, na prática, torna o despacho obrigatório para muitos passageiros.

O juiz reforça que o despacho de bagagem não é um “extra”, mas parte necessária do serviço, sendo, portanto, dever de o Estado garantir sua inclusão no mínimo de direitos assegurados ao consumidor no transporte aéreo, sobretudo em

trajetos longos. Existe nesse trecho o entendimento da **regulação da franquia como parte do dever estatal de proteção ao consumidor**.

O magistrado demonstra que, ao exigir o pagamento por algo indispensável (o despacho), a norma cria uma situação de vantagem excessiva das empresas frente ao consumidor, o que pode configurar prática abusiva segundo os parâmetros do Código de Defesa do Consumidor. Isso demonstra a existência do argumento de **valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável**.

O magistrado fundamenta sua decisão argumentando que o despacho de bagagem constitui um componente estrutural e inseparável do serviço de transporte aéreo, e não um serviço opcional. Essa compreensão se alicerça em três pilares principais: a duração dos trajetos, que frequentemente impossibilita viagens sem bagagem despachada; a existência de itens proibidos na bagagem de mão, que força o despacho de certos pertences; e a legítima expectativa do consumidor brasileiro de que o serviço de transporte aéreo inclua o despacho de bagagem. Essa linha de argumentação vai além da simples interpretação da norma, baseando-se em uma tentativa de análise concreta e contextual da realidade vivida pelo consumidor. Há por parte do juiz, um **reconhecimento da essencialidade do serviço de despacho de bagagem no contexto do transporte aéreo**.

Quadro 8 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 7	96. Por outro lado, considerar a bagagem despachada como um 97. contrato de transporte acessório implica em obrigar o consumidor a contratar 98. esse transporte com a mesma empresa que lhe vendeu a passagem, 99. caracterizando a prática abusiva de venda casada vedada pelo Código de 100. Defesa do Consumidor (inciso I do artigo 39), pois ninguém iria comprar a 101. passagem por uma companhia e despachar a bagagem por outra.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O magistrado, no fragmento 7 (DJ 01) trata de maneira explícita e crítica da prática de venda casada, considerada abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 39, I). O juiz rejeita o argumento de que o despacho de bagagem

seria um serviço acessório[18] autônomo e afirma que, na prática, trata-se de um serviço inseparável da compra da passagem, o que impõe ao consumidor a obrigatoriedade de contratar um serviço adicional com a mesma empresa, sem alternativa real.

O magistrado destaca que o consumidor não tem alternativa prática viável e está sujeito a um ônus econômico imposto de forma desequilibrada, reforçando a sua vulnerabilidade frente ao poder de mercado das companhias aéreas. Portanto, mais uma vez, há a **valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável.**

O juiz invoca expressamente o art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor, ao argumentar que exigir o despacho com a mesma empresa aérea da passagem configura venda casada, pois o consumidor não pode separar os serviços. Essa análise é importante para situações em que a Justiça questiona a forma como um serviço é oferecido, sob a ótica dos direitos do consumidor, neste caso, o despacho de bagagem não é visto como uma escolha, mas sim como um serviço extra que é imposto ao consumidor. Há a **caracterização da cobrança pelo despacho como prática de venda casada**.

Quadro 9 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 8	102. Observo, ainda, que no Brasil não é costume dissociar o 103. contrato de transporte de passageiros do transporte de bagagens, o que 104. ocorre não apenas no transporte aéreo como também no transporte 105. terrestre. Em razão disso, presume-se que no preço atual das passagens 106. aéreas já se encontra incluído o custo do transporte das bagagens (dentro 107. dos limites das franquias), inexistindo evidências de que essa 108. dissociação trará efetivamente redução no preço das passagens de 109. quem não tiver bagagem para despachar. Há apenas uma suposição da 110. ANAC de que isto venha a ocorrer. Todavia, na prática será muito difícil 111. constatar isso, uma vez que o preço das passagens varia muito conforme a

[18] Art. 13. O transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador. Resolução ANAC n.º 400/2016.

	112. companhia aérea, o dia da semana, a proximidade do voo, o fato de ser 113. realizado em feriado prolongado, o trajeto ou o horário.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

No fragmento 8 (DJ 01), linhas 102 a 114, há dois argumentos que se pode destacar. A afirmação de que a bagagem despachada é parte indissociável e tradicional do serviço de transporte no Brasil, e que o custo já está embutido no valor da passagem, o que reforça a crítica à tentativa de separação tarifária feita pela ANAC. Existe, portanto, o **reconhecimento da essencialidade do serviço de despacho de bagagem no contexto do transporte aéreo**.

Além disso, há a afirmação de não se prova com dados concretos que as passagens aéreas ficariam mais baratas. Portanto, o juiz entende que a regra da ANAC traz um benefício que só existe na teoria, sem resultados que possam ser comprovados na prática, o que, no fim, esvazia a efetividade da liberdade de escolha do consumidor. Verifica-se assim, de acordo com o argumento, a **insuficiência da norma em garantir a efetividade de direitos mínimos declarados**.

Quadro 10 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 9	114. Por outro lado, não existem parâmetros seguros que 115. permitam calcular os percentuais que correspondem ao custo do transporte 116. do passageiro e ao custo do transporte da bagagem, que possibilitem uma 117. cobrança separada, sem prejuízo para o consumidor, o que o torna vulnerável 118. a eventuais práticas abusivas por parte das grandes companhias aéreas 119. brasileiras, que dominam o mercado. A propósito, segundo as

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

No fragmento 9 (DJ 01), o juiz reforça a ideia de ausência de critérios técnicos confiáveis para calcular separadamente o custo da bagagem em relação ao custo do transporte do passageiro, o que enfraquece a justificativa econômica da ANAC para a cobrança adicional. Trata-se de uma crítica à deficiência normativa da resolução, uma **crítica à ausência de critérios objetivos na norma regulatória**.

Adicionalmente, menciona o risco de abuso de poder econômico, decorrente da vulnerabilidade do consumidor em um mercado concentrado, com poucas

companhias dominantes. Esse ponto reitera a **valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável**, sublinhando as repercussões negativas da norma no contexto social.

Igualmente, a impossibilidade de mensurar de forma confiável os custos separados não apenas descontrói a lógica econômica utilizada pela ANAC como base da regulação, mas também representa uma negação da deferência judicial fundamentada em argumentos técnico-econômicos frágeis. Isso se traduz em uma **recusa da presunção de racionalidade econômica em desfavor da eficácia de direitos fundamentais**.

Quadro 11 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 10	119. brasileiras, que dominam o mercado. A propósito, segundo as notícias que 120. estão sendo divulgadas pela imprensa, essa cobrança será por um valor fixo 121. até o limite de 23 quilos nos casos dos voos domésticos, mesmo que a 122. bagagem pese muito menos que isso. Portanto, faltam também nesse 123. aspecto, critérios objetivos que protejam o consumidor de eventuais abusos 124. por parte das companhias aéreas.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 119 a 124, fragmento 10 (DJ 01), o juiz reafirma a falta de parâmetros técnicos e regulatórios claros para a cobrança pelo despacho. Ao aplicar valores fixos independentemente do peso da bagagem, argumenta que a norma falha em garantir transparência, equidade e proporcionalidade, deixando o consumidor desprotegido diante da arbitrariedade tarifária. Mais uma vez é possível observar a **crítica à ausência de critérios objetivos na norma regulatória**.

Afirma o juiz que, conforme veiculado pela imprensa, as companhias cobrarão um valor fixo, mesmo nos casos em que a bagagem pese muito menos que o limite de 23 quilos. O juiz argumenta que essa fixação tarifária genérica expõe o consumidor a práticas potencialmente abusivas e falta de transparência, pois desconsidera a lógica de proporcionalidade entre o peso da bagagem e o preço cobrado configurando **valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável**.

Quadro 12 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 11	125. Reconheço que sob o ponto de vista de uma teoria 126. econômica, se poderia afirmar que as alterações em loco são justas na 127. medida em que, em tese, permitem que o consumidor que não pretenda 128. despachar sua bagagem, pague uma passagem menor. Porém, é atribuição 129. do Poder Judiciário garantir a eficácia plena dos dispositivos constitucionais 130. que consideram dever do Estado promover a defesa dos direitos e interesses 131. dos consumidores, dever este que, como dito, abrange também os Poderes 132. Executivo e Legislativo. Nesse sentido, não pode a ANAC, como entidade 133. integrante da estrutura do Poder Executivo, editar resolução que 134. ignore esse dever do Estado, cuja eficácia presume a existência de 135. normas que assegurem ao consumidor um mínimo de direitos que não 136. dependam das boas intenções dos fornecedores e ou dos prestadores 137. de serviços, representando tais direitos, os limites da liberdade de 138. iniciativa.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Este segmento da decisão judicial (DJ 01), linhas 125 a 138, apresenta uma significativa densidade normativa e institucional, podendo se destacar três argumentos.

Primeiramente, o magistrado reconhece, em tese, a validade da lógica econômica que justifica a cobrança separada de serviços (beneficiando quem não despacha bagagem). Contudo, essa lógica é rejeitada quando confrontada com os imperativos constitucionais de proteção ao consumidor. Isso demonstra uma priorização dos direitos fundamentais sobre as eficiências de mercado. Portanto, vislumbra-se uma **recusa da presunção de racionalidade econômica em desfavor da eficácia de direitos fundamentais**.

O juiz reafirma que é dever do Estado, e, portanto, também da ANAC, assegurar normas mínimas que protejam o consumidor, e que não cabe à agência

abdicar desse dever sob o pretexto da regulação econômica. Ele ancora essa obrigação na eficácia dos direitos constitucionais. Portanto, está presente nesse trecho o entendimento da **regulação da franquia como parte do dever estatal de proteção ao consumidor**.

Por fim, o texto defende que a liberdade de iniciativa econômica não pode prevalecer sobre os direitos mínimos do consumidor. Tais direitos devem ser garantidos por normas cogentes, e não depender da discricionariedade ou "boa vontade" dos fornecedores de serviços. Isso sublinha a necessidade de uma regulação clara e firme que proteja a parte mais vulnerável da relação de consumo. Portanto, menciona que a resolução da ANAC falha em garantir direitos mínimos de forma normativa e efetiva. Pode-se identificar a subcategoria analítica **insuficiência da norma em garantir a efetividade de direitos mínimos declarados**.

Quadro 13 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 12	139. Por fim, o mesmo ocorre em relação ao § 2° do artigo 14, 140. que por não conter os critérios objetivos que permitem às empresas aéreas 141. reduzir o limite de bagagem de mão por motivo de segurança e capacidade 142. dos aviões, também deixa o consumidor desprotegido, possibilitando práticas 143. abusivas.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O juiz observa que o § 2º do art. 14 da Resolução ANAC n.º 400/2016[19] não especifica critérios técnicos objetivos para a redução da franquia de bagagem de mão com base em segurança e capacidade da aeronave, o que compromete a previsibilidade e a proteção jurídica do consumidor. Novamente há a **crítica à ausência de critérios objetivos na norma regulatória**.

A ausência de parâmetros objetivos amplia o poder discricionário das empresas aéreas, permitindo decisões arbitrárias e economicamente oportunistas, o que, segundo o juiz, deixa o consumidor desprotegido e vulnerável a práticas abusivas, violando o equilíbrio nas relações de consumo. Enquadra-se esse argumento na

[19] Art. 14. O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte. (...) § 2º O transportador poderá restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão por motivo de segurança ou de capacidade da aeronave. Resolução ANAC n.º 400/2016.

subcategoria **valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável**.

Dessa forma, esse trecho já no final da decisão liminar reforça duas críticas já recorrentes na fundamentação do magistrado: ausência de critérios objetivos na norma, neste caso, para justificar a redução da franquia de bagagem de mão com base em “segurança” e “capacidade” da aeronave; e potencial lesão ao consumidor decorrente da indefinição normativa, ou seja, a possibilidade de que, por falta de balizas técnicas claras, as empresas pratiquem condutas arbitrárias e abusivas.

Quadro 14 – Ação Civil Pública, processo n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE PRESCENDO	
DJ 01 Fragmento 13	144. Assim, qualquer alteração desta realidade fática deve ser 145. amplamente discutida na sociedade através de novas audiências públicas, 146. com a participação dos interessados (empresas aéreas, ANAC, instituições de 147. defesa do consumidor e o MPF), possibilitando, eventualmente, um termo de 148. ajustamento de conduta que seja satisfatório para todos. Nesse sentido, vejo 149. como questão passível de acordo, os limites atuais de franquia. 150. Isto posto, concedo a liminar, suspendendo a vigência 151. dos artigos 13 e 14 § 2º da Resolução 400/2016, até ulterior decisão 152. judicial, ficando mantida, por ora, as franquias em vigor, ou seja, 23 153. (vinte e três) quilos para voos domésticos e duas malas de até 32 (154. trinta e dois) quilos, para os voos internacionais.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Esse trecho da decisão apresenta um fechamento argumentativo e conclusivo, mas ainda carrega elementos relevantes para a análise qualitativa. Ele adiciona uma crítica à participação democrática insuficiente no processo regulatório, além de indicar que a regulação da franquia de bagagem é uma questão socialmente sensível, que demanda deliberação pública com participação de diversos atores sociais antes de qualquer mudança estrutural.

Ao afirmar que a mudança na política de bagagem deve considerar a proteção de direitos previamente assegurados (as franquias em vigor à época), o magistrado reafirma que a função regulatória estatal não pode reduzir direitos sem um processo

participativo e transparente, especialmente quando envolve direitos adquiridos e práticas consolidadas. Logo, verifica-se nesse fragmento da decisão o **entendimento da regulação da franquia como parte do dever estatal de proteção ao consumidor**.

A decisão reconhece que a Resolução 400/2016 fragilizou garantias mínimas sem oferecer um processo democrático capaz de compensar essa falta de regras adequadas, revelando a inefetividade da proteção aos consumidores frente ao poder de mercado das companhias aéreas. Por conseguinte, há nessa passagem **insuficiência da norma em garantir a efetividade de direitos mínimos declarados**.

O juiz afirma que, antes de mudar direitos que já estavam garantidos na regulação do setor, é necessário realizar audiências públicas com ampla participação da sociedade, incluindo o Ministério Público, consumidores e empresas. Para ele, a falta desse debate torna a norma sem legitimidade, pois a ausência de um processo participativo enfraquece o próprio valor democrático da regulação técnica. Sendo assim, verifica-se a **exigência de participação democrática prévia como legitimadora da norma regulatória**.

Foram identificadas, portanto, 11 (onze) subcategorias analíticas na DJ 01, organizadas no Quadro 45, localizado no Apêndice A desta tese. Cada subcategoria é acompanhada de exemplos extraídos dos argumentos do magistrado que a ilustram.

Esse mapeamento inicial da DJ 01, fornece subsídios para a próxima etapa da pesquisa, voltada à interpretação e à discussão crítica dos dados. A partir das subcategorias identificadas, passa-se à análise dos sentidos atribuídos pelo magistrado, confrontando-os com os posicionamentos doutrinários acerca dos argumentos por ele sustentados.

6.1.2.1 Discussão dos resultados (DJ 01)

A análise qualitativa da decisão liminar proferida pela 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, na Ação Civil Pública n.º 0002138-55.2017.403.6100 (DJ 01), sugere uma atuação judicial que extrapola a aplicação estrita da norma, orientando-se por princípios constitucionais como a proteção do consumidor e a dignidade da pessoa humana. A técnica de análise de conteúdo temática permitiu identificar e categorizar os principais argumentos utilizados pelo magistrado, indicando uma tensão estrutural

entre a autonomia normativa das agências reguladoras e os limites do controle jurisdicional sobre sua atividade regulatória. Ainda que a atuação judicial se fundamente em valores constitucionais relevantes, o ativismo interpretativo adotado merece ser analisado criticamente à luz dos riscos de interferência na expertise técnica da administração.

Com base na fundamentação apresentada na decisão judicial (DJ 01), que suspendeu a vigência artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução 400/2016 da ANAC, a presente análise busca identificar os parâmetros jurídicos adotados pelo magistrado e examiná-los à luz do debate doutrinário, considerando tanto as posições que conferem respaldo a tais argumentos quanto aquelas que lhes apresentam críticas. Essa aproximação teórico-prática permite não apenas situar a decisão judicial no panorama mais amplo do debate jurídico, mas também lançar luz sobre os desafios atuais enfrentados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função de controle sobre as escolhas administrativas em contextos tecnicamente complexos.

A decisão liminar analisada fundamenta-se, em grande medida, na primazia da proteção do consumidor, mesmo diante de eventuais prejuízos à lógica econômica adotada pela agência reguladora. O magistrado apoia sua argumentação nos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal, além de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, para sustentar que a vulnerabilidade estrutural do consumidor justifica a revisão de atos normativos da ANAC que possam comprometer direitos fundamentais. Tal interpretação sugere que a defesa do consumidor, enquanto dever constitucional do Estado, pode prevalecer sobre diretrizes técnicas ou econômicas da regulação setorial. Essa leitura encontra respaldo na obra conjunta de Marié Miranda e Cláudia Lima Marques (2017, p. 59), para quem a proteção contratual do consumidor se vincula diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, legitimando a limitação da autonomia privada e a intervenção estatal sempre que necessário para equilibrar a relação contratual. Vislumbra-se, assim, o princípio da juridicidade, que amplia o alcance do princípio da legalidade ao exigir que toda atuação administrativa esteja alinhada não apenas à norma legal em sentido estrito, mas também aos princípios constitucionais e à efetivação dos direitos fundamentais.

Por outro lado, parte da doutrina chama atenção para os riscos associados a um controle judicial excessivo sobre a atuação regulatória, alertando que tal postura pode comprometer o princípio da livre iniciativa e afetar a estabilidade das relações econômicas. É o caso de Beatriz de Oliveira Machado (2020, p. 15), que adverte, com

razão, para as repercussões adversas de uma intervenção judicial desmedida no equilíbrio e previsibilidade do ambiente regulado.

A decisão também se pauta na valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável. O magistrado aponta que a norma, ao permitir a cobrança separada da bagagem despachada, concede às companhias aéreas a liberdade para impor valores arbitrários e priorizar o transporte de carga em detrimento da bagagem dos passageiros. A cobrança de um valor fixo por bagagem, independentemente do peso, é apresentada como exemplo de oneração excessiva e injustificada, e a omissão normativa no § 2º do artigo 14[20] é criticada como uma brecha para decisões empresariais oportunistas que ampliam a vulnerabilidade do consumidor. Nesse ponto, João Carlos Maradei Júnior (2023[21]) sustenta que a vulnerabilidade do consumidor é de natureza estrutural, especialmente em setores regulados, e destaca a função do direito de reequilibrar essa assimetria.

Para o autor, os órgãos reguladores devem levar em conta a vulnerabilidade do consumidor em seus processos decisórios, assegurando que seus direitos sejam devidamente protegidos. Ele também defende que a revisão judicial é essencial para manter o equilíbrio entre ações regulatórias e a proteção ao consumidor. Por outro lado, autores como Leandro José da Silva (2011) alertam para os riscos de extrapolação dos limites institucionais pelo Poder Judiciário. Segundo esses autores, o controle judicial sobre políticas públicas técnicas deve respeitar a autonomia das agências reguladoras, evitando que o Judiciário substitua a lógica técnica e regulatória por sua própria valoração subjetiva tendo razão nesse ponto.

Ademais, a decisão estabelece o entendimento da regulação da franquia de bagagem como parte do dever estatal de proteção ao consumidor. O juiz reitera o dever da ANAC de assegurar direitos mínimos ao consumidor frente às companhias aéreas, afirmando que a agência, como parte do Poder Executivo, não pode se eximir dessa obrigação constitucional. A proteção normativa, segundo o magistrado, deve ser efetiva e não meramente simbólica, sob pena de esvaziamento do próprio conceito de regulação protetiva. Esse entendimento é respaldado por Surendra Reddy

[20] Art. 14. O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte. (...) § 2º O transportador poderá restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão por motivo de segurança ou de capacidade da aeronave. Resolução n.º 400/2016 da ANAC.

[21] MARADEI JÚNIOR, João Carlos. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto -Fdrp. Revista digital de direito administrativo. Disponível em: https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i1p241-260. Acesso em: 24/06/2025.

Challapalli (2023) destaca que as agências reguladoras podem priorizar a proteção do consumidor ao implementar estratégias como o aprimoramento da gestão de riscos, proporcionando uma compreensão abrangente dos perigos e garantindo a adoção de mecanismos eficazes de mitigação, com vistas a evitar danos aos usuários.

No mesmo sentido, Marcelo Paulo Wacheleski (2016), propõe uma revisão da noção tradicional de supremacia do interesse público. Para o autor, a legitimidade constitucional das ações regulatórias está condicionada à observância de um equilíbrio criterioso, pautado no princípio da proporcionalidade, entre os interesses coletivos e os direitos fundamentais. Assim, a supremacia do interesse público somente se justifica constitucionalmente quando orientada à efetivação desses direitos. Caso contrário, as ações das agências reguladoras que invoquem tal supremacia para restringir ou violar direitos fundamentais configuram afronta à Constituição. Nessa perspectiva, a supremacia do interesse público deixa de ter um caráter autoritário e passa a assumir uma relação dialógica com os direitos fundamentais. Segundo o autor, cabe, portanto, ao Poder Judiciário aplicar o princípio da proporcionalidade como parâmetro para ponderar adequadamente entre esses valores em eventual controle das decisões regulatórias.

Em contrapartida, autores como Jerry Mashaw, citado por Gillian E. Metzger (2008), sustentam que o espaço discricionário das agências deve ser respeitado, inclusive quando essas entidades optam por políticas que resultem na redução de garantias anteriormente asseguradas, desde que tais escolhas estejam devidamente justificadas em critérios técnicos e estejam de acordo com as normas legais.

Acrescente-se que Ignacio de León (2021) critica a centralidade atribuída à eficiência econômica e o uso do Direito como mero instrumento para atingi-la. Em sua perspectiva, a regulação deve concentrar-se na construção institucional dos mercados e na definição dos direitos de propriedade, em vez de perseguir um ideal de “ótimo” econômico que, por ser inalcançável, acaba por justificar intervenções regulatórias arbitrárias e prejudiciais. Destaca que, especialmente em países em desenvolvimento ou em transição, essa construção institucional requer um ambiente regulatório estável e previsível, capaz de oferecer segurança aos agentes econômicos e permitir o planejamento de investimentos. Alerta, ainda, que a aplicação normativa do modelo de concorrência perfeita conduz à instabilidade e ambiguidade das políticas públicas, comprometendo o Estado de Direito e obscurecendo a transparência das regras de mercado. Nesse contexto, observa que qualquer forma de cooperação entre agentes

é frequentemente interpretada com desconfiança, como se fosse uma tentativa de manipulação do mercado. Por fim, critica a chamada visão de “Nirvana”, que desconsidera os custos de obtenção de informações e os esforços realizados pelos empreendedores para torná-las disponíveis, qualificando essa postura como um erro intelectual relevante.

A decisão judicial não se restringe à invalidação do conteúdo normativo impugnado, mas também dirige críticas à omissão da ANAC quanto à definição de padrões mínimos de proteção ao consumidor. A inexistência de critérios mínimos de proteção ao consumidor é interpretada como uma falha com efeitos prejudiciais relevantes. Conforme a DJ 01, tanto a atuação quanto a inércia da Administração Pública devem observar os comandos legais e constitucionais. A abstenção administrativa, quando resulta no não cumprimento de deveres de proteção, não se reveste de legitimidade jurídica. Nesses casos, o próprio ordenamento prevê mecanismos, como o controle judicial, capazes de compelir o ente público à adoção de medidas voltadas a agir de modo a assegurar a efetividade desses direitos. Nesse sentido, Yonathan A. Arbel (2018) caracteriza a omissão regulatória como um fator crítico, capaz de comprometer a reputação institucional, reduzir o bem-estar dos consumidores e levar à falta de transparência do mercado. O autor enfatiza a necessidade de estruturas regulatórias eficazes para resolver esses problemas e proteger os direitos do consumidor.

Por outro lado, há quem entenda que o controle judicial da omissão deve ser exercido com parcimônia, apenas quando a agência se afasta completamente dos limites da razoabilidade técnica ou quando há incompatibilidade com os direitos fundamentais. Acrescenta Danilo Guerreiro de Moraes que o papel do judiciário é principalmente processual, concentrando-se em garantir a conformidade com os processos administrativos, em vez de se envolver na revisão substantiva das decisões da agência (Moraes, 2023). Segundo o autor, essencialmente, a revisão judicial se limita a verificar a adesão às normas processuais, o que restringe o escopo da supervisão e não permite um amplo controle jurisdicional (Moraes, 2023).

A DJ 01 também aponta como crítica a ausência de critérios objetivos na norma regulatória. O magistrado observa que a permissão para a restrição da franquia de bagagem de mão não estabelece parâmetros técnicos para limitar tal poder, abrindo margem para abusos. O § 2º do artigo 14 da resolução é criticado por omitir critérios técnicos que limitem a redução da bagagem de mão sob pretextos genéricos como

"segurança" e "capacidade da aeronave". Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 341) salienta que a falta de clareza e objetividade em normas regulatórias gera insegurança jurídica, incentivando práticas administrativas arbitrárias. A autora manifesta uma crítica contundente à imprecisão e à duplicidade das normas, com particular ênfase naquelas que outorgam ampla margem de discricionariedade sem estabelecer limites claros e objetivos. No mesmo sentido, Rebecca Schmidt e Colin Scott (2021) alertam que a falta de clareza nas normas regulatórias pode aumentar o risco de decisões arbitrárias. Afirmam que quando as regras não são bem definidas, elas abrem espaço para interpretações diferentes, o que pode causar aplicações incoerentes. Segundo as autoras, isso é ainda mais preocupante no modelo de capitalismo regulatório, em que há muitos envolvidos e formas novas de decisão ampliam o poder de escolha dos reguladores, a exemplo dos sistemas automatizados.

Contudo, parte da doutrina sustenta que o uso de cláusulas abertas e padrões técnicos é uma característica inerente ao modelo regulatório, por possibilitar a necessária adaptação às constantes transformações do mercado. Para esses autores, a regulação estatal de setores complexos exige tanto legitimidade quanto flexibilidade, sendo imprescindível reconhecer a autonomia técnica das agências reguladoras. Argumenta-se que um modelo regulatório baseado exclusivamente em normas rígidas e exaustivas não acompanha a dinamicidade dos setores regulados, tornando-se rapidamente obsoleto. Ressalta-se, entretanto, que essa flexibilidade normativa não deve ser confundida com permissão para arbitrariedade. Pelo contrário, é compreendida como condição essencial para garantir a eficácia regulatória e permitir sua constante modernização. Nessa linha, Michele Garfinkel (2020) destaca que as cláusulas abertas inseridas nos regulamentos possibilitam maior flexibilidade e adaptabilidade, favorecendo a incorporação de inovações tecnológicas e a resposta a demandas variadas dos agentes regulados. A autora sustenta que a combinação entre cláusulas abertas e padrões técnicos pode ampliar a efetividade da ação regulatória.

Oportuno ressaltar que Artenira da Silva e Silva, Edith Maria Barbosa Ramos e David Abdalla Pires Leal (2018) enfatizam que um excesso de rigidez normativa, imposto pelo controle judicial em políticas públicas regulatórias, pode comprometer a flexibilidade necessária para a atuação das agências e para a evolução das soluções regulatórias em um cenário econômico e tecnológico dinâmico. Embora o controle judicial seja vital para garantir que as agências reguladoras operem dentro dos limites legais e constitucionais, uma aplicação excessiva e rígida desse controle, sem

reconhecer a natureza dinâmica dos setores regulados e a expertise técnica necessária, pode minar a flexibilidade necessária para que essas agências cumpram efetivamente seu mandato de promover o desenvolvimento econômico e social e adaptar soluções regulatórias a um ambiente em constante mudança. Os autores entendem que o equilíbrio está em uma interpretação constitucional moderna que permite a flexibilidade necessária, mantendo os princípios fundamentais – uma perspectiva pertinente.

A insuficiência da norma em garantir a efetividade de direitos mínimos declarados é outro aspecto levantado na decisão. O juiz aponta que, embora a norma amplie a franquia de bagagem de mão, esse direito é esvaziado na prática na medida em que é possível sua limitação com base em justificativas genéricas e sem parâmetros objetivos. O magistrado destaca que os direitos do consumidor não podem ficar sujeitos à boa vontade dos fornecedores, sendo necessário que sejam assegurados por normas efetivas. Nesse sentido, Jan Chmielewski e Waldemar Hoff (2015) sustentam que a ausência de detalhes e especificidades suficientes em um ato regulatório pode conduzir à elaboração de normas irracionais, comprometendo sua eficácia jurídica. Os autores afirmam que, sem uma Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) adequada — que deveria incluir uma análise minuciosa das disposições propostas e de seus impactos potenciais —, é mais provável que a regulação resulte em soluções desajustadas aos objetivos inicialmente pretendidos. Essa avaliação é pertinente, pois a inexistência de uma AIR devidamente estruturada está diretamente associada à produção de atos normativos ineficazes, cuja irracionalidade se reflete na incapacidade de atingir, de forma eficiente, os fins públicos almejados.

A decisão judicial também se apoia no reconhecimento da essencialidade do serviço de despacho de bagagem no âmbito do transporte aéreo. O juiz fundamenta que o despacho de bagagem é um componente essencial do serviço aéreo, particularmente em viagens longas, devido à impossibilidade prática e legal de transportar certos itens na bagagem de mão.

Nesse sentido, Joseane Suzart Lopes da Silva (2017) argumenta que qualquer tentativa de isentar as companhias aéreas de responsabilidade ou de minimizar os direitos do passageiro em relação à bagagem é abusiva e contrária ao Código de Defesa do Consumidor. Para a autora, a bagagem está intrinsecamente ligada ao serviço de transporte aéreo e, portanto, deve ser tratada como parte integrante e juridicamente protegida. Portanto, a decisão adere à corrente doutrinária que define o

despacho de bagagem como um serviço essencial e inseparável do contrato de transporte aéreo.

No entanto, Ana Carla Fernandes Costa e Alessandro V. M. Oliveira (2021) defendem que a tarifa segmentada é apresentada como uma estratégia que promove a transparência nos custos, permitindo que os passageiros personalizem sua experiência de voo e paguem apenas pelos serviços que realmente utilizam. Essa abordagem é vista como um impulsionador da eficiência do mercado e da concorrência, beneficiando tanto as companhias aéreas quanto os consumidores. Segundo os autores, tal estratégia contribui para a eficiência alocativa, evita subsídios cruzados e estimula a competição no setor aéreo.

O argumento da caracterização da cobrança pelo despacho de bagagem como prática de venda casada reforça a argumentação judicial. O magistrado sustenta que, ao exigir que o consumidor contrate o despacho de bagagem exclusivamente com a mesma empresa aérea que vendeu a passagem, a norma impõe uma prática comercial abusiva que se enquadra como venda casada, proibida pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, Paula Forgioni (Forgioni, 2010, p. 321) esclarece que na análise de práticas de vendas casadas, é comum uma “demarcação artificial” que diferencia a vinculação legítima de produtos da associação considerada anticoncorrencial. Essa distinção se manifesta, por exemplo, em casos em que não há demanda autônoma para cada produto individualmente, como ocorre na venda de automóveis com pneus, que ambos formam um conjunto funcional.

A mesma autora (Forgioni, 2010, p. 321) afirma que a venda casada adquire caráter anticoncorrencial quando acarreta prejuízos à concorrência, sobretudo nas hipóteses em que o fornecedor detém poder de mercado e impõe ao consumidor um produto ou serviço acessório sem alternativa viável de escolha. Ela identifica três elementos centrais para essa caracterização: a presença de um produto ou serviço principal e um outro imposto ao consumidor; a imposição dessa vinculação ao comprador ou ao tomador de serviços; e o fato de o fornecedor ser titular de poder de mercado. Desse modo, configura-se um vínculo forçado entre um serviço principal e outro acessório, quando o consumidor não possui uma alternativa real para a sua escolha.

Em contraponto, Angelo Martin Lim (2024, p. 3-4) argumenta que a prática de venda casada nem sempre representa um prejuízo ao consumidor ou ao mercado.

Em alguns casos, ela pode gerar ganhos de eficiência, como a redução de custos de produção e de transação, além de diminuir os custos de informação para os consumidores. Isso pode resultar em maior comodidade, variedade de opções e benefícios práticos para os usuários. O autor enfatiza que embora o conceito de venda casada pareça simples à primeira vista, identificar essa prática na análise de casos concretos pode ser uma tarefa complexa.

Dessa forma, a avaliação jurídica e econômica da venda casada deve considerar não apenas os aspectos formais da vinculação entre produtos ou serviços, mas também os princípios da transparência e da liberdade de escolha – perspectiva que se mostra pertinente. Cabe à regulação, nesse cenário, o papel de assegurar que tais estratégias comerciais não se convertam em imposições disfarçadas ou em práticas que limitem indevidamente os direitos fundamentais dos consumidores.

A decisão judicial em análise também se destaca por rejeitar a presunção de racionalidade econômica quando esta se contrapõe à eficácia dos direitos fundamentais. O magistrado descarta o argumento da ANAC de que a cobrança separada pelo despacho de bagagem resultaria na redução dos preços das passagens aéreas, classificando tal justificativa como meramente especulativa. Sustenta, nesse contexto, que cabe ao Poder Judiciário assegurar a plena eficácia das normas constitucionais que impõem ao Estado o dever de proteção do consumidor.

Nesse mesmo sentido, Juarez Freitas (2016) defende que a regulação legítima deve estar intrinsecamente vinculada à Constituição, de modo a garantir a primazia dos direitos fundamentais sobre a lógica meramente econômica. Para o autor, a atuação do Estado regulador deve promover um desenvolvimento sustentável e socialmente inclusivo, voltado à correção de falhas de mercado e de governo, sem permitir que a busca pela eficiência econômica se sobreponha a valores constitucionais essenciais. Em sua perspectiva, tais valores, como a dignidade da pessoa humana, não são mensuráveis em termos econômicos e não podem ser relativizados por argumentos baseados exclusivamente em custo-benefício. O autor sustenta, portanto, a necessidade de uma atuação judicial ativa na proteção desses direitos, neutralizando justificativas que, sob o manto da racionalidade econômica, resultem na fragilização de garantias fundamentais.

Complementarmente, Ana Claudia Vergamini Luna (2012) reconhece, com ponderação pertinente, que o controle judicial sobre políticas públicas constitui uma

realidade consolidada no ordenamento brasileiro. No entanto, adverte que esse controle deve ser exercido com cautela, respeitando os limites próprios da separação de poderes e as complexidades inerentes às decisões políticas e orçamentárias. A intervenção judicial é considerada legítima sobretudo diante de omissões inconstitucionais ou violações manifestas de direitos fundamentais, particularmente quando envolvem o mínimo existencial. A autora sublinha, contudo, que na ausência de ilegalidade, o Judiciário não deve substituir a decisão política tomada pelos Poderes Executivo ou Legislativo, sob pena de afronta ao princípio democrático.

Por fim, a decisão judicial impõe como condição de legitimidade da norma regulatória a exigência de participação democrática prévia. O magistrado afirma que alterações relevantes na política de franquia de bagagem devem necessariamente ser precedidas por audiências públicas com ampla participação de atores interessados, como as companhias aéreas, a ANAC, o Ministério Público Federal e as entidades de defesa do consumidor. A ausência de um debate público estruturado é apontada como fator comprometedor da legitimidade da norma, sugerindo que deliberações unilaterais da agência, desprovidas de mecanismos participativos, fragilizam direitos previamente consolidados e comprometem o equilíbrio entre a racionalidade técnica e a legitimidade democrática das decisões administrativas – avaliação com a qual se concorda. No entanto, o magistrado vai além ao sugerir, ainda que eventualmente, a celebração de um termo de ajustamento de conduta entre as partes, desde que satisfatório para todos os envolvidos. Com tal proposição, não se pode concordar, pois ela representa uma indevida restrição à prerrogativa institucional da agência de exercer sua função reguladora com autonomia técnica e discricionariedade administrativa.

Sobre o tema, Pedro Dias (2022) defende que a legitimidade democrática das decisões regulatórias se concretiza de várias maneiras, sendo a principal delas a participação da sociedade no processo de elaboração das decisões e dos atos normativos pelas entidades reguladoras. Segundo o autor, a incorporação efetiva da sociedade em todas as fases da elaboração dos atos normativos é fundamental para assegurar não apenas a legitimidade formal, mas também a aceitação social das normas editadas – ponderação consistente. Propõe, inclusive, um modelo de regulação negociada, estruturado a partir de procedimentos dialógicos e baseados no consenso, fundamentado nos princípios da transparência e da deliberação, como forma de produzir normas mais eficazes e aderentes às demandas sociais.

Em perspectiva complementar, Lucas Thevenard Gomes, Natasha Schmitt Caccia Salinas e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (CGU, 2019, p. 81) entendem que, em determinadas situações, a adoção de normas regulatórias, mesmo com participação social limitada, torna-se aceitável desde que observados critérios de razoabilidade e clareza normativa. Os autores admitem certa flexibilidade nos formatos participativos – como consultas públicas, audiências ou tomadas de subsídios – desde que adequados ao tema regulado e ao perfil do público-alvo. Contudo, alertam para os riscos de omissões procedimentais, especialmente diante da ausência de diretrizes normativas claras sobre como essa flexibilidade deve ser aplicada. Tal lacuna pode gerar distorções e permitir que as agências desconsiderem os padrões mínimos exigidos de transparência e de observância ao devido processo administrativo.

