

ano 15 - n. 62 | outubro/dezembro - 2015  
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL

# A&C

 EDITORA  
**Fórum**

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral  
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial  
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis  
Daniel Wunder Hachem  
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial  
Felipe Klein Gussoli

#### Conselho Editorial

|   |  |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)  | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)          |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)                  | Juarez Freitas (UFRGS)   |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA)  | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)  | Marçal Justen Filho (UFPR)   |
| Carlos Ayres Britto (UFSE)  | Marcelo Figueiredo (PUC-SP)  |
| Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)              | Márcio Cammarosano (PUC-SP)  |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)                                | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)                                |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)                           | Nelson Figueiredo (UFG)  |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)                              | Odilon Borges Junior (UFES)  |
| Clémerson Merlin Clève (UFPR)   | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)                  |
| Clovis Beznos (PUC-SP)  | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)                                   |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)                        | Paulo Henrique Blasi (UFSC)  |
| Emerson Gabardo (UFPR)  | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)                                    |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)                    | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)                                |
| Eros Roberto Grau (USP)   | Rogério Gesta Leal (UNISC)   |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)          |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)      | Sergio Ferraz (PUC-Rio)  |
| José Carlos Abraão (UEL)  | Valmir Pontes Filho (UFCE)   |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)                                 | Weida Zancaner (PUC-SP)  |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)              | Yara Stroppa (PUC-SP)  |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)          |  |
| Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |  |

#### Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# A discricionariedade técnica e o controle político das agências reguladoras no Brasil

Josué Mastrodi

Professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (SP). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (SP). E-mail: <mastrodi@puc-campinas.edu.br>.

Lucas Rocha Mello Emboaba da Costa

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (SP). Advogado em Campinas. E-mail: <lucas.emboaba@gmail.com>.

---

Resumo: As agências reguladoras brasileiras realmente são neutras com relação a qualquer forma de influência de ideologias? É aceitável que as agências reguladoras atuem de forma divergente da política do governo vigente? Existe de fato uma ausência de qualquer elemento político em suas decisões? Este estudo tem por hipótese refutar a ideia de imparcialidade ou neutralidade das decisões das agências reguladoras a partir de uma suposta discricionariedade técnica, sendo dividido em duas partes. Na primeira, irá analisar se é cabível considerar a existência desta discricionariedade técnica, exercida pelas agências reguladoras, demonstrando que ao realizarem atos discricionários, ainda que embasadas por critérios técnicos, está mantido um elemento político em suas decisões. Na segunda delas, será abordado como esta discricionariedade técnica justifica a realização de um controle político exercido pelo Legislativo e Executivo, consistente não somente na possibilidade excepcional de exoneração ad nutum de seus dirigentes, mas também em outras formas de revisão destes atos discricionários, como forma de adequá-los com os interesses de governo.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Eficiência. Discricionariedade técnica. Controle político.

Sumário: 1 Introdução – 2 O instituto da discricionariedade administrativa no Direito alemão – 3 Direito norte-americano: o modelo teórico das agências de regulação – 4 As agências reguladoras brasileiras e a questão da discricionariedade técnica – 5 O controle político das agências reguladoras – 6 Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

Ao final do período ditatorial, com o início do processo de redemocratização e abertura política, consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou-se a repensar o modelo e o âmbito de atuação do Estado brasileiro. Antes visto como uma eficaz forma de prestação de serviços públicos, acabou crescendo de forma exagerada e maior que a sua real possibilidade de atuação, de forma que restaram prejudicadas a sua

qualidade, rapidez e eficácia.<sup>1</sup>

A escolha por este novo modelo de atuação do Estado brasileiro ocorreu no governo Fernando Henrique Cardoso, tornando-se definitiva com a criação das agências reguladoras brasileiras, a partir de 1996. O Estado, neste contexto, restringiu a sua seara de atuação direta, adicionando insights provenientes da ciência da administração, da economia e do direito privado para o conceito de prestação de serviços públicos, abrindo à iniciativa privada, total ou parcialmente, por meio de privatizações, concessões e permissões, nos termos dos artigos 173, 174 e 175 da Carta Magna, a possibilidade de exercer atividades consideradas não fundamentais, de menor interesse público e que não interferissem na segurança nacional, como o fornecimento de energia elétrica, o serviço de transporte público e a administração e manutenção de rodovias.

Assim, o legislador, como se reconhecesse a ineficiência estatal no cumprimento de suas atribuições para a efetivação dos direitos sociais possíveis, atribuiu-lhe as funções de agente normativo e regulador, exercendo tão somente as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da ordem econômica. A ideia veio da técnica dos standards, desenvolvida nos Estados Unidos da América, pela qual à administração pública direta cabe a determinação dos princípios, diretrizes e parâmetros dos setores por meio da edição de normais ordinárias, enquanto as agências reguladoras têm o dever de editar as normas reguladoras e outros atos de hierarquia legislativa inferior, mas que determinariam a forma de aplicação das regras gerais.<sup>2</sup>

Dois anos mais tarde, era editada a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que implementou a chamada reforma administrativa do Estado brasileiro, que mirava, ao mesmo tempo, (i) a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do princípio da eficiência (artigo 37), principalmente quanto à qualidade dos serviços públicos, quebrando ou modificando institutos jurídicos tradicionais rígidos, lentos e excessivamente burocráticos, que obstruíam a fruição de direitos fundamentais; (ii) contribuir para o equilíbrio das contas públicas; e (iii) fortalecer o federalismo brasileiro.<sup>3</sup>

O intuito, em outras palavras, foi o aperfeiçoamento da forma de prestação do serviço público, com uma crescente interação com o setor privado, com fins de prover uma administração consensual, diminuindo a influência de ideologias e subjetivismos dos governos, afastando-os da gestão pública, dando lugar a critérios técnicos e, supostamente, sem margem para escolhas políticas.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ROCHA, Regina Bernardes. Órgãos Reguladores no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 217.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.dirietodoestado.com.br/redae/asp>>. Acesso em: 23 mar. 2014. p. 8.

<sup>3</sup> BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 173, de 1995. Diário do Congresso Nacional, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 ago. 1995. Seção I, p. 18852-18853. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC19/Camara/EC019\\_cam\\_23081995\\_ini.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC19/Camara/EC019_cam_23081995_ini.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2014. p. 4-5.

<sup>4</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Limitações à imposição de sanções administrativas. Multas pecuniárias tributárias.

A princípio, fica clara a ideia do legislador brasileiro de não atribuir competências às agências reguladoras para agir, tomar decisões ou editar regulamentos baseados em critérios de conveniência e oportunidade. Portanto, em uma primeira análise, seria possível concluir que não é cabível tratar da existência de um poder discricionário técnico das agências reguladoras.

Contudo, o exame do tema merece mais atenção. Neste estudo, o que se pretende é afirmar, primeiramente, que esta premissa adotada pelo legislador brasileiro ao supor que as agências reguladoras são de fato imparciais e livres de qualquer influência política, bem como que suas condutas são plenamente vinculadas à lei, não existindo qualquer discricionariedade em seus atos, está equivocada.

O tema ganha relevância principalmente na questão das formas de controle deste poder discricionário das agências. Não há dúvidas da possibilidade de controle jurisdicional em alguns casos. Contudo, se há uma margem de liberdade de escolha, fundada em critérios de oportunidade e conveniência, para as tomadas de decisão, realização de atos em geral, principalmente a expedição de regulamentos, é cabível que existam formas políticas de controle de sua discricionariedade? Quais são estas formas, e quais seus limites?

Para responder estas questões, contudo, antes de qualquer ponderação, é necessário analisar a evolução histórica do conceito de discricionariedade em ordenamentos correlatos, passando-se primeiramente pelo direito alemão e pelo estudo das agências de regulação norte-americanas, que exercem fortes influências nas escolhas e convicções políticas que norteiam o ordenamento brasileiro, e que, portanto, objetiva sua melhor compreensão.

Ao final desta primeira parte do trabalho, a fim de situar a discussão sobre a discricionariedade técnica das agências reguladoras brasileiras, será feita uma breve análise de seu modelo de atuação e características, em comparação com os conceitos alemães e norte-americanos.

Em seguida, será feita uma análise teórica acerca do momento de constatação da discricionariedade, bem como da falácia da teoria da solução única, pela qual, em complementação ao estudo acima, será demonstrada a impossibilidade de excluir completamente uma certa margem de livre escolha das agências reguladoras quando da prática dos atos administrativos, inclusive daqueles de caráter eminentemente técnico.

