



POSSIBILIDADE E PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO ATO NORMATIVO TÉCNICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: um estudo da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais*

POSSIBILITY AND PARAMETERS OF THE JUDICIAL CONTROL OF THE REGULATORY AGENCIES' NORMATIVE ACTS: a study of the Regional Federal Courts' precedents

Felipe Lira Handro

RESUMO

Pretende analisar a possibilidade e os parâmetros de controle judicial da função normativa das agências reguladoras, na regulação dos setores de suas competências.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; agência reguladora; função normativa; controle judicial; discricionariedade.

ABSTRACT

The author assesses both the possibility and parameters of judicial control of the regulatory agencies' normative function regarding the supervision of sectors within their competence.

KEYWORDS

Administrative Law; regulatory agency; normative function; judicial control; discretion.

* Este artigo teve como base trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

1 INTRODUÇÃO

O grande dinamismo da economia moderna, caracterizada pelo avanço tecnológico e pela globalização, instaurou a urgência de se instituir entes dotados de capacitação técnica suficiente para a regulação de setores de demasiada complexidade, os quais o legislador se mostrou incapaz de regular. Em 1995, o Poder Legislativo brasileiro inovou a ordem constitucional ao introduzir a previsão expressa de órgãos reguladores para os setores de telecomunicações (art. 21, XI, da Constituição Federal, modificado pela Emenda 8/95) e de petróleo (art. 177, § 2º, III, da Constituição Federal, modificado pela Emenda 9/95).

A partir de então, surgiram, na administração pública brasileira, autarquias denominadas “agências reguladoras”, com as funções de regulação dos serviços públicos delegados pelo Estado ao particular e de atividades do setor privado de interesse público. A título de exemplificação, citem-se a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel – Lei n. 9.247/96); a Agência Nacional de Petróleo (ANP – Lei n. 9.478/1997); a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel – Lei n. 9.427/1997); e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa – Lei n. 9.782/1999).

As agências reguladoras foram criadas justamente para preencher tal lacuna regulatória deixada pelo legislador. Como se disse, mostrou-se irrefutável a incapacidade do legislador de assumir o encargo de regular todas as matérias atinentes aos setores de atuação dessas agências, como telecomunicações, petróleo, transporte, vigilância sanitária e energia elétrica, os quais foram denominadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 6) de “setores críticos”. Portanto, achou-se consentânea a instituição de entidades dotadas de competências fiscalizatórias, decisórias e, sobretudo, normativas.

As leis de regência dessas autarquias especializadas preveem a edição de atos normativos mais flexíveis que as leis propriamente ditas e, assim, de fácil adaptação às vicissitudes, instabilidades e flutuações do mercado, o que possibilita a normatização ágil e atualizada de todas as matérias inerentes às suas funções. Ademais, são dotadas de um aparato técnico amplo e eficiente, com um corpo de profissionais especializados nos setores abarcados por suas competências.

No entanto, não é incomum divergências sobre a legalidade das disposições de certos atos normativos editados pelas agências, seja quanto à possibilidade de regulação da respectiva matéria do setor pela via infralegal, muitas vezes impondo obrigações ao particular, seja quanto ao cumprimento, pela agência reguladora na edição do ato normativo, dos limites impostos pela lei de regência do setor.

Em um primeiro momento, neste artigo, analisar-se-á a existência de certa discricionariedade na atividade regulatória dessas autarquias especiais e até que ponto isso funciona como um limitador do controle judicial dos atos normativos editados. Na sequência, serão examinados parâmetros de controle desses

atos pelos tribunais. E, ao fim, será feito um estudo de casos, em que será abordado como a jurisprudência dos tribunais regionais federais tem trabalhado com esses parâmetros.

2 INFLUXOS DA MODERNIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS DE INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A conjuntura atual, marcada pelo processo de globalização, pela ampla modernização e pelo crescente grau de complexidade dos serviços públicos e das atividades econômicas de iniciativa privada, não condiz com a vetusta noção de princípio da legalidade. O corrente período reclama normas mais flexíveis, dotadas de um processo ágil e atualizado de formação, a fim de acompanhar o elevado grau de tecnicidade dos setores regulados, o que justifica a regulação pelas agências por meio de atos normativos infralegais (SCHIRATO, 2011, p. 509).

A edição de atos normativos pelas agências reguladoras diz respeito ao regular exercício de função administrativa normativa expressamente prevista e autorizada por suas leis instituidoras, o que traz à baila a técnica da deslegalização ou delegificação, que surgiu no Direito Italiano (DUARTE JÚNIOR, 2009, p. 1). Segundo Canotilho (2000, p. 841), ocorre deslegalização quando *uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos*.