Por conseguinte, a decisão liminar proferida pela 22ª Vara Cível Federal de São Paulo, ao suspender a vigência dos artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução n.º 400/2016 da ANAC, até ulterior decisão judicial mantendo, assim, as franquias em vigor à época, revela uma abordagem judicial que extrapola os limites da legalidade estrita e insere-se em uma lógica interpretativa orientada por princípios constitucionais, pelo princípio da juridicidade e fazendo menção à realidade dos consumidores brasileiros. Ao considerar não apenas a validade formal da norma, mas os impactos sociais da sua aplicação, especialmente, em relação aos consumidores, o magistrado adota uma leitura ampliada da função jurisdicional, pautada pela proteção da dignidade do consumidor e pelo dever estatal de assegurar direitos fundamentais. Essa atuação confere centralidade ao princípio da defesa do consumidor previsto no artigo 5º, inciso XXXII, e no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, além de enfatizar a função do Judiciário como garantidor da efetividade constitucional frente às omissões ou disfunções do processo regulatório.

Nesse contexto, observa-se um traço nítido de ativismo judicial, entendido aqui como a atuação do magistrado para além do controle de legalidade estrita, promovendo uma intervenção direta no conteúdo normativo com base em princípios e valores constitucionais. A ausência de deferência explícita à expertise técnica da agência reguladora, postura comum em cortes que reconhecem a legitimidade técnico-normativa das agências, reforça essa caracterização. Ao contrário do modelo deferencial, que atribui ao regulador autonomia para decidir sobre questões complexas e especializadas dentro dos parâmetros legais, a decisão analisada (DJ

01) prioriza uma leitura protetiva dos direitos dos consumidores, ainda que isso implique a revisão substancial da política pública adotada. Trata-se de uma escolha judicial que, embora juridicamente fundamentada, desloca o eixo decisório do campo técnico para o campo constitucional valorativo, aproximando-se de um ativismo normativo que redireciona o curso da regulação.

Quando o Judiciário deixa de respeitar a autonomia técnica das agências e passa a decidir no lugar delas, surge um problema estrutural do modelo regulatório brasileiro: como equilibrar a independência das agências com a obrigação do Judiciário de proteger a Constituição. Por um lado, a decisão reconhece a vulnerabilidade do consumidor e a assimetria informacional presente nas relações de consumo no setor aéreo. Por outro, fragiliza a estabilidade regulatória e o espaço decisório da ANAC, cuja função pressupõe certa margem de discricionariedade técnica e normatividade infralegal.

A crítica que surge, portanto, não é à proteção de direitos em si, mas à forma pela qual o Judiciário intervém no processo regulatório, muitas vezes sem considerar suficientemente as consequências sistêmicas de suas decisões sobre a precificação, a estrutura de custos e a sustentabilidade do setor regulado. A pesquisa evidencia que esse padrão decisório, embora motivado por valores constitucionais legítimos, precisa ser calibrado para que o Judiciário atue como instância de aperfeiçoamento, e não de substituição, da racionalidade técnica-administrativa das agências reguladoras.

Vale a pena ressaltar que, com base na perspectiva formalista apresentada na fundamentação teórica desta pesquisa, a atividade interpretativa do juiz envolve escolhas permeadas por juízos de natureza política e moral. Nessa concepção, é o processo interpretativo que orienta e molda o direito, e não o contrário. Veríssimo (2012, p. 496) argumenta que os limites à atuação jurisdicional, nesse plano interpretativo, não decorrem de fatores externos, mas sim de uma contenção voluntária do próprio julgador — uma limitação interna e autoconsciente imposta por ele mesmo, em razão da natureza política do poder interpretativo que exerce. Ao admitir que a interpretação do direito envolve essas escolhas subjetivas, frequentemente baseadas em valores políticos e morais, o autor conclui que esse processo interpretativo implica a criação de novo direito.

Em síntese, a decisão judicial analisada ilustra a complexa dinâmica entre regulação, direitos do consumidor e controle judicial, onde o Judiciário assume um

papel ativo na defesa dos direitos fundamentais, interpretando as normas regulatórias à luz dos princípios constitucionais e das realidades fático-sociais do consumidor brasileiro. Essa abordagem reflete uma tendência de maior intervenção judicial em matérias regulatórias quando se verifica um potencial esvaziamento de direitos essenciais.

A decisão concentrou-se prioritariamente na proteção do consumidor, reconhecido como parte hipossuficiente na relação de consumo. No entanto, mesmo considerando seu caráter liminar, a análise pouco avançou quanto às implicações econômicas e operacionais decorrentes da suspensão do novo modelo tarifário. Soma-se a isso a insuficiência da fundamentação apresentada, que desconsidera aspectos procedimentais envolvidos na elaboração da norma, conforme será explicado adiante.

A partir dessa análise, no âmbito da DJ 01 foram identificadas 11 (onze) subcategorias, conforme pode-se visualizar na tabela do “Apêndice A” e abaixo:

- Aplicação prioritária do princípio da proteção ao consumidor sobre a regulação econômica;
- Valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável;
- Interpretação judicial do direito do consumidor como limite à atuação normativa da agência;
- Entendimento da regulação da franquia como parte do dever estatal de proteção ao consumidor;
- Crítica à omissão da agência reguladora quanto à fixação de padrões mínimos de proteção;
- Crítica à ausência de critérios objetivos na norma regulatória;
- Insuficiência da norma em garantir a efetividade de direitos mínimos declarados;
- Reconhecimento da essencialidade do serviço de despacho de bagagem no contexto do transporte aéreo;
- Caracterização da cobrança pelo despacho como prática de venda casada;
- Recusa da presunção de racionalidade econômica em desfavor da eficácia de direitos fundamentais;

- Exigência de participação democrática prévia como legitimadora da norma regulatória.

A análise das subcategorias encontradas revela que a decisão DJ 01 adota uma postura judicial proativa e valorativa, que, embora guiada por princípios constitucionais relevantes, desafia os limites institucionais da regulação técnica suscitando debates sobre o alcance legítimo da intervenção judicial em matéria regulatória. Embora seja legítimo e necessário o controle exercido pelo Judiciário sobre atos administrativos à luz dos direitos fundamentais, observa-se que a decisão em análise tende a substituir o juízo técnico da ANAC por uma valoração própria do magistrado, com base em princípios constitucionais e interpretações normativas amplas, sem suporte técnico ou empírico.

A priorização do princípio da proteção ao consumidor sobre a racionalidade econômica é apresentada como fundamento da liminar. Entretanto, essa escolha, embora constitucionalmente amparada, levanta a preocupação de que o juiz tenha atribuído prevalência absoluta a esse princípio, ignorando a complexidade da regulação econômica setorial e a natureza técnica da decisão da ANAC. A valoração da prática regulatória como abusiva e lesiva à parte vulnerável, assim como a interpretação de que o direito do consumidor impõe limites diretos à competência normativa da agência, refletem uma perspectiva que privilegia a lógica judicial em detrimento da lógica regulatória. Essa abordagem, ao não considerar os parâmetros técnicos e econômicos sobre os quais a norma foi construída, pode comprometer a estabilidade e a legitimidade do processo regulatório.

A decisão também apresenta críticas à atuação da agência reguladora, acusando a ANAC de omissão quanto à definição de padrões mínimos de proteção ao consumidor e ausência de critérios objetivos na norma. Tais críticas, embora pertinentes em termos de boa governança regulatória, deveriam ser formuladas com base em análises técnicas, como Avaliação de Impacto Regulatório (AIR), o que não ocorreu na fundamentação judicial.

O reconhecimento judicial da essencialidade do serviço de despacho de bagagem no transporte aéreo, ainda que compreensível sob a ótica da proteção ao consumidor, desconsidera a possibilidade de adoção da segmentação tarifária como mecanismo voltado à eficiência econômica. De forma semelhante, a caracterização da cobrança pelo despacho como prática de venda casada ignora as especificidades

técnicas da regulação concorrencial e os potenciais efeitos dessa política sobre o funcionamento do mercado. Tal julgamento exigiria uma análise mais aprofundada, com base em dados concretos e informações estruturais do setor, cuja ausência compromete a avaliação mais precisa da medida. Ressalte-se que, no caso da DJ 01, não há qualquer menção à apresentação, pela ANAC, de estudos técnicos ou documentos que subsidiassem sua posição, tampouco à ausência formal desses elementos nos autos.

Ademais, a exigência de participação democrática prévia como elemento legitimador da norma regulatória é um argumento procedimental relevante, mas sua imposição como condição de validade da norma, sem previsão legal expressa, pode configurar uma ampliação indevida das exigências formais impostas à agência. A sugestão do magistrado de que alterações normativas relevantes sejam precedidas de acordos entre os diversos atores, inclusive mediante termo de ajustamento de conduta, ainda que bem-intencionada, e alinhada com práticas de governança participativa, esbarra na competência normativa expressa da ANAC, prevista no artigo 47, inciso I, da Lei nº 11.182/2005, e implica em restrição indevida à prerrogativa da agência de exercer sua função reguladora com autonomia técnica.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a decisão judicial reafirma valores constitucionais importantes, como a proteção do consumidor e a exigência de transparência regulatória, ela também se afasta de princípios estruturantes do modelo regulatório, como a especialização técnica das agências e a previsibilidade normativa.

Por sua vez, no Quadro 14, observa-se que o magistrado sugere a construção de um acordo entre os diversos atores envolvidos, companhias aéreas, consumidores, Ministério Público e a própria ANAC, como meio mais legítimo para definir os limites atuais da franquia de bagagem, cogitando inclusive a celebração de um termo de ajustamento de conduta (TAC). Como já foi mencionado, essa orientação suscita críticas quanto à sua compatibilidade com o regime jurídico das agências reguladoras. A ANAC possui, por força do artigo 47, inciso I, da Lei nº 11.182/2005, competência normativa própria para regular a prestação dos serviços aéreos civis e a utilização da infraestrutura aeroportuária. A sugestão de que a agência somente possa estabelecer regras mediante consenso entre os interessados ou mediante TAC pode, nesse contexto, esvaziar ou relativizar sua prerrogativa legal de editar normas de forma autônoma e tecnicamente fundamentada.

A busca por deliberação participativa deve, portanto, ser equilibrada com a necessidade de preservar a autoridade técnica e decisória da agência, sob pena de comprometer sua função institucional. A imposição judicial de um modelo de regulação consensual nos moldes que o magistrado defendeu, ainda que bem-intencionada, corre o risco de produzir insegurança jurídica, deslocando para o Judiciário o *locus* decisório da política regulatória e subvertendo a lógica do modelo de regulação técnica e especializada. Sugere-se, assim, que o incentivo à participação social seja reforçado sem, contudo, condicionar a atuação normativa da agência a acordos extrajudiciais.

Sabe-se que as agências reguladoras setoriais, como a ANAC, enfrentam o desafio de equilibrar a autoridade técnico-normativa que lhes é conferida com a exigência de legitimidade democrática e controle social. Dado que não possuem representação direta por meio do voto popular, sua atuação suscita questionamentos sobre o chamado "déficit democrático", frequentemente associado ao risco de captura regulatória, fenômeno no qual os regulados passam a influenciar de forma indevida a atuação do regulador. Para enfrentar esse risco, parte da doutrina defende a ampliação dos mecanismos de participação pública e transparência como formas de garantir que a regulação atenda ao interesse público, e não apenas aos interesses econômicos dominantes.

Nesse contexto, defende-se que a abertura institucional à sociedade, por meio de canais efetivos de participação, contribui para ampliar a legitimidade das decisões e dificultar práticas de captura. Quanto mais claros e estáveis forem os procedimentos que asseguram a escuta pública e o contraditório, maior será a capacidade da sociedade civil de influenciar criticamente a formulação de políticas regulatórias. A realização de consultas públicas, audiências e a escuta de especialistas e da população antes da criação das normas permite não apenas a coleta de contribuições qualificadas, mas também o fortalecimento da confiança pública na atuação da agência.

Essa participação que se defende, no entanto, não compromete a competência técnica da ANAC nem a autonomia que lhe é garantida pela Lei n.º 11.182/2005. Ao contrário, a escuta social qualificada pode complementar a expertise técnica, promovendo decisões mais equilibradas e responsivas às demandas do setor e da sociedade. O envolvimento dos interessados — especialmente consumidores, operadores do setor e instituições públicas — e de profissionais que pesquisam sobre

a temática contribui para dar concretude aos princípios da transparência e da razoabilidade no processo decisório regulatório.

Portanto, o aprimoramento das formas de participação não deve ser visto como limitação à autoridade da agência, mas como instrumento necessário à sua legitimação democrática. Em um ambiente regulatório cada vez mais complexo, fortalecer essas estruturas procedimentais é essencial para garantir decisões mais robustas, legítimas e alinhadas ao interesse público.

A propósito, entende-se que a fundamentação da DJ 01 é passível de críticas por incorporar, de forma expressa, informações extraídas da imprensa que, aparentemente, não constam formalmente nos autos, na medida em que não há menção de que esse noticiário foi juntado por uma das partes. Ao mencionar “notícias que estão sendo divulgadas pela imprensa” (Quadro 11) para sustentar a ausência de critérios objetivos que protejam o consumidor de eventuais abusos na cobrança pela bagagem despachada, o juiz recorre a elemento externo ao processo sem garantir o contraditório. Esse uso de provas alheias ao acervo processual pode comprometer o devido processo legal e violar os limites cognitivos da demanda, uma vez que não foram produzidas ou contestadas pelas partes nos autos.

O ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o Código de Processo Civil, impõe ao magistrado a obrigação de decidir com base nas provas constantes dos autos (art. 371) e garante às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88). Ainda que o CPC admita a consideração de fatos notórios (art. 374, I e II), isso não se estende automaticamente a notícias jornalísticas, que não possuem, por si, presunção de veracidade e podem representar interpretações subjetivas ou imprecisas da realidade. Nesses casos, a prudência exige que, caso o juiz deseje utilizar tais informações, comunique previamente às partes e permita sua manifestação. A decisão, ao utilizar elementos informais sem observar esse procedimento, fragiliza sua legitimidade e desrespeita as garantias fundamentais do processo. A fundamentação judicial, especialmente em temas regulatórios complexos como o transporte aéreo, deve se apoiar em dados tecnicamente válidos e processualmente admissíveis. Ainda que a proteção ao consumidor seja um objetivo legítimo, ela não justifica o afastamento das exigências formais e substanciais que estruturam o controle judicial em um Estado de Direito.

Acrescente-se que o trecho constante no Quadro 12 revela uma limitação importante na abordagem judicial quanto à incorporação da teoria econômica no

contexto da decisão regulatória. O magistrado reconhece, ainda que de forma superficial, uma possível justificativa econômica para a política de cobrança separada por bagagem, observando que, “em tese”, consumidores que não despacham bagagem poderiam se beneficiar de passagens mais baratas. No entanto, essa referência pontual à teoria econômica aparece apenas para ser descartada em favor de uma leitura constitucional centrada na proteção do consumidor, sem qualquer consideração mais robusta sobre os impactos da política regulatória no funcionamento do mercado de aviação civil.

A negligência desse aspecto é significativa porque ignora dimensões fundamentais do papel das agências reguladoras

em setores complexos como o transporte aéreo. A teoria econômica, especialmente a vertente da análise econômica do direito e da regulação, fornece ferramentas essenciais para avaliar os efeitos de medidas regulatórias sobre concorrência, eficiência alocativa, preços, inovação e sustentabilidade do setor. Ao desconsiderar esses elementos, a decisão deixa de examinar se a política questionada poderia contribuir para o equilíbrio financeiro das empresas aéreas, ampliar o acesso ao transporte aéreo ou estimular a competição. Trata-se, portanto, de uma decisão que aplica seletivamente fundamentos econômicos, o que fragiliza sua justificativa técnica e normativa.

A crítica se evidencia ao se observar que, mesmo ao tratar de aspectos econômicos, a decisão judicial não se ampara em dados técnicos ou estudos setoriais capazes de demonstrar o impacto concreto da política de franquia de bagagem. Esses elementos, fundamentais para uma análise qualificada da medida, deveriam constar nos autos. Em vez disso, a fundamentação baseia-se em construções teóricas como as repercussões da franquia de bagagem despachada para o consumidor, sem considerar, por exemplo, os efeitos agregados da segmentação tarifária no mercado. Tal lacuna evidencia um problema recorrente: o uso de premissas não comprovadas no processo. Nesse sentido, reitera-se que o artigo 371 do Código de Processo Civil estabelece que a motivação das decisões judiciais deve fundamentar-se nas provas efetivamente constantes dos autos, o que não se verifica de modo adequado na decisão em análise.

Ou seja, o problema não reside apenas na preferência do magistrado pela proteção ao consumidor, mas na forma como essa escolha é feita: com pouca atenção aos dados técnicos, com uso seletivo da teoria econômica e com descuido quanto à

complexidade setorial da aviação civil. O controle judicial da regulação precisa ser sensível tanto aos direitos fundamentais quanto aos fundamentos técnicos e econômicos que estruturam a atuação regulatória, sob pena de enfraquecer a legitimidade das próprias decisões judiciais.

Além disso, mais especificamente, o argumento do magistrado segundo o qual caberia à ANAC, por integrar o Poder Executivo, adotar postura prioritariamente protetiva em relação aos consumidores, mesmo em detrimento de considerações econômicas, merece crítica mais incisiva. Esse raciocínio revela uma concepção equivocada e simplificadora do papel institucional das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro. Diferentemente de órgãos voltados à defesa direta do consumidor, como os Procons ou o Ministério Público, as agências reguladoras exercem funções técnicas e normativas próprias, voltadas ao equilíbrio entre diversos interesses públicos e privados em setores econômicos complexos.

Embora a proteção dos direitos fundamentais, entre eles, os direitos do consumidor, deva orientar a ação administrativa, essa diretriz não pode ser interpretada como um dever absoluto e unilateral. O agir da agência deve respeitar os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da racionalidade técnica, sob pena de comprometer a legitimidade e a coerência do modelo regulatório.

Afirmar que a regulação da franquia de bagagem configura, por si só, um dever estatal de proteção ao consumidor a ser imposto à ANAC “a qualquer custo” distorce a lógica da atuação regulatória. Esse entendimento ignora que a regulação setorial exige a ponderação entre objetivos múltiplos e, muitas vezes, concorrentes, como a defesa da concorrência, a eficiência econômica, a sustentabilidade do setor regulado, a previsibilidade das normas e a proteção dos usuários. Todos esses valores devem ser equacionados de forma equilibrada pela agência, cuja autonomia técnica existe justamente para viabilizar esse tipo de juízo especializado.

Assim, ao atribuir à ANAC um dever absoluto de defesa do consumidor, a decisão judicial desconsidera as fronteiras institucionais entre funções regulatórias e funções de tutela individual ou coletiva de direitos, comprometendo os fundamentos técnico-jurídicos do modelo de regulação adotado no Brasil.

A Decisão Judicial 01 (DJ 01) também é passível de críticas quanto à insuficiência na apreciação das exigências procedimentais e da fundamentação técnico-evidencial, elementos essenciais à legitimidade das decisões administrativas no contexto de um Estado Democrático de Direito. Embora fundamente-se em

princípios constitucionais relevantes, como a proteção do consumidor, a decisão carece de uma análise sobre a atuação da ANAC no que se refere ao cumprimento das etapas formais exigidas para a produção normativa, em especial quanto à observância de mecanismos de participação social e à justificativa baseada em dados técnicos e empíricos.

A invalidade atribuída à norma administrativa não é acompanhada, na fundamentação da DJ 01, de uma verificação sobre a eventual ausência ou insuficiência da Análise de Impacto Regulatório (AIR), ferramenta consagrada como requisito de legitimidade decisória em processos regulatórios. A ausência dessa verificação fragiliza a análise judicial, que se limita a avaliar a compatibilidade jurídica da norma com os princípios constitucionais, sem examinar se o processo decisório observou os requisitos contemporâneos de boa administração, como a transparência, a participação e a racionalidade técnica.

O processo de constitucionalização do direito administrativo impôs aos gestores públicos um conjunto de deveres voltados à densificação do princípio democrático na produção normativa, entre os quais se destacam a motivação qualificada, o uso de evidências e o respeito a procedimentos participativos. Nesse cenário, decisões judiciais que desconsideram esses parâmetros ao revisar atos normativos correm o risco de promover um controle reduzido a juízos abstratos de valor ou a interpretações principiológicas genéricas, afastando-se das exigências concretas de legalidade e legitimidade do processo regulatório.

Em síntese, a crítica que se impõe à DJ 01 é que a suspenção liminar da vigência dos artigos 13 e 14 § 2º da Resolução 400/2016, se deu com base em uma análise insuficiente dos elementos formais e técnicos que legitimam a atividade regulatória, o que enfraquece a segurança jurídica e compromete o equilíbrio entre deferência judicial e controle de legalidade. O exame judicial deveria ter considerado não apenas o conteúdo da norma impugnada, mas também a integridade do procedimento administrativo que a produziu. Ao não o fazer, a decisão abre margem para substituição do juízo técnico da agência por uma racionalidade judicial pouco vinculada aos critérios estruturantes do direito regulatório contemporâneo.

Em verdade, a Decisão Judicial 01 (DJ 01) limita sua crítica ao procedimento administrativo da ANAC na alegada ausência de comprovação empírica da esperada redução no preço das passagens após a exclusão da franquia de despacho de bagagem. Ainda que tal ausência possa ser um indício relevante de fragilidade na

justificativa da norma, na perspectiva de falha, a decisão omite outros aspectos essenciais da legalidade administrativa, como a suficiência da motivação técnica, o grau de participação social efetiva existente no caso concreto e o respeito à competência normativa atribuída à agência.

Essa abordagem seletiva mencionando a inexistência de dados tarifários, revela uma compreensão limitada das exigências formais que estruturam o processo decisório. No campo da regulação setorial, o controle judicial deve ir além da aferição de resultados econômicos e voltar-se à verificação dos pressupostos que conferem legitimidade ao processo: transparência, racionalidade técnica e devido processo administrativo.

Ao deixar de avaliar esses critérios, a DJ 01 opta por um juízo de invalidade que não se ancora na análise do procedimento administrativo como um todo, mas apenas em um aspecto isolado e eventual da política pública. Isso reduz o controle judicial a uma revisão das consequências da norma, sem enfrentar de modo mais robusto a legalidade e a consistência interna do processo regulatório conduzido pela ANAC.

Em suma, com base nas informações consolidadas no Quadro 48, localizado no Apêndice D, observa-se que a decisão DJ 01 adota uma postura de ativismo judicial acentuado, afastando-se das exigências que caracterizam um controle institucionalmente qualificado da atividade normativa da ANAC. A decisão não apenas ignora a necessidade de uma análise fundamentada das justificativas técnicas apresentadas pela agência, como também substitui, de maneira direta, o juízo administrativo por uma deliberação centrada exclusivamente na perspectiva da proteção do consumidor. Essa opção judicial se dá sem o devido exame dos dados técnicos, dos procedimentos participativos realizados e da lógica interna da norma contestada. A menção à necessidade de audiências públicas futuras, sem qualquer verificação quanto à sua realização anterior, evidencia a falta de análise sobre os aspectos formais e materiais do processo regulatório. O resultado é uma intervenção judicial desproporcional, que enfraquece a previsibilidade da política pública setorial e compromete a autoridade técnica da agência. A DJ 01, assim, exemplifica os riscos de um controle judicial que atua sem respaldo em critérios normativos e procedimentais consistentes, reforçando a urgência de se adotar parâmetros mais equilibrados e juridicamente fundamentados para a revisão judicial da regulação setorial.

Importa registrar, por fim, que a análise da decisão deve levar em consideração o contexto normativo vigente à época em que foi proferida (2017). A liminar analisada foi decidida antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.655/2018, que introduziu significativas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente no que tange à necessidade de avaliação das consequências práticas das decisões administrativas, legislativas e judiciais (artigos 20 a 30). Como tal, os deveres hermenêuticos de considerar os impactos das decisões, bem como a exigência de motivação qualificada para afastar atos administrativos técnicos, ainda não estavam positivados enfaticamente no ordenamento jurídico. A ausência de tais dispositivos normativos pode, em alguma medida, explicar o fato de a decisão ter se concentrado em aspectos principiológicos sem realizar uma análise mais detida sobre os efeitos sistêmicos da suspensão da norma regulatória. Esse elemento histórico contribui para compreender os limites e possibilidades da atuação judicial naquele momento, bem como reforça a importância das inovações normativas trazidas pela LINDB como instrumentos de contenção e racionalização da atuação jurisdicional em matéria regulatória.

Ressalte-se que embora proferida antes da vigência da Lei nº 13.655/2018, a decisão liminar (DJ 01) ilustra o tipo de atuação que o art. 20 da LINDB busca coibir: uma decisão baseada em valores jurídicos abstratos (proteção ao consumidor) sem uma análise aprofundada das consequências práticas da suspensão de dispositivos da norma, como os impactos sobre o equilíbrio econômico-financeiro do setor aéreo.

A fronteira entre proteção de direitos e ativismo judicial precisa ser cuidadosamente debatida, sob pena de esvaziamento da autoridade regulatória e da previsibilidade institucional. Não se trata de adotar uma posição binária entre deferência absoluta à agência ou ativismo judicial desmedido. A verdade, como se defende nesta tese, pode residir na busca por um ponto de equilíbrio: um modelo de controle judicial que corrija falhas normativas graves, garanta a juridicidade dos atos regulatórios, mas sem comprometer a eficiência e a sustentabilidade de setores econômicos complexos. Ao invés de ser fonte de disfunção, o controle jurisdicional da regulação deve funcionar como instância de aperfeiçoamento, promovendo maior racionalidade institucional e incentivando boas práticas decisórias no âmbito das agências reguladoras.

Encerrada a discussão dos resultados referentes à Decisão Judicial 01, passa-se agora à análise da Decisão Judicial 02. Como etapa inicial, apresenta-se as

subcategorias identificadas nos trechos da sentença relacionados ao tema da pesquisa. O objetivo é organizar os argumentos do magistrado de forma sistemática, permitindo uma visão estruturada da fundamentação adotada. Essa sistematização servirá como base empírica para a etapa seguinte, no item 6.1.3.1 (Discussão dos Resultados), em que será feita uma leitura crítica à luz da literatura especializada. A partir disso, será possível refletir sobre os fundamentos e os limites da atuação judicial (na DJ 02) no controle da atividade regulatória exercida pelas agências.

6.1.3 A reversão da suspensão judicial da Resolução 400/2016: a tutela de urgência deferida à ANAC pela 10ª Vara Federal do Ceará (DJ 02)

Apesar de já ter sido explicado o contexto da decisão que será analisada neste tópico (DJ 02) proferida na ACP, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), em trâmite na 10ª Vara Federal do Ceará, é importante reforçar alguns detalhes sobre as circunstâncias em que ela foi tomada.

Frisa-se que a ANAC peticionou junto à 10ª Vara Federal do Ceará e informou que ainda estava pendente de análise, na Seção Judiciária de São Paulo, um pedido de reconsideração da decisão liminar apresentado por ela naquele processo. No entanto, esclareceu que esse pedido não pôde ser examinado porque o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a suspensão do processo que tramitava na Seção Judiciária de São Paulo. Assim, alegando a urgência na análise da questão, a ANAC reapresentou um pedido como tutela de urgência incidental na ação n.º 0816363-41.2016.4.05.8100, para que este fosse apreciado pelo Juízo da 10ª Vara Federal do Ceará, conforme julgamento do Conflito de Competência n.º 151.550/CE no STJ.

A Agência argumentou que a liminar que pretendia ver revogada foi proferida em sentido contrário à sentença já proferida pelo Juízo da 10ª Vara Federal do Ceará no mesmo processo. Segundo a ANAC, além de causar prejuízos aos consumidores e comprometer a segurança do transporte aéreo, a manutenção de decisões contraditórias compromete a segurança jurídica e fere, na sua visão, o princípio do juiz natural, já que a liminar teria sido concedida por juízo considerado incompetente.

Para facilitar a compreensão da decisão judicial analisada, foram utilizadas duas linhas de questionamento que serviram de base para organizar a leitura do caso. A primeira busca entender quais argumentos o juiz usou para considerar válidos os

atos normativos editados pela ANAC (Categoria A). A segunda investiga se a decisão adotou, de forma explícita, o critério da deferência judicial como justificativa para não revisar esses atos (Categoria B).

Esses dois eixos de análise foram escolhidos por estarem diretamente relacionados aos objetivos da pesquisa, especialmente no que diz respeito à forma como o Judiciário lida com a legitimidade das normas expedidas por agências reguladoras. Eles também ajudam a entender os fundamentos jurídicos usados para derrubar a suspensão provisória da Resolução nº 400/2016 da ANAC, anteriormente determinada pela 22ª Vara Federal de São Paulo (já analisada no item 6.1.2).

Com isso em mente, serão examinados trechos selecionados da decisão, sempre com atenção às respostas que o juiz oferece, de forma direta ou indireta, às questões constantes nas categorias A e B. Ao longo dessa análise, surgiram também alguns pontos específicos de interesse, que foram agrupados em subcategorias e destacados em negrito para facilitar a leitura. Há no Apêndice B uma tabela com as subcategorias identificadas na DJ 02.

Com esses esclarecimentos, passa-se à análise dos principais trechos da decisão, especificamente no que se refere à fundamentação apresentada sobre a questão da franquia de bagagem.

Quadro 15 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
Dj 02 Fragmento 1	175. Constata-se, com efeito, a urgência na apreciação do pleito da ANAC. Estando suspensos os processos conexos ao de nº 0816363-41.2016.4.05.8100, 176. ajuizados em outras Seções Judiciárias, e pendentes de apreciação tanto o pedido de reconsideração apresentado pela ANAC no processo de nº 177. 0002138-55.2017.4.03.6100, da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, quanto o respectivo agravo de instrumento interposto, vislumbra- 178. se, com a suspensão dos arts. 13 e 14, § 2º, da Resolução nº 400/2016 e a permanência da decisão até a solução definitiva do Conflito de 179. Competência nº 151.550/CE, o perigo de dano ou de risco resultado útil do processo, na medida em que se trata de decisão em sentido contrário ao 180. proferido por este Juízo na apreciação da matéria em cognição exauriente, em sentença proferida nº 0816363-41.2016.4.05.8100, que já reconheceu,

	181. no caso do transporte de bagagens, como legítima a regulamentação editada pela ANAC dentro da sua competência. 182. Sendo assim, a persistência da decisão, além de contrariar decisão anterior proferida por este Juízo, já estabelecido pelo STJ, ainda que 183. provisoriamente, como competente para decidir sobre o tema, gera insegurança jurídica, agravada ainda por outras circunstâncias.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 175 a 183 (fragmento 15, DJ 02), destaca-se que o magistrado reconhece a urgência na análise do pedido apresentado pela ANAC. Ele observa que a decisão liminar proferida pela 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo vai em sentido oposto à sentença anteriormente proferida pela 10ª Vara Federal do Ceará, juízo que, à época, havia sido designado provisoriamente pelo STJ como competente para julgar a matéria. O julgador ressalta que essa sentença já havia reconhecido a legitimidade da regulamentação da ANAC sobre o transporte de bagagens e declarado que a norma foi editada no exercício da competência legal da agência reguladora. Por fim, afirma que a manutenção da liminar conflitante, além de contrariar a decisão anterior da 10ª Vara Federal do Ceará, acarreta insegurança jurídica.

Frisa-se que o juiz afirma que a sentença em questão proferida pela 10ª Vara Federal do Ceará reconheceu como legítima a regulamentação da ANAC sobre o transporte de bagagens, “dentro da sua competência”. Essa formulação remete ao reconhecimento do poder normativo da agência com fundamento na sua base legal de atuação, típica da subcategoria **validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e no CBA**.

Quadro 16 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
Dj 02 Fragmento 2	184. Observando-se a petição inicial do MPF/SP, verifica-se que a decisão do Juízo da 22ª Vara Federal de São Paulo foi ultra petita, pois o pedido de 185. suspensão se limitou ao art. 13 da Resolução nº 400/2016, tendo sido o art. 14, § 2º, objeto não de pedido de tutela de urgência, mas apenas de pedido 186. final e ainda assim não para determinar a sua invalidade, mas para "condenar a ANAC a esclarecer como se dará a restrição do peso e conteúdo da

	187. bagagem de mão permitida pelo artigo 14, § 2° da mencionada Resolução", de modo que deve ser reconhecida a inteira invalidade da decisão nesse ponto, ao ir além do que requereu a parte autora.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Aduz o magistrado que o fato de o pedido do MPF ter sido para suspender apenas o artigo 13 da Resolução nº 400/2016 e, com relação ao artigo 14, § 2° da mencionada Resolução, o pedido ter sido para que a ANAC esclarecesse a regra (como se daria a restrição de peso e conteúdo da bagagem de mão), e não para invalidar esse segundo dispositivo, mostra que o próprio autor da ação reconhecia um espaço legítimo de atuação da agência setorial sobre o assunto (franquia de bagagem). Ao invalidar provisoriamente o §2º do artigo 14, o Juízo da 22ª Vara Federal de São Paulo foi além do que a parte autora pediu. O juiz da 10 Vara Federal do Ceará, ao declarar a invalidade da decisão que determinou a suspensão indevida do dispositivo, reforça que a atuação normativa da ANAC deve ser respeitada. Evidencia-se, portanto, os limites da atuação judicial e a necessidade de respeito à esfera de competência da ANAC. Há a ideia de **crítica à extrapolação judicial dos limites do pedido**.

Esse trecho revela, portanto, um posicionamento de contenção judicial diante da atuação normativa da ANAC, com foco tanto na legalidade processual quanto na deferência à autoridade técnica da agência.

Quadro 17 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
Dj 02 Fragmento 3	188. Ademais, a decisão liminar impugnada não se limitou a manter a disciplina anterior, pois ao manter a nova regra de franquia de bagagem em 10 kg, 189. sem possibilidade de limitação nem mesmo em nome da segurança do voo, violou a legislação pertinente e criou regra híbrida, combinando a nova 190. regulamentação com a disciplina anterior, no que se refere aos limites de bagagem despachada, inovando, em nome da defesa dos consumidores, no 191. ordenamento jurídico e verdadeiramente legislando sobre a matéria, o que é vedado ao juiz. A relevância dessa consideração se dá especialmente por 192. se tratar de matéria afeita à aviação civil e à segurança do transporte aéreo, cuja normatização exige conhecimentos técnicos especializados e diz

	193. respeito a bens, como a vida humana e a integridade física, que preponderam sobre o direito das pessoas enquanto consumidores.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

No trecho das linhas 188 a 193 (fragmento 3, DJ 02), o magistrado critica a decisão liminar por ter inovado indevidamente na ordem jurídica, ao interferir na regulamentação da franquia de bagagem e, ao fazê-lo, ultrapassar os limites do papel jurisdicional. A decisão impugnada é apontada como violadora da legislação, por ter supostamente criado uma "regra híbrida" entre a regulação anterior e a atual, invadindo competência normativa da ANAC, especialmente em matéria de aviação civil e segurança do voo, que exige especialização técnica. Infere-se que a liminar em questão suspendeu o §2º do artigo 14 da Resolução 400/2016 da ANAC, mantendo, contudo, a vigência do *caput* do referido artigo[22] o que impediu a limitação da franquia de bagagem de mão, mesmo quando motivada por razões de segurança do voo. Além disso, ao suspender o artigo 13 da mesma resolução[23], a decisão inviabilizou a cobrança separada pela bagagem despachada, reestabelecendo, assim, a franquia obrigatória de 23 (vinte e três) quilos para voos domésticos e de duas malas de até 32 (trinta e dois) quilos para voos internacionais (Quadro 14, DJ 01).

O magistrado enfatiza que a regulamentação da matéria exige "conhecimentos técnicos especializados" e trata de aspectos como segurança de voo, que envolvem riscos à vida e à integridade física, justificando, assim, a necessidade de deferência à autoridade técnica da ANAC, que detém capacidade institucional superior para tratar do tema. Verifica-se, assim, a **deferência à especialização técnica das agências reguladoras.**

Ao afirmar que o juiz da liminar "verdadeiramente legislou sobre a matéria", o trecho denuncia a ultrapassagem de limites judiciais sobre uma questão regulatória. Isso corresponde à ideia de que o espaço técnico e discricionário da agência deve ser

[22] Art. 14. O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte. § 1º Considera-se bagagem de mão aquela transportada na cabine, sob a responsabilidade do passageiro. § 2º O transportador poderá restringir o peso e o conteúdo da bagagem de mão por motivo de segurança ou de capacidade da aeronave. Resolução 400/2016 da ANAC.

[23] Art. 13. O transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador. § 1º A bagagem despachada poderá sofrer restrições, nos termos desta Resolução e de outras normas atinentes à segurança da aviação civil. § 2º As regras referentes ao transporte de bagagem despachada, ainda que realizado por mais de um transportador, deverão ser uniformes para cada trecho contratado. Resolução 400/2016 da ANAC.

respeitado e não substituído por juízos judiciais *ad hoc*, especialmente quando não há ilegalidade flagrante. Há nesse trecho a subcategoria **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Quadro 18 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 4	194. Tais inovações, portanto, longe de favorecer a defesa dos direitos dos consumidores, oneram tanto os passageiros quanto as companhias aéreas, que 195. são obrigadas a promover readequações pertinentes à segurança dos voos, revendo custos e repassando-os aos preços das passagens, tudo ao sabor de 196. decisões provisórias e, com a devida vênia, proferidas sem respaldo em critérios técnicos, diferentemente do que teria acontecido se a decisão 197. liminar, ainda que em sentido contrário à sentença proferida por este Juízo, ao suspender a nova disciplina do transporte bagagens, não tivesse 198. combinado normas e houvesse determinado a aplicação integral da regulamentação anterior, tanto para a bagagem despachada como para a bagagem 199. de mão.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

No trecho das linhas 194 a 199 (fragmento 4, DJ 02), o magistrado aprofunda sua crítica à decisão liminar por ter inovado de forma indevida na disciplina da franquia de bagagem, destacando que essas inovações causam ônus para passageiros e companhias aéreas, exigem readequações técnicas e são resultantes de decisões "sem respaldo em critérios técnicos". Ele também afirma que, mesmo que a liminar tivesse suspendido integralmente a nova regulamentação, teria sido mais coerente juridicamente do que a combinação parcial de normas adotada, o que caracteriza interferência em matéria técnica e regulatória.