Na sequência, tendo em vista a discricionariedade técnica das agências reguladoras, bem como as limitações decorrentes do alcance do controle realizado pelo Poder Judiciário, em sua segunda parte o trabalho irá demonstrar como essa discricionariedade técnica justifica a existência de um controle político, conceito que aqui não será utilizado somente em seu significado técnico mais tradicional, ou seja, como a prerrogativa de se exonerar ad nutum o dirigente de uma autarquia, mas também como o poder

---

Revista AJUFERGS, Porto Alegre, Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul, n. 3. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/11\\_frederico\\_valdez\\_pereira.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/11_frederico_valdez_pereira.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2014. p. 324.

exercido pelos representantes eleitos pelo povo, ocupantes de cargos do Legislativo e do Executivo, que permite, de acordo com seu interesse político-econômico, intervir nas agências reguladoras por meio de um sistema de negociações, de barganhas, e pressões de natureza eminentemente política e não jurídica.

Em seguida, serão abordados a fonte do poder regulamentar das agências reguladoras, o poder-dever de fiscalização do Estado, demonstrando a sua compatibilidade com os preceitos constitucionais e legais.

Na última parte deste estudo, serão abordadas as principais formas pelas quais o Legislativo e o Executivo exercem este controle político, visando sua compatibilidade com os interesses políticos e econômicos do governo e a efetivação de direitos e princípios da Constituição Federal.

## 2 O instituto da discricionariedade administrativa no Direito alemão

Para se ter um bom entendimento acerca do instituto da discricionariedade, é de fundamental importância tecer algumas breves notas sobre o desenvolvimento desse conceito no Direito Administrativo alemão, que não somente inspirou o legislador brasileiro, como também desenvolveu inicialmente a ligação entre a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos (ou legais) indeterminados.<sup>5</sup>

Na época da monarquia absolutista alemã, existia um espaço, um espectro de livre atuação estatal em que não poderia haver qualquer interferência; em outras palavras, as atividades desenvolvidas pelo Estado eram intocáveis, inalteráveis, indiscutíveis. Os primeiros conceitos de discricionariedade giravam em torno desta atuação impassível de controle ou limitações genéricas.<sup>6</sup>

Com o advento dos ideais liberais no fim do século XVIII, ganharam corpo diversas concepções buscando limitar o poderio estatal germânico e vincular cada vez mais sua atuação às normas e leis da nação. Passou a existir uma distinção entre as atividades da Administração propriamente ditas, que seriam vinculadas a estas normas, e as atividades de governo, que seriam (i) aquelas não proibidas pelas normas; (ii) aquelas em que o próprio legislador atribuía ao governante a escolha envolvendo opções determinadas; ou (iii) aquelas normas que empregavam os conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, palavras, expressões e vocábulos que não têm sentido preciso ou significado exato, que são delimitados caso a caso.

Embora os pensamentos dos autores fossem divergentes quanto ao grau dessa liberdade do Estado, em suma, havia dois pontos em comum na doutrina alemã: (i) defen-

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 98.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 98-99.

diam a inexistência de uma atividade discricionária sem qualquer limite jurídico, ou seja, os atos discricionários da Administração, ainda que dotados de certa liberdade, teriam por fim unicamente a complementação da norma jurídica; e (ii) uma vez que a discricionariedade tem limites, é possível que exista um controle externo do Judiciário. Nesta linha de pensamento, apenas o julgador, dotado de imparcialidade e conhecimento técnico, seria capaz de compreender se a Administração escolheu o melhor *modus operandi* ou não para atender à determinação legal de promover seu agir discricionário.

Com a chegada do Estado Social, em oposição ao Estado Liberal, no final do século XIX e início do século XX,<sup>7</sup> o paradigma muda: não basta proibir atos do Estado contra os direitos individuais; é necessário que o Estado busque sempre efetivar direitos sociais de seus cidadãos.<sup>8</sup> Como consequência, foi aumentada a quantidade de leis buscando vincular cada vez mais a atuação estatal, como forma de atender aos interesses políticos e econômicos de cada governo. Contudo, ante a impossibilidade de normas jurídicas preverem todo e qualquer tipo de conduta necessária para atenderem tais interesses, e em sentido oposto ao que defendia o pensamento liberal, a margem de discricionariedade do Estado voltou a ser ampliada, permanecendo o respeito aos direitos fundamentais individuais consagrados pelo movimento liberal.

Foi neste prisma que os conceitos jurídicos indeterminados ganharam mais importância para o Direito Administrativo alemão. Embora cada vez mais ligado indissociavelmente ao princípio da legalidade e controlado mais de perto pelo Legislativo, tais conceitos constantes das normas permitiam ao Poder Executivo agir com mais amplitude, o que equivocadamente chegou a ser identificado com uma liberdade de escolha do Administrador. Isto porque estes conceitos indeterminados, constantes de diversas normas jurídicas, não possuem sentido objetivo, preciso; não há uma referência a algo certo, mas apenas a uma significação, algo subjetivo que ainda demanda delineamento, precisão. Citem-se, por exemplo, o interesse público, o bem comum, a ordem pública. Duas são as consequências disto: os conceitos jurídicos indeterminados (i) são uma forma pela qual o legislador atribui ao administrador a possibilidade de decidir e delimitar a extensão destes conceitos quando da aplicação da norma ao caso concreto; e (ii) são mutáveis, ou seja, podem variar no tempo ou no espaço, de acordo com os valores de cada grupo social e de cada governo.<sup>9</sup>

É de crucial importância ressaltar que é neste contexto histórico, conforme expresso por Bernatzik,<sup>10</sup> em que surge o embrião do conceito de discricionariedade técnica, que

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31-32.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 102-103.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 102-103.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 104.

viria a ser de grande influência para o direito regulatório norte-americano e também para o brasileiro, que será tratado em outro momento. O autor defendia que o poder discricionário da Administração encontrava-se justamente nos conceitos jurídicos indeterminados, os quais demandam do executor da lei uma interpretação subjetiva e particular que, ao fim e ao cabo, se tornava a forma pela qual ele aplica a norma jurídica a todo caso concreto sob sua competência. Ainda considerava o pensador austríaco que o Estado era um agente técnico especializado na perseguição de seus fins e que, portanto, não era cabível a discussão do mérito de seus atos sequer por parte do Poder Judiciário.

Esta face do conceito de discricionariedade, antes completamente rechaçado pela jurisprudência germânica, inicialmente adepta do pensamento liberal, foi aos poucos sendo aceito pelos tribunais alemães. Reconheceu-se a necessidade de se deixar uma esfera de atuação e criação mais ampla e flexível para a Administração Pública, para decidir a prática de determinado ato administrativo segundo os seus próprios critérios que, embora amplos, não eram dotados de qualquer ilegalidade<sup>11</sup> ou arbitrariedade.

### 3 Direito norte-americano: o modelo teórico das agências de regulação

Para compreender melhor o conceito de discricionariedade técnica e o próprio modelo de atuação Estado brasileiro, é necessário compreender o momento histórico do surgimento das agências de regulação norte-americanas, bem como características das agências administrativas dos Estados Unidos da América.

Na primeira metade do século XIX, teve início uma das grandes crises do sistema capitalista que afetou o mundo todo e, em especial, os Estados Unidos, considerados até então a mais nova potência mundial, que vinha em grande ascensão econômica, em oposição à situação de destruição e caos em que se encontrava o continente europeu pós-Primeira Guerra. A economia liberal estadunidense sofreu o seu maior golpe com a quebra da bolsa de Nova York, em março de 1929.

A situação começou a se reverter na década de 30, após a apresentação, pelo então presidente Franklin Delano Roosevelt, do New Deal, plano econômico fortemente influenciado pelos ideais keynesianos. A estrutura da Administração Pública foi alterada, tornando-se mais complexa e ganhando um novo aparato burocrático e técnico para intervenção direta na economia. O Estado Social ganha uma nova faceta, qual seja, adotar posturas para driblar as falhas sistêmicas do chamado livre mercado e, conseqüentemente, seus efeitos negativos no desenvolvimento da sociedade.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>12</sup> CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As Agências de Regulação Norte-Americanas e sua Transposição para os Países da Civil Law. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 381.

