

## VOTO - VISTA

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator):** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros – ABRATI, em que se pede a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 24, XVIII, e 78-A, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências.

Eis o teor do ato normativo impugnado:

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

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

(...)

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

- I – advertência;
- II – multa;
- III – suspensão;
- IV – cassação;
- V – declaração de inidoneidade;
- VI – perdimento do veículo.”

A requerente aponta violação aos arts. 2º, 5º, II e XXXIX, 37, *caput*, do texto constitucional.

Alega que a norma não poderia conferir à ANTT poder normativo para definir atos infracionais e a previsão das respectivas sanções aplicáveis aos particulares, por violação aos princípios constitucionais da legalidade e da separação de poderes.

O relator, Min. Marco Aurélio, adotou o rito previsto nos arts. 6º e 8º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e solicitou informações. (eDOC 14)

A Câmara dos Deputados, o Senado Federal e a Presidência da República manifestaram-se pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

A Advocacia-Geral da União emitiu parecer pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência do pedido.

Iniciado o julgamento no Plenário Virtual da sessão de 12/02/2021 a 23/2/2021, o relator, Min. Marco Aurélio, manifestou-se no sentido de conferir “interpretação conforme à Constituição aos artigos 24, inciso XVIII, e 78-A, cabeça e incisos I a VI, da Lei nº 10.233/2001, para concluir pela pecha considerada interpretação no sentido de poder a agência inovar quanto a infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis ao serviço de transporte.”

O julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes, sendo retomado na sessão do Plenário Virtual de 15/10/2021 a 22/10/2021, ocasião na qual Sua Excelência emitiu voto assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIAS REGULADORAS E PODER REGULAMENTAR. ART. 24, VIII, E ART. 78-A DA LEI 10.233/2011. RESOLUÇÃO ANTT 233/2003. PREVISÃO LEGAL DA COMPETÊNCIA PARA A AGÊNCIA REGULADORA EDITAR REGULAMENTO SOBRE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS. PREVISÃO DAS SANÇÕES CABÍVEIS E CRITÉRIOS MÍNIMOS PARA A REGULAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

1. As Agências Reguladoras, criadas como autarquias especiais pelo Poder Legislativo (CF, art. 37, XIX), recebem da lei que as instituem uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades.

2. As Agências Reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem

expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexista um prévio conceito genérico, em sua lei instituidora (standards), ou criar ou aplicar sanções não previstas em lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público estão submetidas ao princípio da legalidade (CF, art. 37, caput ).

3. No caso em julgamento, a Lei 10.233/2003, com as alterações redacionais supervenientes, fixou os critérios mínimos indispensáveis para o exercício, pela Agência Reguladora, da competência para imposição de sanções pela prática de infrações administrativas.

4. As disposições emanadas da Resolução ANTT 233/2003 obedecem às diretrizes legais, na medida em que protegem os interesses dos usuários, relativamente ao zelo pela qualidade e pela oferta de serviços de transportes que atendam a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade das tarifas, assim como a cominação das penas não desborda da parâmetros estabelecidos em lei.

5. Ação Direta julgada improcedente.”

Pedi vista dos autos para melhor debruçar-me sobre a questão controvertida, que discute a constitucionalidade da delegação de competência às agências reguladoras para que disponham sobre figuras infracionais.

É o que cumpria relatar.

Passo ao meu voto.

As agências reguladoras foram gestadas no afã de alterar o papel tradicional da Administração Pública, permitindo que entidades estatais, com maior flexibilidade, pudessem estar atentas a determinado setor estratégico e atuar rapidamente no respectivo mercado, mediante complementação da legislação da área correlata, de forma infralegal, desde que observados os limites impostos na lei de sua criação e na Constituição Federal.

Para que essa nova realidade se desenvolvesse, foi determinante o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito e sua vertente jurídico-econômica, o Estado Regulador, como descreve Pedro Gonet Branco:

“O Estado contemporâneo [Regulador] torna anacrônica a proposição do Estado Liberal de aprisionar em um Código toda a regulação das relações importantes da sociedade civil. A modernidade

mostrou ser indispensável a adoção de mecanismos capazes de lidar com os problemas da vida em comunidade de forma ágil e eficiente. As relações sociais cada vez mais complexas nos campos econômico e social obrigaram o legislador a compartilhar com agentes independentes e técnicos a disciplina de temas caros à coletividade.