Ao afirmar que a decisão liminar acarretou distorções operacionais e econômicas para o setor aéreo, o juiz reforça que a regulação da ANAC está alinhada à lógica setorial prevista na legislação de regência da aviação civil. Assim, subentende-se que a norma da ANAC, se mantida em sua integralidade, respeita o modelo legal setorial (lei-quadro + CBA), ao contrário da decisão judicial que combinou normas e produziu efeitos econômicos negativos. Pode-se observar **a validação do**

exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica.

O trecho critica explicitamente a ausência de respaldo técnico da decisão judicial (“sem respaldo em critérios técnicos”), o que reforça a ideia de que decisões sobre o tema devem ser deixadas a quem detém conhecimento especializado, no caso, a ANAC. Há no fragmento 4 a subcategoria **deferência à especialização técnica das agências reguladoras**.

Ao apontar que a decisão judicial criou uma combinação normativa sem base técnica e gerou impactos econômicos e operacionais, o magistrado sinaliza que a atuação da agência reguladora, ainda que passível de controle, não deve ser substituída por decisões judiciais improvisadas ou contraditórias, sobretudo em temas que envolvem planejamento, segurança e estrutura de custos, aspectos próprios da esfera discricionária regulatória. Com base nisso, identifica-se a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Esse fragmento reforça o argumento de que a atuação judicial que desestrutura a lógica regulatória da ANAC, especialmente sem respaldo técnico, compromete não só a segurança jurídica, mas a racionalidade econômica e operacional do setor regulado.

Quadro 19 – Ação Civil Pública, processo nº 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 5	200. Como já se ressaltou nesta decisão, a questão objeto desta pretensão judicial foi enfrentada por este Juízo nas decisões proferidas no processo nº 201. 0816363-41.2016.4.05.8100, no qual, dentre outros aspectos da Resolução nº 400/2016 da ANAC, foi apreciada a nova disciplina instituída para o 202. transporte de bagagens. 203. Em tais decisões, destacou-se que os questionamentos à Resolução baseiam-se em uma presunção de que a desregulamentação acerca de alguns 204. dispositivos relativos ao transporte aéreo de pessoas, ou a modificação de alguns desses regramentos por parte da ANAC, ensejará prejuízos aos 205. consumidores em geral, o que não se pode concluir de antemão pela simples edição da Resolução nº 400/2016 da ANAC.

	206. Deve-se ponderar que a mera desregulamentação da franquia de bagagem despachada, por si só, não representa violação a direitos do consumidor ou 207. concessão de vantagem excessiva ao fornecedor. ~~Tratando-se o transporte aéreo de pessoas, além de um serviço de interesse público, de~~

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O trecho das linhas 200 a 207 apresenta uma fundamentação judicial que defende a validade da regulamentação da ANAC, especialmente quanto à desregulamentação da franquia de bagagem. O magistrado argumenta que os questionamentos contra a norma partem de pressupostos não comprovados, e que a simples edição da Resolução n.º 400/2016 não implica, por si só, violação a direitos dos consumidores.

O magistrado menciona expressamente que a mera desregulamentação da franquia de bagagem não representa, em si, violação a direitos do consumidor, o que indica que ele está reconhecendo a legitimidade da retirada de conteúdo da esfera legal para a esfera infralegal (deslegalização), desde que haja parâmetros mínimos, o que se presume estar atendido pela estrutura normativa da ANAC. Nesse ponto, reconhece-se a **legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei.**

Ao afirmar que a edição da Resolução nº 400/2016 não configura ilegalidade ou lesão aos consumidores, o juiz reforça o caráter formalmente válido da norma, afastando o argumento de que a norma seria abusiva ou inconstitucional pela sua simples existência. Com isso, evidencia-se o **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória**.

A ênfase na impossibilidade de presumir prejuízos aos consumidores apenas com base na edição da norma revela uma postura de contenção judicial e de respeito à discricionariedade técnica da ANAC, especialmente em uma área altamente especializada como o transporte aéreo. O juiz, ao não acolher a crítica genérica à desregulamentação, reafirma que a revisão judicial de normas técnicas não pode se basear em suposições abstratas, mas sim em evidências concretas. A partir disso, evidencia-se a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial.**

Esse fragmento mostra uma posição judicial de confiança na atuação normativa da ANAC, rejeitando intervenções baseadas em presunções genéricas de prejuízo e reforçando o papel técnico e institucional da agência.

Quadro 20 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 6	207. ~~concessão de vantagem excessiva ao fornecedor~~. Tratando-se o transporte aéreo de pessoas, além de um serviço de interesse público, de uma 208. atividade empresarial, ainda que exaustivamente regulada pelo Poder Público, deve proporcionar lucro às pessoas jurídicas que exploram essa 209. atividade, de modo que quaisquer custos que venham a ser impostos à sociedade empresária acabam por ser repassados, de uma forma ou de outra, 210. para o consumidor no preço final do produto ou serviço, pois do contrário a companhia aérea sofrerá prejuízos, o que ao longo do tempo inviabilizará a 211. continuidade de seus serviços e a sua própria existência.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 6 da DJ 02, linhas 207 a 211, apresenta uma justificativa econômica e estrutural da regulamentação do transporte aéreo, enfatizando que se trata de uma atividade empresarial sujeita à lógica de mercado, ainda que intensamente regulada. O juiz ressalta que imposições de custo excessivas ou artificialmente criadas por decisões judiciais acabam sendo repassadas ao consumidor e, no longo prazo, comprometem a sustentabilidade das companhias aéreas.

Esse raciocínio reforça a necessidade de prudência judicial na revisão de atos normativos da ANAC, reconhecendo a complexidade regulatória e econômica do setor, bem como a legitimidade da agência ao equilibrar interesses entre usuários e operadores.

O magistrado sugere que decisões judiciais que imponham custos ou distorções regulatórias à atividade econômica do setor aéreo podem desorganizar o equilíbrio regulatório construído pela ANAC. Ao reconhecer esse risco, ele

implicitamente defende que não cabe ao Judiciário substituir a avaliação técnica-econômica feita pela agência, o que expressa deferência à discricionariedade técnica e econômica da ANAC. Dessa forma, nota-se a subcategoria **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Nesse trecho, há a ideia de que a atuação da ANAC envolve análise técnica e equilíbrio econômico, e que decisões judiciais dissociadas dessa realidade podem gerar efeitos contrários ao interesse público que pretendem proteger.

Quadro 21 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 7	212. Sendo assim, na realidade atual, ainda que o passageiro não se utilize de toda a franquia de bagagem oferecida nos voos domésticos ou 213. internacionais, ele suporta, no preço final pago pelo serviço, o custo do serviço meramente posto à sua disposição. Em uma análise mais acurada, 214. portanto, trata-se de verdadeira desvantagem imposta a esse consumidor, que, atualmente, não tem à sua disposição a opção de tarifa mais barata para 215. o caso de viajar sem bagagem despachada ou com bagagem em peso e quantidade inferiores à franquia estabelecida. Em nome de uma uniformidade 216. que, a princípio, parece proteger o consumidor, todos pagam por um limite que nem todos usufruem - segundo estudos da ANAC, mencionados em 217. sua manifestação, a realidade é que a média de bagagem despachada por passageiro é inferior a 12 kg.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 7 da DJ 02 (linhas 212 a 217) apresenta argumentos de natureza econômica e consumerista, usados pelo magistrado para justificar a validade da nova regulamentação da ANAC que flexibiliza a franquia de bagagem. A decisão sustenta que, na prática, a antiga regra impunha uma desvantagem ao consumidor, pois o obrigava a pagar por um serviço que nem sempre utilizava. O juiz faz referência a dados técnicos fornecidos pela ANAC, indicando que a média de bagagem despachada por passageiro era inferior ao limite anterior, o que reforça a racionalidade da mudança regulatória, na perspectiva do magistrado.

A análise demonstra uma valorização do conteúdo técnico-econômico da norma e uma crítica implícita ao argumento de que a nova regra seria automaticamente prejudicial ao consumidor.

O magistrado legitima a mudança na política de franquia como parte de um processo regulatório válido, que busca adequar a tarifa à realidade de consumo, com base em estudos técnicos. Ao defender que o modelo anterior impunha um custo injusto ao consumidor, ele justifica a nova abordagem como uma solução regulatória legítima, inclusive em favor do próprio consumidor, mesmo que de forma não intuitiva. Sendo assim, constata-se a **validação judicial da política regulatória com base em critérios técnicos e econômicos**.

O juiz não apenas reconhece a legalidade da norma, como a interpreta como mais racional do ponto de vista econômico e compatível com os objetivos da regulação. A referência a dados da ANAC reforça a presunção de validade e racionalidade da norma, afastando argumentos de que ela seria abusiva ou desproporcional. Há o **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória**.

O uso explícito de estudos e dados técnicos produzidos pela ANAC (como a média de peso despachado por passageiro) reforça a ideia de que o magistrado valoriza a expertise da agência na formulação de normas. A decisão judicial não substitui a análise técnica por juízo subjetivo, mas se apoia nas informações produzidas pela agência especializada, o que configura deferência técnica. Logo, conclui-se pela existência de **deferência à especialização técnica das agências reguladoras**.

Esse fragmento reforça que, na perspectiva judicial adotada, a atuação normativa da ANAC é não só legítima como tecnicamente fundamentada e potencialmente benéfica ao consumidor, contrariando a ideia de que a flexibilização regulatória representa retrocesso.

Quadro 22 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
Dj 02 Fragmento 8	218. Isso não impede certamente que eventuais abusos possam ocorrer em decorrência de fenômenos como a cartelização de preços, por exemplo, que 219. deverão ser apropriadamente coibidos caso aconteçam - e a sua ocorrência nesse tocante pode se dar independentemente do fator pertinente ao limite 220. estabelecido para franquia de bagagem. Também por outro lado isso não necessariamente irá redundar em redução imediata de preços para o

	221. consumidor, que, em uma ordem econômica com base no capitalismo, depende de fatores complexos além desse mero aspecto de que se trata, mas 222. sem dúvida o favorecimento da livre concorrência, que é um dos princípios de nossa ordem econômica e que a desregulamentação nesse tocante 223. proporciona, estimula a abertura ao ingresso de novos atores no mercado, o que aumentará a oferta e ampliará a concorrência, trazendo inequívocos 224. benefícios ao consumidor, se não imediatamente, seguramente a médio ou longo prazo.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

No fragmento 8 (DJ 02), nas linhas 218 a 224, vê-se uma justificativa econômica e concorrencial da desregulamentação da franquia de bagagem, reconhecendo que eventuais abusos (como cartelização) podem ocorrer e devem ser coibidos, mas que isso não invalida a lógica concorrencial por trás da norma da ANAC. O magistrado afirma que a desregulamentação favorece a livre concorrência, mesmo que seus efeitos não sejam imediatos, defendendo sua legitimidade com base em princípios constitucionais da ordem econômica.

O magistrado afirma que a desregulamentação da franquia de bagagem está alinhada ao princípio da livre concorrência, inserido no conjunto dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica e, portanto, deve ser fiscalizada e não anulada. Aduz que ainda que os efeitos da desregulamentação em questão não sejam imediatos, não se trata de uma violação à ordem econômica ou aos direitos do consumidor, mas de uma medida regulatória válida dentro dos limites legais. Nessa perspectiva, reforça o entendimento de que a retirada da disciplina rígida da lei e sua transferência para o domínio normativo da ANAC é legítima, desde que sejam observados os parâmetros mínimos estabelecidos em lei (afirmado em outros trechos). Há, portanto, a **legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei**.

Ao reconhecer que o impacto da medida depende de fatores econômicos complexos, e que não haverá, necessariamente, redução imediata de preços, o magistrado indica que não cabe ao Judiciário invalidar uma norma regulatória apenas porque seus efeitos práticos não são imediatos ou garantidos, respeitando o espaço de decisão técnica e estratégica da agência. Esse argumento traduz a postura de contenção judicial e respeito à autonomia regulatória, mesmo diante de incertezas de

mercado, reconhecendo, ainda, que outros fatores complexos interferem no preço a ser pago pelo consumidor. Com isso, é possível perceber a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Quadro 23 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 9	225. A desregulamentação permitirá, ao menos, em um curto prazo, o fornecimento, pelas companhias aéreas, de tarifas mais baratas a passageiros que 226. desejem viajar sem ou com pouca bagagem despachada, sem que esses consumidores tenham que arcar com os custos de uma franquia que não 227. pretendem utilizar. Também não representa necessariamente o fim das franquias de bagagem despachada concedidas aos passageiros, que podem 228. continuar a ser oferecidas pelas companhias aéreas dentre as opções tarifárias à disposição dos passageiros.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 225 a 228 (fragmento 9, DJ 02) o magistrado apresenta uma justificativa econômica e regulatória para a desregulamentação da franquia de bagagem, ao destacar que a nova norma permite que as companhias aéreas ofereçam tarifas mais baratas para passageiros que viajam com pouca ou nenhuma bagagem despachada. Além disso, esclarece que a medida não elimina a possibilidade de franquias gratuitas, mas apenas transforma essa opção em uma alternativa dentro do conjunto de tarifas disponíveis, deixando de ser uma exigência uniforme. O juiz, assim, valida a flexibilização normativa promovida pela ANAC.

Portanto, a decisão reconhece que a desregulamentação da franquia de bagagem pode ajudar a diminuir o preço das passagens para quem viaja sem bagagem despachada, permitindo que as companhias ofereçam diferentes faixas de tarifa. Essa medida é vista como uma forma mais justa de dividir os custos entre os passageiros, sem impedir que a gratuidade da bagagem continue sendo uma das opções disponíveis. Dessa forma, a regulação é apresentada como uma escolha válida, alinhada à busca por eficiência econômica e ao direito de escolha do consumidor. Identifica-se, assim, a **justificação da desregulamentação com base na eficiência econômica e na liberdade contratual do consumidor**.

Ao expor os efeitos regulatórios e econômicos da medida (pluralidade tarifária, alívio de custos aos que não usam a franquia), o magistrado demonstra que essa é

uma decisão técnica e estratégica da ANAC, e não algo que deva ser revertido judicialmente por simples discordância de mérito. A argumentação reforça o respeito ao espaço discricionário da agência. Está presente, dessa forma, a subcategoria **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Quadro 24 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
Dj 02 Fragmento 10	229. Há que se ressaltar que a obrigação de transportar a bagagem, prevista na legislação civil para os contratos de transporte de pessoas em geral (art. 230. 734), não obriga o transportador a levar toda e qualquer bagagem ou em qualquer quantidade ou peso. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, "o 231. contrato de transporte constitui típico contrato de adesão, que é uma categoria de contrato em que as partes não discutem amplamente as suas 232. cláusulas, como acontece no tipo tradicional. (...) No contrato de transporte há também um regulamento previamente estabelecido pelo 233. transportador, com base em normas legais, ao qual o passageiro adere ou não. Quem toma um ônibus, ou qualquer outro meio de transporte, 234. tacitamente celebra um contrato de adesão com a empresa transportadora. Com o pagamento da passagem, o transportado adere ao regulamento da 235. empresa. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzi-lo ao seu destino, são e salvo" (Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos 236. unilaterais, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 480/481). 237. Sendo assim, é legítimo que o transportador, atendendo às normas legais e regulamentares, estipule as condições em que a prestação do serviço se 238. dará, não havendo, nesse ponto, nenhuma ofensa à lei nessa faculdade. ~~No caso do transporte aéreo, a própria Resolução 400/2016 da ANAC~~

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 10 (DJ 02), nas linhas 229 a 238, fundamenta juridicamente a validade da regulamentação da ANAC ao tratar da franquia de bagagem. O magistrado parte da interpretação do art. 734 do Código Civil, que prevê a obrigação de transportar bagagens nos contratos de transporte de pessoas, para argumentar que essa obrigação não implica transportar qualquer volume, peso ou quantidade de bagagem de forma irrestrita. Ele reforça essa tese com citação doutrinária de Carlos

Roberto Gonçalves, explicando que o contrato de transporte é, por natureza, um contrato de adesão, cujas cláusulas são previamente fixadas pelo transportador com base em normas legais e regulamentos, aos quais o passageiro adere ao adquirir a passagem.

Com isso, o juiz afirma que é legítimo o transportador estabelecer condições específicas para o transporte, desde que observadas as normas legais e regulamentares, o que confirma a legalidade da regulamentação da ANAC sobre o tema.

O juiz afirma expressamente que não há ofensa à lei na possibilidade de o transportador estipular as condições para a prestação do serviço, desde que fundadas em normas legais e regulamentares. Isso representa um reconhecimento da conformidade legal da norma da ANAC, inclusive à luz do Código Civil, afastando alegações de ilegalidade da Resolução nº 400/2016. Nesse segmento, percebe-se o **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória**.

Ao reconhecer a legitimidade da estipulação de condições pelo transportador (dentro dos limites regulatórios), o magistrado não questiona o conteúdo técnico da norma editada pela ANAC. Em vez disso, respeita o espaço de atuação técnica e normativa da agência, sem substituí-la por juízo judicial sobre o mérito da regulação, sinalizando contenção judicial e respeito à discricionariedade administrativa. Assim, nota-se a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Quadro 25 – Ação Civil Pública, processo . 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 11	238. ~~dará, não havendo, nesse ponto, nenhuma ofensa à lei nessa faculdade~~. No caso do transporte aéreo, a própria Resolução 400/2016 da ANAC 239. estabelece em seu art. 14 uma franquia de bagagem de mão de 10 (dez) quilos, o que, em uma primeira análise, atende ao disposto na lei civil e 240. respeita as especificidades típicas do contrato de transporte aéreo de pessoas. 241. Não ignorando tais peculiaridades, o próprio Código Civil, ao estabelecer suas normas gerais, contemplou a incidência das normas específicas para 242. transportes exercidos em virtude de autorização, concessão ou permissão, como é o caso do transporte aéreo:

	243. "Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for 244. estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código."

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 11 da DJ 02, linhas 239 a 244, apresenta fundamentação jurídica normativa para sustentar a validade da regulamentação da ANAC sobre franquia de bagagem de mão. O juiz afirma que a própria Resolução nº 400/2016, ao estabelecer uma franquia de 10 kg para bagagem de mão, está em conformidade com a legislação civil, especialmente com o Código Civil. Ele destaca que o transporte aéreo, por ser realizado sob autorização, concessão ou permissão estatal, está submetido às normas regulamentares específicas, conforme disposto no art. 731 do Código Civil.

O juiz expressamente afirma que a franquia de bagagem de mão de 10 kg, prevista na Resolução nº 400/2016, atende ao disposto na legislação civil e respeita as características do contrato de transporte aéreo, o que configura um **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória** da ANAC.

O magistrado fundamenta a validade da norma da ANAC ao indicar que o próprio Código Civil (art. 731) admite que normas específicas e regulamentares sejam aplicadas quando se trata de transporte autorizado, concedido ou permitido, como é o caso do transporte aéreo. Isso reforça o argumento de que a ANAC atua dentro de um marco legal que lhe confere poder normativo regulatório legítimo, o que justifica a validade da Resolução nº 400/2016. Portanto, há a **validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica**.

Ao reconhecer a validade da regulamentação com base na legislação específica aplicável ao transporte concedido (art. 731), o juiz demonstra que não cabe ao Judiciário revisar ou substituir o juízo técnico da agência reguladora, respeitando a autonomia normativa da ANAC para estabelecer parâmetros próprios ao setor aéreo. Nesse ponto, observa-se a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial.**

Quadro 26 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA

DJ 02 Fragmento 12	245. Analisando-se a realidade atual, constata-se que na prática, diversamente do que ficou consignado na decisão liminar que a autora pretende ver 246. revogada, a disciplina do transporte de bagagem anterior à Resolução nº 400/2016 é significativamente mais prejudicial aos consumidores do que 247. aquela instituída pelo novo regulamento, pois obriga a quem viaja sem bagagem ou com pouca bagagem a subsidiar, no preço de sua passagem, 248. aqueles poucos passageiros que se utilizam de todo o limite da franquia vigente, pois hoje não há a opção para aquele consumidor que pretende viajar 249. com pouca bagagem de adquirir uma passagem aérea mais barata com a dispensa da franquia de bagagem (im)posta à sua disposição.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 12 da DJ 02, linhas 245 a 249, apresenta uma justificativa econômica para defender a validade e a racionalidade da Resolução n.º 400/2016 da ANAC, especialmente no que se refere à flexibilização da franquia de bagagem. O juiz sustenta que, ao contrário do que foi considerado na decisão liminar impugnada, a regra anterior à resolução era mais prejudicial ao consumidor, pois fazia com que quem não despachava bagagem acabasse pagando, indiretamente, pelos custos de quem despachava e fazia uso integral do limite. O novo modelo, segundo o magistrado, corrige essa distorção, ao permitir a diferenciação tarifária e a escolha por passagens mais baratas. A argumentação reforça a legitimidade da política regulatória da ANAC e reconhece seu fundamento técnico-econômico.

Ao argumentar que a nova norma proporciona maior justiça tarifária e liberdade de escolha ao consumidor, o magistrado defende que a desvinculação de um modelo tarifário único (franquia obrigatória) é legítima, desde que amparada por fundamentos técnicos e respeite parâmetros legais. Aduz que a norma anterior era mais prejudicial aos consumidores e que a nova Resolução da ANAC oferece uma solução mais equitativa, assim, o juiz implicitamente reconhece que a Resolução n.º 400/2016 foi editada dentro da legalidade e com fundamento válido, afastando alegações de ilegalidade ou abusividade da norma. Com base nisso, identificam-se duas subcategorias: o **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória** e a **crítica ao modelo anterior com base na injustiça distributiva**.

Este fragmento articula argumentos demonstrando que a nova política regulatória não apenas é válida, mas também mais justa e racional do ponto de vista do consumidor.

Quadro 27 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 13	250. Nesse sentido, importa ressaltar que, ao qualificar o contrato de transporte de bagagem como contrato acessório do contrato do transporte de pessoas, 251. a Resolução nº 400/2016 não inovou no ordenamento jurídico, mas apenas reconheceu a sua natureza jurídica, uma vez que, segundo o que conceitua 252. a melhor doutrina, contrato acessório é aquele que depende ou que é pressuposto de outro contrato, sendo portanto um contrato sem existência 253. autônoma. 254. É esse o caso do contrato de transporte de bagagem. Não há contrato de transporte de bagagem dissociado do contrato de transporte de passageiros. 255. Como ocorre nas demais relações entre contratos principais e acessórios, pode haver, no caso, transporte de passageiro sem o transporte de bagagem, 256. já que o passageiro pode optar por não levar nenhuma bagagem. O contrato de transporte de bagagem, por sua vez, é inexistente sem o respectivo 257. transporte de passageiro, pois, ainda que o passageiro decida se transportar por um meio e providenciar outro para o transporte de seus objetos, nesse 258. caso aquilo que se caracterizaria como bagagem se desnatura como tal, passando a se caracterizar como carga, o que exigirá a celebração de um 259. contrato de transporte de carga, que será, esse sim, independente e autônomo em relação ao transporte do passageiro e que é regido por regras que, 260. em seu conjunto, são diversas daquelas que regem o transporte de bagagens.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

No fragmento 13 da DJ 02, linhas 250 a 260, há uma fundamentação jurídica de natureza contratual e doutrinária para sustentar a validade da Resolução nº 400/2016 da ANAC, ao afirmar que o transporte de bagagem tem natureza jurídica de contrato acessório ao contrato de transporte de pessoas. O magistrado argumenta

que a Resolução apenas reconheceu uma característica jurídica já existente e doutrinariamente consolidada, sem inovar no ordenamento jurídico.

Ele explica que o transporte de bagagem não é um contrato autônomo, e só existe quando vinculado ao transporte de passageiro, o que justifica a possibilidade de regulamentação diferenciada, inclusive em relação ao conteúdo, peso e tarifa, reforçando o espaço legítimo de atuação normativa da ANAC.

O juiz afirma que a Resolução n.º 400/2016 não inovou juridicamente, mas apenas reconheceu a natureza jurídica acessória do contrato de transporte de bagagem, uma conclusão que seria respaldada pela doutrina. Ao afirmar que a norma apenas reafirma uma estrutura contratual já prevista no ordenamento, o magistrado está reconhecendo sua conformidade legal formal, o que a enquadra diretamente na subcategoria: **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória**.

Ao descrever a natureza e os limites da regulação do transporte de bagagem, o juiz reconhece que a ANAC tem competência para disciplinar esse aspecto dentro do contrato principal de transporte aéreo, o que pressupõe o exercício do poder normativo conforme as normas que regem a aviação civil, como o Código Brasileiro de Aeronáutica e a legislação de estrutura das agências reguladoras. Desse modo, destaca-se a **validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica**.

O juiz adota uma interpretação jurídica baseada nos contratos e nas normas do setor para reconhecer como legítima a atuação da ANAC. Ao concordar com o conteúdo da norma e confirmar que ela está de acordo com os princípios contratuais e regulatórios, o magistrado demonstra respeito à competência técnica da agência e à liberdade que ela possui para criar regras no setor aéreo, inclusive no que diz respeito à distinção entre bagagem e carga. Nessa passagem pode-se visualizar a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Este fragmento reforça que a agência não extrapolou sua competência e não inovou indevidamente, mas atuou em conformidade com a lógica contratual vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Quadro 28 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA

DJ 02 Fragmento 14	261. Assim, na regulamentação anterior à Resolução nº 400/2016, o contrato de bagagem já era acessório ao contrato de transporte. Reputar o 262. reconhecimento dessa qualificação pela Resolução como abertura para prática abusiva de venda casada implicaria reconhecer igualmente que tal 263. prática abusiva já vem sendo há muito cometida pelas companhias aéreas e com inteiro respaldo da disciplina anterior do transporte de bagagens, 264. obrigando tanto o passageiro, que não tem opções de compra mais adequadas para sua situação, como a companhia aérea, a quem sequer é permitido 265. vender passagens sem a oferta de limites de 23 kg para voos domésticos e dois volumes de 32 kg nas bagagens despachadas. 266. A nova legislação, pois, tem pelo menos a louvável virtude de afastar esse obstáculo, cabendo à ANAC, ao Ministério Público, aos órgãos de defesa 267. do consumidor e aos próprios consumidores fiscalizar eventuais práticas abusivas por parte das companhias aéreas que tendam a burlar a liberação do 268. limite gratuito de bagagem despachada para promover elevação arbitrária e exorbitante de preços.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 14 da DJ 02, linhas 261 a 268, apresenta uma defesa jurídica e regulatória da Resolução nº 400/2016 da ANAC, ao afirmar que o reconhecimento da natureza acessória do contrato de transporte de bagagem não configura venda casada, mas apenas confirma uma estrutura contratual que já existia na regulamentação anterior. O juiz argumenta que, se a nova norma fosse considerada abusiva, o mesmo raciocínio teria de ser aplicado à regra anterior, o que seria contraditório.

Ele destaca que a nova regulação, ao permitir a venda de passagens sem franquia obrigatória, corrige uma distorção anterior, promovendo maior liberdade contratual e eliminando a imposição de limites fixos de bagagem. Por fim, o magistrado reconhece que eventuais práticas abusivas devem ser coibidas por mecanismos de fiscalização existentes, sem que isso implique invalidar a norma em si.

O juiz defende que a Resolução n.º 400/2016 não cria uma prática abusiva, mas sim corrige uma rigidez anterior que obrigava todos os passageiros a pagar por franquias padronizadas. Essa liberação regulatória, que permite mais liberdade de escolha, é apresentada como legítima e compatível com os parâmetros legais, desde

que fiscalizada para evitar abusos, o que caracteriza uma deslegalização com salvaguardas institucionais evidenciando a **legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei**.

Ao afirmar que o reconhecimento da natureza acessória do contrato de bagagem não representa uma inovação indevida, mas apenas explicita uma realidade jurídica já consolidada, o juiz confirma a legalidade da norma. Ele ainda ressalta que a nova regra remove uma obrigatoriedade anterior, sem infringir a legislação de proteção ao consumidor assinalando, assim, o **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória**.

A decisão revela que o magistrado desconsidera a possibilidade de invalidar a norma com base em hipóteses futuras de má-fé ou abuso por parte das companhias aéreas. Em vez disso, afirma que eventuais distorções devem ser corrigidas por órgãos de controle (ANAC, MP, Procon, etc.), sem que isso comprometa a validade da regulação em si. Isso demonstra confiança institucional na atuação da agência e dos demais órgãos competentes, e respeito à discricionariedade regulatória reforçando a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Diante desse senário, este fragmento reforça que a Resolução nº 400/2016 representa uma modernização da regulação do transporte aéreo, ao permitir maior liberdade contratual e ao eliminar imposições padronizadas que não favoreciam todos os consumidores. O juiz, ao reconhecer a possibilidade de fiscalização sem invalidar a norma, adota uma postura de deferência técnica.

Quadro 29 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 15	269. De todo modo, no que se refere à bagagem, constata-se de plano que a Resolução não chancela a venda casada, na medida em que o passageiro 270. continua livre para não levar nenhuma bagagem e, na eventualidade de decidir não transportar consigo seus objetos, poderá celebrar contrato de 271. transporte com outra empresa, caso em que não haverá transporte de bagagem, mas sim de carga, dissociando-se do contrato de transporte de 272. passageiro. A liberdade de contratar para o consumidor permanece incólume, não havendo ilegalidade da Resolução nº 400/2016 nesse tocante.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

No fragmento 15 da DJ 02, linhas 269 a 272, existe uma defesa jurídica da Resolução n.º 400/2016 da ANAC, ao afastar a alegação de que ela instituiria venda casada. O magistrado afirma que o consumidor continua livre para optar por não transportar bagagem, e, caso deseje enviar seus pertences por outro meio, pode celebrar contrato separado de transporte de carga, que é juridicamente distinto do contrato de transporte de passageiros. Com isso, o juiz conclui que a liberdade de contratar permanece garantida, e que não há qualquer ilegalidade na norma da ANAC nesse aspecto.

Nesse fragmento da decisão afirma-se que não há ilegalidade na Resolução n.º 400/2016, afastando a ideia de que ela impõe venda casada. Ao destacar que o passageiro tem liberdade de escolha, inclusive para não contratar transporte de bagagem, o magistrado reconhece que a norma respeita os princípios legais e contratuais vigentes, demonstrando sua legalidade formal revelando o **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória**.

Ao reafirmar a ausência de ilegalidade e a existência de liberdade contratual, o juiz adota uma postura de respeito à competência regulatória da ANAC. Em vez de revisar o mérito da norma com base em juízo subjetivo ou proteção ao consumidor, ele respeita a construção normativa da agência, o que configura deferência à sua autonomia técnica e discricionariedade. Enfatiza-se, assim, a presença, nesse trecho, da subcategoria **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Quadro 30 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 16	273. Deve-se ressaltar, porém, que ainda que não caiba à ANAC especificamente a tutela dos direitos do consumidor, vale destacar que à Agência, na 274. qualidade de autarquia especial, cumpre, dentre outras atribuições, regular e fiscalizar os serviços de transporte aéreo de passageiros, o que, em 275. última análise, tem a finalidade de garantir um serviço seguro e de qualidade para os passageiros, que são ao mesmo tempo consumidores, de modo 276. que não pode a ANAC se eximir de exigir das companhias aéreas a observância das normas do CDC, notadamente considerado o seu caráter de

	277. ordem pública e interesse social, coibindo abusos e se abstendo de editar regulamentos em contrário às suas disposições.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O magistrado, nas linhas 273 a 277 (fragmento 16, DJ 02), trata da relação entre a atuação regulatória da ANAC e a proteção dos direitos do consumidor, esclarecendo que, embora a agência não tenha como missão principal a tutela direta do consumidor, ela tem responsabilidade indireta nesse campo, uma vez que regula e fiscaliza o transporte aéreo com o objetivo de garantir serviços seguros e de qualidade. O juiz afirma que a ANAC não pode se omitir quanto à observância do Código de Defesa do Consumidor (CDC), devendo coibir abusos e evitar editar normas que contrariem suas disposições.

Esse argumento reforça a legitimidade da atuação normativa da ANAC, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico e com os princípios do CDC, e reconhece a necessidade de atuação coordenada entre regulação setorial e defesa do consumidor.

Assim, ao destacar que a ANAC deve observar o Código de Defesa do Consumidor ao exercer sua função regulatória, o magistrado reconhece como legítima a atuação normativa da agência, desde que respeite os limites e parâmetros fixados em normas gerais, como o CDC. Isso está em conformidade com a lógica da deslegalização condicionada: a retirada de certos temas da lei para a regulação infralegal é permitida, desde que sejam preservados direitos fundamentais e princípios de ordem pública, como os do CDC. Reconhece-se a **legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei**.

O magistrado não anula ou desautoriza a competência técnica da ANAC, mas reforça que essa autonomia não é absoluta, deve ser exercida em conformidade com princípios como os do CDC. Isso traduz uma postura de deferência qualificada: o juiz respeita o espaço técnico da agência, mas dentro de limites jurídicos que asseguram a proteção do consumidor. Indica, portanto, a existência de **deferência qualificada à atuação técnica da agência reguladora**.

Nesse fragmento articula-se a interdependência entre regulação técnica e proteção do consumidor, ao mesmo tempo em que o magistrado reforça a validade da norma da ANAC, desde que compatível com o CDC, sinalizando uma visão de regulação orientada tanto por critérios técnicos quanto por direitos fundamentais.

Quadro 31 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 17	278. Assim, ao longo da tramitação dos processos que tratam das questões relativas à Resolução nº 400/2016 da ANAC, as partes interessadas poderão 279. fiscalizar a aplicação da nova disciplina instituída pela Resolução e, uma vez verificada a ocorrência de práticas abusivas pelas companhias aéreas 280. em decorrência das novas disposições, fazer prova delas nos autos, o que poderá, eventualmente, ensejar a reavaliação dos fundamentos que 281. justificam, por ora, a concessão da tutela de urgência em favor da ANAC.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 17 da DJ 02, linhas 278 a 281, trata da abertura à revisão judicial futura da norma da ANAC, caso venham a ser comprovadas práticas abusivas por parte das companhias aéreas em decorrência da aplicação da Resolução nº 400/2016. O juiz reconhece a validade provisória e condicionada da norma, mas deixa claro que ela não está blindada a revisões, caso a prática regulatória resulte em dano efetivo aos consumidores. Há, portanto, uma postura de deferência judicial moderada e pragmática, que respeita a atuação da ANAC, mas preserva o papel fiscalizador das partes e do Judiciário.

O juiz reconhece que a nova disciplina da ANAC é válida, mas condiciona sua permanência à ausência de práticas abusivas. Isso demonstra que a legitimidade da deslegalização, neste caso, a flexibilização da franquia de bagagem, depende da observância de limites legais e da realidade fática, como o respeito aos direitos do consumidor. Trata-se de uma legitimação condicionada à conformidade prática da norma com valores legais e sociais, típica da subcategoria **legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei**.

O magistrado não revisa de imediato a norma, mas admite que ela poderá ser reavaliada futuramente, caso provas demonstrem a ocorrência de abusos. Isso revela uma atitude de deferência judicial presente, mas não incondicional, reconhecendo a discricionariedade técnica da ANAC dentro de limites jurídicos e empíricos. Trata-se de um exemplo de **contenção judicial com possibilidade de controle posterior**.

Quadro 32 – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

JUIZ FEDERAL ALCIDES SALDANHA LIMA	
DJ 02 Fragmento 18	282. 3. DISPOSITIVO. 283. Ante o exposto, com fundamento na competência conferida pelo Superior Tribunal de Justiça no CC 151.550/CE para decidir sobre medidas de 284. urgência requeridas no âmbito dos processos 0002138-55.2017.4.03.6100, da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, 0000752- 285. 93.2017.4.01.3400, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e 0810187-28.2016.4.05.8300, da 9ª Vara da Seção Judiciária 286. de Pernambuco, DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA DA ANAC para, apreciando o pedido de reconsideração da decisão liminar 287. proferida no processo nº 0002138-55.2017.4.03.6100, veiculado como requerimento de tutela de urgência incidental ao processo de nº 0816363- 288. 41.2016.4.05.8100, determinar o levantamento da suspensão da vigência dos artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução nº 400/2016 da ANAC, 289. ordenada em liminar concedida no processo nº 0002138-55.2017.4.03.6100, restabelecendo a vigência integral do referido ato normativo até 290. o julgamento final do Conflito de Competência nº 151.550/CE pelo Superior Tribunal de Justiça.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

O fragmento 18 da DJ 02, linhas 282 a 290, corresponde ao dispositivo da decisão judicial, em que o magistrado concede a tutela de urgência solicitada pela ANAC para restabelecer a vigência dos artigos 13 e 14, § 2º, da Resolução n.º 400/2016, que haviam sido suspensos por decisão liminar proferida em outro juízo. A fundamentação invoca a competência atribuída pelo STJ no Conflito de Competência n.º 151.550/CE e determina que o ato normativo da ANAC volte a produzir efeitos até decisão definitiva do STJ no referido Conflito.