Dessa ruptura de modelos, surgem as primeiras agências de regulação americanas. Inicialmente idealizadas como braços da Administração capazes de proteger a economia contra monopólios e assegurar os benefícios decorrentes da concorrência de mercado, aos poucos foram se tornando grandes indutoras e fiscalizadoras de condutas dos empresários, com poderes para controlar preços, aplicar sanções e punições e estimular certos comportamentos. O Congresso norte-americano passou a delegar parte dos poderes do Estado às agências que, com sua expertise e conhecimento técnico, exerceriam com mais eficiência a regulação de mercados e a aplicação dos princípios e regras oriundos do Legislativo.<sup>13</sup>

As agências norte-americanas também são subordinadas com mais força a alguns princípios gerais de direito público norte-americano, que, em breve síntese, são os seguintes: (i) *fairness*, que está intimamente relacionado a assegurar o *due process of Law* quando da solução de conflitos; (ii) *acceptability* e *accuracy*, que seriam, respectivamente, o dever de analisar o impacto de seus atos e o dever de minimizar ao máximo o risco de tais atos; (iii) *efficiency*, ou seja, eficiência, caracterizada pela maior obtenção possível de resultados positivos com o menor gasto possível de seus recursos; (iv) *accountability*, que impõe às agências o dever de prestar contas.<sup>14</sup>

Para assegurar que tais princípios seriam seguidos, o legislador norte-americano dotou as agências reguladoras de três características, que são: (i) a especificidade, ou seja, sua atuação é limitada a mercados e setores específicos; (ii) a discricionariedade técnica, ou seja, todas as suas decisões são pautadas por critérios técnicos; e (iii) a neutralidade, para evitar a influência de grupos e setores políticos na prática de seus atos. Todas essas características são interdependentes e, invariavelmente, uma é decorrência da outra.<sup>15</sup>

#### 4 As agências reguladoras brasileiras e a questão da discricionariedade técnica

Os primeiros indicativos de tentativa de redução do aparato burocrático estatal e de descentralização da prestação de serviços públicos vêm à tona em 1990, com a promulgação da Lei nº 8.031/90, que criou o Programa Nacional de Desestatização.<sup>16</sup> Seus objetivos fundamentais, expressamente destacados no texto do artigo 1º da lei, consistiam, em

<sup>13</sup> PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31594.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2014. p. 537.

<sup>14</sup> SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 394-395.

<sup>15</sup> CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. As Agências de Regulação Norte-Americanas e sua Transposição para os Países da Civil Law. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 382.

<sup>16</sup> GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 298.

síntese, em reordenar a forma de intervenção do Estado brasileiro na economia, visando a sua modernização e a redução da dívida pública.

Como mencionado na introdução deste trabalho, é no governo FHC que esta estrutura descentralizada de atuação se consolida, a partir de 1996, com a criação das agências reguladoras. O Legislador brasileiro buscou reduzir o campo de atuação direta do Estado, dotando as agências de um caráter gerencial-empresarial, francamente inspirado no direito norte-americano, de modo a evitar influências de ideologias políticas, de interesses unicamente privados e dos governos na tomada de decisões.<sup>17</sup>

Neste sentido, as leis instituidoras das agências reguladoras brasileiras as dotaram de características também presentes nas agências norte-americanas, como a independência administrativa, a autonomia financeira e ausência de subordinação hierárquica e, em princípio, a impossibilidade de controle político, que é explicitada em normas que preveem mandato fixo e estabilidade dos seus dirigentes. Também possuem os poderes de expedir normas de direito regulatório para criar regras e fiscalizar mercados e setores estratégicos da economia, autorizando revisões ou definindo tarifas, dirimindo conflitos administrativos. Suas finalidades, respeitadas a peculiaridades de cada agência, são a proteção da concorrência, a garantia da qualidade do serviço público e a busca de benefício ao consumidor ou usuário. Os servidores que nelas atuam, inclusive os comissionados, devem possuir capacidade técnico-profissional reconhecida.<sup>18</sup> Percebemos aqui que o modelo brasileiro buscou privilegiar duas das características marcantes das agências: a especificidade e a neutralidade, em conformidade com o princípio constitucional da eficiência. A questão que se coloca, neste momento, é se a característica da discricionariedade técnica, que está presente no direito norte-americano, também é encontrada no modelo de agência reguladora adotado no direito brasileiro. Segundo o pensamento daquele país, estas três características seriam indissociáveis do modelo teórico de regulação através das agências, uma vez que garantem que tenham um mínimo de estrutura e base jurídica para regular os mercados.

O legislador pátrio, em sentido contrário, claramente buscou deixar claro, no texto da lei, que as agências não são dotadas desta característica, como destacamos no início deste estudo. Ao passo em que as agências reguladoras, nos Estados Unidos, vieram para aumentar a esfera de intervenção do Estado nos mercados, diminuindo a liberdade dos mercados, como forma de superar a crise econômico-financeira de 1929, o debate brasileiro foi travado no sentido de reduzir a influência política dos governos na tomada de decisões estratégicas na economia.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> PACHECO, Regina Sílvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. RAP – Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31594.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2014. p. 525-526.

<sup>18</sup> Embora na teoria estes servidores devam possuir esta capacidade técnica, falta na legislação brasileira a definição de critérios para auferi-la, o que dificulta a fiscalização de seu trabalho e na aplicação de eventuais punições.

<sup>19</sup> PACHECO, Regina Sílvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. RAP – Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31594.pdf>>.

Existem duas correntes doutrinárias a respeito deste assunto. Pela primeira, entende-se que o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados no texto legal não dá liberdade alguma às agências reguladoras; pela segunda, defende-se que estes conceitos, ante a sua falta de exatidão, dão ao aplicador da norma a possibilidade de decisão do modo de aplicá-la.<sup>20</sup>

Pela primeira delas, majoritária, não haveria nas agências reguladoras qualquer elemento político a ser analisado de acordo com o interesse público ou com oportunidade e conveniência, que permitiriam a caracterização de uma discricionariedade técnica, uma vez que não lhes dá liberdade para escolher seu modo de agir, mas tão somente para definir um conteúdo que já está contido na própria lei e que será unicamente explicitado no regulamento. Noutras palavras, a agência não poderá inovar no ordenamento jurídico. Por isto, os partidários desta corrente doutrinária entendem que, no caso das agências reguladoras, há uma única solução a ser adotada, baseada em critérios técnicos fornecidos pela ciência especializada: aquela determinada na lei.<sup>21</sup>

Para estes autores, o termo “discricionariedade técnica” é usado equivocadamente no direito brasileiro, uma vez que sua conduta é completamente vinculada à lei. Neste sentido, defendem que o conhecimento técnico de seus servidores e a cientificidade de suas decisões é uma característica das agências reguladoras, e não a possibilidade de tomada de decisões com discricionariedade.<sup>22</sup>

Contudo, nesta corrente se peca em dois aspectos fundamentais da questão: não se atentou a todas as possibilidades de constatação da apreciação discricionária, nem à incoerência da teoria da “melhor solução”, evidenciando, ao contrário do defendido, que existe de fato um elemento político que permite uma análise de oportunidade e conveniência.

A outra corrente, minoritária, entende que a discricionariedade técnica é uma característica indissociável das agências reguladoras, decorrente da impossibilidade de haver leis regulando todos os fatos sociais e, principalmente, os conceitos jurídicos indeterminados e que portanto existe de fato uma possibilidade de decisão baseada em critérios políticos. O tema será abordado com mais profundidade nos tópicos seguintes, em relação aos momentos de constatação da discricionariedade nos atos administrativos e sobre a teoria da solução única.

---

Acesso em: 07 jul. 2014. p. 525. As finalidades político-econômicas da criação das agências reguladoras brasileiras são objeto de intenso debate, que vai além do tema jurídico de sua discricionariedade técnica e controle político, e, portanto, não são objeto deste trabalho e não serão aprofundadas.

<sup>20</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528/6041>>. Acesso em: 06 jul. 2014. p. 72.

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.dirietodoestado.com.br/redae/asp>>. Acesso em: 23 mar. 2014. p. 13-15.

<sup>22</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528/6041>>. Acesso em: 06 jul. 2014. p. 73.