Para tanto, desenvolveu-se a figura do regulador, que, com expertise, rapidez e foco concentrado em determinados setores da economia, assumiu o dever de estabelecer normas para os novos desafios da vida coletiva.

Essa atividade conjunta do regulador e do legislador deu novo significado à palavra regulação, compreendida como o exercício de atividade administrativa e normativa que repercute em determinado ambiente de atividades relevantes para o Estado e que demanda mudança contínua por parte do regulador frente aos efeitos que essa atividade administrativa e normativa gera nos regulados.

Outra novidade da contemporaneidade foi o reconhecimento de que a regulação não pode se limitar a garantir a eficiência de mercado, como pretendido em momentos anteriores. Antes, o Estado Regulador tem a obrigação de desenvolver suas atividades regulatórias tendo como norte a salvaguarda dos direitos fundamentais, entre eles o direito à liberdade, à propriedade e à igualdade, mas também o direito à saúde, à privacidade, ao trabalho, ao lazer, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre tantos outros direitos positivados pelos mais variados ordenamentos jurídicos.

Essa compreensão se insere em um contexto no qual o Estado não assume para si a função de principal agente econômico do mercado, mas também não ignora que deve vigiar e, quando necessário, interferir nas atividades econômicas que destoam do que se considera contrário ao interesse público e, em especial, aos direitos fundamentais.” (BRANCO, Pedro Henrique de Moura Gonet. Regulação de novas tecnologias: a utilização da Sandbox Regulatória como instrumento da Teoria da Regulação Responsiva. Monografia. Universidade de Brasília, Brasília, 2022.)

Para o desempenho dessas atividades regulatórias, o Estado depende, como já mencionado, da criação das agências reguladoras como órgãos descentralizados da Administração Pública, o que suscita discussões sobre os limites do seu poder regulamentar, conforme se colhe da doutrina especializada:

“[...] as leis de criação das Agências, quer haja ou não suporte constitucional para sua existência, são responsáveis pela delegação de potestade normativa a tais entidades sob a fórmula da deslegalização. O ponto de partida usualmente adotado para defender esta posição

está em texto de Eduardo García de Enterría no qual é afirmado que a delegação de poder legislativo é reconhecidamente possível nos sistemas de tradição continental, podendo ser efetuada por intermédio de três fórmulas: (a) delegação receptícia, consistente em uma delegação limitada a certas matérias e a um tempo determinado e que, uma vez utilizada, consome-se. Este seria o modelo utilizado no artigo 68 de nossa Constituição, responsável pelo tratamento das leis delegadas (b) delegação remissiva, a qual é representada por simples remissões pela lei a uma regulamentação posterior a ser elaborada pela Administração. Tais remissões não se esgotam com o exercício da competência normativa por parte do Poder Executivo, que poderá alterar as normas por ele editadas a qualquer tempo. Este, conforme o argumento aqui exposto, seria o padrão utilizado em nossa Constituição ao dispor sobre o poder regulamentar do Presidente da República, em seu artigo 84, IV e (c) finalmente, a deslegalização, técnica na qual o Poder Legislativo simplesmente demite-se da função de regular determinada matéria, remetendo tal atribuição a outra entidade.

Após a verificação de tais premissas, conclui-se que as leis responsáveis pela criação de Agências Reguladoras específicas, como a Lei nº 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, teriam procedido à deslegalização das matérias por elas tratadas em favor da Administração Pública. Efeito semelhante teriam possuído as Emendas Constitucionais nºs 8 e 9, referidas no item anterior.

Fundamentada deste modo a atuação normativa das Agências Reguladoras, afirma-se, por fim, que o exercício de tal atribuição estará limitado pela chamada discricionariedade técnica. Esta consistiria na outorga de espaço de ação à Administração para que ela decida com base em critérios estritamente técnicos - e não em critérios políticos. Em razão deste limite, a atuação das Agências Reguladoras seria nula toda vez que ela fosse o resultado de critérios não reconhecidos como desejáveis pelo Poder Legislativo.

(...)