Ao restabelecer a vigência integral dos dispositivos da Resolução nº 400/2016 da ANAC, o magistrado afirma implicitamente que o ato normativo é válido do ponto de vista jurídico, ao menos até decisão final. Não há qualquer declaração de nulidade ou inconstitucionalidade, o que expressa confirmação da legalidade formal da norma. Revelando o **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória**.

A decisão de revogar uma liminar anterior que suspendia a norma e de manter a regulamentação da ANAC em vigor até julgamento definitivo do STJ expressa confiança na atuação institucional da agência. O juiz presume que o ato normativo é legítimo e compatível com a função da ANAC como reguladora técnica, razão pela qual merece vigorar enquanto não houver decisão em sentido contrário, o que caracteriza deferência judicial à função e competência institucional da agência existindo, assim, um **reconhecimento da legitimidade institucional da agência reguladora**.

O fato de o juiz restabelecer a norma suspensa e não a substituir por critérios judiciais próprios mostra que ele reconhece a discricionariedade técnica da ANAC e entende que o Judiciário não deve, por ora, substituir a avaliação técnica da agência sobre o transporte de bagagens. Essa postura é típica da deferência judicial que respeita o espaço técnico-regulatório revelando a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Esse fragmento é decisivo, pois expressa não só a manutenção da validade da norma da ANAC, mas também a postura do Judiciário de não intervir prematuramente em uma regulação técnica, reconhecendo que o espaço decisório da agência deve ser respeitado enquanto não houver demonstração clara de ilegalidade ou abuso.

A seguir, passa-se à discussão dos resultados obtidos na análise dessa decisão, à luz das 12 (doze) subcategorias analíticas identificadas na DJ 02 (ver Quadro 46, Apêndice B).

6.1.3.1 Discussão dos resultados (DJ 02)

A decisão (DJ 02) reconhece expressamente que a ANAC dispõe de autonomia técnica para deliberar sobre aspectos regulatórios complexos, como o modelo de franquia de bagagem, desde que atue dentro dos limites legais. O magistrado afasta qualquer tentativa de substituição do juízo técnico da agência por uma avaliação judicial de mérito, sustentando que a função do Judiciário não é interferir na conveniência administrativa ou no conteúdo técnico das escolhas regulatórias. Essa compreensão evidencia a valorização da discricionariedade técnica das agências como um limite legítimo à revisão judicial, reafirmando o papel institucional do Judiciário de controle de legalidade, e não de mérito técnico-administrativo.

Essa perspectiva está em conformidade com o entendimento do STF, no qual o Ministro Luiz Fux ressalta:

> Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. (STF, Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF)

Essa citação do Ministro Luiz Fux reforça, em perspectiva institucional, os fundamentos que sustentam a autocontenção judicial diante de escolhas regulatórias tecnicamente justificadas. Ao reconhecer as limitações da capacidade decisória dos tribunais em matérias de alta complexidade técnica, como aquelas tratadas por agências reguladoras, o voto do Ministro não apenas legitima a deferência judicial, mas a insere como elemento necessário à preservação da coerência do sistema regulatório. Trata-se de uma advertência sobre os riscos de que a revisão judicial desprovida de critérios técnicos possa desorganizar o arranjo institucional e comprometer a eficácia das políticas públicas setoriais, sobretudo em áreas que exigem decisões baseadas em prognósticos especializados e avaliações policêntricas. Assim, a posição do STF converge com a linha argumentativa da decisão DJ 02, ao delimitar o papel do Judiciário como garantidor da legalidade, e não como substituto do juízo técnico da administração.

Por outro lado, Stephani Rodrigues de Oliveira e José Osório do Nascimento Neto (2016) afirmam explicitamente a admissão de um controle mais abrangente sobre os atos discricionários. Argumentam que há uma mudança para uma revisão judicial mais ampla, que vai além da mera legalidade para incluir princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Mesmo reconhecendo a separação de poderes e a proibição histórica de revisar o "mérito" dos atos administrativos, os autores defendem um controle judicial forte sobre a liberdade de ação da administração. Para eles, esse controle é fundamental para garantir que tudo esteja dentro da lei, proteger os direitos dos cidadãos e manter os princípios da democracia. Afirmam que o pensamento jurídico e as decisões dos tribunais hoje apoiam uma fiscalização mais ampla, que limita a liberdade da administração dentro do que a Constituição e as leis permitem.

No mesmo eixo argumentativo da decisão está a valorização da expertise institucional da ANAC especialmente nos trechos da decisão em que se verificou a subcategoria deferência à especialização técnica das agências reguladoras. Vê-se que o juiz se baseia em dados técnicos sobre o uso médio de bagagem e nos impactos tarifários apontados pela agência para justificar a revogação da liminar. A especialização técnica da ANAC é tratada como critério de legitimidade das suas decisões, o que justifica a deferência judicial.

Esse entendimento encontra respaldo em Renata Petreli Piae, para quem quando a atividade regulatória é exercida dentro dos limites da lei e em respeito aos valores da Constituição, não deve ser modificada ou anulada pelo Judiciário. Isso garante o respeito à autonomia das Agências Reguladoras em suas decisões técnicas (2024, p. 11). No mesmo sentido, Vanice Valle chama a atenção de que a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo já carrega, de forma implícita, uma ideia de deferência. Isso porque transfere o ônus da prova àquele que contesta o ato, perante os órgãos de controle, a responsabilidade de provar que ele é inválido (Lirio Do Valle, 2020).

Em contraposição, Tercio Sampaio Ferraz Junior (2000, p 2, 3, 9, 11 e 18) argumenta que a especialização não garante, por si só, que as decisões sejam sempre legítimas. Para que tenham validade, é preciso respeitar os limites da Constituição, agir com transparência, buscar eficiência e justificar as ações com base na razoabilidade e nos objetivos definidos em lei. Embora exista um espaço para decisões técnicas, esse poder deve seguir critérios claros e que possam ser avaliados, inclusive pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma perspectiva com a qual concorda a presente pesquisa, na medida em que reforça a ideia de que a deferência judicial não pode ser incondicional, ou seja, a deferência judicial se justifica apenas quando a agência demonstra aplicação clara e fundamentada de critérios técnicos, o que revela racionalidade e consistência na escolha regulatória.

A análise da decisão DJ 02 revela o reconhecimento da legitimidade da deslegalização administrativa, desde que observados os parâmetros mínimos estabelecidos em lei. O magistrado admite a validade da desregulamentação promovida pela ANAC, desde que a medida esteja em conformidade com os princípios constitucionais da ordem econômica e com os limites legais. O magistrado reitera que a função do Judiciário é verificar se tais parâmetros foram respeitados, não os substituir por outros. O juiz reconhece que a ANAC, ao acabar com a obrigatoriedade

da franquia de bagagem, agiu dentro do espaço discricionário, pois pode tomar decisões normativas dentro dos limites previstos na legislação, escolhendo entre diferentes soluções possíveis, desde que respeite os princípios legais e constitucionais. Para ele, o papel do Judiciário não é substituir a análise técnica feita pela agência, mas sim verificar se foram cumpridos os princípios constitucionais, especialmente os que organizam a ordem econômica, como a livre concorrência, a proteção ao consumidor e a busca por eficiência

Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4568. Naquela oportunidade, o STF entendeu que a deslegalização é constitucional, desde que acompanhada de parâmetros mínimos claramente definidos em lei, o que garante o controle jurídico da atividade administrativa mesmo diante de delegações normativas amplas. O STF assentou que normas legais podem atribuir às agências reguladoras competência para detalhar e implementar políticas públicas de elevada complexidade técnica, sem que isso configure renúncia da função legislativa (STF, ADI 4568).

Sob a perspectiva doutrinária, esse posicionamento é adotado por autores que veem na deslegalização uma resposta necessária à complexidade das atividades regulatórias. Segundo Alexandre Aragão, é justificável que certos assuntos deixem de ser tratados diretamente por leis e passem a ser regulados pelas agências, já que envolvem questões técnicas complexas, que exigem conhecimento especializado (2000, p. 291). O autor também afirma que a Administração Pública está mais preparada para acompanhar e avaliar a realidade econômica e social, que é complexa e está em constante mudança (2000, p. 289). Vale mencionar Benedito Porto Neto que sustenta que é legítimo conceder à Administração Pública o poder de editar normas, desde que a própria lei defina previamente critérios objetivos e bem delimitados para orientar essa atuação (2000, p. 291).

Contudo, não há consenso. Segundo Elton Dias Xavier e Elizangela Santos de Almeida, mesmo reconhecendo o valor dos argumentos em favor da deslegalização, mencionam que essa tese não se sustenta. Isso porque, de acordo com a Constituição brasileira, o Poder Legislativo não pode simplesmente abrir mão das funções que lhe são atribuídas, nem as transferir livremente a outros poderes ou órgãos. (Xavier, Almeida, 2013, p. 237).

Por oportuno, cabe ressaltar que o enfraquecimento do Poder Legislativo, aliado ao fortalecimento progressivo do Poder Executivo, evidencia uma crise das instituições representativas e dos procedimentos parlamentares tradicionais, historicamente vinculados aos fundamentos da democracia representativa. Nesse contexto, surge um desafio contemporâneo relacionado à legitimidade e à constitucionalidade de uma quantidade crescente de atos governamentais, os quais têm contribuído para a formação de um sistema normativo excessivamente inflado, fragmentado e, em muitos casos, composto por normas de baixa eficácia e de utilidade social questionável (Castro, 2011. p. 40).

Frisa-se que, no contexto da pós-modernidade, surge o debate sobre uma nova forma de atuação do Estado, conhecida como escolha regulatória. A escolha regulatória é uma categoria jurídica desenvolvida por Sérgio Guerra (Guerra, 2017), que propõe uma alternativa teórica para superar as limitações impostas pela doutrina nacional ao campo da regulação. Diferentemente das escolhas discricionárias tradicionais da administração pública, que costumam se apoiar em critérios de conveniência e oportunidade, a escolha regulatória fundamenta-se em competências técnicas especializadas dos agentes reguladores e em decisões conectadas à realidade concreta. Trata-se de uma escolha construída por meio de um processo participativo, que valoriza a escuta e a atuação dos diversos atores interessados e afetados diretamente pelos efeitos da atividade regulatória.

Conforme explica Sérgio Guerra (2017, p. 416), essa função estatal se mostra mais dinâmica e complexa do que as práticas tradicionais, como a elaboração de leis ou a regulamentação feita diretamente pelo Poder Executivo. Essa mudança ocorre em um cenário marcado pela existência de múltiplos centros de poder e pela ampliação dos direitos individuais, o que gera uma diversidade maior de interesses e pressiona a Administração Pública por respostas mais especializadas.

Diante desse cenário, o autor argumenta que é preciso revisar a forma como se compreende a discricionariedade administrativa, que deve ser exercida de maneira mais objetiva, imparcial e sujeita a controle. A escolha regulatória consiste, assim, no uso da capacidade técnica de órgãos e entidades descentralizados para tratar com maior profundidade os temas sob sua competência, buscando promover equilíbrio no setor regulado. Essa atuação se diferencia das leis aprovadas pelo Legislativo, que geralmente têm caráter mais genérico e abstrato (Guerra, 2017, p. 417).

Vale ressaltar que Artenira da Silva e Silva, Edith Maria Barbosa Ramos e David Abdalla Pires Leal (2018, p. 35-36) mencionam que é possível concluir que a atividade normativa das agências reguladoras não viola os princípios da reserva legal nem da separação de poderes, conforme a interpretação adotada pela doutrina moderna. Aduzem que essa corrente admite a relativização do princípio da reserva legal, ao distinguir entre matérias de reserva absoluta, relativa, formal ou material de lei[24]. Da mesma forma, reconhece que a separação rígida e estanque entre os poderes já não é compatível com a realidade contemporânea. Assim, segundo os autores, a atuação normativa das agências reguladoras como órgãos do Poder Executivo é considerada constitucional, desde que suas normas sejam emitidas de acordo com as diretrizes concretas estabelecidas pelo Legislativo e direcionadas aos objetivos eleitos pelo Parlamento.

Ao restabelecer a validade da Resolução n.º 400/2016, o juiz demonstra confiança na institucionalidade da ANAC, considerando que a agência atuou dentro de suas competências legais. Essa confiança é reveladora de uma deferência não apenas técnica, mas também institucional.

O alcance do controle judicial sobre a discricionariedade administrativa, embora necessário, exige novas formas de reflexão. A separação de poderes, que antes era o principal argumento jurídico contra a interferência dos juízes na administração pública, já não é o único ponto em debate. Hoje, os teóricos também se preocupam com a capacidade técnica (expertise) necessária para lidar com contextos complexos, evitar danos e promover políticas públicas mais democráticas. Diante disso, a abordagem tradicional baseada apenas em conceitos jurídicos mostra-se insuficiente, dando lugar a uma visão mais institucional do problema (Souza, 2013).

---

[24] Reserva Absoluta de Lei: Refere-se a matérias que a Constituição exige que sejam reguladas exclusivamente por lei formal, ou seja, por ato normativo emanado do Poder Legislativo, sem que haja margem para regulamentação por outros atos normativos. São temas de grande relevância que afetam os direitos fundamentais ou a estrutura do Estado, exigindo um processo legislativo específico e determinado; Reserva Relativa de Lei: Permite que a lei estabeleça as linhas gerais sobre determinada matéria, autorizando que atos normativos infralegais (como decretos ou regulamentos das agências) sejam complementados e detalhados. Nesses casos, a lei serve como base e limite, mas não esgota a regulamentação, delegando a especificação para o Poder Executivo ou agências reguladoras; Reserva Formal de Lei: Diz respeito à forma do ato normativo, exigindo que determinada matéria seja tratada por lei em sentido formal (ato do Poder Legislativo), independentemente do seu conteúdo. O foco está no procedimento legislativo; Reserva Material de Lei: Refere-se ao conteúdo da norma, exigindo que certas matérias sejam reguladas por normas que possuam o caráter de lei, ou seja, que sejam gerais e abstratas, independentemente de quem as edite (podendo ser, em alguns casos, atos do Executivo com força de lei, como medidas provisórias, mesmo ou normas de agências reguladoras que detalham a lei) (Artenira *et al*, 2018).

A partir dessas abordagens institucionais, Eduardo Jordão explica que há uma tendência de associar o tipo de decisão administrativa ao grau de controle judicial que deve ser aplicado. O foco deixa de ser se o legislador usou palavras claras ou não ao escrever a lei. O que passa a importar é comparar as capacidades de juízes e administradores para lidar com certos temas. Assim, quando a decisão administrativa envolve questões jurídicas complexas, o controle judicial deve ser mais rigoroso. Mas, se a decisão trata de temas políticos ou técnicos, os tribunais devem adotar uma postura mais respeitosa e cautelosa, ou seja, mais deferente (Jordão, 2016).

> Como se vê, as relações tendenciais (...) fundamentam-se sobre análises institucionais comparativas. O objetivo é alocar poderes decisórios para as instituições mais adaptadas a tomar uma dada decisão, tendo em vista sua natureza. (...) o raciocínio institucionalista convida para uma análise mais pragmática, que leve em consideração as complexidades, incertezas e falibilidades que marcam o mundo real da aplicação do Direito (Jordão, 2016, p. 165).

No trecho citado de Eduardo Jordão o autor enfatiza a importância de um olhar institucionalista e pragmático na análise do controle judicial sobre a administração pública, especialmente em contextos complexos. Ao afirmar que as “[...] relações tendenciais fundamentam-se sobre análises institucionais comparativas”, o autor destaca que o desenho das estruturas decisórias no Estado não deve ser orientado por regras fixas e abstratas, mas sim por uma avaliação contextual e funcional das capacidades institucionais de cada órgão, incluindo o Judiciário, as agências reguladoras e demais atores públicos.

O objetivo, segundo Jordão, é atribuir o poder decisório à instituição mais apta a lidar com determinada matéria, considerando sua natureza, expertise técnica, estrutura organizacional e grau de proximidade com os fatos. Esse raciocínio rompe com modelos jurídicos formalistas e convida à adoção de uma abordagem mais pragmática, sensível à complexidade, incerteza e à possibilidade de erro (falibilidade) que caracterizam o mundo real da aplicação do Direito, especialmente no campo da regulação.

O autor reforça a ideia de que o controle judicial da atuação administrativa deve ser modulado conforme a natureza da decisão e da instituição envolvida, reconhecendo, por exemplo, o espaço legítimo de autonomia técnica das agências reguladoras, sem abdicar do papel de garantir a legalidade e os direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, de uma defesa da intensidade variável do controle judicial, ajustada ao contexto e ao papel institucional de cada ator estatal.

Oportuno mencionar que Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira (2017, p. 223 e 224) também analisa a perspectiva institucional, que foca na comparação entre as capacidades de juízes e administradores. Na abordagem do autor, as decisões administrativas são classificadas em categorias, como jurídicas, técnicas ou políticas, para definir qual deve ser o grau adequado de deferência por parte do Judiciário. No entanto, o autor também chama atenção para os limites dessa proposta, como o risco de simplificar demais a realidade e a dificuldade de classificar as decisões de forma objetiva.

A decisão judicial (DJ 02) sustenta que a Resolução 400/2016 não apresenta qualquer vício de legalidade formal. O magistrado afirma que a norma é compatível com o Código Civil e com as normas regulatórias do setor, destacando que o transportador aéreo possui legitimidade para estipular condições, desde que respeitados os direitos dos consumidores.

Nesse sentido, Artenira da Silva e Silva; Edith Maria Barbosa Ramos e David Abdalla Pires Leal (2018) reforçam que a legalidade formal de uma norma regulatória exige que ela esteja de acordo com a lei. Segundo os autores, um regulamento não pode contrariar o que está previsto em lei. Além disso, o princípio da legalidade deve ser interpretado de forma mais ampliada, abarcando não apenas o que está escrito nas normas, mas também os princípios gerais do direito. Embora reconheçam que as agências reguladoras dispõem de um poder normativo amplo para editar regras gerais e abstratas, os autores alertam que esse poder deve observar os limites estabelecidos na lei de criação da agência. Ainda segundo os autores, as normas emitidas pelas agências precisam apresentar justificativas racionais claras e estão sujeitas ao controle jurisdicional, que deve verificar se estão bem fundamentadas e dentro dos limites legais. Também enfatizam que as agências devem respeitar a divisão constitucional de competências entre os diferentes níveis de governo, reconhecendo que existe uma interdependência e harmonia entre os Poderes, e não uma separação absoluta. Assim, cada Poder, em situações específicas, pode exercer atividades que, em princípio, seriam típicas de outro.

Nessa mesma linha de argumentação, a decisão judicial (DJ 02) entende que a atuação normativa da ANAC, ao editar a Resolução 400/2016, respeitou o marco legal setorial aplicável, o que afasta a alegação de violação ao princípio da legalidade

e valida o exercício do poder normativo com base em lei-quadro e no Código Brasileiro de Aeronáutica. Assim, como já foi abordado, a DJ 02 reconhece expressamente que a Resolução 400/2016 da ANAC está inserida dentro do espaço de discricionariedade administrativa conferido por lei, desde que observados os princípios constitucionais que estruturam a ordem econômica, como a livre concorrência, a eficiência, bem como a defesa do consumidor. Esse entendimento é compatível também com a doutrina de Benedito Porto Neto (2000, p. 291, apud SAMPAIO, p. 344), que considera legítima a competência normativa das agências reguladoras quando respaldada por uma lei que defina parâmetros claros.

Por outro lado, a crítica apresentada por Xavier e Almeida (2013, p. 237-238) diverge do entendimento adotado na DJ 02. Para os autores, a teoria da deslegalização, que sustenta a edição de normas pelas agências com força de lei, seria incompatível com a Constituição brasileira, pois configuraria uma “delegação anômala” de competência legislativa, somente permitida nos casos expressamente previstos nos artigos 62 e 68 da CF. Para esses autores, como já foi mencionado anteriormente, as agências reguladoras não podem criar normas gerais e abstratas que ultrapassem os limites da técnica regulatória a elas atribuída por lei. Em sua visão, a atuação normativa dessas entidades deve restringir-se ao detalhamento técnico das políticas públicas setoriais, sem invadir o espaço normativo reservado ao legislador. Portanto, essa concepção diverge da interpretação adotada na decisão DJ 02, que reconhece como válida a edição de normas por agências desde que respaldadas por uma moldura legal suficientemente definida e em conformidade com os princípios constitucionais aplicáveis.

Ainda conforme Xavier e Almeida (2013, p. 237), a proposta mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro seria aquela que restringe a atuação normativa das agências a atos administrativos de caráter técnico, com aplicação específica e restrita ao seu setor de competência. Essa visão contrasta com a interpretação adotada na decisão DJ 02, que reconhece, ainda que de forma implícita, a validade de um poder normativo mais amplo conferido à ANAC, ao restaurar a eficácia da Resolução 400/2016.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 166) adota uma posição intermediária ao admitir a possibilidade da deslegalização, desde que condicionada a limites legais claros e sujeita a mecanismos efetivos de controle externo. Essa abordagem conciliatória pode ser interpretada como um respaldo indireto à decisão

DJ 02, que considera legítima a desregulamentação promovida pela ANAC, desde que respeitados os parâmetros mínimos estabelecidos em lei. No entanto, a leitura proposta por Moreira Neto exige também um modelo mais estruturado de fiscalização e responsabilização institucional, o que não se verifica de forma explícita na fundamentação apresentada pelo magistrado.

Portanto, embora a DJ 02 assuma como legítimo o exercício normativo da ANAC com base na legalidade e no respaldo técnico-institucional, uma parte da doutrina, como a de Xavier e Almeida, diverge desse entendimento, denunciando um excesso na transferência de poder normativo às agências, incompatível com o sistema constitucional brasileiro. A decisão judicial, portanto, se alinha a uma corrente que compreende o papel regulatório das agências sob uma ótica mais ampla de delegação e deferência institucional, ao passo que há autores que defendem um modelo mais restrito, com foco na separação de competências e na limitação objetiva da atividade normativa das agências.

Oportuno mencionar que a decisão DJ 02 contribui para a discussão ao apresentar uma postura de deferência em relação aos dados técnicos apresentados pela ANAC, como os argumentos da agência sobre impacto tarifário e padrões médios de uso de bagagens, os quais foram aceitos pelo magistrado como fundamentos válidos para a revogação da liminar, sem que houvesse substituição dos critérios técnicos por juízos próprios do Judiciário. Além disso, o juiz reconhece que a retirada da obrigatoriedade da franquia de bagagem se insere no âmbito legítimo da atuação normativa da ANAC, desde que esta respeite os parâmetros legais mínimos e os princípios constitucionais que regem a ordem econômica. Com isso, a decisão valida a transferência de determinadas matérias da lei para o domínio normativo da agência.

Nessa mesma linha, a defesa da legitimidade institucional das agências, que perpassa a decisão judicial analisada, se alinha criticamente à proposta de Sérgio Guerra sobre a superação da concepção tradicional da discricionariedade administrativa (Guerra, 2017). Ao propor que a regulação seja entendida como um espaço de atuação com racionalidade técnica própria, ainda que sujeita a controle jurídico, o autor reforça a distinção entre o papel técnico das agências e o papel normativo e político do Legislativo, conferindo legitimidade às decisões baseadas em expertise regulatória.

Para aprofundar essa análise, é relevante trazer as contribuições teóricas de Júlia Black (2002, p. 172) e Felipe Romero (2023, p. 95), cujas reflexões sobre o

caráter dialógico e interacional da regulação esclarecem aspectos importantes de serem observados na DJ 02. Ambas as abordagens reforçam a legitimidade da atuação normativa da ANAC, a aceitação judicial da sua especialização técnica e o reconhecimento da agência como protagonista na formulação de escolhas regulatórias dentro de um cenário institucional complexo.

De acordo com Júlia Black, a regulação não se limita ao conteúdo formal das normas, sendo também constituída pelo discurso e pelas interações entre os diversos atores envolvidos no processo: reguladores, regulados e sociedade civil. Essa compreensão encontra certo respaldo na decisão analisada, na medida em que o magistrado reconhece a ANAC como autoridade legítima para interpretar e implementar políticas públicas complexas, como a flexibilização da franquia de bagagem. Tal reconhecimento não se deve apenas à legalidade formal, mas também à capacidade da agência de se articular em um ambiente regulatório marcado por múltiplos interesses e pressões concorrentes, operando, portanto, em um espaço contínuo de diálogo institucional.

Felipe Romero (2023, p. 95), por sua vez, complementa essa perspectiva ao descrever o processo regulatório como uma arena dinâmica e plural, composta por múltiplas camadas legítimas de deliberação institucional, onde diferentes atores disputam espaço e influência. Vê-se que o posicionamento adotado na DJ 02 legitima a atuação da ANAC com base na legalidade da norma e na fundamentação técnica que a sustenta. Para o juiz, a Resolução 400/2016 foi construída de forma adequada no contexto institucional e técnico da agência, sem extrapolar os limites do seu poder normativo, o que justifica a prevalência da decisão regulatória frente a outras possíveis interpretações.

Essa compreensão dialógica da regulação também fortalece a ideia de que o domínio técnico e a discricionariedade legítima da agência constituem limites naturais à revisão judicial de mérito. A decisão demonstra sensibilidade quanto aos riscos de substituir a autoridade administrativa especializada por juízos judiciais que, muitas vezes, carecem da mesma base técnica e do mesmo grau de envolvimento institucional com os diversos segmentos afetados pela política regulatória.

Ao revogar a liminar concedida pela 22ª Vara Federal de São Paulo, a Decisão Judicial indica que o ambiente regulatório deve ser compreendido como um espaço dinâmico, sujeito a transformações e interações constantes. Nesse contexto, a atuação da ANAC aparece inserida em um processo decisório de natureza técnica,

legitimada formalmente pela sua competência legal. No entanto, os fundamentos adotados pelo magistrado revelam uma análise restrita ao conteúdo da norma, sem considerar se o processo administrativo que a originou foi suficientemente transparente e aberto à participação dos interessados. Na decisão, não há menção à realização de consultas públicas, audiências ou outros instrumentos que confeririam legitimidade procedimental à regulação em questão.

Parte relevante da doutrina contemporânea destaca que a legitimidade democrática das decisões regulatórias não depende apenas de sua legalidade formal, mas da abertura da agência à participação social. Como já foi mencionado, Pedro Dias (2022) propõe um modelo de regulação que priorize o diálogo e o consenso, com base na transparência e na deliberação coletiva, como forma de produzir normas mais aderentes às necessidades reais da sociedade. Nesse sentido, o procedimento participativo é importante para assegurar tanto a legitimidade quanto a eficácia das decisões regulatórias.

Na mesma linha, Danilo Moraes (2023) sustenta que o controle judicial da atividade normativa das agências deve ser concentrado no cumprimento dos procedimentos legais e na qualidade da motivação apresentada. Para ele, a exigência de motivação qualificada, com base em fundamentos jurídicos e fáticos consistentes e transparentes, é uma ferramenta essencial para equilibrar deferência judicial e proteção de direitos fundamentais. Moraes argumenta que o controle judicial não deve se imiscuir no mérito técnico das decisões administrativas, mas deve ser rigoroso quanto à observância dos requisitos legais e procedimentais.

Esse entendimento se alinha à perspectiva de que o processo de constitucionalização do direito administrativo impôs ao gestor público novas obrigações, voltadas a concretizar o princípio democrático na formulação das normas. Dentre essas obrigações, destacam-se a motivação adequada, o uso de dados empíricos e a promoção de espaços participativos. Assim, decisões judiciais que se limitam a avaliar apenas os efeitos econômicos ou a competência técnica da agência reguladora, sem verificar o cumprimento desses parâmetros, acabam comprometendo ou esvaziando a legitimidade do processo regulatório.

No âmbito da regulação setorial, o controle judicial não deve se restringir à análise do conteúdo da norma ou de seus impactos de mercado. É fundamental que também se verifique se o processo administrativo que deu origem à norma observou os princípios da transparência, da racionalidade técnica e do devido processo legal.

Caso contrário, como se observa na DJ 02, o controle judicial se converte em mera ratificação de decisões administrativas, sem análise crítica sobre os pressupostos que as fundamentam.

Não se discute aqui a necessidade de controle judicial sobre atos normativos das agências reguladoras, pois trata-se de prerrogativa incontornável em um Estado de Direito. A discussão relevante é sobre o modo como esse controle é exercido na prática: quais critérios orientam o grau de deferência, quais exigências recaem sobre a motivação judicial e como o Judiciário avalia a legitimidade do procedimento administrativo.

É nesse ponto que a crítica de André Rodrigues Cyrino (2014) se torna pertinente. O autor ressalta a carência de uma teoria geral sobre os limites materiais da regulação setorial, destacando a ausência de critérios claros para o controle do conteúdo das normas e das escolhas feitas pelas agências. O autor entende que essa lacuna compromete o desenvolvimento de um sistema de controle eficiente e coerente, dificultando a identificação de excessos regulatórios ou de omissões relevantes. A indefinição desses parâmetros fragiliza tanto a autoridade da jurisdição quanto a solidez das políticas públicas regulatórias.

Por sua vez, Patrícia Sampaio (2024) reforça que a constitucionalização do direito administrativo impôs às agências reguladoras uma série de restrições, vinculando-as a princípios expressos e implícitos que limitam seu poder. A autora enfatiza o aumento das exigências procedimentais, como a obrigatoriedade de realizar consultas públicas, e da necessidade de decisões baseadas em evidências e motivadas de forma clara. Sampaio entende que, no Brasil, a superação da doutrina *Chevron* nos Estados Unidos pode servir de inspiração para repensar os fundamentos que justificam a deferência judicial às agências. Em sua visão, o foco deve estar na motivação adequada e no devido processo legal, e não em uma presunção abstrata de legitimidade técnica ou de interesse público – compreensão que esta pesquisa adota como referência analítica.

Para ela, a deferência, se não bem delimitada, pode se tornar um argumento perigoso, aproximando-se da antiga ideia de supremacia do interesse público, criticada justamente por abrir margem à violação de direitos fundamentais. Assim, a autoridade administrativa deve ser respeitada, mas sua atuação precisa ser constantemente verificada quanto à regularidade dos procedimentos e à solidez da fundamentação apresentada.

Diante disso, a principal crítica à DJ 02 reside na superficialidade da análise quanto aos aspectos procedimentais e técnicos da Resolução n.º 400/2016, bem como à fragilidade aparente das evidências apresentadas pela ANAC. O magistrado não menciona sólidos estudos empíricos da ANAC sobre as repercussões da nova escolha administrativa. A reversão da liminar não se apoiou em uma verificação criteriosa da legalidade do processo regulatório que levou à edição da norma. Ao adotar esse caminho, a decisão ignora a importância de o Poder Judiciário assegurar que a Administração Pública respeite o devido processo legal, um dos pilares do controle democrático sobre o Estado regulador. Como alerta Patrícia Sampaio (2024), a deferência, se mal compreendida, pode acabar servindo de escudo para práticas que carecem de legitimidade, podendo aumentar o risco de violação de direitos fundamentais.

Em síntese, com base nas informações sistematizadas no Quadro 48, constante do Apêndice D, observa-se que a decisão DJ 02, embora revele uma postura judicial mais contida do que a DJ 01, não se traduz propriamente em um controle qualificado da atividade normativa da ANAC. A motivação da decisão é classificada como moderada, pois embora reforce a legalidade formal do ato da agência, não exige comprovação técnica consistente nem aprofunda os fundamentos procedimentais que justificam a norma. O uso de evidências técnicas é apenas parcial: o magistrado faz menções pontuais a dados apresentados pela ANAC, mas não há avaliação crítica ou exigência de comprovação detalhada. A participação social, por sua vez, é completamente ausente do julgamento — não se verifica qualquer menção à realização de consulta pública ou à escuta dos afetados pela medida regulatória. Quanto à proporcionalidade, a intervenção judicial se limita a revogar a decisão anterior com base em deferência, mas sem qualquer ponderação mais densa sobre os impactos da norma ou sua razoabilidade. Do ponto de vista procedimental, também não há exame sobre a realização da Análise de Impacto Regulatório (AIR), e a discricionariedade técnica da ANAC é reconhecida apenas de forma genérica, sem respaldo em documentos ou dados objetivos. A fundamentação exigida da agência é, assim, incipiente. Por fim, ainda que a decisão contribua para a manutenção pontual da norma, seu impacto na estabilidade regulatória é limitado, pois não induz a boas práticas de governança nem fortalece os mecanismos de responsabilização institucional. Esses elementos revelam que a DJ 02 ilustra uma deferência formal que, embora mais cuidadosa do que o ativismo da DJ 01, ainda carece de densidade

analítica e compromisso efetivo com os critérios que legitimam o controle judicial da regulação.

Por fim, é importante considerar que a interpretação da decisão judicial deve levar em conta o contexto em que foi proferida, especificamente em abril de 2017, antes da promulgação da Lei nº 13.655/2018. Como já mencionado, essa lei introduziu modificações relevantes à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluindo dispositivos que impõem a consideração das consequências práticas nas decisões administrativas e judiciais. No momento em que foi prolatada a DJ 02, tais diretrizes ainda não integravam o ordenamento jurídico de forma expressa, o que contribui para compreender a abordagem adotada pelo magistrado, menos orientada por exigências de análise de impactos e mais centrada na legalidade formal. Esse recorte temporal é relevante para compreender os limites normativos e institucionais que influenciaram a decisão.

Concluída a análise da DJ 02, com destaque para os aspectos relacionados à legalidade formal da norma regulatória, à deferência judicial, à discricionariedade técnica da ANAC, bem como os limites institucionais e normativos então vigentes, passa-se agora ao exame da terceira decisão selecionada (DJ 03). Diferentemente dos casos anteriores, o conflito judicial ora analisado não trata diretamente da validade de norma de natureza geral e abstrata, mas incide sobre a atuação sancionadora da ANAC no exercício de seu poder de polícia regulatória, que tem por base a Resolução ANAC nº 25/2008, cuja legalidade é questionada. A controvérsia, neste caso, envolve a imposição de sanção administrativa à INFRAERO pela não implementação de equipamento de segurança aeroportuária (detector de traços de explosivos – ETD), suscitando questões sobre os limites do controle judicial sobre exigências técnicas impostas por agência reguladora em matéria de segurança pública.

6.2 A judicialização de sanções regulatórias no setor aeroportuário: análise da exigência de ETD imposta pela ANAC (DJ 03)

No caso em exame, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) ingressou com ação judicial contra a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, requerendo, como pedido principal, a suspensão dos efeitos do processo sancionador da ANAC n.º 60800.020545/2010-29 até o julgamento final da demanda. A INFRAERO solicitou

ainda que a ANAC se abstivesse de inscrever a multa objeto do referido Auto de Infração em dívida ativa e de promover sua inclusão no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN), de modo a viabilizar a emissão da Certidão Negativa de Débitos (CND) ou da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (CPD-EN).

A parte autora alegou, entre outros pontos, que o processo administrativo sancionador conduzido pela ANAC está disciplinado pela Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008. Sustentou que tal normativo apresenta dois tipos de vício: (i) formal, por descumprimento, pela ANAC, do procedimento legal exigido para a edição de atos normativos; e (ii) material, por extrapolar os limites legais atribuídos à agência no exercício de seu poder normativo e de polícia administrativa.

O juízo de primeira instância reconheceu a legalidade da multa aplicada com base na Resolução ANAC n.º 25/2008, entendendo que a norma encontra respaldo na Lei n.º 11.182/2005. Inconformada, a INFRAERO interpôs apelação contra a sentença proferida pela 1ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que havia julgado parcialmente procedente o pedido inicial.

Em suas razões recursais, a INFRAERO reiterou que não haveria respaldo legal para a sanção aplicada e que a Resolução nº 25/2008 apresentaria vício formal, por ausência de prévia audiência pública. Alegou, ainda, que a exigência de instalação de detectores de traços explosivos (ETD) em todos os canais de inspeção seria desarrazoada, considerando que o aeroporto fiscalizado dispunha de um aparelho móvel, capaz de atender a ambos os pontos de controle sempre que necessário, sem prejuízo à segurança da aviação.

Além disso, a autora argumentou que o procedimento sancionador extrapolaria os limites do poder de polícia conferido à ANAC, ao imputar infração inexistente no rol previsto pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA). Com base nesse conjunto de alegações, o caso foi analisado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com especial atenção aos fundamentos jurídicos empregados para avaliar a legalidade dos atos normativos da agência.

No julgamento do recurso, ocorrido em 23 de novembro de 2018, o acórdão registrou a decisão unânime do colegiado pela negativa de provimento à apelação da INFRAERO e o acolhimento da apelação interposta pela ANAC, nos termos do voto do relator. Nesse contexto, destaca-se a importância de examinar os fundamentos adotados pelos desembargadores, sobretudo no tocante à validade dos atos

normativos da ANAC e à suposta adoção de postura deferente por parte da 4ª Turma do TRF da 5ª Região.

A análise desse acórdão (DJ 03) foi orientada pelas duas categorias previamente estabelecidas com base nas perguntas-problemas centrais desta pesquisa: (a) quais fundamentos foram utilizados pelos magistrados para manter a validade dos atos normativos editados pela ANAC? e (b) a decisão adota, de forma explícita, o critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC?

Embora o acórdão aborde questões relacionadas aos limites sancionatórios e à razoabilidade da exigência do ETC imposta pela ANAC, o foco desta pesquisa reside no controle judicial exercido sobre a Resolução n.º 25/2008, considerada em sua natureza de ato normativo. Nesse sentido, não se pretende aprofundar as discussões relativas ao dever de motivação qualificada em casos de sanção administrativa, tampouco examinar o paradoxo da deferência especificamente no âmbito punitivo.

Nesse contexto, a seguir são apresentados trechos do voto do Desembargador Relator. A ideia é destacar os pontos principais do seu entendimento e verificar como ele respondeu às perguntas da pesquisa.