## 4.1 Momentos de constatação da discricionariedade. A relevância dos conceitos jurídicos indeterminados

Como analisamos anteriormente, foi no período liberal, com a limitação do âmbito de atuação estatal por meio de sua vinculação ao princípio da estrita legalidade, que surgiram os primeiros conceitos envolvendo a discricionariedade administrativa. O Estado, cada vez mais controlado e fiscalizado, teve seu poder arbitrário substituído por um poder discricionário, que somente era exercido quando a lei o autorizasse a decidir a forma de aplicar a norma ao caso concreto, de acordo com seus próprios critérios de oportunidade, conveniência e interesse. A atividade administrativa, essencialmente, se tornou uma atividade sublegal ou infralegal.<sup>23</sup>

Com base neste conceito, a parte majoritária da doutrina brasileira verificou que é possível constatar a existência da discricionariedade em três momentos distintos: (i) quando a lei expressamente atribui à Administração; (ii) quando a lei, nas situações em que é incapaz de prever todas as hipóteses de sua própria incidência atribui ao administrador a identificação dos comportamentos a serem regradados, já que o Estado não se deve manter inerte, como é o caso do poder de polícia; (iii) quando a lei utiliza os conceitos jurídicos indeterminados, que dependem de juízos de valores externos aos previstos na lei para serem interpretados, analisados e aplicados.<sup>24</sup>

Em estudos mais aprofundados, a doutrina brasileira constatou ser possível localizar a discricionariedade (i) no processo de tomada de decisão da Administração Pública; (ii) na própria estrutura da norma; e (iii) em alguns dos elementos do ato administrativo.<sup>25</sup> O tema, contudo, merece atenção mais detida, para que seja possível entendê-lo à luz da esfera de atuação das agências reguladoras brasileiras.

Para que a Administração tome uma decisão sobre a prática de um ato administrativo, há um processo que implica, primeiramente, na verificação de competência, e, em seguida, na verificação de subsunção do fato à norma e, finalmente, na apreciação das medidas a serem tomadas frente a este fato. A lei não confere ao Administrador qualquer liberdade na análise de competência, uma vez que esgota completamente o assunto. A subsunção do fato à norma também não seja qualquer discricionariedade. Com relação às medidas a serem tomadas, muito embora a conduta do Administrador esteja vinculada pela própria estrutura lógica da norma, o legislador, na maioria dos casos, não tem condições de estabelecer um momento exato para que a Administração atue. Assim, não havendo qualquer prazo determinado em lei para que certo ato, ainda que vinculado, seja praticado, o Administrador fica livre para escolher este momento, de acordo com seus

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 12.

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 97-98.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 75-86.

interesses. Ainda que exista um prazo máximo definido em lei para a prática deste ato, o Administrador pode decidir discricionariamente se pratica este ato antes do prazo limite ou não.

Também é possível localizar o poder discricionário da Administração Pública na própria estrutura da norma jurídica, definida no conceito clássico de que estas normas possuem uma hipótese de incidência e um mandamento. A discricionariedade é constatada na hipótese de incidência quando fossem utilizados os conceitos jurídicos indeterminados; no mandamento, a discricionariedade era constatada quando a norma, em vez de exigir uma atitude específica, facultava a sua realização.

Por fim, é possível identificar a existência de discricionariedade em dois dos elementos que compõem o ato administrativo: o motivo e a finalidade.

O motivo é o pressuposto de fato e/ou de direito que fundamenta o ato administrativo. Em alguns casos, a norma exclui qualquer possibilidade de atuação discricionária do administrador para escolha do motivo quando se utiliza de palavras precisas e/ou números. Contudo, não definido o motivo de forma expressa ou se utilizando de noções vagas e imprecisas, ficará autorizada a Administração Pública para agir com discricionariedade, definindo o motivo do ato.

Quanto à finalidade de todo ato administrativo, ou seja, o resultado que é pretendido com a sua prática, há consenso doutrinário de que há vinculação desta finalidade ao atendimento do interesse público. Neste sentido, ainda que não exista determinação legal expressa quanto ao resultado almejado pela prática do ato administrativo, o entendimento majoritário da doutrina é de que não há possibilidade de exercer o poder discricionário neste âmbito. Contudo, não há dúvidas de que se trata de pensamento equivocado, uma vez que o próprio conceito de interesse público integra o grupo dos conceitos jurídicos indeterminados, cabendo ao Estado atuar com uma margem de discricionariedade.<sup>26</sup>

O que se percebe, nestes casos, é que a maior possibilidade de atuação discricionária da Administração não surge das alternativas dadas pela lei, como pronuncia o entendimento clássico, mas de outras duas situações muito mais corriqueiras e comuns no âmbito legislativo, decorrentes principalmente da falta de técnica jurídica apurada do Legislador brasileiro. A primeira delas consiste na constatação clássica de que não é possível que o Legislador preveja todas as situações fáticas e cotidianas e todas as relações jurídicas que deseja normatizar, somada com a necessidade de atuação por parte do Poder Público. A segunda, decorrente da primeira, envolve os conceitos jurídicos indeterminados que, por definição, são mutáveis e variáveis, nunca exatos e que, portanto, permitem ao intérprete da norma agir com grande margem de autonomia.

É exatamente o que se verifica quando feita uma leitura mais atenta das leis insti-

<sup>26</sup> Cite-se, por exemplo, a hipótese de tredestinação lícita de atos administrativos, que ocorre quando uma destinação diferente da prevista inicialmente é dada a um bem desapropriado. O Administrador, neste caso, age discricionariamente, "moldando" o conceito do interesse público.

tuidoras das agências reguladoras. O Legislador teve êxito em determinar expressamente alguns de seus aspectos, especialmente os que dizem respeito à sua estrutura, como características gerais, estrutura hierárquica e administrativa, receitas e acervo, mas não conseguiu vincular completamente pontos relacionados à própria atividade regulamentar dos setores da economia. A Lei 9.427/1996, por exemplo, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), determinou que cabe à agência a definição de tarifas aplicáveis para a geração, distribuição e comercialização de energia elétrica, bem como criar as regras e procedimentos do setor.<sup>27</sup> A Lei nº 9.782/1999, instituidora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), diz que o órgão regulador poderá regular ou fiscalizar quaisquer produtos ou serviços prestados que possam influenciar no controle de risco da saúde da população.<sup>28</sup>

Em ambos os casos, citados como exemplos, não há qualquer exatidão por parte do Legislador, mas a constatação da insuficiência legislativa e da utilização de conceitos indeterminados para aumentar o espectro de atuação das agências, permitindo-lhes cumprir melhor seu papel nos setores regulados.

## 4.2 A falácia da teoria da solução única

Outro conceito defendido na corrente doutrinária que determina a não existência da discricionariedade técnica das agências reguladoras é o de que, pelo fato de se utilizarem de métodos técnico-científicos encontrados em diversas ciências e disciplinas para a tomada de suas decisões e prática de seus atos, o que delimitaria absolutamente a sua margem de decisão e que, portanto, não haveria poder de escolha de uma opção de atuação, de acordo com seus próprios critérios. Em outras palavras, toda a escolha da Administração Pública que envolvesse a utilização de critérios técnicos ou científicos sempre levaria a uma única solução, que atenderá ao interesse público.<sup>29</sup> O argumento, contudo, nem sempre é verdadeiro.

De fato, quando a atuação das autarquias depende da análise de critérios científicos que sejam objetivamente auferíveis, sua conduta será totalmente vinculada. Porém, essa teoria é inaplicável quando a atuação das agências, embora sempre relacionada a e motivada por um juízo técnico, esteja relacionada a uma disciplina não exata, em que suas decisões sejam tomadas com base em critérios imprecisos.<sup>30</sup>

Esta dificuldade surge da própria finalidade das agências, ou seja, a regulamentação de setores estratégicos de mercado, de modo a aumentar a eficiência e a qualidade na

<sup>27</sup> A respeito, confira os artigos 3º e 14 da lei, que dispõem sobre as atribuições da ANEEL e sobre o regime econômico-financeiro das concessões do serviço público de energia elétrica.

<sup>28</sup> Confira o §4º do artigo 8º, que trata das competências da ANVISA.

<sup>29</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528/6041>>. Acesso em: 06 jul. 2014. p. 73-74.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 73-74.

prestação de serviços públicos e permitir o funcionamento equilibrado da economia.<sup>31</sup> Nas ciências econômicas, é notória a influência de diversas outras ciências em sua construção e desenvolvimento, como é o caso da sociologia, das ciências sociais e políticas, do próprio direito, bem como de disputas reais por interesses em conflito e de suas respectivas ideologias que, por excelência, envolvem discussões sobre a margem de atuação do Estado e juízos de valor contraditórios. Nesta situação, dificilmente será possível escolher uma única solução correta a ser aplicada a cada caso concreto com critérios unicamente técnicos, uma vez que existem argumentos concretos, razoáveis e defendidos por especialistas de todos os lados da discussão.