A inadequação das categorias descritas por Enterría a nosso sistema fica clara quando se investiga qual o sistema de articulação de competências entre Executivo e Legislativo contido na Constituição Espanhola: ela contém numerosas reservas específicas de lei, as quais, sem esgotar todas as matérias que podem receber tratamento normativo, deixam fatias da potestade normativa do Estado fora de qualquer reserva legal específica. É digno de nota o fato de que existe certo dissenso sobre a extensão da reserva de lei no ordenamento espanhol, mas nenhuma das posições existentes nega o fato de que a totalidade da potestade normativa do Estado não está submetida ao princípio da reserva legal: têm-se campos não reservados à Lei nos quais Executivo e Legislativo podem atuar de modo originário. É

neste campo de potestade normativa independente das amarras da reserva legal, sem similar entre nós, que podem ocorrer o congelamento de grau normativo e a deslegalização. É que nele, a despeito de não haver reserva legal, existe a supremacia da Lei - e isso é precisamente o que permite a ocorrência tanto do congelamento, quanto da deslegalização.

É igualmente problemático justificar a possibilidade de deslegalização em nosso sistema com base na doutrina portuguesa: a exemplo do mencionado acima em relação às palavras de García de Enterría, é preciso estudar o sistema de repartição de competências e de articulação entre Executivo e Legislativo traçado pela Constituição Portuguesa para que se possa compreender qual o real conteúdo do termo deslegalização quando utilizado por autores como Canotilho ou Jorge Miranda.

Em Portugal, existem quatro diferentes campos dentro dos quais podem ser produzidos atos normativos primários: tem-se (a) uma reserva absoluta de lei, em que apenas a Assembleia da República pode atuar, (b) uma reserva relativa de lei, contemplando matérias passíveis de transferência ao Governo, (c) um campo de competência concorrente entre o Governo e a Assembleia da República e (d) um campo de competência exclusiva do Governo. Nestes campos, o instrumento ordinário da Assembleia é a lei do Governo, o decreto-lei. Deve-se perceber, contudo, que o Governo não equivale ao nosso Poder Executivo: a Constituição Portuguesa separa as figuras do Presidente e do Governo, e claramente atribui ao Governo, além da chefia da Administração Pública, uma parcela de poderes legislativos.

Veja-se, agora, o que afirma o artigo 112 da Constituição Portuguesa:

1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.

2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos.

3. Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.

4. Os decretos legislativos têm âmbito regional e versam sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respectiva região autónoma que não estejam reservadas aos órgãos de soberania, sem prejuízo do disposto nas alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 227º.

5. Nenhuma outra lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

6. Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes.

7. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão.

8. A transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou, nos termos do disposto no nº 4, decreto legislativo regional.

Em um primeiro momento, o artigo parece contraditório: afinal, como podem existir regulamentos independentes (nº 6), se nenhuma lei pode delegar eficácia a outros instrumentos normativos (nº 5), e se todo regulamento deve indicara lei que visa a regulamentar (nº 7)?

A solução está em que os regulamentos independentes do direito português não são regulamentos com força em tudo idêntica à de uma lei, como a denominação, em um primeiro momento, sugere. Eles são atos normativos que dispõem originalmente, após autorização legislativa específica, sobre matérias situadas no campo da competência concorrente entre Assembleia e Governo - fora, portanto, da reserva material de lei. A deslegalização opera apenas no âmbito de atuação de tais regulamentos independentes, não podendo, em hipótese alguma, ser efetuada nos campos de reserva de lei.

Ora, em razão da inexistência, em nosso sistema, das condições que autorizam a existência de regulamentos independentes e de deslegalização no sistema português, não se pode invocar a doutrina portuguesa para justificar, entre nós, a possibilidade de deslegalização que confira a um regulamento a possibilidade de agir como se lei fosse. Deslegalização, entre nós, ocorre apenas quando uma lei que regula minudentemente um determinado campo material é substituída por outra lei que, no lugar da regulação anterior, adota apenas conceitos indeterminados, abrindo espaço ao administrador para que exerça sua discricionariedade. Se a lei revogadora for além disso, simplesmente transladando competência ao Administrador, ela será inconstitucional.

Por fim, se o fundamento do poder normativo das Agências é a técnica da ampla deslegalização – instrumentalizada, como diz Enterría, por meio de uma lei vazia de conteúdo que subtrai da competência legal um certo tipo de matéria - não há como justificar que sua competência esteja restrita pela discricionariedade técnica, cuja origem deve estar em conceitos jurídicos indeterminados de caráter técnico. Isto evidencia que a origem apontada para o poder

normativo por esta tese está incorreta, pois não há como compatibilizar as duas partes de seu argumento: ou bem se trata de deslegalização, e então não há que se falar em restrições técnicas à potestade da Administração, ou então se trata de discricionariedade técnica, caso no qual não haverá deslegalização, mas sim discricionariedade relacionada ao preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados.