Assim, passa-se à análise de partes específicas do voto, escolhidas por ajudarem a compreender melhor o posicionamento do Tribunal sobre o caso.

Quadro 33 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 1 Voto	1. VOTO 2. O Senhor Desembargador Federal RUBENS CANUTO: (...) 24. Quanto ao primeiro ponto, afasto a alegação de que a Resolução da ANAC contém vício na sua constituição, qual seja, a 25. ausência de realização de audiência pública. É que a apelante alega que a audiência não foi realizada, mas nada 26. comprova nesse sentido. A simples alusão à ausência dessa informação no sítio eletrônico da ANAC não é suficiente à 27. efetiva demonstração de que a audiência pública não ocorreu, notadamente porque, analisando aleatoriamente no sítio 28. eletrônico da ANAC diversas resoluções publicadas entre os anos de 2006 e 2017, não há a informação a respeito da 29. ocorrência ou não de audiência pública, o que leva a crer que essa informação não é veiculada no site, e essa omissão 30. não significa, por si só, que não houve audiência. (...)

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Observa-se no quadro 33, trecho que faz parte do voto do Desembargador Relator. Nas linhas 24 a 30 (fragmento 1, DJ 03) há menção à alegação da apelante de que o ato normativo questionado, qual seja, a Resolução n.º 25/2008 da ANAC conteria vício na sua constituição por ausência de realização de audiência pública. O magistrado rejeita essa alegação ao afirmar que não há provas suficientes, uma vez que a simples ausência da informação no site da ANAC não comprova, por si só, que a audiência pública não foi realizada. Assim, afasta a alegação de vício formal. Ressalta, inclusive, que da observação aleatória do site da ANAC em relação a diversas resoluções publicadas no período de aproximadamente dez anos não foi encontrada qualquer informação a respeito da ocorrência ou não de audiência pública e conclui que isso leva a crer que esse tipo de informação não é veiculada no site, não é considerada evidência suficiente para invalidar o processo normativo. Assim, o magistrado reconhece a presunção de legalidade do ato administrativo, afirmando que a ausência de informação pública não equivale à ausência da audiência. Trata-se de uma validação da legalidade formal do processo regulatório, diante da inexistência de prova de irregularidade procedimental. Há, assim, o **reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória**.

Quadro 34 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 2 Voto	38. Entretanto, essa transferência de atividades à iniciativa privada exigiu a criação pelo Estado de entidades 39. reguladoras dos respectivos setores ante a necessidade de atribuir a elas a função de controle e fiscalização da prestação 40. desses serviços públicos delegados aos particulares por meio de autorização, concessão ou permissão, bem como das 41. atividades econômicas. Para essa função fiscalizatória, foram criadas as agências reguladoras, sob a forma de autarquias 42. especiais, dentre as quais estão a ANEEL, ANATEL, ANP, ANA, ANTT, ANCINE, etc.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 38 a 42 (fragmento 2, DJ 03), aduz o Desembargador Relator que agências reguladoras foram estruturadas como autarquias especiais e receberam a incumbência de exercer o controle e fiscalização sobre a prestação de serviços públicos delegados aos particulares por meio de autorização, concessão ou permissão, além de regular as atividades econômicas.

O trecho citado da decisão revela a fundamentação institucional que justifica a existência e a autonomia das agências reguladoras. Ao reconhecer essa estrutura institucional, o julgador sustenta implicitamente a ideia de que a função regulatória das agências deve ser respeitada pelo Judiciário, salvo em casos de ilegalidade manifesta, portanto, nesse trecho há a **deferência à especialização técnica das agências reguladoras**.

Quadro 35 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 3 Voto	43. Conquanto ainda não tenha sido criada uma lei geral que discipline as agências reguladoras, a doutrina cuidou de 44. apontar algumas características do regime jurídico peculiar dessas agências autárquicas, ainda que sobre isso não haja 45. uniformidade, mas o certo é que as próprias leis específicas que criaram as agências reguladoras fixam as prerrogativas 46. dessas autarquias especiais com o intuito de conferir-lhes maior autonomia (administrativa, funcional e financeira), 47. além do poder normativo (técnico). Dentre as prerrogativas, destacam-se: mandato fixo de seus dirigentes, exercício do 48. poder regulador, maior autonomia técnica e abertura do processo decisório à participação popular (realização de 49. audiências públicas).

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 43 a 49 (fragmento 3, DJ 03), o Relator aponta que em não existindo uma lei geral que discipline as agências reguladoras (em 2017), a própria doutrina, ainda que sem uniformidade, teria listado características que são fundamentais para que as agências reguladoras desempenhem seu papel de controlar e fiscalizar a prestação de serviços públicos delegados aos particulares. Além disso, aduz que as leis específicas que criaram cada uma das agências reguladoras fixaram prerrogativas a esses entes com a finalidade de conferir maior autonomia. Elementos como mandato fixo de dirigentes, autonomia técnica, e mecanismos de participação democrática (como audiências públicas) são citados como fundamentos que sustentam a confiança institucional no processo regulatório. Entre as prerrogativas, lista ainda o poder normativo de caráter estritamente técnico, que para fins desta pesquisa é o que se destaca. Vê-se que o magistrado começa a sinalizar seu posicionamento dentre as tantas teorias existentes sobre os limites e o alcance do

poder normativo das agências. Menciona que tal poder se limita a normatizar questões técnicas.

O trecho destacado explicita elementos institucionais e normativos que justificam a autonomia e a legitimidade técnica das agências reguladoras. Denota-se a **deferência à especialização técnica das agências reguladoras**. Esses argumentos reforçam a posição de que a atuação normativa da ANAC merece presunção de legitimidade técnica.

Quadro 36 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 4 Voto	50. A respeito desses "privilégios" (prerrogativas), leciona HELY LOPES: 51. "No caso das agências reguladoras até agora criadas no âmbito da Administração Federal esses privilégios 52. caracterizam-se basicamente pela independência administrativa, fundamentada na estabilidade de seus dirigentes 53. (mandato fixo), autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e poder normativo (regulamentação 54. das matérias de sua competência). Entendeu-se indispensável a outorga de amplos poderes a essas autarquias, tendo em 55. vista a enorme relevância dos serviços por elas regulados e fiscalizados, como também o envolvimento de poderosos 56. grupos econômicos (nacionais e estrangeiros) nessas atividades." (Direito Administrativo Brasileiro, 28ª ed., SP, 57. Malheiros, 2003, p. 343). (grifos do original)

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 50 a 57 (fragmento 4, DJ 03) o acórdão recorre expressamente à doutrina de Hely Lopes Meirelles para legitimar o desenho institucional das agências reguladoras, enfatizando a necessidade de sua autonomia administrativa, financeira e normativa diante da complexidade dos setores regulados e da atuação de grandes grupos econômicos. O voto acolhe a visão de que essas prerrogativas não são “privilégios”, mas garantias funcionais indispensáveis para assegurar o bom desempenho técnico e imparcial das agências, o que, por consequência, justifica a deferência judicial ao conteúdo normativo por elas produzido. A citação direta de doutrina consagrada serve como fundamento explícito para a manutenção da validade dos atos e da não intervenção judicial, reforçando a tese da especialização e da separação institucional de funções.

Portanto, apesar de não estar expressamente no texto a palavra “deferência”, a decisão adota, de forma explícita, o critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC. Observa-se o **respaldo doutrinário ao modelo de delegação regulatória**.

Quadro 37 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 5 Voto	58. Na espécie, as características da autonomia técnica e do poder regulador conferidas as agências reguladoras, além 59. de estarem imbricadas entre si, têm relação direta com a correta resolução do caso concreto. 60. Explica-se. No que respeita a maior autonomia técnica, as agências reguladoras não vão criar nem definir políticas 61. públicas, mas vão tratar de questões específicas do setor para a qual foram criadas e essa atuação será caracterizada por 62. um alto grau de especialização e discricionariedade técnicas. E, dentro dos parâmetros gerais fixados pela lei que as 63. criaram, terão ampla discricionariedade técnica. Assim, a lei que cria a agência reguladora não irá tratar 64. pormenorizadamente do setor regulado. Ela será uma lei mais ampla, conhecida como leis-quadro (do francês Lois 65. Cadre), sendo assim denominada porque estabelecerá uma moldura dentro da qual a agência reguladora preencherá este 66. espaço se utilizando de critérios técnicos por meio da edição de atos administrativos, fenômeno este conhecido como 67. deslegalização.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 58 a 67 (fragmento 5, DJ 03), o magistrado frisa que a correta resolução do caso em apreço envolve a relação entre autonomia técnica e poder regulador. Isso porque a lei que cria a agencia é geralmente uma lei-quadro (do francês *Lois Cadre*), que estabelece uma moldura geral para o setor, mas não define pormenorizadamente as regras para cada setor. Cabe, assim, à agencia reguladora preencher esse espaço utilizando de critérios técnicos por meio de edição de atos administrativos. Esse fenômeno o magistrado denomina deslegalização.

Uma vez atuando a Anac com base em leis-quadro, que não contêm regramento detalhado, mas sim parâmetros gerais, a agência exerce função normativa complementar com discricionariedade técnica. Ao reconhecer esse arranjo normativo como legítimo, o acórdão valida a constitucionalidade e a legalidade do exercício do poder regulatório da ANAC, mesmo diante de normas abertas e conceitos indeterminados. Há a **validação do exercício do poder normativo com base em**

lei-quadro. Isso reforça o entendimento de que o poder normativo da agência é exercido em conformidade com os limites estabelecidos pela legislação setorial.

O próprio texto do voto afirma que as agências “não vão criar nem definir políticas públicas”, mas “tratar de questões específicas do setor”, com “alto grau de especialização e discricionariedade técnicas”. Essa distinção é relevante para sustentar que o Judiciário não deve substituir os critérios técnicos da agência por seu próprio juízo de conveniência, uma vez que o conteúdo do ato normativo repousa sobre uma competência especializada e remete à **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

Quadro 38 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
	68. Esse fenômeno da deslegalização pode ser definido como a transferência, pelo próprio legislador, de certas 69. matérias do domínio da lei para outras fontes normativas. E isso se justifica em razão de o Legislativo ser incapaz de 70. regulamentar temas com alta complexidade técnica, ocasião em que o próprio legislador delega tal função, por meio de 71. lei, à agência reguladora detentora de especialistas do respectivo setor.
DJ 03	72. Sobre o tema, eis o escólio do professor CARVALHO FILHO:
Fragmento 6	73. "Modernamente, contudo, em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a 74. aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da deslegalização, pelo qual a competência
Voto	75. para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio 76. legislador: a normatização sai do domínio da lei (domaine de la loi) para o domínio de ato regulamentar (*domaine de* *77. l'ordonnance).* O fundamento não é difícil de conceber: incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de 78. alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de 79. instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos." (Manual de Direito 80. Administrativo, 27 ed., SP, Atlas, 2014, p. 59).

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 68 a 80 (fragmento 6), o Desembargador Relator se propõe a definir deslegalização. Para reforçar seu posicionamento, cita Carvalho Filho. Afirma o magistrado que deslegalização consiste na transferência, pelo legislador, de

determinadas matérias que tradicionalmente estariam sujeitas à lei para outras fontes normativas, como atos administrativos. Assim, com apoio doutrinário explícito, reafirma-se a legitimidade do fenômeno da deslegalização como fundamento jurídico para a atuação normativa da ANAC.

Reforça que a transferência da competência regulatória ao poder normativo das agências reguladoras decorre da incapacidade do Poder Legislativo de disciplinar matérias de alta complexidade técnica. Essa transferência é feita com base em autorização legal expressa, o que legitima a atuação normativa da ANAC. A citação da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 59) fortalece esse fundamento ao contextualizar a deslegalização como fenômeno aceito juridicamente e motivado pela necessidade de especialização técnica. Presente está, portanto, a ideia de **respaldo doutrinário ao modelo de delegação regulatória com standards** e a **legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei**.

A doutrina de Carvalho Filho é mobilizada para sustentar que a delegação regulatória a entes especializados não é apenas juridicamente válida, mas também funcionalmente necessária. O magistrado não apenas reconhece a deslegalização, mas justifica por que ela impõe ao Judiciário um dever de deferência frente à atuação técnica da agência. O argumento de que o Legislativo reconhece sua limitação técnica e transfere a função normativa a especialistas é um dos pilares clássicos da teoria da deferência judicial.

Este trecho é particularmente importante para a presente tese porque fornece um exemplo de fundamentação doutrinária e institucional da deferência judicial, validando a atuação normativa da ANAC e delimitando o espaço legítimo do controle judicial.

Quadro 39 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 7 Voto	81. No entanto, tal delegação pelo Legislativo não poderá ser integral, uma vez que a lei-quadro estabelecerá 82. necessariamente o regramento básico (parâmetros), com fulcro em critérios políticos e administrativos, transferindo-se 83. do Poder Legislativo para as agências autárquicas apenas a competência para efetuar a regulamentação técnica, sendo 84. denominado pelo Direito Americano de delegação com parâmetros (*delegation with standards*), como explica 85. CARVALHO FILHO.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 81 a 85 (fragmento 8) o Relator afirma que a delegação legislativa não é integral, ou seja, a lei-quadro define os parâmetros básicos (regramento básico, critérios políticos e administrativos), cabendo à agência apenas a complementação técnica. Esse raciocínio reforça a validade da atuação normativa da ANAC, pois a delegação respeita os limites constitucionais, dentro de um modelo de deslegalização controlada (com parâmetros e standards). Portanto, o fundamento jurídico para validar a atuação normativa da ANAC está baseado na conformidade da delegação legislativa aos princípios constitucionais e ao modelo de lei-quadro, o que legitima a edição de normas infralegais pela agência. Há a **legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei**.

Embora neste trecho o magistrado não mencione expressamente a palavra "deferência", o conteúdo da manifestação demonstra que o Judiciário reconhece que há um âmbito de discricionariedade técnica reservado à agência, decorrente da delegação parcial (com parâmetros) feita pelo Legislativo.

Isso equivale, na prática, a um posicionamento de respeito ao espaço técnico da ANAC: o Judiciário admite que não lhe compete substituir a agência na definição da regulamentação técnica, desde que esta observe os parâmetros legais.

Portanto, o raciocínio expresso pelo magistrado se alinha a um critério implícito de deferência judicial ao núcleo técnico do ato normativo da agência. Há o **reconhecimento da discricionariedade técnica da agência no espaço delimitado pela lei-quadro**.

Quadro 40 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 8 Voto	86. Aliás, o STF, quando do julgamento da ADI 4568, ao reconhecer a constitucionalidade da sistemática que 87. autorizou a Presidente da República a estabelecer o reajuste do valor do salário mínimo por meio de decreto, com base 88. em índices fixados por lei (art. 3º da Lei 12.382/11), entendeu ser também constitucional o fenômeno da deslegalização. 89. Reconheceu-se, pois, ser possível que lei formal não esgotasse minuciosamente o conteúdo dos comandos normativos, 90. de maneira a ratificar a validade de atos infralegais que desenvolvessem o respectivo teor. 91. Para o STF esse rebaixamento do status normativo da matéria - deslegalização - é possível desde que a lei-quadro

	92. traga um princípio claro (parâmetros mínimos) para a atuação do administrador, consistentes na fixação de standards de 93. conteúdo ou de diretrizes políticas que direcionem a atuação da Administração Pública, não implicando essa 94. transferência ao Executivo renúncia do poder legiferante. 95. E isso, como bem registra a Rel. Min. Cármen Lúcia em seu voto, tem origem americana na doutrina do princípio 96. claro (Intelligible Principle Doctrine), através da qual a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana só considera 97. constitucional as delegações operadas por lei que estabeleça parâmetros claros que direcionem a atuação normativa do 98. Executivo. 99. Eis a ementa do referido julgado: 100. "CONSTITUCIONAL. VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO. ART. 3. DA LEI N. 12.382, de 25.2.2011. VALOR 101. NOMINAL A SER ANUNCIADO E DIVULGADO POR DECRETO PRESIDENCIAL. DECRETO MERAMENTE 102. DECLARATÓRIO DE VALOR A SER REAJUSTADO E AUMENTADO SEGUNDO ÍNDICES LEGALMENTE 103. ESTABELECIDOS. OBSERVÂNCIA DO INC. IV DO ART. 7. DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 104. 1. A exigência constitucional de lei formal para fixação do valor do salário mínimo está atendida pela Lei n. 105. 12.382/2011. 106. 2. A utilização de decreto presidencial, definida pela Lei n. 12.382/2011 como instrumento de anunciação e divulgação 107. do valor nominal do salário mínimo de 2012 a 2015, não desobedece o comando constitucional posto no inc. IV do art. 108. 7º da Constituição do Brasil. A Lei n. 12.382/2011 definiu o valor do salário mínimo e sua política de afirmação de 109. novos valores nominais para o período indicado (arts. 1º e 2º.). **Cabe ao Presidente da República, exclusivamente,** **110. aplicar os índices definidos legalmente para reajuste e aumento e divulgá-los por meio de decreto, pelo que não** **111. há inovação da ordem jurídica nem nova fixação de valor.** 112. 3. Ação julgada improcedente." (ADI 4568, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, 113. Processo Eletrônico DJe-065, Divulg 29-03-2012, Public 30-03-2012) (dei ressalto).

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 86 a 113 (fragmento 8, DJ 03), nesse trecho o Relator se refere diretamente ao reconhecimento judicial da legitimidade da deslegalização, com apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 4568). Ele fundamenta a atuação normativa da ANAC como legítima e juridicamente válida dentro do modelo legal de delegação com parâmetros, reforçando também a deferência judicial diante da normatividade técnica administrativa. Observa-se a **legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei**.

Ademais, o magistrado fundamenta a validade dos atos normativos da ANAC com base na jurisprudência da ADI 4568, reconhecendo que a lei-quadro pode transferir competências normativas a entes administrativos, desde que estabeleça princípios e standards mínimos. Esse reconhecimento da constitucionalidade da deslegalização sustenta a tese de que normas infralegais como as da ANAC são válidas desde que operem dentro da moldura prevista pela legislação. Assim, a regulação técnica feita pela agência é considerada uma continuação válida da função legislativa que lhe foi delegada por lei. Esse é o fundamento legal que justifica sua atuação regulatória. Pode-se visualizar o **respaldo doutrinário e jurisprudencial ao modelo de delegação regulatória com standards**.

A decisão não apenas reconhece a legalidade da deslegalização, mas também recorre à doutrina constitucional norte-americana (Intelligible Principle Doctrine) e à jurisprudência do STF como argumentos que justificam uma postura judicial deferente frente a atos administrativos normativos fundados em critérios técnicos e moldura legal mínima. Esse tipo de referência fortalece a ideia de que o Poder Judiciário não deve substituir o juízo técnico da agência por seu próprio critério, desde que os atos estejam embasados em parâmetros previamente fixados em lei.

Quadro 41 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 9 Voto	114. Logo, o exercício moderno do poder regulamentar ou do poder regulador (como preferem alguns para não 115. confundi-lo com o poder regulamentar tradicional) não é apenas o de complementar a lei através da edição de normas 116. de caráter organizacional, mas sim de criar normas técnicas não previstas em lei. E aí é que o poder regulador está 117. entrelaçado como a necessidade de maior autonomia técnica, eis que as agências reguladoras terão ampla margem de 118. discricionariedade técnica para edição de atos infralegais dentro do espaço limitado pela moldura estabelecida pelas 119. leis-quadro.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 114 a 119 (fragmento 9, DJ 03), o Relator reforça que o poder regulador das agências reguladoras está intrinsecamente relacionado com a necessidade de maior autonomia técnica dessas entidades a fim de que tenham ampla margem de discricionariedade técnica para edição de atos infralegais estando estes limitados ao espaço da moldura estabelecida pela lei-quadro e podendo criar normas técnicas não previstas em lei. Observa-se a adoção explícita do critério de deferência judicial, dada a autonomia técnica e a discricionariedade especializada da agência. Nesse sentido, é possível inferir a subcategoria analítica **validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica**.

O magistrado explica que o poder regulador moderno transcende o tradicional papel de regulamentar leis e passa a criar normas técnicas autônomas, embora sempre dentro da moldura fixada por leis-quadro. Ao reconhecer essa forma ampliada de atuação normativa, a decisão legitima expressamente o exercício do poder normativo da ANAC, reforçando sua validade legal e constitucional mesmo na ausência de comando legal minucioso. Isso evidencia a aplicação legítima da deslegalização em contexto regulatório técnico. Infere-se a subcategoria analítica: **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**.

A decisão vincula o exercício do poder regulador à necessidade de ampla discricionariedade técnica das agências, reforçando que essa margem decisória é exercida dentro dos limites da moldura legal. O reconhecimento de que essa discricionariedade é inerente à atuação técnica das agências reguladoras implica a aceitação da impossibilidade de substituição, pelo Judiciário, da lógica técnica da administração por juízo judicial próprio. Isso configura a aplicação do critério de deferência judicial como barreira à revisão da norma pela via judicial comum.

Esse trecho mostra como a decisão do TRF5 opera conceitualmente com a distinção entre regulação tradicional e regulação técnica especializada, e por isso mesmo sustenta a não intervenção judicial quando os atos normativos são tecnicamente justificados e legalmente moldados.

Quadro 42 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO

	120. No caso concreto, da leitura da Lei n.º 11.182/05, que, dentre outras disposições, criou a Agência Nacional de 121. Aviação Civil - ANAC, vinculada ao Ministério da Defesa, vê-se que a referida lei-quadro, ao instituir a ANAC, agência 122. reguladora do setor de aviação civil, fixou os parâmetros mínimos a respeito dos objetivos (art. 6º), das esferas de 123. atuação (arts. 3º e 5º) e das atribuições da autarquia especial em questão (art. 8º). 124. De acordo com o disposto no art. 8º, incisos X, XXI e XXXV, da Lei n.º 11.182/05, compete à ANAC, em sua 125. esfera de atuação, "regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos", "regular e fiscalizar a 126. infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária" e "reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, 127. e aplicar as sanções cabíveis". Ainda, o artigo 47, III, da aludida Lei dispõe que "as atividades de administração e 128. exploração de aeródromos exercidas pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO passarão a 129. ser reguladas por atos da ANAC".
DJ 03 Fragmento 10 Voto	130. Conquanto a Lei 11.182/2005 não estabeleça quais seriam as infrações a que aduz e nem as espécies de sanções 131. aplicáveis, a Lei 7.565/1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, adentra no tema. Entendo que o 132. Código Brasileiro de Aeronáutica se aplica ao caso, na medida em que a ANAC foi criada para regular e fiscalizar as 133. atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária (art. 2º, caput, da Lei 11.182/2005). 134. Por sua vez, o art. 289 da Lei 7.565/1986 estabelece que na infração aos preceitos deste Código ou da legislação 135. complementar sujeitará o responsável às sanções de multa; suspensão de certificados, licenças, concessões ou 136. autorizações; cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações; detenção, interdição ou apreensão de 137. aeronave, ou do material transportado e intervenção nas empresas concessionárias ou autorizadas. No tocante à multa, 138. esta será imposta de acordo com a gravidade da infração (art. 295, Lei 7.565/1986). 139. O Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) ainda prevê, em Capítulo III, que será aplicada multa no caso de "execução 140. de serviços aéreos de forma a comprometer a ordem ou a segurança pública, ou com violação das normas de segurança 141. dos transportes" (Art. 299, caput, II, do CBA). Mais abaixo, no artigo 302, estabelece uma infinidade de condutas que, 142. se praticadas, sujeitariam o infrator à multa. 143. Lendo as hipóteses previstas no artigo 302, do CBA, logo concluo que não se tratam de numerus clausus, mas

	144. sim de exemplos de condutas que podem se enquadrar em algumas das infrações indicadas no artigo 299 do CBA e, por 145. consequência, atrair a aplicação da multa. Veja que as infrações descritas no artigo 299 do CBA estão carregadas de 146. conceitos abertos. No caso concreto, a execução de serviços aéreos de forma a comprometer a ordem ou a segurança 147. pública ou com violação das normas de segurança dos transportes pode atrair uma infinidade de condutas, de 148. modalidades de serviços, desde que vinculados à aviação civil, e uma imensidão de condutas capazes de comprometer a 149. ordem ou a segurança pública. 150. Logo, se em 1986, quando não havia um avanço tecnológico tão significativo, não era possível que o legislador 151. previsse todas as condutas que poderiam ser consideradas infrações às normas de aviação civil, com o passar dos anos 152. essa capacidade de previsão só se distancia mais da atividade legislativa. Sendo assim, é certo que o rol de infrações 153. suscetíveis à multa previstos no artigo 302 do CBA não é fechado, podendo ser complementado por outras normas, 154. inclusive aquelas elaboradas pela ANAC, desde que respeitada a moldura estabelecida pelo CBA (Lei 7.565/1986) e 155. pela Lei 11.182/05. 156. Estabelecidas essas premissas, não há que se falar em descumprimento do princípio da legalidade pela edição da 157. Resolução n.º 25/2008 por parte da ANAC.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 120 a 157 (fragmento 10, DJ 03), o Relator esclarece que, no caso concreto, a lei-quadro Lei nº 11.182/2005, que criou a ANAC, fixou os parâmetros mínimos a respeito dos objetivos, das esferas de atuação e das atribuições desta autarquia especial.

Frisa que, nesta norma, não há expressamente a menção a quais seriam as infrações e nem as espécies de sanções aplicáveis. Entretanto, aduz que, no caso concreto, aplica-se a Lei nº 7.565/1986 que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) e lista as modalidades de infração existentes e estabelece que a multa será imposta de acordo com a gravidade da infração. Afirma que a Lei nº 7.565/1986 prevê no art. 302 uma infinidade de condutas que, se praticadas, sujeitariam o infrator à multa. O Desembargador Relator ressalta que essa previsão do art. 302 referido não é *numerus clausus*, são meros exemplos. Aduz que as infrações previstas no art. 299 do CBA são carregadas de conceitos abertos e esse

artigo, especialmente no seu *caput* e inciso II[25], se aplica ao caso concreto. Acrescenta que no ano da criação da Lei nº 7.565, qual seja, 1986, não havia ainda um significativo avanço tecnológico, não sendo possível ao legislador da época prever todas as condutas que poderiam ser consideradas infrações à aviação civil. Nesse sentido, reforça que o rol constante no art. 302 do CBA não é fechado e pode ser complementado por outras normas, inclusive as elaboradas pela ANAC, desde que respeitada a moldura estabelecida pelo CBA e pela Lei nº 11.182/05. Portanto, conclui que na elaboração da Resolução nº 25/2008 por parte da ANAC não há qualquer ilegalidade.

Esse trecho é rico em fundamentos jurídicos que sustentam tanto a validade dos atos normativos da ANAC quanto a adoção da deferência judicial à sua atuação técnica. Ele articula leis setoriais (Lei nº 11.182/2005 e o Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA), princípios regulatórios e interpretações sobre conceitos abertos.

Ou seja, o magistrado reconhece que a Lei nº 11.182/2005 (lei de criação da ANAC) estabelece parâmetros mínimos claros sobre objetivos, competências e esferas de atuação da agência, especialmente nos arts. 3º, 5º, 6º e 8º. Além disso, articula a atuação normativa da ANAC com o CBA (Lei nº 7.565/1986), reconhecendo que o art. 299 apresenta conceitos abertos cuja aplicação depende de complementação técnica e normativa. A Resolução ANAC n.º 25/2008, portanto, não viola o princípio da legalidade, pois desenvolve comandos normativos presentes na legislação setorial dentro da moldura legal existente. Há a ideia, portanto, de **validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica**.

O acórdão ressalta que o caráter aberto dos conceitos previstos no art. 299 do CBA (como “ordem pública”, “segurança” e “violação das normas”) implica a necessidade de interpretação e complementação normativa especializada, algo que escapa ao legislador e recai legitimamente sobre a ANAC. A decisão reconhece que, dada a evolução tecnológica e a diversidade de condutas reguladas, não seria possível prever taxativamente todas as infrações, o que reforça a legitimidade da agência para normatizar situações novas. Assim, a amplitude da moldura legal justifica

[25] Art. 299. Será aplicada multa de até 1.000 (mil) valores de referência, ou de suspensão ou cassação de quaisquer certificados de matrícula, de habilitação, de autorização ou de homologação expedidos segundo as regras deste Código, nos seguintes casos: (...) II - execução de serviços aéreos de forma a comprometer a ordem ou a segurança pública, ou com violação das normas de segurança dos transportes; (...). Lei nº 7.565/1986.

a discricionariedade técnica da ANAC, e a atuação judicial deve ser deferente, salvo em caso de flagrante ilegalidade, o que não se verifica. Vislumbra-se, assim, a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**

Quadro 43 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 11 Voto	158. Isso porque a atuação da ANAC, ao editar a Resolução n.º 25/2008, pelo menos na parte que previu infrações e 159. elencou multas pela inadequada prestação de serviços aéreos, se deu nos limites da moldura delineada pelas Leis 160. 7.565/1986 e 11.182/05, tendo a primeira estabelecido infrações genéricas (artigo 299) e as respectivas sanções cabíveis 161. (artigo 289), e a segunda atribuído à ANAC, na condição de agência reguladora do setor, a função de disciplinar, dentro 162. de sua discricionariedade técnica, os pormenores e especificidades próprios do setor de aviação civil, conferindo-lhe a 163. tarefa de esmiuçar, por meio de especialistas que compõem o seu quadro funcional, as infrações e sanções previstas de 164. forma genérica pelos arts. 289 e 299 da Lei n.º 7.565/1986, não tendo, portanto, a agência reguladora extrapolado os 165. limites de sua atuação no exercício do poder polícia. 166. No caso concreto, a simples consulta da descrição da infração que ensejou a multa em questão reforça a tese de 167. que a Resolução ANAC n.º 25/2008, na parte que prevê infrações pela inadequação da prestação de serviços por 168. operador de aeródromo, por violação a normas de segurança da aviação civil, foi editada dentro dos limites do poder 169. regulador e da autonomia técnica da ANAC, próprios das agências reguladoras, eis que a aludida infração versa sobre 170. questão eminentemente técnica do setor de aviação civil e encontra fundamento legal na obrigação de o operador de 171. aeródromo executar serviços aéreos sem comprometer a ordem ou a segurança pública e sem violar as normas de 172. segurança dos transportes.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 158 a 172 (fragmento 11, DJ 03), o Relator afirma que, no caso concreto, a infração trata de uma questão eminentemente técnica do setor de aviação civil, encontrando seu fundamento legal na obrigação do operador de aeródromo de executar serviços aéreos sem comprometer a ordem ou a segurança pública e sem violar as normas de segurança. Daí conclui que a Resolução nº 25/2008 na parte questionada no processo, que prevê infrações pela inadequação da prestação de serviços por operador de aeródromo, foi editada dentro dos limites do poder regulador e da autonomia técnica da ANAC, próprios das agências reguladoras

O magistrado afirma que a ANAC atuou dentro da moldura legal conferida tanto pela Lei nº 11.182/2005, que lhe atribui competência para regulamentar e fiscalizar o setor aéreo, quanto pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986), que estabelece infrações genéricas (art. 299) e sanções (art. 289). A Resolução nº 25/2008 teria apenas especificado tecnicamente as condutas passíveis de punição, sem inovar fora dos limites legais. Essa interpretação confirma a validade formal e material da norma, afastando a tese de ilegalidade ou abuso do poder normativo – **validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica.**

A decisão realça que o detalhamento das infrações se deu com base na expertise dos quadros técnicos da ANAC, cuja função é justamente "esmiuçar" os conceitos legais abertos previstos no CBA. Ao enfatizar que a infração tratada é eminentemente técnica, relacionada a normas de segurança da aviação civil, o voto reafirma que o Judiciário não deve substituir o juízo técnico da agência por sua própria lógica. Isso constitui uma manifestação expressa do modelo de deferência judicial em matéria regulatória, sustentada pelo argumento da especialização institucional da ANAC. Nesse contexto, ressalta-se a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**. O magistrado reconhece os limites da atuação do Judiciário no controle de atos normativos técnicos, optando por validar a atuação regulatória desde que fundada em critérios legais e técnicos consistentes.

Quadro 44 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 12 Voto	178. Assim, é certo que a atuação normativa exercida pela ANAC, ao esmiuçar o dever legal de prestação de serviço 179. público adequado, através da edição da Resolução ANAC n.º 25/2008, em seu Anexo III, tabela III, item 10, que 180. descreve como infração administrativa que atenta contra a segurança da aviação civil a conduta de "deixar de 181. disponibilizar instalações, recursos humanos e administrativos apropriados para o funcionamento adequado do Centro 182. de Operações de Emergência, da Assessoria de Avaliação de Risco, e dos grupos de gerenciamento de crise", que é uma 183. execução de serviço aéreo que pode comprometer a segurança pública e viola as normas de segurança dos transportes 184. (art. 299, I do CBA) [*sic*], limitou-se aos parâmetros mínimos de suas leis-quadros sendo, pois, induvidosa sua legalidade e a 185. correta responsabilização da apelante aeroportuária, uma vez que não nega, inclusive em narrativa recursal, a

	186. inoperância dos equipamentos de detecção de explosivos, insurgindo-se apenas quanto à suposta desarrazoabilidade da 187. exigência, o que inviabiliza o êxito da tese recursal.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 178 a 187 (fragmento 12), o Relator reafirma que a Resolução nº 25/2008 observou os limites estabelecidos pelas leis-quadros estando assim correta a responsabilização da apelante aeroportuária. Ressalta, ainda, que a apelante em foco não nega a inoperância dos equipamentos de detecção de explosivos, sendo esse um fato incontroverso. O magistrado frisa que a apelante em questão alega apenas uma suposta desarrazoabilidade da exigência, fato este que o Relator afirma inviabilizar a tese recursal.

A decisão fundamenta a legalidade da norma da ANAC com base em leis-quadro, reconhece sua compatibilidade com os deveres legais de segurança pública e afasta alegações de desarrazoabilidade sob o argumento de que a norma se mantém dentro dos parâmetros legais e técnicos esperados de uma agência especializada.

O voto afirma que a Resolução ANAC n.º 25/2008, ao especificar como infração administrativa o descumprimento de obrigações relacionadas à segurança (como deixar de garantir estrutura e equipe adequadas para o funcionamento do COE, da Assessoria de Avaliação de Risco e dos grupos de gerenciamento de crise), permaneceu dentro da moldura normativa das leis-quadro, particularmente do art. 299 do Código Brasileiro de Aeronáutica. O Desembargador reconhece que a norma não inovou além do permitido, mas apenas operacionalizou deveres legais de prestação adequada de serviço público e segurança aeronáutica, demonstrando que a regulação se deu em estrita conformidade com os limites legais. Portanto, resta claro a **validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica.**

O trecho evidencia que a atuação normativa da ANAC envolveu critérios técnicos específicos de segurança operacional, como a exigência de funcionamento adequado do Centro de Operações de Emergência (COE) e demais estruturas ligadas à gestão de risco. A tentativa da parte apelante de alegar desarrazoabilidade da exigência é afastada, com base na constatação de que os fatos apurados indicam inoperância dos sistemas e descumprimento do dever legal. O juiz, assim, não revisita os critérios técnicos da ANAC, mas apenas confirma sua adequação à moldura legal,

demonstrando deferência explícita à discricionariedade técnica da agência. Reforça-se a **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial**

Esse trecho sintetiza como a decisão judicial reconhece e respeita os limites da intervenção do Judiciário frente à normatividade técnica especializada, consolidando o argumento da judicialização controlada e deferente no âmbito da regulação infralegal.

Quadro 45 – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS CANUTO	
DJ 03 Fragmento 13 Voto	188. Passo à análise do apelo da ANAC.(...) 189. Da análise do título guerreado, vejo que a definição da constituição da mora da demandante somente a partir da 190. negativa de seguimento do último recurso administrativa [*sic*] viola flagrantemente a disposição do art. 398 do Código Civil, 191. o que estabelece que, nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o praticou. 192. Na espécie, tratando-se multa aplicada em razão de conduta que compromete a segurança da aviação (ato ilícito), 193. entende-se que a mora da INFRAERO deve ser constituída desde a notificação da imposição da penalidade a fim de não 194. estimular a interposição de recursos administrativos infundados, tornando-se descabido qualquer benefício no 195. retardamento da mora do infrator pela mera interposição do recurso, evidenciando a necessidade de reforma da 196. sentença. 197. Ante o exposto, nego provimento à apelação da INFRAERO, ao passo que dou provimento à apelação da ANAC 198. para julgar improcedente a demanda. 199. Diante do trabalho despendido nesta fase recursal, majoro a condenação em honorários advocatícios para 11% 200. (onze por cento) sobre o valor atribuído à causa, seguindo os critérios definidos na sentença de piso, nos termos do art. 201. 85, § 11 do CPC. 202. É como voto.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

Nas linhas 192 a 202 (fragmento 13, DJ 03), o magistrado passa a se debruçar sobre a apelação da ANAC. Entende o Relator que a sentença merece reforma a fim de que a mora da INFRAERO seja constituída desde a notificação da imposição da penalidade, na medida em que o art. 398 do Código Civil Brasileiro (CC) estabelece

que nas obrigações provenientes de ato ilícito, como o caso concreto, considera-se o devedor em mora desde que o praticou. Aduz que, assim, não se estimularia a interposição de recursos infundados.

Nesse contexto, o voto do Relator é no sentido de dar provimento à apelação da ANAC e negar provimento à apelação da INFRAERO julgando improcedente a demanda. E, considerando o trabalho despendido na fase recursal, o Relator majora a condenação em honorários advocatícios. De forma que, no acórdão em apreço, a decisão da Quarta Turma do TRF da 5ª Região é proferida, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Este trecho final do acórdão embora se concentre na análise do recurso da ANAC, reforça indiretamente fundamentos das duas categorias analíticas da tese (A e B), principalmente ao confirmar a legalidade da sanção administrativa e reconhecer o caráter ilícito da conduta sancionada.