Um exemplo recorrente disto é a definição da taxa de juros pela autoridade monetária.<sup>32</sup> Como é possível justificar que existe uma única decisão correta a ser tomada – de aumento ou diminuição – baseada exclusivamente em conceitos da economia?

Há inúmeros exemplos deste tipo de escolha, que são frequentemente tomadas pelas agências reguladoras brasileiras, em que é impossível a escolha de uma solução única, capaz de atender a um interesse público “universal”. Como a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) define e justifica o que é uma tarifa justa?<sup>33</sup> Com que critérios a Agência Nacional de Petróleo (ANP) autoriza a abertura de licitação para contratação de uma empresa privada para explorar a extração de petróleo?<sup>34</sup> Como a ANVISA define quais são os limites do risco à saúde dos cidadãos, se isto é um direito fundamental?<sup>35</sup> Como a Agência Nacional de Regulação dos Transportes Terrestres (ANTT) chega a um consenso sobre qual é o ponto de equilíbrio capaz de harmonizar o interesse público, o interesse dos usuários e o interesse do empresariado que explora as rodovias concedidas?<sup>36</sup>

Novamente, ganham destaque os conceitos indeterminados, que permitem às agências analisarem como devem ser pautadas suas ações e para tomar decisões que, inevitavelmente, fogem do âmbito puramente jurídico ou técnico, ficando caracterizado o seu poder discricionário-técnico.

É totalmente equivocada a defesa da teoria da única solução possível. Ainda que alguns autores defendam que, no plano ideal, só haveria uma única correta, na prática isto é completamente inviável. Deste modo, muito embora existam argumentos técnicos que sustentem a forma de agir das agências reguladoras, não é possível, como argumenta a grande maioria, vincular completamente sua conduta, eliminando qualquer possibilidade de utilização de juízos de conveniência e oportunidade e, conseqüentemente, de um

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 22-23.

<sup>32</sup> Embora o Banco Central não seja formalmente uma agência reguladora, não há dúvidas de que suas decisões são pautadas por critérios técnicos e, por isso, utilizamos este exemplo.

<sup>33</sup> Cf. art. 2º, inciso I, o artigo 19, inciso VII, e o artigo 103 da Lei nº 9.472/1997.

<sup>34</sup> Cf. art. 1º e o artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 9.478/1997.

<sup>35</sup> Cf. art. 7º, inciso IX, da Lei nº 9.782/1999.

<sup>36</sup> Cf. art. 20, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 10.233/2001.

elemento eminentemente político em sua decisão.

## 5 O controle político das agências reguladoras

Antes de prosseguirmos com este estudo, em primeiro lugar é importante destacar que a hipótese de exoneração ad nutum do dirigente de uma agência reguladora pelo Presidente da República não será abordada como sua única forma de controle político.

Existem diversas outras maneiras, que serão destacadas mais adiante, pelas quais o Legislativo e o Executivo podem interferir, ainda que indiretamente, nas atividades e no processo decisório das agências reguladoras, pelo fato de (i) os membros do Congresso Nacional e o Presidente da República serem eleitos pelo povo, detentor de todo o poder político; (ii) o Legislativo exercer um papel não só legiferante, mas fiscalizador; e (iii) caber ao Executivo a execução das leis e políticas de governo, bem como a chefia da Administração Federal. Estas características, decorrentes da própria tripartição de poderes adotada pelo Estado brasileiro, não permitem que sejam imunes ou permaneçam neutras a quaisquer decisões destes dois poderes, as quais, por excelência, não são baseadas em critérios jurídicos, mas em juízos de valor não jurídicos, de oportunidade e de conveniência, e que, em sua grande maioria, são tomadas a partir de negociações, acordos verbais de seus integrantes ou por força de pressões, e que possuem, portanto, um núcleo político, assim como são tomadas algumas das decisões das agências reguladoras.

Portanto, o termo “controle político” será utilizado aqui como aquele controle, exercido pelo Legislativo e do Executivo, que busca adequar a conduta e os atos das agências reguladoras – em especial os atos realizados com base em sua discricionariedade técnica – ao interesse político-econômico do governo, de acordo com a postura política adotada pelos representantes eleitos.

Isto posto, demonstrada a existência de um poder discricionário-técnico das agências reguladoras brasileiras, este estudo passará a analisar o cabimento de um controle político de seus atos e decisões, realizado pelo Legislativo e pelo Executivo.

A importância do tema reside na possibilidade de controle político dessa discricionariedade das agências reguladoras. O controle jurisdicional dos atos administrativos se restringe à sua análise de legalidade, especialmente com relação aos seus vícios de competência, finalidade, motivo, objeto e forma. Neste contexto, via de regra, exatamente pelo fato de também expressarem a vontade maior da lei, qual seja, que o administrador tenha uma margem de decisão, os atos discricionários em regra não se sujeitam ao controle jurisdicional,<sup>37</sup> sob pena de o Judiciário usurpar funções do Executivo.

Portanto, embora o Judiciário possua uma forma eficaz de controle da Administração

<sup>37</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528/6041>>. Acesso em: 06 jul. 2014. p. 62 e 67-68.

Pública, também é certo que este controle, em regra de legalidade e não de mérito administrativo, não é capaz de verificar todos os aspectos de seus atos.

A questão ganha contornos interessantes quando o tema é analisado à luz da autonomia das agências reguladoras, e com a constatação de seu poder discricionário. Se a agência reguladora, como pretendeu o legislador brasileiro, constitui a autoridade pública com mais know-how e capacidade de desvendar as questões científicas e técnicas relacionadas aos setores que regulam, como pode o Judiciário tomar decisões envolvendo a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, especialmente porque, neste caso, tais conceitos seriam revestidos de conteúdo técnico não jurídico? Neste caso, encontraríamos novamente uma situação de usurpação de funções executivas pela autoridade jurisdicional.

Ante esta limitação do Judiciário, será analisada a constitucionalidade do controle político das agências reguladoras por parte do Executivo e do Legislativo, a partir de uma análise das fontes de seu poder regulatório, para, em seguida, verificar quais são suas formas e seus limites em face de sua autonomia, em um estudo comparativo com o direito norte-americano, cujo modelo teórico o Brasil adaptou para seu ordenamento.

## 5.1 A delegação do poder regulamentar do Presidente da República para as agências reguladoras, a supervisão do Executivo e o controle político

Diante da autonomia<sup>38</sup> das agências reguladoras, característica essencial que, em princípio, constitui uma garantia de impessoalidade para tomada de decisões de cunho científico, não haveria como se discutir a possibilidade de controle político de seus atos. Contudo, como demonstrado, tendo em vista o elemento político presente em seu processo decisório, que se manifesta com o exercício de sua discricionariedade técnica, a questão há de ser revista.

Em primeiro lugar, destacamos que a possibilidade de controle político dos atos das agências reguladoras pressupõe a existência de outro poder capaz efetuar este controle.

No direito norte-americano, berço do modelo teórico das agências reguladoras adotado pelo Brasil, o poder regulamentar das agências é resultante de delegação do Legislativo. Já no direito brasileiro, a fonte deste poder das agências é o poder regulamentar do Presidente da República,<sup>39</sup> constante da Constituição Federal.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Autonomia, aqui, utilizada em sentido mais restrito, no sentido de destacar que as agências reguladoras possuem características especiais que as distinguem das autarquias, sem que isto, contudo, implique entendê-las como pessoas políticas.

<sup>39</sup> PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31594.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2014. p. 525.

<sup>40</sup> O artigo 84, que trata das competências privativas do Presidente da República, dispõe em seus incisos II e IV que

Interessa, portanto, avaliar se o Presidente da República, titular do poder de regulamentação e de condução do Estado, em conjunto com os Ministérios, sua longa manus, é capaz de controlar os atos das agências reguladoras, sujeitas à supervisão não somente do Congresso Nacional, mas também do Executivo. Em outras palavras, haveria uma superioridade hierárquica do titular do poder delegante que lhe permitiria modificar, cancelar ou ratificar as decisões tomadas pelo titular do poder delegado?