(...)

Tais colocações, no entanto, não resolvem todo o problema. Nosso sistema de controle de atos administrativos foi elaborado especialmente para avaliar a legalidade de atos individuais e concretos, na melhor tradição francesa. Se decidimos criar entidades com um amplo poder normativo, baseado em *standards* vagos, e atribuímos a elas a regulação de matérias técnicas e intrincadas por meio da edição de normas gerais, provavelmente estaremos gerando um cenário de um certo desencaixe entre os sistemas de controle existentes e as atividades dessas entidades. Esse desencaixe, por dificultar a supervisão judicial, pode favorecer a contaminação política das Agências - com o que teríamos novamente frustrada a finalidade de sua criação. A discussão referente ao poder normativo, portanto, deve ser complementada por uma discussão sobre os mecanismos de controle passíveis de imposição à atividade regulatória. (MOURA, Mauro Hiane. O Poder Normativo e a Autonomia das Agências Reguladoras. Revista Brasileira de Direito Administrativo RDA, Belo Horizonte, ano 2007, n. 246, p. 173194, set./dez. 2007, grifos acrescentados)

Especificamente sobre a discussão envolvendo o postulado da legalidade ante o poder normativo das agências reguladoras, tive a oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“O desenvolvimento das agências reguladoras, dotadas de amplo poder regulamentar, suscita desafiantes problemas. É lícito indagar se o modelo tradicional do regulamento de execução, até aqui dominante, pode ser aplicado, sem reparos, ao sistema inaugurado com o surgimento dessas agências. Em outras palavras, é preciso questionar se a decisão regulatória tomada pelas agências estaria submetida ao princípio da legalidade estrita, tal como os denominados regulamentos de execução, ou se estaríamos diante de uma nova categoria de regulamento ou de um regulamento autônomo.

Enfim, é possível perceber que o vocábulo lei é dotado de uma plurissignificância que é resultado de diferentes conceitos e concepções fundadas historicamente em distintos princípios



estruturantes do Estado, ora assumindo feições aproximadas ao conceito formal decorrente do princípio democrático, ora traduzindo sentidos próprios do conceito material fundado no princípio do Estado de Direito.

Em razão dos desafios contemporâneos de acomodação teórica entre o princípio da legalidade em sua visão liberal clássica acima exposta e o surgimento de novos modelos de regulação por entidades públicas e privadas, há posições pela reinterpretação desse princípio. Argumenta-se que a ideia de legalidade deve ser remetida a um princípio da juridicidade, de modo que todos os atos da administração devem estar conformes ao ordenamento jurídico como um todo, incluindo Constituição, emendas constitucionais, tratados internacionais, leis em sentido formal e demais atos administrativos.

Com a ascensão do chamado modelo de Estado Regulador, que encontra seu fundamento normativo especialmente no art. 174 da Constituição Federal, observa-se uma verdadeira pluralidade de fontes normativas, em que órgãos e entidades da Administração Pública criam novas normas jurídicas apoiados em leis com terminologia vaga e principiológica.

Dessa maneira, não é fácil precisar o significado da lei na Constituição de 1988, dada a polissemia da palavra empregada em diversos dispositivos ao longo do texto. A Constituição impõe ao seu intérprete esforço hermenêutico na identificação do significado do termo lei, como na distinção das hipóteses em que se exige lei ordinária ou lei complementar para o tratamento de determinado tema submetido à reserva legal.

(...)

Sente-se a necessidade, todavia, de uma reformulação do texto constitucional no que concerne à atividade normativa dos órgãos reguladores, em especial, das agências. Isso porque parece restar claro que as normas editadas por tais órgãos, cada qual no seu campo de atuação, possuem uma margem de atuação ampla, que não pode ser reduzida a uma atividade meramente regulamentadora da lei. A própria ideia da criação de agências reguladoras parece trazer consigo a noção de que a regulação dos serviços públicos submetidos à tutela desses órgãos demanda deles uma atuação mais abrangente. Assim, uma reforma constitucional que expressamente autorizasse às agências reguladoras essa função normativa mais ampla teria o condão de melhor equipá-las para o exercício de seu múnus precípua, bem como de esclarecer juridicamente os seus poderes normativos.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 951/952 e 1.058/1.059)

Em um dos casos mais relevantes sobre o tema, esta Corte entendeu pela constitucionalidade da criação das agências reguladoras em âmbito federal, estadual, distrital e municipal, com competências para efetivamente criar normas jurídicas sobre matérias específicas previstas em lei, na ADI 1.969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 31.8.2007.