A conjuntura atual, marcada pelo processo de globalização, pela ampla modernização e pelo crescente grau de complexidade dos serviços públicos e das atividades econômicas de iniciativa privada, não condiz com a vetusta noção de princípio da legalidade.

No entanto, referida técnica vem com uma nova roupagem, pois não há uma delegação pura de competência legislativa, ou abdicação da função de legislar pelo Poder Legislativo (MATTOS, 2011, p. 256)¹. No contexto da atividade normativa pelas agências, a lei autorizadora estabelece parâmetros, *standards*, princípios, diretrizes e objetivos gerais a serem respeitados, transferindo a regulação das respectivas matérias do setor para outra sede normativa (BRUNA, 2003, p. 116-117). Em outras palavras, a lei reguladora da agência estabelece normas gerais – lei-quadro – e, ao mesmo tempo, autoriza que um ato administrativo infralegal complete o seu conteúdo.

Há de se ter em mente, assim, que o exercício dessa função somente será possível dentro dos lindes estabelecidos pela lei deslegalizadora, isto é, respeitados esses indigitados parâmetros, visto que, do contrário, haverá, sim, afronta ao princípio da

legalidade. É nesses limites que o mecanismo de degradação da hierarquia normativa, que se vale o legislador, deve ser utilizado.

Não se pode negar que este tema ainda encontra bastante resistência em doutrina mais ortodoxa (CALIL, 2006, p. 135-148²) e, outrossim, em parcela dos tribunais³. No entanto, a jurisprudência pátria já vem caminhando no sentido de reconhecer a legitimidade da competência regulatória normativa das agências reguladoras, a partir dessa nova roupagem conferida à deslegalização. Isso pode ser observado em julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp 640.460/RJ, REsp 676.172/RJ, REsp 1.101.040/PR) e dos tribunais regionais federais, sobretudo os da 2ª (REEX 201150010149459) e 4ª (AC 5025482-62.2014.404.7100/RS) Regiões.

Saliente-se que, embora não tenha o Supremo Tribunal Federal especificamente se debruçado sobre a deslegalização relacionada à atividade normativa das agências reguladoras, a Corte Maior já teve a oportunidade de afirmar a legitimidade constitucional da deslegalização no julgamento do RE n. 140.669-1-PE, em que se discutia a exigência de lei para fixar a data de vencimento da obrigação tributária do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

Ocorre que, comumente, há divergências sobre a legalidade das disposições de certos atos normativos editados pelas agências, que, não raro, deságuam no Judiciário. Instados a se pronunciar, muitos órgãos julgadores adotam uma postura de deferência à discricionariedade técnica que norteia essa atividade administrativa, pelo que não seria possível ao Judiciário se imiscuir no mérito administrativo. Diante disso, questiona-se se cabe ao Judiciário exercer o controle desses atos normativos regulatórios e até que ponto esse controle poderia ser exercido.

3 A POSSIBILIDADE E OS PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS

Há de se destacar, de início, que a jurisdição brasileira é uma, fato que encontra esteio, principalmente, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que deixou cunhado o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, dessa forma, havendo qualquer exorbitância na atuação da administração pública, os interessados poderão recorrer ao Poder Judiciário pleiteando a correção dos vícios que eventualmente a inquinem.

Entretanto, ao adentrar a discussão da possibilidade de controle judicial da atividade regulatória normativa da administração, é de bom alvitre analisar a existência de certa margem de discricionariedade do órgão administrador, o que irá repercutir sobremaneira nos limites desse controle.

Por um lado, com o advento do Estado Democrático de Direito, houve uma maior vinculação da administração, uma vez que esta passa a não só ter que observar a lei *stricto sensu*, mas todo o ordenamento jurídico constitucional (DI PIETRO, 2007, p. 46). Sobremais, com o surgimento dessa ideia de Estado, fortaleceu-se o entendimento de que os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, devem nortear atividade da administração pública.

Por outro, como o legislador se viu desprovido de um arcabouço técnico-estrutural suficiente para a regulação de toda a complexidade econômica, passou a demandar instrumentos legais mais flexíveis e capazes de acompanhar as vicissitudes do

mercado. Editam-se agora leis cada vez mais abertas e genéricas, que transferem ao Poder Executivo e à administração em geral a atribuição de regular e normatizar, pormenorizadamente, esses setores econômicos (VERÍSSIMO, 2011, p. 289-290), conferindo ampla liberdade de atuação ao administrador atual. E aí se incluem as agências reguladoras.

Diante disso, a legislação voltada para o setor regulatório termina por conferir uma margem considerável de discricionariedade à atuação das agências reguladoras, quando se limita a prever *standards*, princípios, diretrizes e objetivos gerais norteadores das atividades de regulação.