Ao reconhecer a conduta da INFRAERO como ilícita e a sanção administrativa como legítima, a decisão reitera a validade da Resolução ANAC n.º 25/2008 como instrumento normativo válido para aplicação de penalidade por violação a normas de segurança da aviação civil. O relator valida a eficácia da norma infralegal como forma de detalhamento técnico da moldura legal do Código Brasileiro de Aeronáutica, sustentando assim a plena validade dos atos normativos da ANAC utilizados para fundamentar a penalidade. Evidencia-se a **validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica.**

Ainda que não cite expressamente a deferência judicial nesse trecho, a negação de provimento à apelação da INFRAERO e o provimento ao recurso da ANAC consolidam uma postura de respeito à atuação técnica da agência, validando suas decisões administrativas inclusive quanto ao momento da constituição da mora. O relator, reitera-se, entende que o simples fato da notificação da penalidade aplicada já é suficiente para configurar mora da INFRAERO, sem necessidade de aguardar o esgotamento recursal. Essa postura reforça o prestígio judicial à autoridade técnico-normativa da ANAC, inclusive em sua função sancionatória, e evita o enfraquecimento da eficácia da regulação por via judicial. Pode-se falar em **autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial.**

Este voto contribui para a discussão ao defender que a ANAC, além de possuir competência normativa, também conta com respaldo judicial na aplicação de sanções

técnicas com base em seus atos infralegais, sendo sua autonomia funcional efetivamente reconhecida pelos tribunais superiores.

Portanto, foram identificadas 07 (sete) subcategorias analíticas no organizadas no Quadro 47 que se encontra no Apêndice C em razão de sua grande extensão.

Por oportuno, passa-se agora à discussão dos resultados, com foco na forma como o Tribunal fundamentou a legalidade dos atos normativos da ANAC e incorporou a lógica da deferência judicial à sua análise.

6.2.1 Discussão dos resultados (DJ 03)

A análise do Acórdão da Quarta Turma do TRF5 (DJ 03), com base no quadro de subcategorias analíticas previamente definido, permitiu identificar os fundamentos utilizados pelo tribunal para sustentar a validade dos atos normativos da ANAC e a adoção da deferência judicial. O voto do Desembargador Rubens Canuto parte de uma premissa: a deslegalização é legítima, necessária e funcional em setores marcados por alta complexidade técnica, como o da aviação civil.

O Relator esclarece que a deslegalização é o mecanismo pelo qual o legislador transfere às agências reguladoras a competência para disciplinar matérias de caráter técnico, dentro dos limites previamente traçados pela lei. O relator justifica essa delegação normativa pela complexidade dos setores regulados, como o da aviação civil, e pela constatação de que o Poder Legislativo, diante de suas limitações técnicas e operacionais, não dispõe da mesma capacidade de resposta que as agências especializadas. Assim, a atuação normativa da ANAC é validada como exercício legítimo de poder regulatório dentro de uma “moldura legal ampla” — ou seja, amparada por leis-quadro que conferem diretrizes gerais. Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como exemplifica o voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADI 4568, ao reconhecer a validade da delegação com base na doutrina do “princípio claro” (*Intelligible Principle Doctrine*), desde que a norma legal estabeleça parâmetros mínimos que orientem a atuação administrativa.

A deslegalização é defendida por parte expressiva da doutrina, como Alexandre Aragão (2000, p. 290), para quem o legislador, ao criar normas gerais, pode autorizar que temas técnicos sejam tratados por fontes normativas administrativas. Aragão defende que, diante das exigências práticas por uma regulação social mais rápida e

eficaz, a delegificação deve ser aceita. Para ele, esse mecanismo não se apoia apenas em razões práticas, mas também em fundamentos jurídicos consistentes. O autor argumenta que, se o legislador pode revogar uma norma, também teria poder para reduzir seu nível hierárquico. Ainda, segundo Aragão, a Administração Pública possui melhores condições técnicas para lidar com a realidade econômica e social, que está em constante transformação (Aragão, 2000, p. 289).

Aragão (2000, p. 291-292) ressalta que a delegificação já está constitucionalmente consagrada em diversos dispositivos como nos casos das entidades desportivas privadas (art. 217, I), dos órgãos reguladores dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI), da exploração do petróleo (art. 177, §2º, III), e das universidades (art. 207). Todos esses exemplos mostram que a Constituição já transfere competência normativa para entidades estatais e não estatais (Aragão, 2000, p. 291).

Contudo, essa posição encontra resistência doutrinária. Como já foi mencionado, Xavier e Almeida (2013, p. 237) criticam a tese da deslegalização sob a perspectiva da rigidez constitucional. Para os autores, o Poder Legislativo não pode livremente dispor das funções a ele reservadas, por lei ordinária. Sustentam que apenas as hipóteses excepcionais previstas expressamente — como as medidas provisórias (art. 62), as leis delegadas (art. 68), atos do Conselho Nacional de Justiça (art. 130-B) e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, I). — podem gerar inovação normativa legítima por entes diversos do Legislativo. Assim, qualquer delegação normativa fora desses marcos seria inconstitucional, pois implicaria alteração infraconstitucional de competência constitucionalmente definida.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006) adverte que a regulação não é mera técnica, mas sim uma forma qualificada de exercício do poder do Estado, razão pela qual deve estar sujeita a mecanismos de controle democrático e judicial, sobretudo para evitar captura regulatória e abusos de poder. No entanto, o acórdão em análise ignora os riscos de excessiva deferência e não problematiza a legitimidade democrática dos atos normativos que, embora formalmente válidos, podem carecer de fundamentação substancial.

Nesse ponto, a análise do acórdão revela deficiências. Um primeiro aspecto problemático diz respeito à ausência de comprovação de que a audiência pública foi efetivamente realizada antes da edição da Resolução ANAC nº 25/2008. O relator considera irrelevante o fato de a ANAC não apresentar nenhum documento que

comprove a realização da audiência (Quadro 33), e, mais grave, reconhece a legalidade formal da Resolução da ANAC, afastando a alegação de ausência de audiência pública porque a apelante não provou a ausência da audiência e porque não encontrou registro dessa audiência no site da ANAC (Quadro 33, linhas 24-30). O raciocínio é falho: admitir que não há registro de audiência pública no site da ANAC não justifica presumir que ela ocorreu. O princípio da publicidade, de estatura constitucional, impõe que a Administração comprove o cumprimento dos ritos exigidos, sobretudo quando se trata de norma infralegal que cria infrações e sanções. O déficit de comprovação compromete a legalidade formal da norma e fragiliza a legitimidade do processo regulatório.

A ausência de padrão documental não comprova ocorrência fática. Um raciocínio coerente exigiria indicação nos autos de atas, relatórios ou convocações. Sem isso, há déficit de fundamentação técnica. Quando o órgão regulador não apresenta nenhum documento formal comprovando que realizou a audiência, é abusivo concluir que, por ausência de prova em contrário, ela ocorreu.

Como adverte a doutrina moderna, a constitucionalização do direito administrativo impôs novas exigências procedimentais, entre elas a realização de consultas públicas e a motivação qualificada dos atos normativos. Para Moraes (2023), o controle judicial deve ser concentrado na verificação do cumprimento desses requisitos legais e na consistência da motivação apresentada. O mérito técnico, por si só, não deve ser revisitado, mas a ausência de motivação clara, transparente e baseada em evidências deve ser alvo de controle rigoroso.

A constitucionalização não apenas confere poderes, mas, sobretudo, impõe deveres e limites. Ignorar ou minimizar a ausência de audiência pública é, em essência, enfraquecer um dos mecanismos de controle popular e de legalidade formal que a constitucionalização do direito administrativo buscou fortalecer. Decisões baseadas em evidências e motivadas de forma clara exigem procedimentos transparentes, e a audiência pública é um desses pilares. A falta de comprovação desse pilar abala a legitimidade da presunção de validade da norma.

O acórdão é passível de críticas em outro aspecto. A INFRAERO alegou que dispunha de um equipamento móvel de detecção de traços explosivos (ETD) que atendia suficientemente aos dois pontos de inspeção do aeroporto, o que tornaria desnecessária a exigência de equipamentos fixos em todos os canais. O voto do relator não analisa essa alegação. Limita-se a afirmar que a parte não negou a

inoperância de um dos equipamentos, e que a alegação de desarrazoabilidade não se sustenta (Quadro 44), sem examinar os dados técnicos, estudos comparativos ou parâmetros de razoabilidade da exigência. Não se sabe por que a ANAC exigiu detectores fixos, se havia justificativa técnica.

Isso evidencia uma deferência judicial que beira a abdicação de controle. Como exigir deferência a um juízo técnico sem conhecer sua base empírica? A ANAC apresentou estudos de risco? Dados de custo-efetividade? Comparações com padrões internacionais? O voto não responde. A mera invocação da “segurança da aviação” não supre a necessidade de motivação qualificada, especialmente quando há alternativa menos onerosa apontada pela parte sancionada.

Ademais, ao interpretar o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), o relator adota uma leitura ampliativa dos arts. 289, 299 e 302, ao considerar que o rol de infrações é exemplificativo. Embora essa interpretação possa ser funcional, ela colide com o princípio da legalidade estrita em matéria sancionatória. A “infinidade de condutas” referida no voto exige delimitação normativa clara e prévia, sob pena de insegurança jurídica e arbítrio. O acórdão, contudo, não exige da ANAC qualquer demonstração de clareza e previsibilidade na regulamentação das condutas sancionadas.

Embora seja legítimo reconhecer que o CBA, de 1986, não poderia prever todas as infrações futuras devido ao avanço tecnológico, a interpretação de "conceitos abertos" e de um rol "exemplificativo" deve ser feita com cautela, especialmente em matéria sancionatória. Há um risco de ampliação excessiva do poder sancionatório sem uma base legal específica clara. A presunção de que a ANAC pode "complementar" o rol de infrações do CBA, mesmo sob o manto da "discricionariedade técnica", abre uma margem para a criação de novas infrações por via regulatória, o que pode colidir com o princípio da legalidade estrita em matéria sancionatória (nulla poena sine lege).

Outro ponto criticável é a antecipação da mora da INFRAERO desde a notificação da penalidade (Quadro 45, linhas 189-196), com base no argumento de que isso evitaria recursos administrativos infundados. Essa justificativa inverte a lógica do devido processo legal: a interposição de recurso é um direito do administrado, não um obstáculo ao cumprimento da penalidade. Presumir má-fé ou abusividade sem evidência específica compromete a garantia de ampla defesa e o acesso aos mecanismos administrativos de revisão. Se há abuso do direito de recorrer, existem

mecanismos próprios para lidar com isso (por exemplo, litigância de má-fé), e não a antecipação generalizada da mora.

O voto do Desembargador Rubens Canuto, ao validar a atuação da ANAC, mostra uma coerência interna ao fundamentar a decisão na deferência à expertise técnica e no princípio da deslegalização. Contudo, uma análise mais atenta revela que essa coerência se apoia, por vezes, em suposições que merecem ser mais a fundo questionadas e testadas.

Na DJ 03, há uma clara inclinação a aceitar as conclusões da ANAC sem um exame rigoroso, especialmente quanto à comprovação de formalidades essenciais, como a realização de audiências públicas, e à razoabilidade de certas exigências técnicas. Essa busca por fortalecer a autoridade das agências reguladoras pode ter, sem intenção, diminuído a profundidade necessária na análise dos problemas apontados e do mérito das alegações da apelante, INFRAERO.

A decisão do TRF5 aplica concretamente a deferência ao validar a Resolução ANAC n.º 25/2008, que detalhou infrações e sanções e ao rejeitar o argumento de que a norma era desarrazoada em termos de segurança da aviação civil. Ao agir assim, o tribunal reconhece a autoridade da ANAC para impor penalidades e usar sua experiência para interpretar e aplicar normas amplas, limitando sua própria intervenção judicial a verificar a estrita legalidade.

Nesse contexto, o acórdão do TRF5 adota uma postura de deferência judicial, limitando a revisão dos atos normativos da ANAC. Essa limitação se justifica pela especialização técnica das agências reguladoras que, com equipes qualificadas e independência, teriam uma "presunção de legitimidade técnica" em suas decisões. O voto associa essa autonomia técnica da ANAC à sua ampla liberdade de atuação técnica, restrita apenas pela moldura legal. Essa configuração, para o acórdão, fundamenta a deferência judicial, pois o Judiciário não deve substituir o julgamento técnico da agência pelo seu próprio, a não ser em caso de ilegalidade evidente.

Em apoio a essa visão, o principal teórico que encampa a ideia de que a regulamentação baseada em critérios técnicos implica racionalidade legítima nas escolhas públicas é Dwight Waldo, que defende um governo por técnicos, enfatizando a importância da expertise e do mérito na tomada de decisões burocráticas. Essa corrente parte da ideia que, na regulação, onde predominam critérios técnicos e econômicos, presume-se uma racionalidade legítima nas escolhas públicas. Por isso, o Judiciário deve ser cauteloso, intervindo apenas em casos de arbitrariedade clara

ou violação de direitos fundamentais. No entanto, essa perspectiva está longe de ser unânime. Os críticos argumentam que confiar apenas no conhecimento técnico é insuficiente, pois as questões ambientais geralmente entrelaçam dimensões legais, éticas e sociais. Eles enfatizam a necessidade de tomada de decisão participativa e alertam contra o elitismo na especialização, defendendo reformas institucionais mais amplas. Joel Yellin (1983) argumenta que a expertise técnica, por si só, não é suficiente para garantir a legitimidade das agências. Trazendo como exemplo, o autor aduz que a história da AEC e as críticas do movimento ambiental demonstram que a tomada de decisão dominada por especialistas, sem mecanismos robustos de revisão externa, transparência e consideração de fatores legais e éticos, pode levar a resultados problemáticos e minar a confiança pública. Isso sugere a necessidade de fortes estruturas éticas e mecanismos de supervisão.

Em resumo, o voto do desembargador, ao tentar equilibrar deferência e controle, inclina-se demais para a deferência, tornando menos rígido o controle necessário sobre os procedimentos e a motivação das decisões. Um Judiciário que busca um controle racional e que considere as consequências, conforme as novas diretrizes da LINDB, precisa ir além da simples presunção de validade. É preciso analisar mais a fundo como as decisões regulatórias são tomadas e quais seus impactos reais. O voto analisa a legalidade formal da norma com base em ideias tradicionais (deslegalização, leis-quadro, poder normativo técnico), mas não examina se a norma foi produzida de modo legítimo segundo os parâmetros do direito administrativo contemporâneo, que impõe: justificativa baseada em evidências, motivação consistente e verificável, participação pública efetiva e controle judicial sobre a regularidade dos procedimentos e a lógica da argumentação. O que se observa no voto é uma deferência institucional automática, que aceita a autoridade administrativa sem questionar os limites constitucionais de seu poder de criar normas. Isso mostra uma postura judicial ainda presa a um modelo anterior à Constituição, onde a especialização técnica era vista como suficiente para proteger decisões de uma análise mais rigorosa.

Oportuno tecer comentários sobre os critérios de análise constantes no Quadro 48, Apêndice D, especificamente em relação à DJ 03. Observa-se que a DJ 03 se destaca por adotar uma postura de deferência ampla em relação à atuação da ANAC, sobretudo no que diz respeito à manutenção da sanção imposta à INFRAERO. A decisão judicial parte da presunção de legitimidade da agência, mas não exige da

ANAC comprovação técnica robusta nem fundamentação qualificada. Como destacado no quadro mencionado, a motivação da decisão é fraca, amparada apenas em uma confiança genérica na especialização da agência, sem exame concreto de elementos como a Análise de Impacto Regulatório (AIR), a consulta pública ou os dados técnicos subjacentes à norma questionada. O uso de evidências técnicas é inexistente e a participação social, completamente ignorada, sem qualquer menção ou exigência de demonstração de sua ocorrência. A análise procedimental também está ausente, o que contribui para um controle judicial pouco rigoroso. Embora a decisão tenha impacto alto na promoção da estabilidade formal da norma — por validar integralmente a atuação da ANAC —, o faz sem exigir contrapartidas institucionais, o que compromete a legitimidade da regulação no longo prazo. A DJ 03, portanto, ilustra como a deferência acrítica pode reforçar a segurança jurídica, mas à custa de enfraquecer o papel do Judiciário como instância de controle qualificado.

Importa registrar, por fim, que a análise da decisão deve considerar o contexto normativo vigente à época em que foi proferida (novembro de 2018). O acórdão analisado foi prolatado após a entrada em vigor da Lei nº 13.655/2018, que introduziu relevantes inovações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente no tocante à exigência de avaliação das consequências práticas das decisões administrativas, legislativas e judiciais (arts. 20 a 30). Assim, os deveres hermenêuticos de considerar os impactos concretos das decisões e de apresentar motivação qualificada já se encontravam positivados no ordenamento jurídico. Contudo, como se tratava de alterações recentes, que ainda estavam sendo assimiladas pela doutrina e pelos operadores do Direito, é possível que tal circunstância explique, ao menos em parte, a ausência de uma análise mais aprofundada dos efeitos sistêmicos da decisão. Esse dado histórico contribui para a compreensão dos limites e possibilidades da atuação judicial naquele momento, além de reforçar a importância das inovações introduzidas pela LINDB como mecanismos voltados à racionalização e à responsabilidade institucional no âmbito da jurisdição sobre matérias regulatórias.

Dando prosseguimento às análises das decisões judiciais e a contextualização dos achados, o próximo item sintetiza os resultados obtidos nos três estudos de caso, agora sob uma ótica comparativa.

6.3 Síntese da pesquisa empírica

A presente pesquisa adotou uma abordagem qualitativa, de natureza exploratória e analítica, utilizando a análise de conteúdo categorial temática para investigar como o Poder Judiciário controla os atos normativos editados pela ANAC. Foram selecionadas intencionalmente três decisões da Justiça Federal, significativas pela relevância de suas análises, e a investigação seguiu uma lógica indutiva, partindo da leitura desses casos concretos para formular proposições teóricas mais amplas. O método de estudo de caso comparativo, empregado nesta pesquisa, permitiu examinar as divergências e convergências argumentativas entre as diferentes decisões judiciais, possibilitando inferências sobre os critérios jurídicos e institucionais adotados pelos magistrados.

A análise comparativa das decisões judiciais DJ 01, DJ 02 e DJ 03 permite compreender como o Judiciário brasileiro tem controlado a atividade normativa da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Considerando a doutrina contemporânea (SAMPAIO, 2024), que critica a aplicação abstrata da deferência judicial e ressalta a importância de fundamentos técnicos sólidos, motivação adequada, devido processo legal e procedimentos participativos, identificam-se padrões distintos nessas decisões.

Especificamente, as decisões DJ 02 e DJ 03 exibem diferentes graus de deferência à ANAC (diferença sutil, mas significativa). Por outro lado, a decisão DJ 01 se destaca por uma abordagem mais ativismo. Cada uma dessas decisões reflete uma compreensão particular sobre o papel institucional da agência reguladora, revelando as tensões inerentes à interação entre o Poder Judiciário e os órgãos reguladores no Brasil.

Nas decisões analisadas, observa-se a coexistência de dois padrões decisórios predominantes, que marcam a atuação do Judiciário diante da atividade normativa da ANAC. Por um lado, nota-se um padrão que tende a reforçar a autonomia técnico-normativa da agência, alicerçado na ideia de deferência judicial à expertise administrativa. Por outro, emerge um padrão que, sob a justificativa de proteção ao consumidor e da juridicidade, impõe limites mais incisivos à atuação regulatória da agência.

O primeiro padrão legitima o uso de normas infralegais baseadas em leis-quadro e reconhece a deslegalização como um instrumento válido diante da complexidade técnica do setor aéreo. Há o reconhecimento da discricionariedade

técnica da agência como limite à revisão judicial, pois o Judiciário não deve substituir o juízo técnico do regulador por sua própria valoração, a menos que haja ilegalidade manifesta. A justificação para essa postura reside limitação da capacidade institucional dos tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias complexas, e no risco de que a revisão judicial cause efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória. Este entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 4568) e em doutrinadores como Alexandre Aragão (2000, p. 290-291), que defendem a racionalidade presumida das escolhas públicas em campos técnicos.

Já o segundo padrão tende a revisar o mérito técnico das resoluções da ANAC, com base em princípios constitucionais, como a defesa do consumidor. Essa abordagem judicial proativa prioriza a proteção do consumidor, adotando uma leitura ampliada da função jurisdicional e fundamentando-se na dignidade do consumidor e no dever estatal de assegurar direitos fundamentais. Ocorre uma crítica à omissão da agência em fixar padrões mínimos de proteção e à ausência de critérios objetivos na norma regulatória. Adicionalmente, há um questionamento da racionalidade econômica da agência e da caracterização de certas práticas como “venda casada”, sem uma análise dos dados técnicos e dos impactos de mercado. Embora motivado por valores constitucionais, esse padrão pode ser interpretado como um ativismo judicial que se afasta da deferência à expertise da agência e pode comprometer a estabilidade regulatória. Esses dois padrões decisórios evidenciam uma tensão estrutural entre regulação técnica e controle judicial.

Esta tese defende que a legitimidade institucional da agência não é absoluta, podendo ser comprometida por fatores como captura regulatória e corrupção. Enfatiza-se que a atuação administrativa deve ser constantemente verificada quanto à regularidade dos procedimentos e à solidez da fundamentação, e que o controle judicial deve focar nos requisitos legais e processuais, sem adentrar o mérito técnico (MORAES, 2023).

Dessa forma, a pesquisa aponta que o equilíbrio entre deferência e controle depende de fundamentação adequada nas decisões judiciais e da observância dos limites normativos traçados pelas leis de regência. Entende-se que o Judiciário, ao exercer sua função revisora, deve atuar como instância de aperfeiçoamento da regulação, e não como substituto da racionalidade técnica, sob pena de comprometer a efetividade regulatória e a segurança jurídica no setor da aviação civil. Ao cumprir

adequadamente essa função, o Judiciário contribui para o aprimoramento da atuação administrativa, estimulando o gestor público a observar as crescentes exigências de caráter procedimental e a fundamentar suas decisões com base em evidências, inclusive por meio de instrumentos como a a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

As análises das decisões — DJ 01 (suspensão liminar da franquia de bagagem), DJ 02 (reversão da suspensão da franquia) e DJ 03 (manutenção da multa contra INFRAERO) — indicam a ausência de um padrão consolidado de deferência judicial à ANAC, gerando incerteza interpretativa e dificultando a previsibilidade e estabilidade regulatória. Os julgados analisados demonstram variações significativas quanto à profundidade do controle judicial, especialmente, no tratamento conferido à deferência, ao ativismo judicial, à discricionariedade técnica e à visão institucional do papel das agências.

6.3.1 DJ 01: O Ativismo Judicial Pautado pela Proteção do Consumidor

A DJ 01 adota uma postura marcadamente intervencionista. O magistrado, ao suspender liminarmente os artigos da Resolução nº 400/2016 da ANAC, que tratavam da cobrança de despacho de bagagem, demonstra uma atuação para além do controle de legalidade estrita. Não há deferência à expertise técnica da ANAC neste julgado. Ao contrário, a decisão prioriza uma leitura protetiva dos direitos dos consumidores, mesmo que isso implique uma revisão substancial da política pública, postura típica do ativismo judicial.

A relevância da discricionariedade técnica na presunção de legitimidade dos atos da ANAC é minimizada. O juiz rejeita a lógica econômica da agência, classificando-a como "especulativa" e priorizando os imperativos constitucionais de proteção ao consumidor. A decisão argumenta que a ANAC, como parte do Poder Executivo, tem o dever de proteger o consumidor de forma prioritária, independentemente de considerações econômicas. Essa visão simplifica o papel institucional das agências reguladoras, que, diferentemente de órgãos de defesa direta, devem equilibrar múltiplos interesses públicos e privados em setores complexos. O juiz demonstra uma concepção de separação de poderes que permite ao Judiciário intervir quando a Administração falha em seu dever protetivo.

Na DJ 01, há superficialidade ao desconsiderar os elementos técnicos e procedimentais que sustentaram a edição da norma, tais como os dados empíricos utilizados na Análise de Impacto Regulatório (AIR) e a realização de consulta pública.

O magistrado aponta a ausência de critérios objetivos e a omissão da ANAC em garantir padrões mínimos de proteção. Contudo, a própria DJ 01 não aprofunda a análise dos procedimentos da agência, limitando-se a constatar a falta de garantias efetivas ao consumidor e a criticar a ausência de dados concretos que justifiquem a desregulamentação. A decisão utiliza inclusive informações da imprensa sem assegurar o contraditório, o que compromete a validade processual da própria fundamentação judicial.

A visão institucionalista, que considera a ANAC como uma entidade técnica capaz de fazer ponderações complexas, é substituída por uma lógica judicial que prioriza a proteção imediata do consumidor, mesmo sem uma análise cuidadosa das consequências sistêmicas da suspensão da norma. Há uma ausência de deferência judicial, substituída por um juízo de valor sobre o mérito da política pública, típico do ativismo judicial.

6.3.2 DJ 02: Deferência e a Afirmação da Racionalidade Regulatória

Em contraste, a decisão DJ 02 revoga a liminar anteriormente concedida, reconhecendo a validade da atuação da ANAC na edição da Resolução n.º 400/2016. Embora revele um movimento de maior deferência à agência, tal postura parece concentrar-se na verificação da legalidade formal do ato, sem avançar para uma análise mais densa de sua legitimidade substantiva. A DJ 02 confunde o cumprimento de regras básicas, de legalidade formal, com a solidez e validade substantiva do ato normativo.

O magistrado afasta qualquer tentativa de substituir o juízo técnico da agência por uma avaliação judicial de mérito. Reconhece a autonomia técnica da ANAC para deliberar sobre aspectos regulatórios complexos, desde que dentro dos limites legais. A relevância da discricionariedade técnica da agência é afirmada, e a decisão se baseia em dados técnicos supostamente apresentados pela ANAC sobre o uso médio de bagagem e os impactos tarifários.

A DJ 02 demonstra uma compreensão adequada da separação de poderes, defendendo que o Judiciário não deve "legislar" nem criar regras híbridas. A decisão

legitima a deslegalização, com parâmetros mínimos previstos em lei, aceitando que a retirada de conteúdo da esfera legal para a infralegal é válida, desde que observados os princípios da ordem econômica. O juiz reconhece que a ANAC atua no equilíbrio entre a atividade empresarial e o interesse público. A reversão da suspensão da norma apoia-se na validação da política regulatória com base em critérios técnicos e econômicos, bem como na constatação de que a decisão liminar anterior foi *ultra petita*.

A crítica à superficialidade procedimental, tão marcante na DJ 01, mostra-se menos proeminente na DJ 02. Embora a decisão não mencione explicitamente a realização de consultas públicas ou audiências, aceita alguns dados técnicos da ANAC como válidos, o que sugere uma presunção de que o procedimento tenha sido adequado, ou de que a comprovação da racionalidade técnica se sobreponha à demonstração detalhada dos ritos participativos. A visão institucionalista se evidencia quando o juiz enfatiza que imposições de custos excessivos por decisões judiciais podem comprometer a sustentabilidade das companhias aéreas a longo prazo.

Tratando-se de uma apreciação de pedido incidental em tutela de urgência, a DJ 02, embora respeite a atuação da ANAC, admite a possibilidade de revisão futura caso se comprovem práticas abusivas.

6.3.3 DJ 03: Deferência à especialização e limites sancionatórios

A decisão DJ 03, acórdão da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, também adota uma postura de deferência à especialização técnica da ANAC, mas em um contexto de atuação sancionatória. O voto mantém a legalidade de uma multa imposta pela ANAC à INFRAERO, rejeitando a tese de vício formal na edição da Resolução ANAC nº 25/2008 (ausência de audiência pública) e de desarrazoabilidade da exigência técnica relativa ao detector de traços explosivos (ETD). Considera-se a relevância da discricionariedade técnica na presunção de legitimidade dos atos da ANAC.

O desembargador relator valida a deslegalização como fenômeno necessário diante da complexidade técnica do setor, no qual a lei-quadro estabelece diretrizes gerais e a agência preenche os detalhes com base em sua expertise. O precedente da ADI 4568 do STF é invocado para justificar essa delegação com parâmetros

mínimos. A separação de poderes é interpretada de modo a resguardar o espaço técnico do regulador.

A crítica à superficialidade da análise dos procedimentos é mais evidente na DJ 03, especialmente quanto à audiência pública. O voto desconsidera a falta de comprovação da realização da audiência pela ANAC, argumentando que a simples ausência de informação no site não prova sua não ocorrência. Essa inversão do ônus da prova e a fragilidade do raciocínio merecem críticas, pois se distanciam das exigências de transparência e motivação qualificada no direito administrativo contemporâneo. A decisão também falha em analisar a razoabilidade da exigência do ETD, deixando de examinar a alternativa móvel proposta pela INFRAERO e aceitando a justificativa da ANAC sem maior aprofundamento técnico.

A visão institucionalista da DJ 03 justifica a deferência pela complexidade do setor e pela capacidade especializada da ANAC. No entanto, essa deferência é tão ampla que desconsidera a necessidade de um controle mais rigoroso sobre os procedimentos e a substância das decisões técnicas, especialmente quando elas impõem ônus significativos. A decisão também adota uma interpretação ampliativa do Código Brasileiro de Aeronáutica em matéria sancionatória, o que pode colidir com o princípio da legalidade estrita.

Em comparação, a DJ 01 (primeira instância) se mostra a mais ativista com forte priorização do consumidor e análise superficial dos aspectos procedimentais e econômicos da regulação, focando nos impactos percebidos. A DJ 03 (segunda instância), por sua vez, adota uma deferência significativa, validando a autonomia técnica da ANAC e a deslegalização, mas incorre em uma análise superficial dos procedimentos e da razoabilidade de exigências específicas. Já a DJ 02 (primeira instância, com competência definida pelo STJ) busca um ponto intermediário, com uma deferência qualificada e pragmática, reconhecendo a autonomia da ANAC, mas com a possibilidade de revisão futura caso se comprovem abusos. Trata-se da decisão que mais explicitamente incorpora o reconhecimento de alguns elementos técnicos apresentados pela ANAC para fundamentar seu posicionamento. Embora se entenda que a menção a tais dados seja insuficiente para conferir plena legitimidade à decisão, sua consideração já representa um avanço em relação à DJ 03, na qual sequer houve referência a fundamentos técnicos da agência.

Ao não exigir da ANAC a devida fundamentação procedimental e a apresentação de dados técnicos criteriosos nos autos, o Poder Judiciário acaba por

legitimar a ausência de transparência e responsabilidade da própria agência. Se o Judiciário defere à expertise, deveria, no mínimo, exigir que essa expertise fosse demonstrada de forma transparente e verificável nos autos do processo administrativo e judicial. Ao apontar essa lacuna nas decisões judiciais (especialmente na DJ 03), revela-se um problema que a doutrina precisa aprofundar: a "deferência cega".

Comparando as três decisões, nota-se que nenhuma delas promove um exame aprofundado dos procedimentos de elaboração normativa da ANAC, tampouco problematiza com vigor os fundamentos técnicos das resoluções questionadas. Em todas as decisões, a ideia de discricionariedade técnica é tratada de forma limitada: às vezes como um obstáculo à defesa do consumidor (DJ 01), outras como uma simples formalidade (DJ 02), ou até como algo que nem chega a ser discutido (DJ 03). Ao negligenciar a avaliação da participação social qualificada e omitir-se quanto à existência ou não de análise de impacto regulatório, o Judiciário enfraquece sua função de controle, contrariando os critérios normativos e procedimentais defendidos pela doutrina contemporânea.

Sob uma lente construtivista, essas decisões mostram um Judiciário que oscila entre ser ativista em excesso e acomodado, aceitando com facilidade as decisões das agências sem adotar um critério claro. Quando a ideia de deferência não é bem delimitada, ela pode servir como pretexto para validar atos administrativos inadequados. Ao não exigir justificativas sólidas (motivação substantiva) e um processo bem fundamentado (racionalidade procedimental), o Judiciário abdica de seu papel de guardião das garantias constitucionais.

A perspectiva da ANAC em relação às repercussões internas das decisões judiciais, embora não explicitada nas fundamentações analisadas, seria de grande relevância. Decisões como a DJ 01 (suspensão liminar) geram instabilidade regulatória, afetam o planejamento das companhias aéreas e podem ser vistas como invasão indevida na autonomia técnica da agência, com consequente insegurança jurídica e aumento de custos para o setor. Por outro lado, decisões como a DJ 02 e a DJ 03 — que validam a atuação da ANAC, ainda que com ressalvas — contribuem, no curto prazo, para o fortalecimento da autoridade institucional da agência, permitindo-lhe exercer seu mandato regulatório com maior previsibilidade e segurança jurídica.

Ao conferir respaldo às escolhas técnicas da ANAC, essas decisões tendem a incentivar a implementação de políticas públicas sem temor de reversões arbitrárias.

No entanto, ao deixarem de enfatizar a observância dos procedimentos participativos e a exigência da motivação qualificada, perdem a oportunidade de induzir boas práticas regulatórias, como a realização da Análises de Impacto Regulatório (AIR) e a adequada justificação técnica das decisões administrativas. Assim, abrem mão de exercer um controle judicial mais consistente e alinhado às exigências do modelo regulatório contemporâneo.

No que concerne à análise comparativa das decisões judiciais constantes no Quadro 48 (Apêndice D), observa-se uma variação no modo como o Poder Judiciário exerce o controle sobre a atividade normativa da ANAC, sem que se consolide um padrão claro de exigência institucional ou técnica. A DJ 01 representa um caso de ativismo judicial desproporcional, substituindo o juízo da agência por um argumento genérico de defesa do consumidor, sem qualquer análise técnica ou procedimental. A DJ 02 adota uma postura deferente, reconhecendo a autonomia da ANAC, mas sem exigir comprovação consistente da fundamentação técnica, nem aprofundar o exame dos procedimentos regulatórios — uma deferência formal que assegura estabilidade pontual, mas pouco contribui para o aperfeiçoamento da governança regulatória, como já foi dito. Já a DJ 03 ilustra o outro extremo: valida integralmente a atuação da agência com base em uma confiança presumida, sem qualquer cobrança de motivação qualificada, evidência técnica ou participação social, ainda que proferida sob a vigência da LINDB. Essa deferência ampla reforça a estabilidade da norma no curto prazo, mas à custa de um controle judicial enfraquecido e sem compromisso com a legitimidade substantiva.

O contraste entre essas decisões evidencia a falta de critérios consistentes por parte do Judiciário, o que compromete tanto a previsibilidade das políticas públicas quanto a formação de um modelo de controle mais exigente, tecnicamente orientado e sensível aos limites democráticos da atuação das agências reguladoras.

A manutenção de padrões decisórios conflitantes continua a ser um desafio para a ANAC, que precisa atuar em um ambiente no qual sua autoridade é ora reconhecida, ora questionada de forma incisiva, muitas vezes sem critérios claros para essa modulação judicial. A incerteza jurídica enfrentada pela agência e pelos regulados dificulta a previsibilidade normativa e a estabilidade regulatória. A insegurança judicial afeta diretamente a capacidade de planejamento regulatório de médio e longo prazo, especialmente em temas sensíveis como segurança operacional, proteção do consumidor e estrutura tarifária.

Em síntese, a análise comparativa dos três casos revela que o controle judicial da atividade normativa da ANAC ainda carece de maturidade argumentativa, consistência procedimental e alinhamento com os padrões de legitimidade exigidos pela administração pública contemporânea. A superação da doutrina *Chevron* nos EUA deve servir de alerta: deferência não é sinônimo de submissão, mas exige do Judiciário compromisso com a racionalidade técnica, o devido processo e o respeito mútuo entre os Poderes. A crítica aqui apresentada não busca deslegitimar o controle judicial, mas ressaltar a necessidade de seu aprimoramento, a partir de uma cultura institucional que valorize a fundamentação qualificada, a escuta pública e a coerência normativa.

Diante das fragilidades estruturais que marcam o sistema jurídico brasileiro — como a formação generalista da magistratura, a ausência de aparato técnico qualificado nos tribunais e a baixa institucionalização de parâmetros objetivos para avaliação de normas técnicas — torna-se temerário propor um modelo de controle judicial idealizado. Nesse contexto, esse trabalho propõe um direcionamento mais modesto, porém realista: reconhecer que a atuação judicial sobre normas infralegais deve ser limitada, mas vinculada a padrões mínimos verificáveis de legalidade procedimental, transparência e participação.

A proposta não é desenhar um novo modelo abstrato, mas identificar os limites dentro dos quais o Judiciário pode exercer uma função de controle que seja minimamente eficaz e institucionalmente legítima. Para isso, é preciso deixar claro que a especialização das agências não pode operar como escudo para a ausência de fundamentação pública, tampouco o argumento da discricionariedade pode ser usado para encobrir processos decisórios opacos, tecnicamente frágeis ou desprovidos de participação efetiva. O Judiciário, mesmo sem expertise técnica equivalente, tem o dever constitucional de exigir que as decisões administrativas sejam fundamentadas com base em critérios racionais e acessíveis ao controle externo — e não apenas formalmente justificadas.

O papel do Judiciário, portanto, deve concentrar-se na verificação da legalidade procedimental: se houve processo adequado de consulta pública, se a análise de impacto regulatório foi apresentada e devidamente considerada, se os fundamentos técnicos foram publicizados e estão minimamente coerentes com os objetivos legais da regulação. Ao contrário de um modelo idealizado, o que se impõe é uma atuação

judicial modesta, mas firme: que não interfira no mérito técnico, mas condicione a validade da norma à observância de parâmetros mínimos de governança regulatória.