Quanto ao aspecto formal da delegação normativa a agências reguladoras, esta Corte entendeu hígida tal atividade complementar normativa, como se depreende do seguinte julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 214/2004. MODIFICAÇÃO DAS LEIS NS. 9.478/1997 E 9.847/1999. REGULAMENTAÇÃO DA INTRODUÇÃO DO BIOCOMBUSTÍVEL NA MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA. ATRIBUIÇÃO À AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO DE COMPETÊNCIA REGULATÓRIA DOS COMBUSTÍVEIS RENOVÁVEIS . ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE URGÊNCIA E RELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 9/1995 E AO ART. 246 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Observados os pressupostos constitucionais de urgência e relevância na alteração do caput do art. 8º da Lei n. 9.478/1997: atribuição à Agência Nacional do Petróleo da competência para regulação, contratação e fiscalização da indústria dos combustíveis renováveis pela Medida Provisória n. 214/2004. 2. Ausência de afronta ao art. 3º da Emenda Constitucional n. 9/1995 e ao art. 246 da Constituição da República: a Medida Provisória n. 214/2004 não regulamenta o monopólio da União sobre as atividades econômicas relacionadas a petróleo, gás natural, outros hidrocarbonetos fluidos e derivados. 3. Ação julgada prejudicada quanto ao inc. XVI do art. 8º da Lei n. 9.478/1997 e ao inc. II do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.847/1999 e improcedente com relação ao caput do art. 8º da Lei n. 9.478/1997. (ADI 3.326, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 15.4.2020, grifo nosso)

Reforço, ademais, o que manifestei quando do julgamento da ADI 5.779 (Tribunal Pleno, redator do acórdão Min. Edson Fachin, DJe 22.02.2022): as autoridades reguladoras exercem uma verdadeira atuação normativa conjuntural do ambiente regulado. Isso quer dizer que a delegação de poderes normativos a essas entidades vai além de uma simples substituição

do legislador. Em essência, a opção por submeter determinados mercados ao escrutínio regulatório perpassa uma opção política de ressignificar a forma de intervenção pública que se opera.

Como bem destacado pelo Professor Márcio Iório Aranha, o diferencial de um regime jurídico regulatório é que, diferente dos demais ambientes não regulados, existe uma nota característica de constante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados. Nesse sentido, o autor destaca com clareza que “o mecanismo regulador se apresenta como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas e administrativas capazes de interagir *pari passu* com os rumos efetivamente detectados no ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais”. (ARANHA, Márcio Iório. Manual de Direito Regulatório. London: Laccademia Publishing, 2015. p. 90)

Ainda nas palavras do autor, o que diferencia a intervenção regulatória da intervenção legislativa ordinária é que aquela “transparece o conjunto de produções não só normativas, mas administrativas de diuturna reconfiguração do ambiente regulado, como também do formato estatal de ataque aos problemas nele detectados”. (ARANHA, Márcio Iório. Manual de Direito Regulatório. London: Laccademia Publishing, 2015. p. 91)

Sendo assim, reconheço a constitucionalidade da abertura normativa às agências reguladoras para que, a fim de controlar e fomentar o exercício da atividade regulada, disponham sobre infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos agentes privados que descumpram o arcabouço normativo regulatório do setor.

Registre-se, evidentemente, que o exercício desse poder regulador pelo órgão competente deve dar-se nos limites da lei aplicável – no caso concreto, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Esta, em seu art. 78-F, limita o valor da multa a dez milhões de reais, bem como veda a aplicação de suspensões com prazo superior a 180 dias, no seu art. 78-G.

Ademais, a atuação do regulador deve observar o devido processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, deve ser desempenhada sem abuso ou desvio de poder. Caso se verifique violação a um desses elementos, como, por exemplo, pela imposição de multa que assuma caráter confiscatório, é legítimo que se recorra ao juiz de primeiro grau para que este verifique a adequação da medida.

Ante o exposto, acompanho a divergência aberta pelo Min. Alexandre de Moraes e voto pela improcedência do pedido, reconhecendo a constitucionalidade dos arts. 24, XVIII, e 78-A, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 24/02/2023*