Não bastasse, tais diretrizes, na maioria das vezes, estão dispostas sob a forma de conceitos jurídicos indeterminados. E, segundo significativa parcela da doutrina brasileira⁴, uma das fontes da atividade discricionária da administração está relacionada justamente à observância desses conceitos jurídicos indeterminados perante o caso concreto.

Deve-se ter em mente, em vista disso, que conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade são institutos interligados, pois muitas vezes o administrador se vale deste para preencher aqueles. E a extensão de liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do *tipo* de conceito utilizado pelo texto legal (KRELL, 2013, p. 48).

Não obstante isso, há de se compreender que está superada a dicotomia entre atos discricionários e atos vinculados, de modo que nunca haverá um ato plenamente discricionário, inacessível a qualquer controle judicial tendo como base os princípios constitucionais (IDEM, p. 22).

Dessa forma, a atividade discricionária normativa das agências reguladoras não está isenta de controle judicial, uma vez que, além do princípio da inafastabilidade da jurisdição, hodiernamente há a preeminência do princípio da juridicidade, o que acarreta na sujeição dessa atividade a todo o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo aos princípios constitucionais norteadores do funcionamento da administração pública. O que se tem, portanto, são diferentes graus de vinculação do administrador à juridicidade, que acarretará num menor ou maior grau de controlabilidade judicial de seus atos (BINENBOJM, 2008, p. 39).

Os princípios constitucionais, portanto, devem servir de barreira à atividade discricionária irrestrita, a fim de evitar o exercício de juízos de conveniência e oportunidade de forma desenfreada. Assim, mesmo a atividade discricionária poderá ser submetida a mecanismos de controle judicial, uma vez que deverá ser exercida não somente nos lindes da lei autorizadora, mas também dos princípios de todo o ordenamento jurídico, notadamente os constitucionais, de modo que o administrador, ao se deparar com o caso concreto, deverá interpretar a norma, sempre levando em consideração tais aspectos (IDEM, p. 50-51).

Como dito anteriormente, alega-se como barreira ao controle judicial a existência de uma grande margem de discricionariedade técnica na atividade desses entes. Ocorre que este argumento quase sempre é introduzido, pura e simplesmente, como uma forma de afastar o controle desses atos pelo Poder Judiciário (GUERRA, 2005, p. 208), haja vista que não haveria nesse caso um juízo discricionário puro, e sim, a utilização pelo administrador de juízos técnicos e científicos que lhe possibilita-

riam chegar a uma única solução correta no caso concreto. Entretanto, não se pode conceber tal argumento como absoluto, pois mesmo juízos técnicos estão suscetíveis a indeterminações e pluralidade de soluções válidas perante um caso concreto (KRELL, 2013, p. 70).

Isso posto, já se é possível concluir que o argumento da discricionariedade técnica não merece ser albergado, sobretudo porque consiste numa afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de grande evidência no ordenamento jurídico pátrio. A atuação regulatória das agências reguladoras não se limita a uma discricionariedade técnica. O que de fato ocorre é atividade discricionária propriamente dita, seja com juízos de conveniência e oportunidade, seja com juízos técnicos, ambos sempre suscetíveis de serem analisados pelo Poder Judiciário (GUERRA, 2005, p. 208-209).

De toda forma, como bem obtemperou o Min. Mauro Campbell Marques, no REsp 1.171.688/DF, [...] *em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível – cautela que não se confunde com insindicalidade, covardia ou falta de arrojo [...]*. (BRASIL, STJ, REsp 1.171.688/DF)

Pela possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa, destaca-se interessante decisão do TRF da 1ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança n. 11.632 DF 2006.34.00.011632-6, em que se discutia preliminarmente a possibilidade jurídica do pedido com relação à sindicabilidade judicial de discricionariedade administrativa da Agência Nacional de Petróleo, que estabeleceu, na Portaria ANP n. 202/1999, a exigência de condicionar o deferimento ou manutenção de registro de distribuidor de combustíveis à comprovação de regularidade perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF (BRASIL, TRF-1, AMS 11.632 DF 2006.34.00.011632-6).

Pontuou a 5ª Turma do referido Tribunal que [...] *todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observância aos princípios constitu-*

nais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais. [...] A competência discricionária da Administração “é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido – não importa se mais ou menos estritamente – ao que haja sido disposto em lei, já que discricção supõe comportamento intra legem e não extra legem. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre vinculado aos ditames legais”. “A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional”.