Essa abordagem permite que o controle judicial atue como uma instância de integridade institucional, não para decidir tecnicamente o que a agência deve fazer, mas para garantir que as escolhas técnicas estejam baseadas em procedimentos legítimos, evidências acessíveis e justificativas racionais. Ao mesmo tempo, evita-se o risco de um Judiciário ativista ou paternalista, que substitui a lógica administrativa por um juízo normativo externo e potencialmente desinformado. Esse caminho também exige reconhecer os limites democráticos da atuação judicial.

A crítica de Carvajal Gaibor (2014) à judicialização excessiva como vetor de concentração de poder em uma elite contramajoritária ganha relevo aqui: a revisão judicial de atos normativos não pode assumir ares de correção moral ou técnica da Administração. Por isso, a proposta da tese não é fortalecer a posição do Judiciário como instância suprema de racionalidade, mas reafirmar seu papel como instância de controle jurídico, capaz de exigir que o processo regulatório se mantenha dentro dos trilhos normativos que lhe conferem legitimidade: motivação pública, coerência procedimental e transparência decisória.

Em suma, a tese rejeita tanto a deferência irrestrita quanto o intervencionismo que desconsidera a complexidade técnica envolvida na regulação. Propõe, em seu lugar, um critério de atuação judicial baseado em exigências procedimentais mínimas, que possam ser verificadas sem depender de conhecimento técnico aprofundado, assegurando um padrão básico de racionalidade e legitimidade na produção normativa pelas agências reguladoras.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DESAFIO DE CONTROLAR SEM SUBSTITUIR, LEGITIMAR SEM ABDICAR

Esta tese examinou os limites e desafios do controle jurisdicional sobre a atividade normativa da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), inserida em um setor regulado que combina alta complexidade técnica, constante mutação e forte impacto social. A análise concentrou-se em três decisões judiciais (DJ 01, DJ 02 e DJ 03), todas relativas à legalidade de atos normativos da agência, com o objetivo de identificar como o Judiciário tem atuado diante da judicialização crescente de escolhas regulatórias.

A pesquisa partiu do reconhecimento de uma lacuna ainda não superada: a indefinição quanto aos critérios substantivos e procedimentais que devem orientar a revisão judicial de normas infralegais produzidas por agências reguladoras. Embora haja amplo reconhecimento jurisprudencial da legitimidade institucional das agências, persistem incertezas sobre o alcance de sua competência normativa e, sobretudo, sobre quais balizas o Judiciário deve adotar ao exercer sua função revisora. A investigação, portanto, não pretendeu oferecer uma resposta definitiva ou um modelo normativo ideal, mas contribuir com uma análise crítica das práticas judiciais concretas, evidenciando padrões, omissões e tensões que atravessam esse campo ainda em construção.

O estudo empírico mostrou que não há um padrão claro ou bem definido nas decisões judiciais analisadas sobre o controle da atividade normativa da ANAC. As três decisões (DJ 01, DJ 02 e DJ 03) seguem caminhos distintos: a primeira intervém de forma direta, a segunda atua com maior cautela e formalidade, e a terceira confia amplamente na agência sem uma análise crítica aprofundada. Essa diversidade de posturas compromete a segurança jurídica e prejudica a previsibilidade necessária para que as políticas regulatórias se mantenham estáveis e legítimas. Além disso, nenhuma das decisões examina com profundidade os procedimentos de elaboração das normas, o que evidencia uma falha no controle judicial da racionalidade da atuação administrativa.

Na DJ 01, o juiz adotou uma postura mais intervencionista, utilizando a defesa do consumidor como principal argumento, sem considerar adequadamente os aspectos técnicos da regulação feita pela ANAC. A decisão não se preocupou em analisar os dados adotados pela agência, nem os procedimentos adotados na

formulação da norma. Limitou-se a criticar a ausência de garantias ao consumidor e a questionar a suposta falta de justificativas para a mudança na franquia de bagagem. Trata-se de uma intervenção baseada mais em impressões do que em uma análise detalhada do processo regulatório.

A DJ 02 mostrou maior respeito à autonomia técnica da ANAC. O juiz reconheceu que a agência possui competência para lidar com temas complexos do setor aéreo, desde que respeite os limites legais. Ele aceitou a deslegalização da norma e validou sua edição com base em requisitos mínimos previstos em lei, destacando o papel da ANAC na mediação entre os interesses econômicos e o interesse público. Mesmo assim, essa confiança na agência baseou-se em verificações predominantemente formais, sem exigir uma explicação técnica detalhada. A decisão menciona dados sobre uso médio de bagagem e o impacto nas tarifas, mas não analisa criticamente essas informações. Também não discute a existência de participação pública adequada, nem se a agência realizou uma Análise de Impacto Regulatório (AIR). Ainda assim, foi a decisão que mais incorporou elementos técnicos, embora de forma limitada.

A DJ 03 seguiu um caminho de confiança quase total na ANAC, sem avaliar de maneira concreta se a exigência feita à INFRAERO era razoável ou devidamente fundamentada. O juiz utilizou argumentos genéricos, com base na especialização técnica da agência, mas sem verificar se o processo foi transparente, se houve participação pública ou se existiam alternativas menos onerosas. A decisão recorreu a conceitos como deferência e deslegalização, porém sem aplicá-los de forma crítica ao caso concreto. No final, aceitou integralmente a posição da ANAC sem questionar os fundamentos que a sustentam, o que enfraquece o controle judicial e a legitimidade da norma.

Esse conjunto de decisões mostra que o Judiciário ainda não aplica, de forma consistente, critérios para avaliar as escolhas normativas das agências. Em vez de realizar uma análise equilibrada, que considere tanto os limites do controle judicial quanto a necessidade de garantir decisões administrativas bem fundamentadas, o Judiciário oscila entre a intervenção apressada e a confiança cega. O problema, portanto, não está na ausência de um modelo ideal, mas na falta de práticas mais exigentes e coerentes no exame das decisões das agências.

Quando o controle judicial sobre as agências reguladoras se apoia apenas em verificações formais ou se satisfaz com presunções abstratas sobre sua legitimidade

técnica, o que se observa não é deferência, mas omissão. Nessa dinâmica, o Judiciário deixa de exercer plenamente o papel que lhe cabe: o de verificar, com rigor e responsabilidade, se as escolhas administrativas atendem aos padrões mínimos de legalidade, coerência e responsabilidade pública. Ao abdicar dessa tarefa, enfraquece-se o equilíbrio institucional que sustenta o Estado Democrático de Direito.

Essa crítica, no entanto, não deve recair exclusivamente sobre os juízes, como se fossem os únicos responsáveis por um controle judicial tímido ou insuficiente. O debate sobre os limites do controle judicial precisa partir do reconhecimento das dificuldades estruturais envolvidas. As agências, embora revestidas de autonomia e especialização, operam à margem dos mecanismos tradicionais de representação democrática. Sem mandato popular ou responsabilização direta perante os eleitores, tornam-se vulneráveis a distorções diversas — que vão da inércia burocrática à captura por interesses organizados.

O discurso da expertise não pode ser naturalizado como sinônimo de legitimidade. A técnica, quando apartada de exigências de transparência, participação e fundamentação, transforma-se em blindagem. O problema não reside em a agência decidir com base em critérios técnicos — isso é esperado —, mas em apresentar esses critérios como se fossem neutros, apolíticos e incontestáveis, o que oculta decisões de grande impacto sobre direitos, recursos e prioridades sociais.

Ao Judiciário não se exige que refaça escolhas regulatórias, mas que exija explicações. Seu papel não é substituir o técnico, e sim garantir que o técnico preste contas. Isso implica não aceitar decisões mal justificadas sob o manto da especialização, nem transformar a deferência institucional em passividade judicial. A legitimidade da atuação regulatória depende da abertura ao controle, e esse controle, para ser efetivo, exige que o juiz questione, cobre e, se necessário, desfaça atos administrativos que violem os requisitos mínimos de um processo decisório legítimo.

Diante da complexidade da atividade regulatória e dos riscos associados à captura, à opacidade decisória e ao uso do formalismo técnico como barreira ao controle, torna-se necessário repensar os critérios que orientam a atuação judicial. Não se trata de substituir a decisão da agência pela do juiz, mas de reforçar a obrigação institucional do Judiciário de submeter essas escolhas a um exame fundamentado da sua legalidade, racionalidade e integridade procedimental.

A deferência, nesse contexto, não é um salvo-conduto. Ela só se justifica quando a agência demonstra ter seguido processos abertos, formulado justificativas

consistentes e respeitado os marcos legais que legitimam o exercício do poder regulatório. Aceitar afirmações técnicas sem verificação independente ou sem exigir motivação adequada significa abdicar do controle judicial, e não exercê-lo.

Essa crítica não ignora os limites do Judiciário, nem despreza o valor da deferência como princípio de respeito institucional. Ela apenas ressalta que a deferência precisa estar condicionada a deveres mínimos de justificação pública. O juiz não deve revisar o conteúdo técnico das escolhas administrativas, mas deve questionar se essas escolhas foram construídas sobre argumentos verificáveis, respeitaram os procedimentos participativos e mantêm coerência com os compromissos constitucionais que vinculam a Administração. Quando esse exame é substituído por presunções genéricas de legitimidade, o controle judicial perde substância e cede espaço a práticas administrativas imunes à crítica democrática.

Essa visão se insere em uma perspectiva institucionalista, que entende o Judiciário como parte integrante do sistema constitucional, responsável por assegurar que o exercício da regulação, embora tecnicamente denso, permaneça submetido a critérios jurídicos públicos e verificáveis. Não se trata de rivalizar com a agência, mas de garantir que seu poder seja exercido com integridade decisória e dentro dos limites constitucionais.

A regulação, ainda que envolva conhecimento especializado, não é atividade puramente técnica; ela é exercício de poder, com implicações sociais e econômicas relevantes, razão pela qual precisa ser controlada nos termos do Estado Democrático de Direito.

Rejeita-se, assim, uma leitura rígida da separação de poderes. A experiência institucional mostra que há sobreposição de funções normativas entre o Legislativo, as agências e, em certos casos, o próprio Judiciário. A desregulamentação da franquia de bagagem, por exemplo, revelou como diferentes instâncias podem atuar simultaneamente sobre o mesmo tema.

Nessa engrenagem institucional, o Judiciário deve agir com prudência, mas não com omissão. Cabe-lhe corrigir excessos, exigir fundamentação adequada e garantir que as escolhas regulatórias respeitem os limites constitucionais, sem impor sua própria visão sobre qual deveria ser a política pública.

A pesquisa empírica permitiu mapear padrões argumentativos no controle judicial da atividade normativa da ANAC. A partir da análise das três decisões examinadas, observou-se uma tendência de reconhecimento abstrato da legitimidade

da agência, mas pouca atenção aos aspectos procedimentais que deveriam sustentar suas normas. Elementos como a realização efetiva de consultas públicas, a incorporação crítica da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e a exigência de motivação técnica qualificada foram amplamente negligenciados.

Esse padrão revela uma deficiência no controle judicial, que permanece centrado na legalidade formal e evita examinar em profundidade a racionalidade do processo regulatório. Em última análise, o que está em jogo não é apenas a validade da norma, mas a qualidade institucional das escolhas públicas que lhe deram origem.

A análise das decisões judiciais sobre normas da ANAC revelou um padrão recorrente de fundamentações frágeis e justificativas pouco desenvolvidas, indicando uma cultura decisória ainda pouco comprometida com a racionalidade procedimental. Esse déficit, embora reconhecido, é pouco explorado na literatura sobre regulação do setor aéreo e permanece como um ponto cego no debate jurídico.

Reconhecer essa deficiência não implica desconsiderar a complexidade técnica que caracteriza o setor, nem ignorar as limitações institucionais do Judiciário. É evidente que a regulação do transporte aéreo exige certo grau de autonomia decisória, mas isso não deve ser confundido com blindagem contra o controle público. A especialização técnica não dispensa a obrigação de justificar decisões com base em critérios verificáveis, tampouco pode ser invocada como escudo contra a exigência de transparência e legitimidade.

A crítica aqui apresentada rejeita tanto o intervencionismo judicial desinformado quanto a deferência acrítica. Defende-se que o Judiciário assuma uma postura de controle responsável, capaz de distinguir entre decisões administrativas fundamentadas e meras alegações técnicas não demonstradas. Para tanto, não é necessário que o juiz domine o conteúdo técnico da norma, mas que verifique se ela foi produzida de forma procedimentalmente íntegra, com justificativas consistentes e abertura à participação pública.

Esse enfoque aproxima-se de debates internacionais que vêm questionando modelos de deferência judicial automática, como o que prevaleceu nos Estados Unidos sob a doutrina *Chevron*. Embora o contexto brasileiro exija soluções próprias, a lição é clara: a deferência só é legítima quando respaldada por práticas decisórias sujeitas a controle institucional. Sem isso, ela se converte em abdicação.

Em vez de propor um modelo idealizado, esta pesquisa busca evidenciar as falhas do controle judicial atualmente praticado e ao sugerir caminhos para seu

aprimoramento. O Judiciário pode desempenhar papel relevante nesse processo, não como instância substitutiva da regulação, mas como guardião de padrões mínimos de racionalidade pública. Para tanto, deve exigir que a administração regulatória fundamente suas escolhas, respeite os processos legais e aja em conformidade com os princípios constitucionais que orientam a boa governança.

A maneira como a ANAC percebe os efeitos das decisões judiciais sobre sua atividade normativa evidencia um ponto sensível da relação entre regulação e controle judicial. Determinações como a proferida na DJ 01, ao suspender liminarmente uma norma vigente, não apenas desorganizam o ciclo regulatório, mas também comprometem a previsibilidade institucional necessária à continuidade das políticas públicas no setor aéreo.

Do ponto de vista da agência, intervenções dessa natureza afetam diretamente sua capacidade de planejar e coordenar medidas de médio e longo prazo, gerando riscos operacionais e jurídicos para os entes regulados e desequilibrando a dinâmica entre deferência técnica e controle jurisdicional.

Em contrapartida, decisões como a DJ 02 e a DJ 03, ao manterem a validade dos atos normativos da agência, mesmo que por fundamentos distintos, tendem a reforçar sua autoridade institucional. Ainda que tais decisões não realizem um exame aprofundado dos procedimentos regulatórios, o reconhecimento formal da legitimidade da atuação da ANAC reduz a exposição da agência a interferências pontuais e favorece um ambiente de continuidade regulatória.

Entretanto, a ausência de critérios judiciais estáveis compromete esse equilíbrio. A alternância entre invalidações sumárias e validações pouco fundamentadas gera um cenário de incerteza normativa, no qual a margem de atuação da agência se torna fluida e imprevisível. Essa instabilidade impacta de forma direta a elaboração de políticas públicas em áreas críticas — como segurança operacional, estrutura tarifária e direitos do consumidor —, que demandam coordenação técnica consistente e horizonte institucional estável.

Embora os tribunais, em muitos casos, evitem elaborar uma doutrina explícita de deferência, o padrão de contenção judicial adotado em decisões como a DJ 02 e a DJ 03 revela uma prática de confiança presumida na especialização técnica da agência. No entanto, essa deferência implícita, quando não acompanhada de critérios teóricos claros nem de exigências procedimentais mínimas, enfraquece a capacidade do Judiciário de exercer um controle efetivo. Em um setor de alta complexidade

técnica e sensível impacto econômico, como o da aviação civil, essa lacuna decisória aprofunda o déficit de controle institucional e prejudica a credibilidade tanto da agência quanto do próprio sistema de freios e contrapesos.

A efetiva aplicação dos preceitos da LINDB ao controle judicial da regulação apresenta-se como uma oportunidade relevante, mas ainda não plenamente realizada. Embora a norma traga comandos que buscam elevar o nível de racionalidade decisória — como a exigência de análise de consequências, o dever de ponderação institucional e a necessidade de fundamentação qualificada —, sua influência concreta na jurisprudência permanece limitada.

A simples existência de dispositivos legais não garante sua efetividade. O desafio real está na superação de práticas judiciais marcadas pelo formalismo e pela resistência a formas mais densas de argumentação. Em muitos casos, persiste uma tendência de substituir, de modo pouco refletido, a discricionariedade técnica da Administração por juízos judiciais que ignoram os limites institucionais do próprio Poder Judiciário.

A mudança necessária não é apenas normativa, é cultural. Requer a formação continuada de magistrados em temas regulatórios, o fomento ao debate crítico nas escolas de magistratura e universidades, e, sobretudo, a consolidação de precedentes que utilizem efetivamente os dispositivos da LINDB como instrumentos de controle judicial, e não como meros adornos retóricos. A internalização desses parâmetros depende da capacidade institucional do Judiciário de reconhecer seus próprios limites, sem abdicar da tarefa de exigir da Administração Pública o cumprimento de seus deveres constitucionais.

Não se discute aqui se o Judiciário deve ou não controlar os atos normativos das agências, essa é uma função inerente ao sistema de freios e contrapesos. A questão é como esse controle deve ser exercido: quais critérios são legítimos, qual o grau de deferência compatível com o Estado de Direito, e até que ponto a especialização técnica justifica a limitação da revisão judicial. A falta de balizas claras sobre esses pontos contribui para decisões arbitrárias ou contraditórias, que fragilizam tanto a previsibilidade regulatória quanto a legitimidade institucional do próprio Judiciário.

Nesse sentido, Patrícia Sampaio (2024) oferece uma crítica pertinente ao uso indiscriminado da noção de deferência. Para a autora, não é a deferência abstrata que deve nortear o controle judicial, mas a análise da motivação concreta do ato: sua

coerência com os fatos, sua aderência aos fundamentos jurídicos aplicáveis e seu respeito ao devido processo legal.

Quando usada sem rigor, a ideia de deferência corre o risco de replicar a lógica da antiga supremacia do interesse público — justamente o discurso que, historicamente, serviu para justificar atos estatais pouco transparentes e lesivos a direitos fundamentais. O alerta é claro: a deferência só é legítima quando condicionada a um padrão mínimo de racionalidade substantiva e integridade procedimental.

A análise das decisões judiciais enfrentadas nesta pesquisa evidenciou a carência de critérios minimamente consistentes para o controle jurisdicional da atividade normativa das agências reguladoras. Diante dessa constatação, mais do que propor um modelo fechado de atuação judicial, a contribuição que esta pesquisa pode oferecer é a formulação de parâmetros críticos que ajudem a qualificar a revisão judicial sem recorrer a esquemas idealizados ou fora da realidade institucional brasileira.

O ponto de partida é o reconhecimento de que a expertise técnica das agências, embora relevante, não pode operar como escudo para blindagem decisória. O conhecimento especializado precisa ser publicamente demonstrado, submetido ao contraditório e justificado com base em critérios verificáveis. A autoridade da agência deve decorrer não apenas de sua especialização, mas da forma como fundamenta suas escolhas e se abre ao escrutínio público.

O domínio técnico, por si só, não é critério suficiente de legitimidade. O Judiciário, por sua vez, não tem como vocação reavaliar o mérito técnico das decisões administrativas, tampouco dispõe de estrutura adequada para isso. No entanto, isso não o exime da responsabilidade de verificar se houve respeito a parâmetros mínimos de integridade procedimental: justificativas claras, análise de alternativas, consideração de impactos relevantes e observância dos ritos de participação.

O que se espera, nesse sentido, não é uma deferência incondicional, mas um controle exigente do processo decisório — uma deferência que justificada não pelo conteúdo da decisão, mas pela qualidade dos fundamentos que a sustentam.

A jurisprudência brasileira ainda não incorporou, de forma robusta, os comandos da LINDB que impõem à Administração a análise de consequências e a demonstração de motivação racional. O mesmo ocorre com a judicialização da regulação, que ainda privilegia uma leitura formal da legalidade, em detrimento de um

controle orientado pela racionalidade substantiva. Para avançar, seria necessário construir — a partir da prática forense, da reflexão acadêmica e da formação de magistrados — uma cultura de controle que leve em conta as especificidades da regulação setorial, sem abrir mão dos compromissos democráticos que regem a atuação administrativa.

Nesse contexto, experiências estrangeiras, como a crítica à doutrina *Chevron* nos Estados Unidos ajudam a problematizar modelos que, sob o pretexto de respeitar a expertise, terminam por neutralizar o controle judicial. Não se trata de importar soluções, mas de aprender com os erros e reconhecer que, mesmo em sistemas maduros, a deferência excessiva pode gerar opacidade, captura regulatória e erosão de direitos.

A discussão sobre o papel do Judiciário na regulação não comporta respostas simples, tampouco permite a construção de modelos universais ou fórmulas fechadas. A contribuição que se busca oferecer aqui é mais modesta: identificar pontos cegos da atuação judicial, propor critérios orientadores para o controle procedimental e reforçar a necessidade de uma abordagem institucionalista que articule técnica, legitimidade e responsabilidade pública. Trata-se de um convite à reflexão contínua, e não à adesão a um novo paradigma normativo.

A regulação administrativa, embora amparada em expertise técnica, envolve decisões que impactam direitos fundamentais, distribuições de recursos e prioridades sociais. Trata-se, portanto, de um exercício de poder que não pode ser tratado como neutro ou meramente técnico. A legitimidade dessas decisões depende não apenas do conteúdo técnico, mas também da forma como são justificadas, abertas ao contraditório e fundamentadas em critérios públicos. O controle judicial, nesse cenário, funciona como um mecanismo de abertura institucional, capaz de promover responsabilidade e impedir que o discurso técnico oculte escolhas valorativas não explicitadas.

Essa compreensão também exige superar visões rígidas da separação de poderes. Na prática da regulação contemporânea, especialmente em setores complexos como o da aviação civil, há sobreposição e complementariedade entre as competências do Legislativo, das agências e do Judiciário. A judicialização da desregulamentação da franquia de bagagem, por exemplo, revela como decisões normativas podem ser simultaneamente objeto de deliberação no Congresso, de regulamentação pela ANAC e de revisão pelos tribunais. Essa configuração não

representa uma disfunção, mas reflete a natureza interdependente da governança regulatória.

Autores como Eduardo Jordão (2016) e Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira (2017) argumentam que o grau de controle judicial deve ser calibrado de acordo com as capacidades institucionais dos atores envolvidos. Essa abordagem institucionalista contribui para uma atuação judicial mais sensível às limitações e competências dos órgãos reguladores, ao mesmo tempo em que preserva os deveres fundamentais de verificação da legalidade, da coerência argumentativa e da aderência procedimental das decisões administrativas.

A regulação deve ser compreendida como um campo de deliberação compartilhada, no qual diferentes instituições dialogam, disputam e cooperam na construção de normas legítimas. Conforme observam Júlia Black (2002) e Felipe Romero (2023), esse campo é plural e dinâmico, exigindo que o Judiciário atue não como protagonista técnico, mas como instância de controle que zela pela integridade procedimental e pela coerência institucional das decisões regulatórias.

No caso da ANAC, isso implica reconhecer a legitimidade normativa tanto do Congresso quanto da agência em temas sensíveis, cabendo ao Judiciário assegurar que essas escolhas respeitem os marcos constitucionais, estejam devidamente justificadas e não ultrapassem os limites legais. Essa atuação não exige um Judiciário “coordenador” da interpretação institucional, mas sim um tribunal atento aos sinais de disfuncionalidade decisória, como a ausência de motivação técnica, a negligência quanto à participação social ou a desconsideração de impactos relevantes, exercendo um controle que contribua para o aperfeiçoamento progressivo da regulação sem comprometer sua autonomia técnica.

À luz do que foi analisado, merecem atenção as alterações introduzidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, especialmente no que diz se refere à exigência de motivação qualificada das decisões administrativas e à consideração de suas consequências práticas. Embora esses dispositivos tenham potencial para influenciar tanto a atuação das agências quanto a do Judiciário, seus efeitos concretos ainda dependem de mudanças na cultura institucional, as quais não se operam por simples reforma legislativa. A persistência de decisões judiciais com baixa densidade argumentativa e pouco engajamento com os fundamentos técnicos das normas regulatórias indica que a transição para um modelo mais responsivo e consequencialista permanece incipiente.

Para o Judiciário, aplicar com seriedade os parâmetros da LINDB requer mais do que referência genérica à norma. Exige um esforço deliberado de superação do formalismo decisório, com maior atenção à coerência argumentativa, aos impactos regulatórios e à razoabilidade procedimental. No entanto, essa exigência esbarra em limitações reais — como a sobrecarga dos tribunais, a formação predominantemente generalista dos magistrados e a ausência de estrutura especializada para lidar com a complexidade técnica de certos setores.

Essa realidade impõe cautela quanto à expectativa de que o Judiciário possa, por si só, corrigir os déficits de legitimidade da atuação regulatória. Parte da doutrina — como Carvajal Gaibor (2014, p. vi-vii) — adverte que a transferência de decisões substantivas para juízes que não detêm mandato eletivo e não se submetidos ao escrutínio direto da cidadania pode gerar efeitos antidemocráticos. Tal crítica relativiza a noção, por vezes idealizada, do Judiciário como instância compensadora do déficit democrático das agências, ao evidenciar também suas próprias fragilidades institucionais.

Do ponto de vista metodológico, esta pesquisa enfrentou uma limitação importante: a ausência de acesso direto aos autos administrativos da ANAC. Essa restrição limitou a análise ao conteúdo dos acórdãos judiciais, sem permitir a verificação concreta da qualidade da Análise de Impacto Regulatório (AIR) nem da efetividade dos mecanismos de participação pública que teriam antecedido a edição das normas questionadas. Essa limitação impediu um cotejo mais robusto entre a atuação da agência e a forma como ela foi avaliada pelo Judiciário. Além disso, não foram examinadas decisões das cortes superiores sobre os casos selecionados, o que poderia ter contribuído para uma leitura mais abrangente dos padrões de controle judicial em matéria regulatória.

Apesar dessas restrições, o recorte empírico adotado permitiu identificar tendências argumentativas relevantes, evidenciar assimetrias nas posturas judiciais diante da regulação setorial e destacar lacunas importantes na fiscalização da racionalidade administrativa. A contribuição da pesquisa não consiste em oferecer um modelo normativo acabado, mas em chamar atenção para a necessidade de revisão crítica das práticas judiciais diante da crescente complexidade da atuação normativa das agências reguladoras.

Futuras pesquisas sobre o controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras podem avançar não apenas pela ampliação temática para outros setores,

mas pelo aprofundamento crítico de suas limitações institucionais. O crescente protagonismo judicial em temas como inteligência artificial, proteção de dados e regulação ambiental impõe desafios adicionais, dada a velocidade de transformação desses campos e o alto grau de incerteza que os caracteriza. Nesses contextos, a atuação do Judiciário requer mais do que cautela interpretativa: exige consciência de seus próprios limites, especialmente quando as decisões envolvem escolhas técnicas com implicações políticas e distributivas relevantes.

A atuação de órgãos como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pode desempenhar papel importante na definição de critérios mínimos para esse controle, mas é preciso reconhecer que a concretização de parâmetros como os previstos na LINDB ainda depende de uma transformação lenta e incerta na prática decisória da magistratura.

A análise das decisões examinadas revela um Judiciário que, embora exerça formalmente sua função de controle sobre a atuação normativa da ANAC, muitas vezes o faz de modo superficial, fragmentado ou inconsistente. A DJ 03 exemplifica esse padrão, ao validar a decisão da agência com base em premissas genéricas, sem exigir a demonstração efetiva de que os procedimentos legais e os fundamentos técnicos da norma foram adequadamente observados. A ausência de exigência quanto à Análise de Impacto Regulatório (AIR), à participação pública ou à motivação qualificada indica uma aplicação ainda tímida — quando não meramente simbólica — das diretrizes introduzidas pela Lei nº 13.655/2018.

O problema não reside apenas na resistência de parte da magistratura em incorporar tais parâmetros, mas também na estrutura institucional do próprio Judiciário. A função jurisdicional, por sua natureza reativa e adversarial, enfrenta obstáculos significativos para se engajar em avaliações procedimentais densas ou técnicas especializadas. Além disso, faltam recursos humanos com formação específica, tempo hábil para análises aprofundadas e canais institucionalizados de diálogo com os órgãos reguladores. Nessas condições, esperar que o Judiciário atue como indutor do aperfeiçoamento regulatório pode ser um diagnóstico excessivamente otimista.

Ainda assim, a DJ 02 sugere a possibilidade de um controle mais qualificado, ao incorporar dados técnicos à fundamentação da decisão, ainda que de forma incipiente. Isso não autoriza a leitura de que o Judiciário esteja, de fato, se reposicionando institucionalmente, mas permite vislumbrar caminhos incrementais,

como o fortalecimento de núcleos de assessoramento técnico e a construção de jurisprudência mais comprometida com os deveres de motivação e racionalidade previstos na LINDB.

7.1 Diretrizes para um controle judicial institucionalmente responsável da atividade normativa

A formulação de diretrizes para o controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras não pode partir de premissas ilusórias. Não se trata de supor que o Judiciário esteja plenamente capacitado a compreender todos os aspectos técnicos da regulação, tampouco de negar as limitações estruturais do próprio sistema de justiça, como a sobrecarga processual, a formação predominantemente dogmática dos magistrados e a ausência de especialização técnica em setores altamente complexos.

Reconhecer tais limitações não conduz a uma posição de resignação nem à adoção de uma deferência incondicional. O desafio é outro: construir um modelo de controle que seja rigoroso sem ser invasivo, responsável sem ser omisso, capaz de exigir integridade institucional das agências sem substituir a expertise que lhes é própria.

Diante desse quadro, em conformidade com os comandos da LINDB, podem ser delineados os seguintes critérios orientadores:

1. Controle da integridade procedimental

A primeira exigência que se impõe ao Judiciário é a verificação da integridade do processo de produção normativa. Isso não significa imiscuir-se no mérito técnico, mas assegurar que a decisão administrativa tenha sido precedida por procedimentos que legitimem sua racionalidade.

Deve-se investigar, por exemplo, se houve uma Análise de Impacto Regulatório consistente, se a consulta pública foi efetiva e não meramente formal, e se as razões expostas pela agência revelam um processo transparente, no qual evidências e alternativas foram efetivamente ponderadas. Esse exame não substitui a escolha técnica, mas garante que ela tenha sido produzida em condições institucionais adequadas.

2. Fundamentação qualificada como ônus da agência

A presunção de legitimidade que acompanha os atos administrativos não pode ser confundida com uma imunidade à revisão judicial. Cabe à agência demonstrar, quando instada em juízo, que suas escolhas foram sustentadas por dados empíricos, análises técnicas e estudos consistentes.

A ausência dessa demonstração caracteriza um vício de motivação, suficiente para a invalidação do ato, ainda que o conteúdo técnico em si não seja objeto de substituição judicial.

A exigência de fundamentação qualificada desloca o centro do debate: não se trata de avaliar se a decisão regulatória foi a “melhor possível”, mas de verificar se ela foi tomada dentro de padrões mínimos de racionalidade pública e de transparência argumentativa.

3. Deferência condicionada e diálogo institucional

O reconhecimento da expertise técnica das agências não deve ser confundido com deferência automática. A deferência judicial precisa ser condicionada: só é cabível quando a agência cumpre seus deveres procedimentais e de motivação.

Em situações em que tais deveres não são observados, o Judiciário pode exercer um controle dialógico, evitando a simples anulação da norma e, determinando, em vez disso, que a agência supra as lacunas, complemente estudos ou refaça etapas procedimentais.

Essa postura preserva a competência técnica da agência, mas reforça a ideia de que a legitimidade democrática e a proteção de direitos não podem ser sacrificadas em nome da especialização técnica.

Portanto, sob a ótica das agências reguladoras, um dos maiores desafios contemporâneos consiste em consolidar uma cultura efetiva de motivação qualificada. Justificativas genéricas não são suficientes: é indispensável que cada decisão normativa seja sustentada por dados verificáveis e evidências concretas, de modo a tornar transparente a racionalidade que orienta a escolha regulatória. Somente assim o discurso de legitimidade se converte em prática real de responsabilidade institucional.

Em paralelo, recaem sobre a Academia responsabilidades igualmente relevantes: aprofundar a produção de estudos empíricos sobre o controle judicial da

atividade regulatória e iluminar, com base em evidências, os limites e as possibilidades desse diálogo institucional.

A proposta de um modelo de controle que articule deferência com exigência argumentativa parte de uma expectativa legítima, mas precisa ser lida com sobriedade. O Judiciário pode, e deve, exigir das agências que suas decisões estejam fundadas em justificativas transparentes, dados verificáveis e respeito a procedimentos legais. Contudo, é necessário reconhecer que isso não se converterá, automaticamente, em um padrão institucional estável, nem garantirá, por si só, a qualificação da regulação. A estabilidade e a legitimidade da regulação democrática dependem, além do controle judicial, da existência de uma cultura decisória mais aberta ao escrutínio público e comprometida com a integridade técnica e organizacional do processo regulatório.

Assim, o fortalecimento dessa legitimidade depende menos da judicialização da expertise e mais do aperfeiçoamento institucional das agências e do efetivo controle social sobre sua atuação. O Judiciário pode desempenhar papel relevante nesse aprimoramento, mas não será ele, isoladamente, o motor da transformação.

REFERÊNCIAS

ANAC, 2020. **Portaria nº 1.070, de 16 de abril de 2020.** Estabelece as metas estratégicas da ANAC para o período de 2020 a 2023, bem como define a periodicidade de envio dos resultados de indicadores e metas e as unidades responsáveis pela sua aferição]. Boletim de Pessoal e Serviço (BPS/ANAC), v. 15, n. 17, 24 abr. 2020. Disponível em https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2020/17/anexo-ii- pa2020-1070.pdf. Acesso em 20 maio 2025.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. AGÊNCIAS REGULADORAS E AGÊNCIAS EXECUTIVAS. **R. Dir. Adm**., v. 228, p. 105–122, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 148, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras In: BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARBEL, Yonathan A. *et al*. **Reputation Failure:** The Limits of Market Discipline in Consumer Markets, 2018. Disponível em: https://scholarship.law.ua.edu/fac_working_papers/342 Acesso em 24 abr. 2025.

ARBEL, Yonathan A. Reputation Failure: The Limits of Market Discipline in Consumer Markets. **Wake Forest Law Review**, v. 54, p. 1239, 2019. U of Alabama Legal Studies Research Paper No. 3239995. pdf.

ARI, Carlos; JACINTHO, Sundfeld; CÂMARA, Arruda. **CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:** AS QUESTÕES TÉCNICAS E OS LIMITES DA TUTELA DE URGÊNCIA. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, Belo Horizonte, 2002.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**, Granada, Comardes, 2001.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation:** transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70 Lda, 1977.

BATISTA, M. Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 36, p. 213-250, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BLACK, Julia. Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes. **Regulation & Governance**, Hoboken, v. 2, n. 2, p. 137–164, jun. 2008.

BLACK, Julia. **Critical Reflections on Regulation**. [S.l.: S.n.].

BRAITHWAITE, John. The Essence of Responsive Regulation. **UBC Law Review**, Vancouver, v. 44, p. 475 - 520, 2011.

BRAITHWAITE, John; COGLIANESE, Cary; LEVI-FAUR, David. Can regulation and governance make a difference? **Regulation & Governance**, Hoboken, v. 1, n. 1, p. 1–7, mar. 2007. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2007.00006.x. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/229601948_Can_Regulation_and_Governance_Make_A_Difference. Acesso em: 26 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. **Suspensão deliminar e de Sentença n. 2922**. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 5 nov. 2021.

BREEZE. **Airways to use E190/5s for short-haul,** A220s for long. Ch-aviation, 23 Apr. 2021. Disponível em: https://www.ch-aviation.com/news/102896-breeze-airways-to-use-e1905s-for-short-haul-a220s-for-long. Acesso em 10 jan. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro. “Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea”, **Revista de Processo**. São Paulo, a15, n.60, p. 110-117, out/dez, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade” (art.) In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CHAFETZ, Josh. **Congress’s Constitution:** Legislative Authority and Separation of Powers. New Haven: Yale University Press, 2017.

CHALLAPALLI, Surendra Reddy. Benefits and Constraints Associated with the Harmonization of Financial Regulations: An Overview. **Asian Journal of Economics**, Business and Accounting, v. 23, n. 15, p. 49–56, 2023.

CHEVRON U.S.A.. Inc. v. **Natural Resources Defense Council**, Inc. (1984). pdf.

CHMIELEWSKI, Jan; HOFF, Waldemar. Regulatory Impact Assessment (RIA) and Rationality of Law – Legal Aspects. **Management and Business Administration**, Central Europe, v. 23, n. 2, p. 92–108, 15 jun. 2015.

CHMIELEWSKI, Jan; HOFF, Waldemar. **Regulatory Impact Assessment (RIA) and Rationality**. pdf.

COSTA, Adriano Soares. **Teoria da incidência da norma tributária, crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Ana Carla Fernandes; OLIVEIRA, Alessandro V. M. As companhias aéreas embutiam o custo da franquia de bagagem nos preços das passagens? Modelo econométrico de precificação no transporte aéreo. T**RANSPORTES**, v. 29, n. 1, p. 17–28, 30 abr. 2021.

COSTA, Ana Carla Fernandes; OLIVEIRA, Alessandro V. M. As companhias aéreas embutiam o custo da franquia de bagagem nos preços das passagens? Modelo econométrico de precificação no transporte aéreo. **Revista Transportes**, v. 29, n. 1, p. 17–28, 2021. DOI: https://doi.org/10.14295/transportes.v29i1.2045.

COUTINHO, Diogo R.; ADAMI, Mateus Piva. O fim de Chevron e o futuro da regulação no Brasil. **Jota.** 16 jul. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fim-de-chevron-e-o-futuro-da-regulacao-no-brasil. Acesso em: 20 jun. 2025.