O debate sobre este assunto nos Estados Unidos ocorreu desde a criação das agências reguladoras, em que era buscada a conciliação entre a eficiência estatal, a burocracia e o atendimento aos interesses e às preferências do eleitorado.<sup>41</sup> Naquele ordenamento, ao contrário do que ocorreu no Brasil, nunca se pretendeu entender a independência das agências como escudo contra qualquer influência da política, mas como forma de impedir seu controle por um único partido político majoritário.<sup>42</sup> Entendeu o Legislador norte-americano que é impossível alcançar a total desvinculação entre os burocratas técnicos e o poder político eleito.<sup>43</sup> Os defensores e os críticos do New Deal, entrando em acordo, reconheceram a problemática da discricionariedade administrativa e, já em 1946, criaram o Administrative Procedure Act, que criou regras envolvendo os processos administrativos das agências para aumentar a publicidade das decisões e para aperfeiçoar o controle da legalidade de seus atos. Na década de 1960, o Congresso Nacional criou novos procedimentos para reforçar este controle, aumentando seus poderes de supervisão. Nas décadas de 1970 e 1980, o poder de fiscalização foi estendido ao Executivo, que o concentrou no Office of Management and Budget. Estas restrições aos poderes discricionários das agências reguladoras e o aumento do poder de controle político do Estado decorreram, principalmente (i) de uma percepção negativa de que as agências reguladoras não agiam de acordo com o interesse público; e (ii) do movimento antirregulatório das décadas de 1970 e 1980, que buscou diminuir o tamanho do Estado e dar-lhe mais unidade.<sup>44</sup>

Embora a possibilidade de controle político dos atos das agências reguladoras tenha sido amplamente discutida nos Estados Unidos, isto ainda não ocorreu no cenário brasileiro. Isto porque, de forma contrária ao Legislador norte-americano, o Legislador pátrio buscou retirar das agências reguladoras qualquer tipo de influência política ou ideológica de sua tomada de decisões, de tal maneira que, à época, não houve qualquer debate em torno de formas de controle político de seus atos. Esta tese é posta em xeque ante a

---

lhe cabe, juntamente com os Ministérios, o exercício da direção da Administração Pública Federal e a expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. O Decreto-Lei nº 200/1967, da mesma forma, em seu artigo 19, determina que todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta estão sujeitos à supervisão ministerial e da presidência.

<sup>41</sup> MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. RAP – Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6840/5421>>. Acesso em: 07 jul. 2014. p. 549.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 550.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 549.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 551.

constatação de sua discricionariedade técnica, pois demonstra que, de fato, as agências podem praticar atos ou tomar decisões baseadas em critérios políticos. Assim, primeiramente, é necessário destacar, para a solução da controvérsia quanto à constitucionalidade e legitimidade deste controle político no Brasil, que o poder de administração e de fiscalização do Presidente da República tem força constitucional, enquanto a autonomia das agências reguladoras é derivada de leis ordinárias.

Isto posto, muito embora as agências sejam dotadas de autonomia, que lhes permite ter certo controle de seus próprios atos e de seus recursos humanos e financeiros, o Poder Executivo central possui competência constitucional para exercer seu poder de supervisão, verificando (i) sua eficiência; (ii) se está atingindo plenamente seus fins, não cometendo nenhum desvio; (iii) se seus atos estão de acordo com as políticas e planejamento de governo; (iv) se sua atuação está adequada aos princípios constitucionais.

Não é outro o entendimento da Advocacia-Geral da União que, em 2006, emitiu parecer sobre lide envolvendo o Ministério dos Transportes e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, que possuíam entendimento divergente sobre a possibilidade de cobrança de uma taxa portuária no porto de Salvador. Referido parecer destaca que não há qualquer conflito entre a autonomia administrativa das agências reguladoras e a supervisão ministerial e conclui que, inevitavelmente, as agências se sujeitam à supervisão do Executivo, ainda que entre elas não exista propriamente uma relação de hierarquia, uma vez que essa supervisão constitui característica do regime presidencialista adotado pela Constituição Federal.<sup>45</sup>

O parecer acertadamente esclarece, ainda, os limites dos poderes de fiscalização do Executivo, ao afirmar que não cabe qualquer revisão das decisões puramente técnicas, o que não se aplica aos atos que envolvam atividade-meio ou atos de cunho político, uma vez que não há unicamente a aplicação de um conceito exato científico, mas juízos de valores de conveniência e oportunidade,<sup>46</sup> como é o caso das decisões em que as autarquias especiais utilizam sua discricionariedade técnica.

É importante pontuar, também, que o Legislativo, de maneira ainda mais ampla, possui o papel de fiscalizador e controlador dos atos do Executivo, de modo que também é capaz de controlar os atos das agências reguladoras, nos mesmos moldes do poder de supervisão do Presidente da República.<sup>47</sup>

A importância do assunto, portanto, consiste no maior alcance do controle político das agências reguladoras, feito pelo Executivo e pelo Legislativo, em comparação com o controle de legalidade, realizado pelo Poder Judiciário, que não possui competência para

<sup>45</sup> Parecer nº AGU-AC-051, de 05 de junho de 2006, aprovado em 13 de junho do mesmo ano. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> O inciso VIII do artigo 49 da Constituição Federal determina que cabe à Câmara dos Deputados e ao Senado a fiscalização e controle dos atos do Executivo, incluídos aí os atos praticados pelas pessoas jurídicas integrantes da administração indireta.

controlar os atos discricionários das agências, salvo na hipótese de vício desses atos, ou quando há manifesta desproporcionalidade entre o ato em si e o fim almejado.

## 5.2 Formas de controle político

Para a doutrina tradicional, o controle político das autarquias se limita, basicamente, à exoneração ad nutum de seus dirigentes pelo chefe de governo, algo que, por força do marco regulatório brasileiro, deve ser entendido como excepcional, haja vista a previsão de mandato aos dirigentes das agências reguladoras, o que inviabiliza sua exoneração ad nutum, a exemplo do que já ocorria, e ainda ocorre, com os reitores das universidades públicas. Contudo, o controle político dos atos da Administração Pública, por sua natureza, está entrelaçado com o processo democrático, uma vez que os representantes do povo que ocupam cargos no Poder Executivo e no Poder Legislativo são eleitos. Também por isto, assim como ocorre no direito norte-americano, este tipo de controle é exercido constantemente por meio de negociações, de barganhas, de pressões entre os representantes,<sup>48</sup> que buscam viabilizar o atendimento aos interesses dos diversos grupos que integram os órgãos do Legislativo e do Executivo.<sup>49</sup>

Como verificado anteriormente, a finalidade deste controle, no âmbito das agências reguladoras brasileiras, consiste em avaliar sua eficiência, a adequação de seus atos e regulamentos aos princípios constitucionais, à lei e às políticas e planejamento de governo. É novamente importante destacar que parte importante desta avaliação passa por uma nova interpretação e definição dos conceitos jurídicos indeterminados, ainda que utilizados em conjunto com pesquisas e dados empíricos,<sup>50</sup> e, portanto, implica em uma revisão dos critérios de conveniência e oportunidade utilizados pelas agências reguladoras na prática dos atos discricionários.

Para cumprir estas finalidades, o controle político das agências reguladoras por estes dois poderes ocorre das seguintes formas: (i) controle de adequação das discricionariedades; (ii) procedimentos fiscalizatórios; (iii) ajustes orçamentários; (iv) ajustes legislativos; e (v) indicação, nomeação e exoneração dos quadros diretores das agências.

### 5.2.1 Controle de adequação das discricionariedades

<sup>48</sup> SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 407.

<sup>49</sup> Importante ressaltar que este estudo não tem por objetivo fazer uma análise crítica sobre a moralidade, o conteúdo e a ética relacionada a este processo político, mas tão somente quanto às formas de controle político das agências reguladoras brasileiras.

<sup>50</sup> FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa: o controle das prioridades constitucionais. *Novos Estudos Jurídicos (NEJ)* – Eletrônica, v. 18, n. 3, set-dez 2013. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5131/2691>>. Acesso em: 02 ago. 2014. p. 423.

Utilizada pelo Executivo, esta forma de controle busca uniformizar os critérios do governo e das agências reguladoras utilizados na realização dos atos discricionários, com a sua conseqüente adequação à estratégia de condução e as políticas públicas do Estado. Neste prisma, se uma agência reguladora realizar ato discricionário ainda que baseado em critérios técnicos, que foge à proporcionalidade, que causa dano ou que deixa de efetivar direitos, o Executivo possui plena competência para revisar este ato, para preservar ou efetivar tais direitos fundamentais.