4 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Uma parcela significativa dos órgãos julgadores dos tribunais federais brasileiros já vem caminhando no sentido de permitir uma maior sindicabilidade dos atos normativos regulatórios expedidos pelas agências reguladoras de modo geral e, por conseguinte, tem se mostrado menos hesitante em analisar a atividade desses entes quanto à observância dos princípios constitucionais que contornam a atividade administrativa, sobretudo os da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, visto que são os que servem de fundamento para a maioria das decisões que efetuam tal controle.

[...] ao adentrar a discussão da possibilidade de controle judicial da atividade regulatória normativa da administração, é de bom alvitre analisar a existência de certa margem de discricionariedade do órgão administrador, o que irá repercutir sobremaneira nos limites desse controle.

Na maioria dos casos, há uma análise do ato normativo infralegal expedido pela agência (portarias, resoluções e instruções), com o fito de se perquirir sua conformidade com a legislação autorizadora dessa expedição.

À guisa de elucidação, em sede de Apelação Cível n. 2014.51.01.050123-7, julgada pela Sexta Turma do TRF da 2ª Região, o Relator Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, examinando pedido de anulação de multa pelo descumprimento da Portaria ANP n. 65/2011 – que regula-

menta as especificações dos óleos diesel de uso rodoviário para comercialização em todo o território nacional, e define obrigações dos agentes econômicos sobre o controle da qualidade do produto –, anotou que *com a ampliação do campo de regulação às agências reguladoras, enfim, com o fortalecimento do Poder Executivo daí decorrente, o Poder Judiciário passa a ter uma função de revisão judicial destes atos reguladores mais efetiva, ou seja, não apenas de legalidade, mas, sobretudo, de legitimidade, razoabilidade e cumprimento aos princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição Federal*. E concluiu seu voto dizendo: *A aplicação da sanção combatida, cujas razões estão centradas no interesse público, comporta a necessária razoabilidade, além do que se encontra em perfeita harmonia com o poder de fiscalização conferido à ANP, efetivado através do poder de polícia, que fora exercido nos padrões da legalidade e sem excesso* (BRASIL, TRF-2, AC 2014.51.01.050123-7).

No mesmo sentido, a 4ª Turma do TRF da 5ª Região, no julgamento do Agravo n. 08053895820174050000, de relatoria do Desembargador convocado Leonardo Augusto Nunes Coutinho, proferiu acórdão no sentido de que [...] *induidosa, in casu, a legalidade da atuação normativa exercida pela ANAC. Afinal, ao esmiuçar o dever legal de pres-*

tação de serviço público adequado – através da edição da Resolução ANAC n. 25/2008, em seu Anexo III, tabela III, item 11, que descreve como infração administrativa que atenta contra a segurança da aviação civil a conduta de “não realizar o controle de acesso às Áreas Restritas de Segurança quando as instalações estão sob a sua responsabilidade, na interface lado Ar/lado Área Restrita”, que é uma execução de serviço aéreo que compromete a segurança pública e viola as normas de segurança dos transportes (art. 299, caput, II, da Lei

7.565/1986) –, limitou-se aos parâmetros mínimos de suas leis-quadros (Leis 7.565/1986 e 11.182/05) (BRASIL, TRF-5, AGRAVO 08053895820174050000).

É possível encontrar julgados, inclusive, em que, a partir de uma análise da atuação da agência reguladora na edição de instrumentos normativos infralegais, deixa-se assente que esta extrapolou os lindes da lei autorizadora.

Nesse sentido, no julgamento de apelação em mandado de segurança, em que se discutia a possibilidade de resolução da Anvisa proibir o exercício de atividade de captação e obtenção de doação e coleta de sangue e seus componentes por unidade coletora privada, a Quarta Turma suplementar do TRF da 1ª Região proferiu acórdão, em sede de apelação no Mandado de Segurança n. 200134000301990 DF, no qual se declarou a ilegalidade do dispositivo em questão por ter extrapolado os lindes da legislação respectiva em vigor (BRASIL, TRF-1, AC 200134000301990 DF).

É possível encontrar julgados, inclusive, em que, a partir de uma análise da atuação da agência reguladora na edição de instrumentos normativos infralegais, deixa-se assente que esta extrapolou os lindes da lei autorizadora.

Citem-se, ainda, outras decisões no mesmo sentido de declarar ilegal disposições presentes em instrumentos normativos editados pelas agências reguladoras, a exemplo do acórdão proferido pela Terceira Turma do TRF da 3ª Região, quando do julgamento de Apelação Cível n. 0019985-17.2010.4.03.6100 SP, tal como a decisão proferida pela Terceira Turma do TRF da 4ª Região em Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.024992-3/PR.