CRUZ, Verônica. Monitoramento de políticas públicas e societal accountability: conceitos e práticas. Uma revisão da literatura internacional. In: **Reflection and action network of public policy and societal accountability**. Action Aid Brasil, 2006. No prelo.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria, **Regulatory takings: notes for a theory**. v. 267, p. 199–235, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB: irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 113–134, out. 2018.

DE ÁVILA, Marília; SAMPAIO, Silva. **O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**. v. 227, p. 339–347, 2002.

DE LEÓN, Ignacio. **EL ESPEJISMO DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA**. v. III, n. 1, p. 125–169, 2006.

DE, Programa *et al*. BOAS PRÁTICAS REGULATÓRIAS, **QualiREG.** [S.l.: S.n.]. pdf.

DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. **Promoting inclusive growth through better regulation:** The role of regulatory impact assessment. In: OECD Regulatory Policy Working Papers: OECD Regulatory Policy Working Papers., 16 fev. 2016. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/promoting-inclusive-growth-through-better-regulation_5jm3tqwqp1vj-en.html. Acesso em: 9 jun. 2025.

DEMATTÉ, Franciele Cristina Medrado. **Qualidade regulatória das agências reguladoras federais de infraestrutura do Brasil**. [S.l.]: Enap, Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceria na Administração Pública.** Concessão. Permissão.Franquia. Terceirização e outras formas. 3" ed. Atlas. São Paulo. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIAS XAVIER, Elton; SANTOS DE ALMEIDA, Elizangela. **O PODER NORMATIVO E REGULADOR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS:** ABRANGÊNCIA E LIMITES NORMATIVE AND REGULATORY POWERS OF FEDERAL REGULATORY AGENCIES: SCOPE AND LIMITATIONS. In: [S.d.].

DIAS, Maria Berenice. A discriminação sob a ótica do Direito. In: **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 13, p.5-12, abr./jun. 2002.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 459–473.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **AGÊNCIAS REGULADORAS: LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.** [S.l.: S.n.].

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Malheiros. São Paulo. 2000.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C-REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL**, v. ano 16, n. 63, p. 93–105, 2016.

GAETANI, Francisco. Políticas de gestão pública para o próximo governo. Res Publica – **Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental**, Brasília, ano 1, n. 1, set. 2002.

GAIBOR, Jorge Wellington Carvajal. **CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA**: un estudio crítico sobre la rigidez constitucional y el control judicial de dconstitucionalidade la ley como mecanismos (anti) democráticos. [S.l.]: UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS, Laureate International Universities, 2014.

GALVÃO, Jorge; ARANHA, Márcio; FRAZÃO, Ana. **Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico- constitucionais e a fiscalização regulatória da ANAC.** Brasília: Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito, UnB, 2021.

GARFINKEL, Michele. Towards the right standards The intersection of open science, responsible research and innovation, and standards. **Mètode Science Studies Journal**, University of Valencia.Universitat de Valencia, , 5 abr. 2020.

GIBBS, Graham. **Análise de dados qualitativos [recurso eletrônico].** Trad. Roberto Cataldo Costa. Consultoria, supervisão e revisão técnica desta edição Lorí Viali. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; ALBUQUERQUE, Rodrigo Barros de; SILVA, Renan Francelino da. **Estudos de caso:** Manual para a pesquisa empírica qualitativa. Petrópolis: Vozes, 2024.

GOODSELL, C. T. **The new case for bureaucracy**. Washington: CQ Press, 2004.

GRAU, Eros. **O Direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, Fórum, v. 2, n. 4, p. 187-209, jan./mar. 2004.

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

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade:** uma teoria sobre as escolhas administrativas. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HAMBURGER, Philip A.; HAMBURGER, Philip. **Scholarship Archive**, Chevron Bias Bias. 2016.

HAMBURGER, Philip. Chevron Bias. **The George Washington Law Review**, Washington, v. 84, n. 5, p. 1187–1236, 2016. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2768 Acesso em 15 mai. 2025.

HAMBURGER, Philip. Is Administrative Law Unlawful?. **The University of Chicago Law Review**, v. 83, n. 4, p. 1193-1258, 2016.

HOOD, C. **Tools of government**. London: Macmillan, 1983.

IGNACIO HERNÁNDEZ, José. **EL MARGEN DE DEFERENCIA Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA:** UN ANÁLISIS COMPARADO ENTRE IBEROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS, 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Transporte aéreo referente ao número de passageiros embarcados em voos regulares domésticos**. 2022. pdf.

JALES, Andréa Maria Pedrosa Silva. O processo normativo das agências reguladoras: controle judicial e deferência às escolhas públicas. **R. de Dir. Público da Economia - RDPE**, v. ano 18,n. 72, p. 9–25, 2020.

JALES, Andréa Maria Pedrosa Silva. O processo normativo das agências reguladoras: controle judicial e deferência às escolhas públicas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 9-25, out./dez. 2020.

JORDÃO, Eduardo Ferreira**. Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública**. 1. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

JORDÃO, Eduardo. **A sobrevida da deferência pós-Chevron 1**. Belo Horizonte, Brasil, 2024a. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=UdxPmi9rNb8. Acesso em: 19 maio. 2025.

JORDÃO, Eduardo. **A sobrevida da deferência pós- Chevron**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 26, n. 148, p. 171 - 195, nov./dez. 2024.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo; BRUMATI, Luiza. O STF e o controle das leis sobre o regime jurídico das agências reguladoras federais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 549-600, maio/ago. 2020. DOI:10.5380/rinc. v7i2.68568.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples? **REI – Revista Estudos Institucionais**, [s. l], 3, n.1, p. 180-209, jun./jul. 2017.

JOSE, Antonio; SILVA, E. **A REGULAÇÃO RESPONSIVA NAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL**, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 13–41, out. 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, São Paulo, Dialética: 2002.

KLÜGER, Elisa. A contraposição das noções de técnica e política nos discursos de uma elite burocrática. **Revista de Sociologia e Política**, [s.l.], v. 23, n. 55, p. 75-96, set. 2015.

KOLIEB, Jonathan. When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. **Monash University Law Review**, vol. 41, n. 1, p. 136 - 162, 2015.

LAFFONT, J. J.; TIROLE, J. The politics of government decision-making: a theory of regulatory capture. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 106, n. 4, p. 1089-1127, 1991.

LEITÃO, Rômulo Guilherme; SAMARTIN DE GOUVEIA, Alessandro. Escolha regulatória, controle judicial e a nova LINDB* **Regulatory choice, judicial review and the new Brazilian interpretation law**. v. 278, n. 2, maio/ago., p. 97–130, 2019.

LEURQUIN, Pablo; LARA, Fabiano. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. **Scientia Iuris**, v. 20, n. 2, p. 141, 29 jul. 2016.

LIJPHART, Arend. Modelos de democracia. **Desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIM, Angelo Martin. OS EFEITOS NEGATIVOS DA VENDA CASADA ANTICONCORRENCIAL. **RECIMA21 - Revista Científica Multidisciplinar** - ISSN 2675-6218, v. 5, n. 2, n. 2, p. e514856, 1 fev. 2024.

LIRIO DO VALLE, Vanice Regina. DEFERÊNCIA JUDICIAL PARA COM AS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS: RESGATANDO A OBJETIVIDADE COMO ATRIBUTO DO CONTROLE DO PODER. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 1, p. 110–132, 30 abr. 2020.

LODGE, Martin. Accountability and transparency in regulation: critiques, doctrines and instruments. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. **The politics of regulation:** institutions and regulatory reforms for the age of governance. Northampton, MA: Edward Elgar, 2004.

LUNA, Ana Cláudia Vergamini. **Nome:** Ana Claudia Vergamini Luna. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

LUZIA, C. V. **Cronologia de uma doutrina de controle das agências reguladoras nos Estados Unidos da América:** revisão de precedentes selecionados as Suprema Corte americana. (Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo).

MACHADO, Beatriz de Oliveira. **O AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS REFLEXOS DESSE FENÔMENO NAS ATIVIDADES DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE:** eventual quebra do equilíbrio econômico-financeiro BRASÍLIA 2020. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2020.

MAJONE, Giandomenico. **Regulating Europe**. London: Routledge, 1996.

MARADEI JÚNIOR, João Carlos. O papel das agências reguladoras na tutela dos direitos do consumidor. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 10, n. 1, p. 241–260, 2023. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v10i1p241-260.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. especial LINDB, p. 93–112, nov. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira. **Revista Opinião Jurídica**, v. 13, n. 17, p. 284-301, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico:** a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MERRILL, T. W. The story of chevron: the making of na acidental landmark. In: STRAUSS, Peter L (coord.). **Administrative law stories.** New York: Foundation Press, 2005.

METZGER, Gillian E. ADMINISTRATIVE LAW AS THE NEW FEDERALISM. **DUKE LAW JOURNAL**, v. 57, p. 2023–2109, 2008.

MIRANDA, Marié.; MARQUES, Cláudia Lima. COMENTÁRIO À RESOLUÇÃO 400 DA ANAC, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2016, QUE VIOLA O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Revista dos Tribunais Online,** Revista de Direito do Consumidor, v. 110/2017, 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Danilo Guerreiro de. **PARÂMETROS PARA O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER JUDICIÁRIO**. São Paulo, 2022.

MORAN, Michael. **The British regulatory state:** high modernism and hiper-innovation. London: Oxford University Press, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Regulatório**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Renovar. Rio de Janeiro: 2000.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (coords.). **LINDB no Direito Público:** Lei 13.655/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 128p. Série I, v. 10 (Coleção Soluções em Direito Administrativo: Leis comentadas).

NETO, Diogo de figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**. 2a ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2001.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. A repercussão da LINDB em demandas ambientais e urbanísticas. **Jota**, 6 jan. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-repercussao-da-lindb-em-demandas-ambientais-e-urbanisticas.

NIEBUHR, Pedro Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MEDEIROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Orgs.). **Nova LINDB:** Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 73–92.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras** / Edilson Pereira Nobre Júnior. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development). **Relatório sobre a Reforma Regulatória:** Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento. Paris: OCDE, 2007.

OCDE. **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA):** Guidance for policy makers. Paris: OECD Publishing, 2008.

OCDE. **Regulatory Impact Analysis:** best practices for regulatory quality and performance. Paris, 1997.

OLIVEIRA, Alessandro V. M. (org.). **Voar é para muitos:** os negócios das companhias aéreas e a popularização das viagens de avião no Brasil. Porto Alegre: ediPUCRS, 2023.

OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA. 3 JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 1 (2017), **Revista Estudos Institucionais**, v. 3,1, 2017.

OLIVEIRA, Stephani Rodrigues de; NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. ANAIS DO XI EVINCI - Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, 2016. ISSN 2525-5126.

PECI, Alketa; VIEIRA, Sérgio Alexandre Alves. **AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES?** ANÁLISE DAS TRAJETÓRIAS DE CARREIRA DOS REGULADORES FEDERAIS BRASILEIROS. In: [S.l.: S.n.].

PICCHIA, Lúcia Barbosa Del. Poder normativo das agências reguladoras: sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. In: GOMES, Mario (org.). **Direito Econômico Regulatório.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331-361.

PIAE, Renata Petreli. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E AGÊNCIAS REGULADORAS: SERIA A ANÁLISE (CONSEQUENCIALISTA) DE IMPACTO REGULATÓRIO APTA A EVITAR A REFORMA JUDICIAL DA MEDIDA REGULATÓRIA? **Revista Jurídica unicuritiba**, v. 2, n. 78, p. 25–45, 30 jun. 2024.

PÓ, Marcos Vinícius. **O Jogo Regulatório Brasileiro:** a Estabilidade Contratual para além da Autonomia das Agências. 2009. 217 f. Tese (CDAPG) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo.

PORTO NETO, Benedito. A regulação e o direito das telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

PORTO NETO, Benedito. **A regulação e o direito das telecomunicações**. São Paulo: Malheiros, 2000.

POSNER, R. A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, Bloomington, v. 59, n. 1, p. 1–32, 1983.

POSNER, R. A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, Berkeley, v. 100, n. 3, p. 519–556, 2012.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *et al*. **Regulação e agências reguladoras:** governança e análise de impacto regulatório. [S.l.]: ANVISA-Agência Nacional de Vigilância Sanitária : Casa Civil da Presidência da República, 2009.

REGULADORAS, Agências. **Agências Reguladoras-Instrumentos do Fortalecimento do Estado.** [S.l.: S.n.]. pdf.

ROMERO, Felipe. **Agências reguladoras e Poder Legislativo:** a regulação entre a técnica e a política, Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SALGADO, Lucia Helena. **TÓPICOS SOBRE REGULAÇÃO NA AVIAÇÃO CIVIL. FALHAS DE MERCADO E NECESSIDADE DE REGULAÇÃO**. VII SITRAER SIMPÓSIO DE TRANSPORTE AÉREO. Rio de Janeiro, nov. 2008.

Salgado, L.H. & Guimarães, E.A. (2003) **A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil,** Nota Técnican.2, IPEA, 2003.

Salgado, L.H. & Oliveira, A. V. M. **A Reforma Regulatória da Década de 1990 no Transporte Aéreo Brasileiro e suas Implicações no Bem-Estar**, projeto "Revisão da Regulação do Setor de Transporte Aéreo Brasileiro", REDIPEA/PNUD, IPEA, mimeo, 2006.

SAMPAIO, Patrícia. **Superação da doutrina Chevron e a legitimidade do ato administrativo:** Limite de revisão judicial numa perspectiva comparada. 27 ago. 2024. pdf.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; FERNANDES, Amanda Brisola. Agências reguladoras no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, NDJ, v. 18, n. 8, ago. 2002.

SCHMIDT, Rebecca; SCOTT, Colin. Regulatory discretion: Structuring power in the era of regulatory capitalism. **Legal Studies**, Cambridge University Press, v. 41, n. 3, p. 454–473, 1 set. 2021.

SCHÜLER, Fernando. Agências e Democracia. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 84, 2019.

SILVA, Artenira da Silva e.; RAMOS, Edith Maria Barbosa.; LEAL, David Abdalla Pires. **O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL:** ORIGEM, CONTEÚDO E LIMITES THE REGULATORY POWER OF REGULATORY AGENCIES IN BRAZIL: ORIGIN, CONTENT AND LIMITS. Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, v. 27, p. 27–37, 2018.

SILVA, Leandro José. Controle judicial das políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 1, n. 1, 5 abr. 2011.

SILVA, Rafael Barreto da. **LINDB e deferência:** modo de usar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SIMON, Herbert A. Racionalidade no comportamento político. **Psicologia política**, v. 16, n. 1, p. 37-4 racionalidade no comportamento político-3hzfmbz1nh, março de 1995. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdfplus/3791449.pdf. Acesso em: 10 jul 2025.

SMITH, M. **Research Methods in Accounting**. New Delhi: Sage Publications, Ltd, 2003.

STIGLER, G. J. The Economic theory of regulation. **Bell Journal of Economics**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo:** o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. **Va. L.Rev**., v. 92, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, [s. l.], v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

SUZART, Joseane; DA SILVA, Lopes. A RESOLUÇÃO 400/2016 DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC) E A PROTEÇÃO DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS COM ESTEIO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Revista dos Tribunais Online**, v. 111/2017, p. 151–195, 2017.

SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Maria. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. v. ano 5, n. 17, p. 75–96, 2007.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Acesso à justiça, proporcionalidade e a "pílula vermelha": entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO José Mário Wanderley (coord.). **Dimensões do acesso à justiça**, Salvador: JusPodivm, 2008, p. 8796.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110–132, jan.–abr. 2020. DOI: https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1577.

VERGARA, Sylvia Constant. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2005.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Juízes deferentes**? v. 22, p. 489–524, 2012.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo Regulatório**, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. Supremacia do interesse público versus direitos fundamentais: a ponderação como exigência constitucional da legitimidade da atuação administrativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 68, p. 325–358, jan./jun. 2016.

SIMON, Herbert A. Racionalidade no comportamento político. **Psicologia política**, v. 16, n. 1, p. 37-4 racionalidade no comportamento político-3hzfmbz1nh, março de 1995. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdfplus/3791449.pdf. Acesso em: 10 jul 2025.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. **Supremacia do interesse público, direitos fundamentais e a proporcionalidade nos atos das Agências Reguladoras**. [S.d.].

WALDO, D. **The Administrative State:** A Study of the Political Theory of American Public Administration. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.

WALKER, Christopher J. Attacking Auer and Chevron Deference: A Literature Review. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Washington DC, v. 16, p. 103–122, 2018.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama e. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mário Gomes (Org.). **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 269–328.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme. **Conceptualizing social and economic regulation:** implications for modern regulators and regulatory activity. v. 264, 2013. pdf.

WOOD, B. D.; WATERMAN, R. W. The dynamics of political control of the bureaucracy. **American Political Science Review**, v. 85, n. 3, p. 801-828, 1991.

YELLIN, Joel. Quem deve tomar decisões ambientais. **The American Statistician**, v. 37, n. 4, p. 268-271, novembro de 1983.

YIN, Robert K. **Estudo de caso:** planejamento e métodos. Trad. Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

APÊNDICES

APÊNDICE A

Quadro 46 – Subcategorias analíticas (DJ 01) – Ação Civil Pública n.º 0002138-55.2017.4.03.6100, 22ª VF/SP

Nº	Categoria	Subcategoria Analítica	Justificativa com base na decisão DJ 01
1	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Aplicação prioritária do princípio da proteção ao consumidor sobre a regulação econômica	O juiz fundamenta a liminar com base nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF e no CDC, reforçando a vulnerabilidade do consumidor e a primazia da proteção constitucional sobre os efeitos econômicos da regulação.
2	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Valoração judicial da prática como potencialmente abusiva e lesiva à parte vulnerável	A decisão aponta que a norma permite comportamento abusivo das companhias aéreas ao deixá-las livres para cobrar valores arbitrários pelas passagens e bagagens, e ao priorizar carga em detrimento de bagagem de passageiros. A prática de cobrar valor fixo por bagagem, mesmo quando mais leve, é apresentada como exemplo de oneração excessiva e injustificada. A omissão normativa no § 2º do artigo 14 é apontada como brecha para decisões empresariais oportunistas que ampliam a vulnerabilidade do consumidor.
3	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Regulação da franquia como parte do dever estatal de proteção ao consumidor	O juiz afirma ser dever da ANAC assegurar direitos mínimos ao consumidor frente às companhias aéreas. Reitera-se que a ANAC, como parte do Poder Executivo, não pode se eximir dessa obrigação constitucional. A proteção normativa deve ser efetiva e não simbólica, sob pena de esvaziamento do próprio conceito de regulação protetiva. O juiz considera que o ato da ANAC viola um dever estatal positivo, ao impor ônus financeiro sem contrapartida, frustrando a expectativa de proteção institucional do

			consumidor nas relações reguladas pelo Estado.
4	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Crítica à omissão da agência reguladora quanto à fixação de padrões mínimos de proteção	A decisão não apenas invalida o conteúdo da norma, mas ressalta a ausência de critérios mínimos de proteção ao consumidor por parte da ANAC, apontando uma omissão regulatória com efeitos lesivos.
5	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Crítica à ausência de critérios objetivos na norma regulatória	O magistrado observa que a permissão para restrição da franquia de bagagem de mão não estabelece parâmetros técnicos para limitar tal poder, abrindo margem para abusos. O § 2º do artigo 14 da resolução também é criticado por omitir critérios técnicos que limitem a redução da bagagem de mão sob pretextos genéricos como 'segurança' e 'capacidade da aeronave'.
6	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Insuficiência da norma em garantir a efetividade de direitos mínimos declarados	O juiz aponta que, embora a norma amplie a franquia de bagagem de mão, tal direito é esvaziado na prática. O magistrado destaca que os direitos do consumidor não podem ficar sujeitos à boa vontade dos fornecedores, sendo necessário que sejam assegurados por normas efetivas.
7	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Reconhecimento da essencialidade do serviço de despacho de bagagem no contexto do transporte aéreo	O juiz fundamenta que o despacho de bagagem é um componente essencial do serviço aéreo, especialmente em viagens longas, devido à impossibilidade prática e legal de transportar certos itens na bagagem de mão.
8	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Caracterização da cobrança pelo despacho como prática de venda casada	O magistrado entende que, ao exigir que o consumidor contrate o despacho de bagagem exclusivamente com a mesma empresa aérea que vendeu a passagem, a norma impõe uma prática comercial abusiva que se enquadra como venda casada, proibida pelo art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor. Sob a ótica dos direitos do consumidor, nesse caso, o despacho de bagagem não é visto como uma escolha, mas sim como um serviço extra que é imposto ao consumidor.

9	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Recusa da presunção de racionalidade econômica em desfavor da eficácia de direitos fundamentais	O juiz rejeita a alegação da ANAC de que a cobrança separada por bagagem resultaria na redução dos preços das passagens, afirmando que essa justificativa é meramente especulativa. Reitera que o Judiciário deve garantir a eficácia plena dos dispositivos constitucionais que consideram dever do Estado proteger o consumidor.
10	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Exigência de participação democrática prévia como legitimadora da norma regulatória	O juiz afirma que qualquer alteração relevante na política de franquia de bagagem deve ser precedida de audiências públicas com ampla participação dos interessados, como empresas aéreas, ANAC, MPF e instituições de defesa do consumidor. A ausência de debate democrático prévio compromete a legitimidade da norma regulatória, sugerindo que decisões unilaterais da agência, sem deliberação pública, fragilizam direitos consolidados e colocam em risco o equilíbrio entre técnica e legitimidade.
11	Categoria C: Fundamentos utilizados para afastar a aplicação do ato normativo editado pela ANAC.	Interpretação judicial do direito do consumidor como limite à atuação normativa da agência	Enquadramento da controvérsia sob a ótica da proteção constitucional do consumidor. Reforça o dever estatal de defesa do consumidor e a vulnerabilidade do passageiro frente às companhias aéreas.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

APÊNDICE B

Quadro 47 – Subcategorias analíticas (DJ 02) – Ação Civil Pública, processo n.º 0805454-03.2017.4.05.8100 (pedido incidental de tutela de urgência), 10ª VF/CE

Nº	Categoria	Subcategoria Analítica	Justificativa com base na decisão DJ 02
1	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial	O juiz reconhece que, dentro dos limites legais, a ANAC tem liberdade técnica para normatizar, sem que o Judiciário substitua seu juízo técnico. A decisão reconhece que a ANAC possui conhecimento técnico para lidar com o equilíbrio econômico do setor e que o Judiciário não deve substituir esse juízo.
2	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Deferência à especialização técnica das agências reguladoras	O magistrado valoriza dados técnicos da ANAC e reforça que temas como segurança do voo exigem expertise técnica, justificando deferência judicial. O juiz fundamenta sua decisão em dados da ANAC sobre o uso médio de bagagem, reconhecendo a expertise da agência.
3	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei	O magistrado afirma que a desregulamentação da franquia de bagagem está de acordo com os princípios constitucionais da ordem econômica e deve ser fiscalizada, não anulada. A decisão reconhece a validade da desregulamentação desde que respeitados os parâmetros legais mínimos e os princípios constitucionais da ordem econômica.
4	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos	Reconhecimento da legitimidade institucional da agência reguladora	A decisão expressa confiança institucional na ANAC ao restabelecer a validade da norma e afastar intervenção judicial prematura.

	normativos da ANAC		
5	Categoria A: Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC	Reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória	A decisão não aponta qualquer vício formal na Resolução 400/2016, afirmando sua compatibilidade com o Código Civil e a legislação regulatória do setor aéreo. O juiz afirma que a Resolução 400/2016 está de acordo com o Código Civil e que a estipulação de condições pelo transportador é legítima.
6	Categoria A: Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC	Validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica	A Resolução é validada com base na Lei nº 11.182/2005 e no Código Brasileiro de Aeronáutica, confirmando que a ANAC atuou dentro da moldura legal. O magistrado associa a regulação da franquia de bagagem à moldura legal dada pela Lei 11.182/2005 e ao Código Brasileiro de Aeronáutica.
7	Categoria A: Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC	Crítica à extrapolação judicial dos limites do pedido	O magistrado menciona que o pedido do MPF foi para suspender unicamente o artigo 13 da Resolução nº 400/2016 e, com relação ao artigo 14, § 2° da mencionada Resolução, o pedido do MPF teria sido para que a ANAC esclarecesse a regra (como se daria a restrição de peso e conteúdo da bagagem de mão), e não para invalidar esse segundo dispositivo. Afirma o juiz que o próprio autor da ação reconhecia um espaço legítimo de atuação da agência setorial sobre o assunto (franquia de bagagem). A DJ 02 aponta que ao invalidar provisoriamente o §2º do artigo 14, o Juízo da 22ª Vara Federal de São Paulo (DJ 01) foi além do que a parte autora pediu.
8	Categoria A: Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC	Validação judicial da política regulatória com base em critérios técnicos e econômicos	O magistrado legitima a mudança na política de franquia de bagagem como resultado de um processo regulatório válido, fundamentado em estudos técnicos e alinhado à busca por maior equilíbrio tarifário. Ao reconhecer que o modelo anterior impunha um custo injusto aos consumidores que não utilizavam o serviço de despacho, a decisão valida a nova abordagem como

			uma medida regulatória legítima, inclusive em benefício do próprio consumidor, ainda que seus efeitos não sejam imediatamente intuitivos.
9	Categoria A: Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC	Justificação da desregulamentação com base na eficiência econômica e na liberdade contratual do consumidor	A decisão reconhece que a desregulamentação da franquia de bagagem tem o potencial de reduzir o custo das passagens para consumidores que não desejam despachar bagagem, ao permitir a segmentação tarifária. Essa medida é apresentada como instrumento de alocação mais justa dos custos, ao mesmo tempo em que preserva a possibilidade de gratuidade como uma das opções oferecidas pelas companhias aéreas. Assim, a regulação é legitimada como compatível com os princípios da eficiência econômica e da liberdade de escolha no mercado.
10	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Crítica ao modelo anterior com base na injustiça distributiva	O magistrado sustenta que o regime anterior à Resolução nº 400/2016 era mais prejudicial ao consumidor, pois impunha a todos os passageiros, inclusive àqueles que viajam sem ou com pouca bagagem, o custo da franquia embutido no preço da passagem. A decisão defende que a nova regulamentação, ao permitir a diferenciação tarifária, corrige essa distorção, oferecendo maior justiça na distribuição dos custos e ampliando as opções para o consumidor.
11	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Deferência qualificada à atuação técnica da agência reguladora	O magistrado reconhece a competência técnica da ANAC e não invalida sua autonomia regulatória. No entanto, afirma que essa autonomia deve ser exercida dentro dos limites impostos por princípios jurídicos, como os previstos no Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de uma postura de deferência qualificada, em que o Judiciário respeita o espaço técnico da agência, mas intervém quando identifica possível violação de direitos fundamentais ou ausência de conformidade legal.

			Essa subcategoria é importante porque distingue-se da deferência irrestrita (que aceitaria a decisão técnica da agência sem controle) e também do ativismo judicial (que desconsideraria a expertise da agência). Ela representa um ponto de equilíbrio entre a autonomia técnica e o controle jurídico.
12	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Contenção judicial com possibilidade de controle posterior	O magistrado adota uma postura de autocontenção judicial no momento da decisão, ao não revisar imediatamente a norma, mas mantém a possibilidade de reavaliação futura, caso surjam provas concretas de abuso ou desvio regulatório. Essa postura reconhece a discricionariedade técnica da agência reguladora, mas submete sua legitimidade a parâmetros jurídicos e empíricos, permitindo um controle judicial posterior e condicionado à comprovação de irregularidades. Trata-se de uma deferência judicial qualificada e condicionada, que respeita a autonomia técnica sem abrir mão do papel de controle do Judiciário.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

APÊNDICE C

Quadro 48 – Subcategorias analíticas (DJ 03) – Apelação Cível, processo n.º 0804782-02.2016.4.05.8400, 4ª Turma, TRF 5ª Região

Nº	Categoria	Subcategoria Analítica	Justificativa com base na decisão DJ 03
1	Categoria A: Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC	Legitimação da deslegalização com parâmetros mínimos previstos em lei	O acórdão reconhece expressamente que o fenômeno da deslegalização — ou seja, a transferência da competência para normatizar certas matérias do domínio da lei para fontes secundárias — é justificado pela complexidade técnica de determinadas áreas. No caso da ANAC, o relator afirma que o Legislativo, por reconhecer sua limitação técnica, transfere à agência a função regulatória dentro de moldura legal ampla, conhecida como lei-quadro, o que confere validade à atuação normativa da ANAC. O acórdão utiliza como fundamento o julgamento da ADI 4568 pelo STF para afirmar que a deslegalização é constitucional quando a lei-quadro estabelece standards mínimos que orientam a atuação do regulador. Com isso, reconhece a validade da atuação normativa da ANAC dentro da moldura legal definida pela Lei 11.182/2005, equiparando o fenômeno à prática constitucionalmente aceita de delegação normativa com base em princípios claros.
2	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Respaldo doutrinário e jurisprudencial ao modelo de delegação regulatória com standards	A decisão cita diretamente a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 59), que fundamenta a legitimidade da delegação normativa com base na especialização das agências. Argumenta-se que essa transferência de função normativa do Legislativo para a administração reguladora é inevitável e desejável diante da crescente complexidade técnica dos temas regulados. Tal argumento reforça a necessidade de deferência judicial às decisões técnicas da ANAC, exceto nos casos de flagrante ilegalidade.

			A decisão cita expressamente o voto da Min. Cármen Lúcia na ADI 4568, referindo-se à doutrina do 'princípio claro' (Intelligible Principle Doctrine), segundo a qual o Judiciário deve reconhecer como legítima a delegação de competência normativa quando a lei traz parâmetros adequados. Com isso, o TRF4 adota o entendimento de que a existência desses standards justifica a deferência judicial à atuação normativa da ANAC.
3	Categoria A: Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC	Reconhecimento da legalidade formal da norma regulatória	O acórdão afasta a alegação de vício formal na constituição da Resolução da ANAC, especificamente quanto à suposta ausência de audiência pública, argumentando que não há prova concreta de tal vício e que a simples ausência de informação no site da ANAC não comprova irregularidade processual.
4	Categoria A: Fundamentos utilizados para manter a validade dos atos normativos da ANAC	Validação do exercício do poder normativo com base em lei-quadro e Código Brasileiro de Aeronáutica	O relator sustenta que a ANAC atua com base nos dispositivos da Lei 11.182/2005 e do Código Brasileiro de Aeronáutica, os quais conferem à agência competência normativa dentro de uma moldura legal ampla, justificando a edição de atos administrativos regulatórios. O trecho analisa o exercício moderno do poder regulador como mais do que a simples complementação da lei, destacando que as agências podem criar normas técnicas autônomas dentro da moldura das leis-quadro. Essa formulação reafirma a validade jurídica dos atos normativos da ANAC mesmo na ausência de previsão legal específica, desde que respeitada a moldura estabelecida pelo legislador. O voto reconhece que a Resolução ANAC n.º 25/2008, ao descrever como infração a ausência de estruturas operacionais ligadas à segurança (como o Centro de Operações de Emergência), limitou-se a operacionalizar o dever legal de prestação adequada do serviço aéreo.

			O dispositivo encontra respaldo nos arts. 299 e 289 do CBA e foi editado dentro da moldura legal da Lei nº 11.182/2005, demonstrando a validade formal e material do ato normativo
5	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Deferência à especialização técnica das agências reguladoras	O acórdão destaca a estrutura institucional diferenciada das agências reguladoras, como a ANAC, que possuem corpo técnico capacitado e independência funcional, o que justifica a presunção de legitimidade técnica e a adoção de postura judicial deferente à sua atuação normativa.
6	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Autonomia técnica e discricionariedade como limites à revisão judicial	A decisão sustenta que, dentro dos parâmetros fixados pela lei, a ANAC goza de ampla discricionariedade técnica para normatizar matérias específicas do setor aéreo. Essa autonomia impõe limites à atuação do Poder Judiciário, que não deve substituir o critério técnico da agência por seu próprio juízo. A decisão associa diretamente a criação de normas técnicas pela ANAC à sua autonomia institucional e à ampla margem de discricionariedade técnica que lhe é conferida. Essa configuração, limitada pela moldura legal, fundamenta a postura de deferência judicial, reconhecendo que o Judiciário não deve intervir na substituição do critério técnico administrativo por seu próprio juízo, salvo em caso de ilegalidade manifesta. A decisão destaca que a infração tratada pela Resolução ANAC n.º 25/2008 envolve matéria eminentemente técnica relacionada à segurança da aviação civil. Ao reconhecer que a agência atua com base na expertise de seu corpo técnico para interpretar e aplicar normas abertas, o acórdão justifica a adoção da deferência judicial, limitando a

			intervenção do Judiciário à verificação de legalidade estrita.
7	Categoria B: Adoção do critério da deferência judicial como fundamento para a não revisão dos atos normativos da ANAC	Reconhecimento da discricionariedade técnica da agência no espaço delimitado pela lei-quadro	O Judiciário reconhece que há um âmbito de discricionariedade técnica reservado à agência, decorrente da delegação parcial (com parâmetros) feita pelo Legislativo. Isso equivale, na prática, a um posicionamento de respeito ao espaço técnico da ANAC: o Judiciário admite que não lhe compete substituir a agência na definição da regulamentação técnica, desde que esta observe os parâmetros legais.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)

APÊNDICE D

Quadro 49 – Quadro comparativo: avaliação das decisões judiciais (DJ 01, DJ 02, DJ 03)

Critério de Análise da Tese	**DJ 01 (suspensão liminar da franquia de bagagem – Ativismo)**	**DJ 02 (reversão da suspensão da franquia – Deferência formal)**	**DJ 03 (manutenção da multa – Deferência Ampla)**
1. Motivação qualificada da decisão judicial	Fraca – Fundamentação centrada em argumentos genéricos sobre proteção ao consumidor.	Moderada – A decisão reforça a legalidade formal, mas não exige comprovação técnica robusta, nem aprofunda a análise dos fundamentos procedimentais que sustentam a norma ou a motivação da ANAC.	Fraca – Fundamentação genérica, baseada na presunção de legitimidade da agência ancorada em uma confiança abstrata apenas por ter sido realizada por uma agência especializada, sem análise efetiva da Análise de Impacto Regulatório (AIR), da consulta pública, ou de qualquer elemento comprobatório da fundamentação adotada pela agência.
2. Uso de evidências técnicas	Nula – Não há qualquer análise técnica contextualizada nos autos. Obs.: Utilização de dados de imprensa, sem respaldo técnico nos autos.	Parcial – Há menções pontuais a dados técnicos fornecidos pela ANAC, mas sem exigência de comprovação detalhada ou avaliação crítica de sua suficiência.	Não considerada – Não há exame concreto de evidências técnicas que sustentam a norma ou a sanção.
3. Participação social considerada	Não considerada – Nenhuma menção a consulta pública realizada. Menção à participação social apenas de forma genérica e prospectiva.	Inexistente – Nenhuma referência à participação social. O magistrado não a considerou nem exigiu comprovação,	Não considerada – A decisão não verifica a ocorrência nem cobra a demonstração de participação social relevante.

		tampouco fez menção à sua ocorrência	
4.Proporcionalidade na intervenção judicial	Desproporcional – Intervenção precoce sem análise técnica robusta.	Moderada – Afasta a liminar com base em deferência, mas sem ponderação aprofundada.	Desproporcional (por omissão) – Presume legitimidade da ANAC sem analisar a razoabilidade da exigência imposta.
5. Análise procedimental da norma	Ausente – Nenhum exame dos trâmites normativos da ANAC. Ausência de menção à existência ou suficiência de AIR.	Limitada – Não examina a AIR nem outros elementos procedimentais; confunde legalidade formal (cumprimento de regras básicas) com legitimidade substancial (validade e solidez do ato em si).	Ausente – Não há qualquer avaliação do processo normativo nem verificação da AIR.
6. Reconhecimento da discricionariedade técnica da ANAC	Desconsiderada – A decisão substitui o juízo técnico da agência.	Reconhecida – Valoriza a autonomia técnica, mas sem exigir comprovação procedimental ou fundamentação baseada em evidências.	Presumida – Expertise da ANAC é aceita sem verificação.
7. Aplicação da LINDB	Não aplicável – Proferida antes da vigência da Lei nº 13.655/2018.	Não aplicável – Proferida antes da vigência da Lei nº 13.655/2018.	Aplicável – Proferida após a Lei nº 13.655/2018, mas não adota seus parâmetros de análise consequencial e fundamentação qualificada.
8. Exigência de fundamentação pela agência reguladora	Não exigida – Decisão não cobra motivação técnica densa da ANAC.	Exigida de forma incipiente – Há menções pontuais a fundamentos da ANAC, mas sem exigir comprovação	Não exigida – Legitimidade técnica presumida sem verificação documental.

		técnica qualificada.	
9. Controle do mérito do ato normativo	Sim – O mérito da norma foi substituído pelo juízo judicial.	Não – O conteúdo da norma não foi examinado em profundidade e houve uma postura deferente.	Não – A decisão valida a norma com base na presunção de legitimidade, sem exame crítico do conteúdo técnico ou dos fundamentos.
10. Impacto na promoção da estabilidade da norma regulatória	Nulo – Gera instabilidade jurídica e insegurança regulatória. A DJ 01 não fortalece a estabilidade regulatória.	Moderado – Garante estabilidade normativa pontual, mas negligencia o fortalecimento institucional da regulação ao não exigir transparência, motivação robusta ou controle procedimental.	Alto (com ressalvas) – Reforça a estabilidade formal da norma pela validação integral do ato da ANAC, mas com base em deferência acrítica, fragilizando o controle judicial e a legitimidade substantiva da regulação.

Fonte: Elaborado pela Autora (2025)