Esta intervenção, embora aparente, não atinge a autonomia das agências reguladoras, uma vez que (i) o Executivo detém o poder de supervisão dos atos da administração pública direta e indireta; e (ii) essa revisão está amparada por normas e princípios constitucionais, ao passo que as atribuições das agências são definidas por legislação ordinária.

## 5.2.2 Procedimentos fiscalizatórios

Procedimentos de fiscalização, como auditorias e monitoramento de contas por agentes externos, por excelência, são processos em que se verifica se o orçamento público foi gasto de forma inteligente e proporcional, de maneira a produzir bons resultados quanto à qualidade e à quantidade de atividades relacionadas aos serviços públicos.<sup>51</sup> Em outras palavras, este processo de fiscalização envolve principalmente um juízo quanto à eficiência das agências em seu papel de regulação dos mercados. Este tipo de controle, portanto, analisa se os atos das agências reguladoras – principalmente os atos discricionários, em que há uma escolha política baseada em critérios de oportunidade e conveniência – estão, de fato, colaborando para que ela esteja atuando de forma eficaz, alcançando resultados satisfatórios de acordo com o orçamento público a ela destinado, dentro dos interesses políticos e econômicos do governo.

A Constituição Federal dispõe que cabe ao Legislativo, por meio do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), exercer este controle.<sup>52</sup> Contudo, pela quantidade de deputados e senadores, e considerando todos os interesses muitas vezes antagônicos que representam no Congresso Nacional, nem sempre as investigações alcançam os resultados desejados ou conseguem verificar com o detalhamento necessário se o dinheiro público foi bem gasto, ou seja, sua eficiência, e a adequação destes gastos à lei orçamentária.

Não restam dúvidas de que o TCU possui capacidade técnica mais apurada e refinada para a realização de auditorias e fiscalizações. A este propósito, as próprias regras e práticas do processo regulatório realizado pelas agências reguladoras federais e seu re-

<sup>51</sup> MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. RAP – Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6840/5421>>. Acesso em: 07 jul. 2014. p. 560.

<sup>52</sup> Sobre a fiscalização do Legislativo e sobre as CPI, confira, respectivamente, os artigos 70, 71 e 58, parágrafo 3º, da Carta Magna.

lacionamento com as empresas integrantes dos setores regulados, ou seja, suas políticas de governança, já foram objeto de análise do TCU, que buscou analisar sua adequação ao princípio da eficiência e da transparência, inclusive levantando diversos pontos e sugestões de melhoria. Dentre estes pontos, podemos citar a constatação de ineficiência de conselhos setoriais; a falta de previsibilidade dos orçamentos das agências, o que acaba afetando suas autonomias financeiras; a falta de critérios objetivos quanto à indicação, remoção ou alteração de diretores; a própria deficiência legislativa quanto às suas possibilidades de controle; e a ineficiência e falhas na gestão de risco e impactos regulatórios.<sup>53</sup>

O principal mérito do TCU, contudo, constitui em apontar riscos de desvios de finalidade presentes nos atos administrativos, evitando influências exageradas de crenças e ideologias que fogem à racionalidade. Alguns destes riscos são: (i) o viés da confirmação, ou seja, quando o Administrador realiza os atos administrativos, buscando atingir determinado fim, sem dados e/ou estudos suficientes quanto as suas inúmeras consequências, ou sem projetos consistentes e adequados para verificá-las; (ii) o viés do status quo, qual seja, a predisposição em manter inalteradas tradições, metodologias e procedimentos que não necessariamente são os melhores em termos de eficiência, e que podem, inclusive, mascarar ações anacrônicas e clientelistas; (iii) o viés do enquadramento único, ou seja, a tendência de analisar os atos e suas consequências sem analisar a questão por outros pontos de vista, ou seja, se, dentro do fim almejado, há outra forma mais eficiente de praticar este ato; (iv) o viés do otimismo excessivo, que leva o administrador a agir com negligência e com confiança excessiva em previsões do futuro; e (v) o viés do presentismo, que culmina na falta de análise de consequências futuras de seus atos.<sup>54</sup>

### 5.2.3 Ajustes orçamentários

A prática de todo e qualquer tipo de ato, por parte das agências reguladoras, fica condicionada à existência de recursos financeiros que o suportem. Sem estes recursos orçamentários, portanto, elas não são capazes de realizar novas licitações, firmar novos contratos, arcar com todos os investimentos públicos que planejaram, por exemplo.

Uma das características do modelo teórico das agências reguladoras é a sua autonomia financeira, sendo certo que o Legislativo e o Executivo, ao fixarem o planejamento orçamentário, com a elaboração e promulgação dos planos plurianuais (PPA), das leis de diretrizes orçamentárias (LDA) e das leis orçamentárias anuais (LOA), devem respeitar um mínimo para que as agências cumpram seu papel. Contudo, havendo aprovação e harmo-

<sup>53</sup> JORGE, José. Agências reguladoras e o controle dos seus atos pelo Tribunal de Contas da União. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8652/7384>>. Acesso em: 21 ago. 2014. p. 310-311, 320-322, 331, 332-339, 340-364, 369-378.

<sup>54</sup> FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa: o controle das prioridades constitucionais. Novos Estudos Jurídicos (NEJ) – Eletrônica, v. 18, n. 3, set.-dez. 2013. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5131/2691>>. Acesso em: 02 ago. 2014. p. 423-424.

nização entre agência e governo, a chance de receber mais recursos estatais é maior, ao passo que, em situação de eventual descontentamento ou falta de concordância, poderá levar a redução desta fatia.<sup>55</sup> Esta convergência é percebida, em grande parte das vezes, quando os ideais políticos são os mesmos. Se agirem de acordo com a política de governo, inclusive com relação aos atos discricionário-técnicos, as agências têm mais chance de receber aumento orçamentário, ao passo que, se não estiverem de acordo, somente conseguirão um mínimo necessário para o cumprimento de suas finalidades institucionais. Assim, fica evidente que o clima político de cada governo é capaz de interferir diretamente no planejamento e até na própria estrutura das agências, de forma indireta, coibindo ou induzindo suas ações administrativas.<sup>56</sup> Ainda que algumas agências possuam receita própria, isto não significa que esta modalidade de controle é completamente ineficaz, uma vez que seu orçamento está vinculado ao orçamento dos entes políticos, que podem adicionar receitas e conceder subvenções econômicas às agências.<sup>57</sup> Assim, ainda que seus efeitos possam não ser sempre os esperados ou os previstos pelo Legislador ou pelo Executivo, não há como negar que a possibilidade de ter mais dinheiro disponível em seu orçamento influencia, mesmo que indiretamente, a conduta das agências reguladoras.

#### 5.2.4 Ajustes legislativos

Este tipo de controle também evidencia a forte influência do clima político dos governos nas agências reguladoras. Havendo divergência entre os ideais políticos de uma agência reguladora com o governo, é possível que o Congresso Nacional gere nova legislação que restrinja, modifique, exclua ou crie competências das agências, ou que anule seus atos, como forma de pressionar uma agência a rever sua posição ou modificar seus atos discricionários. Este tipo de controle também pode ocorrer quando o Executivo, com fundamento em seu poder de supervisão, decide regulamentar alguma lei ou política de governo.

#### 5.2.5 Controle dos quadros diretores das agências

No Brasil, a escolha dos dirigentes das agências reguladoras ocorre por meio de um ato administrativo complexo que envolve um processo de indicação do Executivo e uma

<sup>55</sup> MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6840/5421>>. Acesso em: 07 jul. 2014. p. 559.

<sup>56</sup> SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 405.

<sup>57</sup> Cf. Título X, em especial o artigo 108, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que traz disposições gerais sobre a elaboração e controle dos orçamentos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

sabatina do Legislativo. A possibilidade de exoneração ad nutum destes servidores públicos que comandam as agências constitui o tema de maior polêmica envolvendo suas formas de controle político.<sup>58</sup> A disputa envolve, de um lado, a autonomia das agências reguladoras e as suas características (discricionariedade técnica, especificidade e neutralidade), que culminam, numa primeira análise, na impossibilidade de exoneração ad nutum de seus diretores e conselheiros, nos termos da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000;<sup>59</sup> e, de outro lado, o poder constitucional do Presidente da República de determinar a direção superior do governo.<sup>60</sup> Havendo divergência entre as políticas de governo e os critérios políticos utilizados pelas agências reguladoras para a tomada de decisões técnicas das agências reguladoras, seria possível falar sobre a constitucionalidade de sua exoneração?