Há outros casos em que a nulidade do ato normativo é declarada com a constatação de desvio de poder pela agência reguladora. Sabe-se que, para a configuração de desvio de poder, o administrador vale-se da competência que lhe foi outorgada para fins divorciados daqueles previstos na lei (GARCIA, 2005, p. 277). E, como o desvio de poder consiste no distanciamento da conduta do administrador dos fins eleitos pela lei, este nada mais seria que um descumprimento da lei (MELLO, 2012, p. 57). Devido a isto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 57) afirma que *o controle do desvio de poder é um controle de estrita legalidade*.

Sobre a temática, um julgado pertinente é o acórdão proferido pela Quinta Turma do TRF da 1ª Região, de relatoria da Desembargador Federal Selene Maria de Almeida, em sede de Apelação Cível n. 200234000265090. Neste processo, discutia-se a legalidade de ato (Despacho Aneel n. 288) expedido pela Aneel que revogou retroativamente dispositivo contido em Resolução n. 290 desta agência, alegando-se desvio de poder por parte da indigitada agência, que supostamente colimava atingir finalidade ilícita (BRASIL, TRF-1, AC 200234000265090).

Concluiu a relatora que [...] *configura desvio de poder a agência reguladora invocar competência regulatória para suprimir retroativamente regras por ela aprovada para favorecer outros agentes do mercado para diminuir o prejuízo de empresas geradoras do Sudeste em prejuízos de empresas geradoras*

do Sul [...]. O Despacho ANEEL n. 288 não pode revogar parte da Resolução n. 290, pois ato administrativo não desconstitui ato normativo e, portanto, não é possível suprir os efeitos da norma sem sua alteração por regra de igual hierarquia. É inconstitucional revogação com efeitos retroativos (Súmula 473 do STF atingindo ato jurídico perfeito, direito adquirido e sem observância do devido processo legal (Res. ANEEL n. 233/98, art. 4º). [...] Sentença reformada para declarar a nulidade do Despacho n. 288/2002 da ANEEL, que revogou os itens 2.10.6, 2.11.1 (b), 2.11.2 e 8.3.2 das regras do Mercado Atacadista de Energia – MAE, homologadas pela Resolução n. 290/2000, também da ANEEL.

Vê-se claramente, a partir do exposto, que parte dos tribunais já vem caminhando no sentido de encarar uma análise mais minuciosa da atividade normativa das agências reguladoras, seja para perquirir a ocorrência de desvios de poder, como no caso supracitado, seja para analisar o processo de formação do ato normativo como um todo, averiguando sua conformidade com os limites e ditames da legislação autorizadora e, por conseguinte, a observância do princípio da legalidade.

Gize-se que outros dois princípios de demasiada menção pelos tribunais, em sede de análise dessa atividade normativa, são os da razoabilidade e proporcionalidade, que serão abordados nos próximos julgados examinados neste artigo.

Um julgado que merece destaque é o acórdão proferido pela Sexta Turma especializada do TRF da 2ª Região, no julgamento da Apelação Cível n. AC 200851010236323, de relatoria do Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em que se discutia a imposição pela Anvisa, em sua RDC/Anvisa n. 54/08, de que constassem imagens e advertências em embalagens e materiais publicitários de produtos fumígenos. O juízo de primeiro grau havia deferido o pedido em parte para a empresa autora Souza Cruz S/A, isentando-a de constar, nessas embalagens, a expressão “perigo”.

Em sede de apelação, a indigitada Turma do TRF da 2ª Região entendeu que a referida sentença merecia ser reformada para julgar pela total procedência do pleito autoral. Em seu voto, o referido relator, com arrimo em posicionamento seu já esposado anteriormente, afirma que as imagens – as quais a Anvisa estabeleceu como exigência às empresas de tabaco de veicular em seus produtos – são abusivas, fogem ao princípio da razoabilidade e não guardam relação com a realidade. Ainda utilizou, como exemplo e fundamento para sua decisão, uma das imagens exigidas, a de um feto jogado em um cinzeiro. Entendeu que, se a Anvisa quisesse mostrar que o consumo de cigarro poderia causar aborto, deveria se valer de outro meio que não aquele. E, por fim, observa: *não é lícito, portanto, sujeitar essas pessoas jurídicas a tratamentos degradantes, obrigando-as a veicular em seus produtos imagens que não guardam relação com a realidade* (BRASIL, TRF-2, AC 200851010236323).

Portanto, deu provimento à apelação da recorrente, Souza Cruz S/A, isentando-a de veicular as imagens exigidas pela mencionada resolução da Anvisa, uma vez que estas fugiam ao princípio da razoabilidade e, assim, mostravam-se abusivas.

Em julgado bastante recente, em sede de apelação, a Quarta Turma do TRF da 4ª Região, ao analisar a Resolução n. 195/2009 da ANS – que alterou o modo de operação de con-

tratos coletivos por adesão de planos de saúde, impondo à pessoa jurídica contratante a responsabilidade pelo pagamento das parcelas devidas à operadora e afastando a sistemática anteriormente adotada (pela qual as pessoas físicas beneficiárias obrigavam-se à quitação das prestações mensais junto à operadora, atuando a pessoa jurídica como mera intermediária), e, além disso, impediu que a operadora contratada efetuasse a cobrança da contraprestação pecuniária diretamente aos beneficiários –, entendeu que [...] *Conquanto o intuito da Agência reguladora tenha sido proteger os interesses dos consumidores de planos de saúde que, inadvertidamente, aderem a falsos grupos associativos, prejudicou a contratação idônea nessa modalidade, impondo ônus excessivo, sem respaldo legal. A regra inserta no art. 14 da Resolução extrapola os limites do poder regulamentar atribuído à ANS e do regramento legal e fere o princípio da proporcionalidade, por inadequadas e desnecessárias ao atingimento da finalidade perseguida. A ANS acabou por prejudicar o sistema de planos de saúde coletivos como um todo, extrapolando sua competência normativa* (BRASIL, TRF4, AC 5003637-09.2016.4.04.7001).

Doutro giro, em julgado da Terceira Turma do TRF da 4ª Região, em sede de Apelação Cível n. 2005.72.00.011361-3/SC, de relatoria do Juiz Federal Guilherme Beltrami, requereu-se a declaração de inexistência de efeitos das Portarias 116 e 248, da Agência Nacional de Petróleo, e a anulação dos atos fiscais que implicaram três multas de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) cada contra a apelante, late Clube de Santa Catarina Veleiros da Ilha.

Observa-se que o relator, na fundamentação do seu voto, após percorrer o disposto no texto constitucional, especialmente o art. 170, que trata dos princípios gerais da ordem econômica, bem como analisar as disposições da Lei n. 9.478/97, que regulamentam a Política Energética Nacional, conclui que os atos normativos atacados na referida lide, as Portarias 116 e 248 da ANP, estariam em conformidade com o princípio da proporcionalidade, uma vez que, nas palavras do relator, *tutelam o fornecimento de combustíveis em todo o território nacional, com a garantia da incolumida-*

de pública, da defesa dos direitos e interesses dos consumidores e da defesa do meio ambiente (BRASIL, TRF-4. AC n. 11361 SC 2005.72.00.011361-3).

Em julgado mais recente, Apelação n. 2009.51.01.006952-6, novamente sobre imagens de alerta contra os malefícios dos produtos fumígenos, conforme Resolução da Anvisa RDC n. 54/08, destacou a Quinta Turma do TRF da 2ª Região que [...] *A carga de amplitude normativa dos atos expedidos pelas agências reguladoras [...] deve adequar-se aos parâmetros da lei permissiva, pois a delegação legislativa não é ilimitada e deve observar os demais princípios norteadores do direito pátrio, entre eles a proporcionalidade e a razoabilidade. [...] a ANVISA pode veicular propaganda que desincentive o uso de cigarros, valendo-se de criações publicitárias impactantes, mas não pode obrigar a veiculação de imagens nas embalagens que se dissociem da realidade e sejam desproporcionais ao fim colimado. No caso concreto, no entanto, concluiu que [...] As imagens contidas na Resolução da ANVISA RDC n. 54/08, portanto, atendem ao princípio da proporcionalidade nas vertentes adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido em estrito, e não apresentam qualquer desvio de finalidade possa ensejar o reconhecimento de sua ilegitimidade pelo Judiciário* (BRASIL, TRF-2, AC n. 2009.51.01.006952-6).

5 CONCLUSÕES

Demonstrado o cenário jurisprudencial acerca do controle judicial do ato normativo das agências reguladoras, impende ressaltar que, para melhor controle desses atos, torna-se imprescindível que ele venha acompanhado de seus fundamentos de fato e de direito, ou seja, que apresente a devida motivação (TOURINHO, 2005, p. 141), visto que são justamente os motivos da conduta do administrador que servirão de paradigma a este controle pelos tribunais. Noutras palavras, os tribunais, para aferirem se o ato está em consonância com os ditames do ordenamento, deverão sempre se valer de uma profunda análise desses fundamentos que, caso inexistentes, acarretarão em nulidade.

Outra premissa que há de ser firmada está na necessidade de ponderação

do Poder Judiciário na hora de exercer o controle, devendo prevalecer a regra da intervenção comedida. Isso se dá especialmente porque a atuação normativa das agências leva em conta critérios prospectivos, com o foco nas consequências futuras no mercado econômico, diferentemente da atuação jurisdicional que analisa situações pretéritas, corrigindo vícios que eventualmente acometam o processo de formação desses atos normativos.