Para a resolução da questão, devem ser analisados três pontos: (i) a natureza do cargo de direção; (ii) a interpretação sistemática das normas no direito brasileiro; e (iii) a necessidade de efetivação dos interesses políticos e econômicos dos governos.

Como os demais servidores públicos que ocupam cargos comissionados, todos os diretores de agências reguladoras são nomeados por processo de indicação dos governantes, para ocuparem posições estratégicas e de confiança. Em outras palavras, estes dirigentes em geral possuem afinidade política com os ocupantes dos cargos eletivos dos poderes Executivo e Legislativo.

Contudo, muito embora estes servidores, via de regra, não sejam passíveis de exoneração ad nutum, não é possível ignorar que esta autonomia é derivada de legislação ordinária, enquanto a Constituição Federal de 1988, norma de hierarquia máxima do ordenamento jurídico brasileiro, indica que Presidente da República tem o dever de coordenar a atuação do Estado e executar os comandos legislativos, para efetivar direitos e atendendo, o máximo possível, aos interesses econômicos e políticos dos cidadãos.

Foi o que ocorreu em 2004, quando o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva demitiu o presidente da ANATEL, Luiz Guilherme Schymura, que entrou em atritos com o governo.<sup>61</sup> Houve críticas à medida<sup>62</sup> que, já na época, foi considerada legítima e aceita por outra parte do mercado.<sup>63</sup>

É certo que o alto grau de autonomia das agências reguladoras torna este tipo de controle político uma exceção à regra geral. Não pode o Presidente, em qualquer momento, exonerar seus dirigentes por mero capricho ou por uma simples opção política.

<sup>58</sup> MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. RAP – Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6840/5421>>. Acesso em: 07 jul. 2014. p. 559.

<sup>59</sup> Cf. os artigos 5º, 6º e 9º da Lei, que dispõem sobre a forma de gestão dos recursos humanos das agências reguladoras.

<sup>60</sup> Cf. o artigo 84, especificamente os incisos II e IV, da Constituição Federal.

<sup>61</sup> PSDB questiona a demissão. Gazeta Digital, 08 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/10/materia/24441>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Gesner. A demissão de Schymura terá efeito retardado. Folha de S.Paulo, 10 jan. 2004. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1001200405.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

<sup>63</sup> Para especialista, Lula pode demitir presidente da Anatel. Folha de S.Paulo, 07 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78928.shtml>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

Contudo, ainda que excepcional, a exoneração de dirigente de uma agência reguladora pelo Executivo pode vir a ser um ato legítimo, razoável, e que atende aos princípios constitucionais, desde que (i) o dirigente da agência esteja em desacordo com a política, estratégia e visão política do governo; (ii) sua conduta esteja infringindo ou impedindo a efetivação dos direitos fundamentais, ou alterando e modificando a finalidade da agência, lesando especialmente o princípio da eficiência; e (iii) outras formas de controle não teriam o efeito desejado ou já foram tentadas.

## 6 Conclusão

O legislador brasileiro, fortemente influenciado pelos ideais do neoliberalismo, adotou um modelo de regulação econômica feito por entes autárquicos da Administração Pública Indireta, ou seja, as agências reguladoras, e buscou criá-las com certas características que, em regra, dariam condições para elas exercerem sua função com especialidade técnica e neutralidade, o que traria eficiência na aplicação da lei e segurança jurídica e econômica nas relações envolvendo as pessoas de direito privado delegadas de serviço público e os cidadãos que receberiam a prestação desses serviços.

Contudo, foi ignorado o fato de que não é possível vincular completamente a forma de atuação das agências reguladoras, dissociando-a completamente de elementos ideológicos e influências políticas, fato este que é reconhecido no próprio direito norte-americano, berço do sistema de freios e contrapesos que mais inspirou o direito brasileiro na criação de seu modelo de regulação por meio de agências. Não há como impedir que as agências reguladoras, em certos casos, tomem decisões político-ideológicas, baseadas em critérios subjetivos de oportunidade e conveniência, ainda que também fundamentadas com critérios técnicos e científicos. Em outras palavras, as agências podem agir com uma discricionariedade técnica, e isto pode fatalmente ser confundido com posicionamento que, longe de ser técnico, possui fundamento de natureza política.

Considerando que o controle realizado pelo Judiciário, via de regra, se limita à análise de legalidade e não de mérito dos atos administrativos, e que dificilmente adentra à esfera da discricionariedade, pois isso só se sustenta naqueles casos de flagrante desproporcionalidade entre o ato administrativo e sua finalidade, justifica-se a existência de controle político dos atos das agências reguladoras por parte do Executivo e do Legislativo, que se mostra cada vez mais relevante, uma vez que permite a adequação das formas de atuação das agências aos interesses políticos e econômicos de cada governo.

Embora os debates sobre o tema ainda sejam pequenos e tímidos no Brasil, a tendência é que a neutralidade política das agências reguladoras seja cada vez mais questionada e debatida, assim como ocorreu nos Estados Unidos, fonte inspiradora do modelo brasileiro, onde, principalmente nas décadas de 1970 e 1980, a discricionariedade técnica das agências passou a ser vista por muitos como algo distante do interesse público primário. Não basta que atuem somente pensando na regulação de mercados, mas como forma

de democratização do modelo e de efetivação de direitos fundamentais e princípios constitucionais. O seu controle político, neste contexto, é uma das importantes ferramentas para se chegar a este objetivo, pois permite a adequação e aproximação da discricionariedade técnica das agências reguladoras brasileiras com os interesses político-econômicos do governo, eleito no processo democrático.

---

The Technical Discretionarity and the Political Control of the Regulatory Agencies in Brazil

Abstract: Are the Brazilian regulatory agencies really neutral to any kind of ideologies? Is it acceptable that the regulatory agencies act divergently from the current government policies? Is there an absence of any kind of political element in its decisions? This study will seek to refute this idea of impartiality or neutrality of the regulatory agencies' decisions based on a supposed technical discretionarity, being divided in two main parts. In the first one, it will analyze if it is possible to consider the existence of this technical discretionarity exerted by the regulatory agencies, in order to demonstrate that they practice discretionary acts, even if based on technical criteria, and, therefore, that they have an political element in their decisions. In the second part, it will approach on how this technical discretionarity justifies an political control exerted by the Executive and Legislative, not only consisted in the exceptional possibility of *ad nutum* exemption of the agencies' administrators, but also in other forms of revision of these discretionary acts, as a way to adapt them to the government interests.

Key words: Regulatory agencies. Efficiency. Technical discretionarity. Political control.

---

## Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer nº AGU-AC-051, de 05 de junho de 2006, aprovado em 13 de junho do mesmo ano. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Acesso em: 12 fev. 2014.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 173, de 1995. *Diário do Congresso Nacional, Poder Legislativo, Brasília, DF*, 18 ago. 1995. Seção I, p. 18852-18853. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC19/Camara/EC019\\_cam\\_23081995\\_ini.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC19/Camara/EC019_cam_23081995_ini.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2014.
- CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. *As Agências de Regulação Norte-Americanas e sua Transposição para os Países da Civil Law*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CAVALLI, Cássio. *O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528/6041>>. Acesso em: 06 jul. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.dirietodoestado.com.br/redae/asp>>. Acesso em: 23 mar. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa: o controle das prioridades constitucionais. *Novos Estudos Jurídicos (NEJ)* – Eletrônica, v. 18, n. 3, set.-dez. 2013. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5131/2691>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JORGE, José. Agências reguladoras e o controle dos seus atos pelo Tribunal de Contas da União. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8652/7384>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6840/5421>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31594.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. Limitações à imposição de sanções administrativas. Multas pecuniárias tributárias. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 3. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/11\\_frederico\\_valdez\\_pereira.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/11_frederico_valdez_pereira.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2014.

ROCHA, Regina Bernardes. Órgãos Reguladores no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. ampl., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MASTRODI, Josué; COSTA, Lucas Rocha Mello Emboaba da. A discricionariedade técnica e o controle político das agências reguladoras no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 165-191, out./dez. 2015.

---

Recebido em: 27.02.2015  
Aprovado em: 07.04.2015