Isso posto, percebe-se que o Poder Judiciário deve atuar somente quando existir afronta à ordem jurídica, notadamente aos princípios constitucionais, sob pena de, caso contrário, estar substituindo juízos discricionários conferidos pelas leis às agências para definir as políticas regulatórias, por juízos discricionários do Estado-Juiz. Portanto, concluindo-se pela ilegalidade no procedimento de concepção do ato normativo pela agência, o tribunal deverá anulá-lo, mas não substituí-lo. Sem embargo, há de se admitir que haverá casos excepcionais em que, por se considerar a aplicabilidade de somente uma solução correta, poderá efetivamente substituir esse ato normativo administrativo (GUERRA, 2005, p. 277).

Em vista de todo o exposto, pode-se inferir que, de fato, discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados são fenômenos que se entrelaçam, sendo este último um dos principais motivos da existência de discricionariedade na atividade da administração. Há de se reconhecer, por conseguinte, que a atividade normativa das agências reguladoras abarca uma parcela de discricionariedade, sobretudo pela previsão de conceitos jurídicos indeterminados nas leis do setor regulatório.

De outra parte, tampouco se pode negar a possibilidade de controle judicial desses atos normativos, haja vista os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da juridicidade. Diante disso, a atividade normativa das agências reguladoras deverá, sempre, respeitar os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, sobretudo os princípios constitucionais norteadores do funcionamento da administração pública.

Com efeito, o que de fato merece atenção é o fator limitativo que estes princípios impõem à discricionariedade

administrativa, especialmente nos casos em que o legislador se vale de conceitos jurídicos indeterminados no texto legal, o que impede um controle mais efetivo dos excessos identificados na atuação do administrador (ROSA, 2005, p. 198).

Por derradeiro, constata-se que a jurisprudência pátria vem caminhando no sentido de uma maior sindicabilidade dos atos normativos regulatórios expedidos pelas agências reguladoras de modo geral e tem-se mostrado menos hesitante em analisar a atividade discricionária desses entes quanto à observância dos princípios constitucionais que contornam a atividade administrativa, a exemplo dos aqui disciplinados. Torna-se imprescindível repisar que, para tanto, o ato deverá vir acompanhado de seus fundamentos de fato e de direito, ou seja, apresentar os respectivos motivos, visto que estes servirão de paradigma para o controle judicial.

NOTAS

- 1 No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma: [...] *Não é o fato de a Lei ter optado por adotar conceitos mais ou menos abstratos que a caracteriza como impensável delegação de poder legislativo, com o que toda outorga de poder regulamentar à Administração Pública consistiria em uma delegação.* (ARAGÃO, 2004, p. 411)
- 2 Gustavo Binenbojm (2005, p. 11) aponta que, *com efeito, não se admite existir, no Direito Brasileiro, o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a lei de criação da agência degradaria o status hierárquico da legislação anterior, permitindo sua alteração ou revogação por atos normativos editados pela agência. Tal importaria, ao ângulo formal, a possibilidade de o legislador alterar o procedimento legislativo previsto na própria Constituição – o que é inadmissível. Estar-se-ia diante de uma delegação legislativa inominada, incompatível com a sistemática da Carta da República.* [...] Cf. Andrade (2008): Para a autora, *quanto à deslegalização de matérias – que significa tirar determinada matéria da competência legislativa – somente seria aceitável se feita pela própria Constituição. Não pode ser feita por lei ordinária, porque isto implicaria retirar da competência do Poder Legislativo competência que lhe foi outorgada pela Constituição.*
- 3 Como exemplo: Brasil (TRF-4, AC n. 2002.72.09.001099-4/SC).
- 4 Nesse sentido: Cardozo, (2005, p. 73), Guerra (2005, p. 243) e Carvalho Filho (2005, p. 32).

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Letícia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico (REDAE)*, Salvador, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico (REDAE)*, Salvador, n. 3, ago./set./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 640.460/RJ. Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/12508/recurso-especial-resp-640460/inteiro-teor-100021837>>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- _____. *Recurso Especial 676.172-RJ*. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19272891/recurso-especial-resp-676172-rj-2004-0126011-1>>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- _____. *Recurso Especial 1.101.040/PR 2008/0237401-7*. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062164/recurso-especial-resp-1101040-pr-2008-0237401-7>>. Acesso em: 9 maio 2017.
- _____. *Recurso Especial 1.171.688/DF*. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 1º/6/2010, DJe 23/6/2010.

- Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902425347&dt_publicacao=23/06/2010>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 140.669-1-PE*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28140669%2E2E%2E+OU+140669%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/f4gx48o>>. Acesso em: 28 fev. 2018.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação n. 11632 DF 2006.34.00.011632-6*. 5ª Turma. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21780934/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-11632-df-20063400011632-6-trf1>>. Acesso em: 9 maio 2017.
- _____. *Apelação Cível n. 200134000301990 DF 2001.34.00.030199-0*. 4ª Turma suplementar. Relator: Juiz Federal Marcio Barbosa Maia. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23996430/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-200134000301990-df-20013400030199-0-trf1>>. Acesso em: 9 maio 2017.
- _____. *Apelação Cível n. 200234000265090*. 5ª Turma. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25041098/apelacao-civel-ac-200234000265090-df-20023400026509-0-trf1>>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- _____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Reexame n. 201150010149459*. 5ª Turma especializada. Relator: Desembargador Federal Marcus Abraham. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24810034/apelacao-reexame-necessario-reex-201150010149459-trf2>>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- _____. *Apelação Cível n. 2014.51.01.050123-7*. 6ª Turma. Relator: Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=apolo-inteiro-teor&id=2017,09,27,00501234220144025101_708262.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- _____. *Apelação Cível n. 200851010236323*. 6ª Turma especializada. Relator: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23492424/ac-apelacao-civel-ac-200851010236323-trf2>>. Acesso em: 12 maio 2017.
- _____. *Apelação Cível n. 2009.51.01.006952-6*. 5ª Turma. Relator: Desembargador Alcides Martins. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=apolo-inteiro-teor&id=2017,08,22,00069521120094025101_292235.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.
- _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Cível n. 0019985-17.2010.4.03.6100 SP*. 3ª Turma. Relator: Juiz convocado Roberto Jeuken. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24812001/apelacao-civel-ac-19985-sp-0019985-1720104036100-trf3>>. Acesso em: 9 maio 2017.
- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n. 2002.72.09.001099-4/SC*. 3ª Turma especializada. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1224960/apelacao-civel-ac-1099/inteiro-teor-13868153>>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- _____. *Apelação Cível n. 5025482-62.2014.404.7100/RS*. 3ª Turma especializada. Relator: Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/148262946/apelacao-civel-ac-50254826220144047100-rs-5025482-6220144047100/inteiro-teor-148262973>>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- _____. *Agravo de instrumento n. 2009.04.00.024992-3/PR*. 3ª Turma. Rel. Juiz Federal Nicolau Konkel Junior. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17139986/agravo-de-instrumento-ag-24992-pr-20090400024992-3-trf4/inteiro-teor-17139993>>. Acesso em: 9 maio 2017.
- _____. *Apelação Cível 5003637-09.2016.4.04.7001*. 4ª Turma. Relator: Sérgio Renato Tejada García, juntado aos autos em 9/9/2017. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=4150500867282487111913016257&evento=4150500867282487111913036630&key=88e2200acd42e406588daed6af66fb4aa0a-1079f6d98076d8a0ef63e2c0a422d>. Acesso em: 28 fev. 2018.
- _____. *Apelação Cível n. 11361 SC 2005.72.00.011361-3*. 3ª Turma. Relator: Juiz Federal Guilherme Beltrami. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17490082/apelacao-civel-ac-11361-sc-20057200011361-3-trf4>>. Acesso em: 12 maio 2017.
- _____. *Apelação Cível AC n. 11361 SC 2005.72.00.011361-3*. 3ª Turma. Relator: Juiz Federal Guilherme Beltrami. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17490082/apelacao-civel-ac-11361-sc-20057200011361-3-trf4>>. Acesso em: 12 maio 2017.
- _____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Agravo n. 08053895820174050000*. 4ª Turma. Relator: Desembargador convocado Leonardo Augusto Nunes Coutinho. Disponível em: <<https://pje.trf5.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=1d5342702788b9538cb186c93c99c417>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

- BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 116-117.
- CALIL, Lais. O Poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111-176.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: _____ (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 19-50.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o estado de direito. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 43-77.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-42.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DUARTE JUNIOR, Ricardo Cesar Ferreira. A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 2009, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6961>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- GARCIA, Emerson. O Direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 205-287.
- GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. In: SOUTO, Marcos Jurruena Villela (Org.). *Coleção Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1-392.
- KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa, e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 251-274.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Regulação sob a Perspectiva da Nova Hermenêutica. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2017.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. Discricionariedade e moralidade administrativa. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 161-203.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na administração pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 507-517.
- TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle judicial da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91-160.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 283-313.

Artigo recebido em 2/3/2018.

Artigo aprovado em 23/3/2018.

Felipe Lira Handro é analista judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF.