

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

**BRUNO DE BARROS AZAMBUJA**

**A SABATINA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS:  
UMA ANÁLISE DOS CASOS DE DIRETORES INTERINOS NAS AGÊNCIAS  
REGULADORAS BRASILEIRAS**

**BRASÍLIA/DF  
NOVEMBRO DE 2015**

**BRUNO DE BARROS AZAMBUJA**

**A SABATINA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS:  
UMA ANÁLISE DOS CASOS DE DIRETORES INTERINOS NAS AGÊNCIAS  
REGULADORAS BRASILEIRAS**

Monografia apresentada como requisito  
para obtenção do título de bacharel em  
Direito pela Escola de Direito de Brasília  
- EDB.

Orientadora: Profa. Dra. Cristiane de  
Oliveira Coelho Galvão

**BRASÍLIA/DF  
NOVEMBRO DE 2015**

**BRUNO DE BARROS AZAMBUJA**

**A SABATINA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS:  
UMA ANÁLISE DOS CASOS DE DIRETORES INTERINOS NAS AGÊNCIAS  
REGULADORAS BRASILEIRAS**

Relatório final, apresentado à Escola de  
Direito de Brasília - EDB, como parte  
das exigências para obtenção do título  
de bacharel em direito.

Brasília, \_\_/\_\_/\_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Cristiane de Oliveira Coelho Galvão

---

Prof. (Nome do professor avaliador)

Afiliações

---

Prof. (Nome do professor avaliador)

Afiliações

Dedico este trabalho aos meus pais  
que acreditaram e confiaram na  
minha capacidade de alcançar esse  
objetivo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha orientadora, professora Dra. Cristiane de Oliveira Coelho Galvão, que dispôs de tempo e paciência para me auxiliar neste trabalho, sempre contribuindo com seus conhecimentos; à professora Dra. Júlia Maurmann Ximenes, que me ajudou principalmente nos momentos iniciais e mais nebulosos deste trabalho. Não posso deixar de agradecer à Renata Nogueira, Murshed Menezes Ali, Yuri Farias, Alexandre Silva e tantos outros colegas de trabalho na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que contribuíram durante minha formação no curso de direito e também nas discussões sobre o tema do presente trabalho.

## RESUMO

No presente trabalho realizamos uma análise da legitimidade dos diretores interinos das Agências Reguladoras brasileiras. Para isso, abordamos o histórico desses órgãos, sua estrutura e legitimidade. Seguimos para uma análise do processo de nomeação de seus diretores, comparando com o processo de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e com o processo de nomeação de autoridades dos Estados Unidos da América. Depois, apresentamos a situação atual das Agências Reguladoras e realizamos uma análise da legitimidade de seus diretores interinos com base nas teorias das estratégias do Presidente da República para influenciar esses órgãos.

**Palavras-chave:** Agências Reguladoras; legitimidade; estratégias; diretores interinos.

## **ABSTRACT**

In this task, we made an analysis of the legitimacy of Brazilian Regulatory Agencies acting directors. So, we bring forward the history of the Regulatory Agencies in Brazil, their structure and legitimacy. Then, we made an analysis of the nomination process of their directors and compare with the nomination process of Supreme Court justices and compare with the nominations process of authorities in the United States of America. Moreover, we bring forward the actual situation of the Brazilian Regulatory Agencies and we made an analysis of the legitimacy of their acting directors using the theory of President's strategy to make influence the Agencies decisions.

**Keywords:** Regulatory Agencies; legitimacy; strategy; acting directors.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.</b>	<b>13</b>
<b>1.1. BREVE HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.</b>	<b>14</b>
<b>1.1.1. O INTERVENCIONISMO BRASILEIRO .....</b>	<b>14</b>
<b>1.1.2. ESTADO REGULADOR NO BRASIL E CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>16</b>
<b>1.1.2.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO REGULADOR</b>	<b>17</b>
<b>1.1.2.2. IMPLANTAÇÃO DO ESTADO REGULADOR NO BRASIL .....</b>	<b>19</b>
<b>1.2. LEGITIMIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>21</b>
<b>1.2.1. CONCEITO DE LEGITIMIDADE.....</b>	<b>21</b>
<b>1.2.2. DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS.....</b>	<b>22</b>
<b>1.2.3. A QUESTÃO DA CAPTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>29</b>
<b>2. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE AUTORIDADES .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE AUTORIDADES NO BRASIL.....</b>	<b>31</b>
<b>2.1.1. NOMEAÇÃO DOS DIRETORES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1.2. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>33</b>
<b>2.1.5. PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE INDICAÇÃO DE AUTORIDADES: INOVAÇÕES DA RESOLUÇÃO Nº 41/2013.....</b>	<b>36</b>
<b>2.2. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE AUTORIDADES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....</b>	<b>38</b>
<b>3. ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS DIRETORIAS INTERINAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>42</b>
<b>3.1. SITUAÇÃO ATUAL DAS DIRETORIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>42</b>



<b>3.1.1. VETO À INDICAÇÃO PRESIDENCIAL PELO SENADO FEDERAL: A REJEIÇÃO DE BERNARDO FIGUEIREDO .....</b>	<b>47</b>
<b>3.2. ESTRATÉGIAS DE PERMANÊNCIA DA INFLUÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO SUPERMO TRIBUNAL FEDERAL E NAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>48</b>
<b>3.3. A LEGITIMIDADE DAS DIRETORIAS INTERINAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB O ENFOQUE DAS ESTRATÉGIAS DE INFLUÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA .....</b>	<b>54</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 adotou a forma republicana de Estado, com três poderes independentes e harmônicos entre si. São eles o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Cada um deles possui funções próprias, com sua independência garantida pelo princípio da separação dos poderes.

Entretanto, nenhum deles é totalmente independente um do outro, visto que a Carta Magna deixou expressa várias formas de controle de um poder sobre outro, de modo a criar o sistema do *checks and balances*. Por exemplo, o art. 52, inciso III da Constituição estabeleceu como competência privativa do Senado Federal a aprovação prévia, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de a) magistrados, nos casos estabelecidos pela Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e Diretores do Banco Central; e) Procurador-Geral da República; e f) Titulares de outros cargos que a lei determinar.

Com isso, podemos ver que o Poder Executivo possui uma competência constitucional limitada pelo Poder Legislativo. Ou seja, o ato do Presidente da República de nomeação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal não terá eficácia se o nome por ele indicado não tiver sido submetido ao processo de sabatina no Senado Federal.

O mesmo ocorre com os diretores das Agências Reguladoras no Brasil. Na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, *e. g.*, sua lei de criação, Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, determinou que os seus cinco diretores fossem indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado, corroborando com o preceito do já mencionado art. 52, III, f da Constituição.

Recentemente, alguns estudos<sup>1</sup> concluíram que o processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal apresenta uma série de falhas que acaba por abalar a legitimidade da Corte. Uma das falhas seria justamente o fato de o

---

<sup>1</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. Um Novo Processo de Indicação de Ministros do STF. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/um-novo-processo-de-indicacao-de-ministros-stf>; HARTMAN, Ivar; WERNECK, Diego. Senado Deve Fiscalizar Rota Política até o Supremo. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81765-senado-deve-fiscalizar-rota-politica-ate-o-supremo.shtml>.

processo de sabatina dos ministros da Corte Suprema ser muito formal e, por isso, não gerar os desejados efeitos de controle do Poder Executivo pelo Legislativo conforme esperado.<sup>2</sup>

Ainda, questiona-se a participação da sociedade na escolha desses agentes públicos, que dependendo da forma como ocorre pode gerar um grau maior ou menor de legitimidade dos ocupantes desses cargos.

As mesmas características são verificadas quando do processo de nomeação dos diretores das Agências Reguladoras. Porém, há que se destacar que, diferentemente das indicações dos ministros do STF, em 2012 houve efetivamente um caso de rejeição de um nome indicado pela Presidente da República. Por ocasião do término do mandato de diretor-geral da ANTT, a Presidente Dilma Rousseff indicou o nome de Bernardo Figueiredo para recondução. Ocorre que seu nome foi rejeitado na votação em plenário no Senado Federal.<sup>3</sup>

Apesar de termos um caso de efetivo controle da indicação do Poder Executivo pelo Legislativo, há também um agravante. Após a rejeição de Bernardo Figueiredo, a Presidente da República não indicou mais nenhum nome para a ANTT e poucos para outras Agências. Ela simplesmente nomeou diretores interinos, que em teoria deveriam permanecer no cargo até que um novo diretor assumisse. Ocorre que não é isso que vem acontecendo. Esses diretores permaneceram interinos até o presente ano, ou seja, ocuparam o cargo por aproximadamente três anos e sem passarem por sabinas nem possuírem mandato, o que parece ferir a lei de criação do respectivo órgão e a Constituição Federal. Desse modo, questionamos a legitimidade desses agentes, visto que ocupam um cargo sem terem passado pelo processo de legitimação constitucionalmente previsto.

Em síntese, esse trabalho busca analisar o processo de legitimação de agentes públicos previsto pela Constituição Federal e as consequências do não cumprimento nos casos dos diretores interinos dos órgãos reguladores federais. Para isso, buscaremos responder a seguinte pergunta: em que medida a ausência

---

<sup>2</sup>ARGUELHES, Diego Werneck. *Op. cit.*

<sup>3</sup>LEMOS, Iara. Senado rejeita recondução ao cargo do presidente da ANTT. **G1**. 07/03/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/senado-rejeita-reconducao-de-bernardo-figueiredo-antt.html>. Acesso em: 10/11/2015.

de sabatina compromete a legitimidade dos diretores interinos das Agências Reguladoras?

Como hipótese do trabalho pensamos ser a participação do Senado Federal, notadamente a sabatina, na escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras, indispensável para conferir legitimidade a esses agentes públicos, visto que não são eleitos pelo povo e atuam diretamente na regulação do mercado, atividade de grande impacto na vida dos cidadãos.

Assim, iniciamos o trabalho com um breve histórico dos órgãos reguladores no Brasil e sua legitimidade. Em seguida, no capítulo 2, analisamos o processo de nomeação de autoridades no Brasil e comparamos com o processo utilizado nos Estados Unidos da América, além de analisá-los pelo enfoque da separação dos poderes. Por fim, no capítulo 3, fazemos uma análise da legitimidade dos diretores interinos das Agências sob o enfoque das estratégias utilizadas pelo chefe do Poder Executivo para influenciar o funcionamento dos órgãos reguladores e do Supremo Tribunal Federal.

## 1. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O tema da intervenção do Estado na economia não é novo no Brasil. A partir da Carta de 1934, todos os textos constitucionais brasileiros dedicaram um título específico à Ordem Econômica, que, muitas vezes, deram ênfase a destinação social da propriedade ou a outros aspectos de relevante interesse público.<sup>4</sup>

A Constituição Federal de 1988, conforme dito acima, também possui um título específico para a Ordem Econômica, que, segundo Eros Roberto Grau, “contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal; a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor; a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores da economia de mercado”.<sup>5</sup>

Assim, vemos que a atual Carta Magna tanto repudia o modelo de Estado liberal, vigente no sec. XIX, que se abstém de qualquer forma de intervenção no domínio econômico, quanto o modelo de Estado interventor, que toma a frente da prestação de serviços de interesse público por meio de empresas públicas ou de economia mista. Desse modo, é possível extrair do trecho citado da autoria de Eros Grau que a Constituição de 1988 preconiza os ideais do Estado de Bem Estar Social.

Vemos ainda que a Carta Magna ao permitir, no *caput* do art. 175<sup>6</sup>, a prestação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão estabelece o fundamento constitucional para a instauração do Estado Regulador no Brasil.

---

<sup>4</sup>LOSS, Giovani R. Contribuições à Teoria da Regulamentação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 109.

<sup>5</sup>GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 1990. P. 212.

<sup>6</sup>BRASIL. Constituição Federal, art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sobre o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

## 1.1. BREVE HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Uma das melhores formas de entendermos a forma como o Estado brasileiro está organizado hoje é estudarmos a história. Por isso, no presente tópico trataremos de um breve histórico das Agências Reguladoras no Brasil e da forma como o Estado tem agido frente à economia ao longo da história.

### 1.1.1. O INTERVENCIONISMO BRASILEIRO

O Estado Brasileiro desde o período colonial foi estruturado de acordo com o modelo intervencionista.<sup>7</sup> De acordo com Enrique Saraiva, citado por Sérgio Guerra, a intervenção do Estado na economia faz parte da tradição ibérica. O governo ou a Coroa, conforme o período histórico, interferiu profundamente nos afazeres econômicos da comunidade, utilizando principalmente a regulamentação e a tributação como instrumentos.<sup>8</sup>

Durante o período da “República Velha” a intervenção estatal na economia foi extrema. Para dar um exemplo, durante o período da grande depressão, de 1929 a 1933, a produção de café tinha boa parte da safra estocada pelo Estado para manter os preços internacionais. Além disso, no ano em ocorreu o *crash* da bolsa de valores de Nova Iorque o governo brasileiro queimou boa parte dos estoques de café, que à época era o principal produto de exportação do Brasil. Isso porque o preço desse produto vinha em vertiginosa queda e esperava-se naquele ano uma safra recorde. Essa foi a solução encontrada para tentar sustar a queda do preço.<sup>9</sup>

Com a chegada de Getúlio Vargas ao poder em 1930 o governo adotou “a política de `Estado Desenvolvimentista`, caracterizado pela forte intervenção estatal, tanto no plano social, quanto no econômico”.<sup>10</sup> Assim, foram criadas várias entidades autárquicas buscando regular a produção e a comercialização de alguns produtos, bem como estruturar programas para direcionar as atividades econômicas.

---

<sup>7</sup>GERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Editora Fortium, 2012. P. 47.

<sup>8</sup>SARAIVA, Enrique J. **O sistema empresarial público no Brasil: gênese e tendências atuais**. Brasília: Instituto de Planejamento Econômico e Ampliado – IPEA; Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL, 1988. Versão ampliada e atualizada, 2002 *apud*. GUERRA, Sérgio, *ibid.*, p.47.

<sup>9</sup>*Ibid.*, p. 48.

<sup>10</sup>*Ibid.*, p. 49.

São exemplos das mencionadas entidades autárquicas o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, que regulava a agricultura canavieira, controlando a produção, o comércio, a exportação e os preços do açúcar e do álcool de cana. Também foram criados o Departamento Nacional do Café, o Instituto Nacional do Mate – INM, as Comissões Executivas de Frutas, do Leite, de Produtos da Mandioca e da Pesca, entre outros.<sup>11</sup>

Além disso, também foram criadas várias indústrias e empresas estatais visando o desenvolvimento nacional. Desse período, podemos citar a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, a Fábrica Nacional de Motores – FNM, o Banco de Crédito da Borracha, que posteriormente virou Banco da Amazônia S.A. e a Companhia Vale do Rio Doce.<sup>12</sup>

Após um curto período de liberalização da economia durante o governo do General Eurico Gaspar Dutra, de 1945 a 1950, Vargas retorna ao cargo de Presidente da República e retoma a intervenção estatal direta. Assim, entendia-se “que o Estado deveria participar ativamente dos incentivos e no desenvolvimento do mercado”.<sup>13</sup> Então, a partir de 1950 novas empresas públicas e sociedades de economia mista foram criadas, tais como a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP, as Centrais Elétricas Furnas, a Rede Ferroviária Federal S.A., entre outras.

Esse foi o início do período em que o Estado brasileiro atuou fortemente na economia por meio de empresas estatais. É o chamado Estado Empresário.

Durante os vinte e um anos do governo militar não houve grandes mudanças. Nas décadas de 1960 e 1970 foram criados os grandes grupos de empresas estatais conhecidos como “famílias Bras”.<sup>14</sup> Alguns exemplos são A Siderúrgica Brasileira S.A. – SIDEBRAS, Empresas Nucleares Brasileiras S.A. – NUCLEBRAS, Telecomunicações Brasileiras – TELEBRAS e outras mais.

Durante os governos dos Presidentes Marechal Costa e Silva, entre 1967 e 1969, e o General Emílio Garrastazu Médici, entre 1969 e 1974, houve o chamado

---

<sup>11</sup>GERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Editora Fortium, 2012. P. 49.

<sup>12</sup>*Ibid.*, p. 49.

<sup>13</sup>*Ibid.*, p. 53.

<sup>14</sup>*Ibid.*, p. 54.

“milagre econômico”. Isso porque os dois presidentes defendiam a abertura do mercado nacional para o capital estrangeiro.<sup>15</sup>

Porém, em 1974 o Presidente General Ernesto Geisel “resgatou o modelo de intensa intervenção sustentado por meio de grandes empréstimos estrangeiros às empresas estatais”.<sup>16</sup>

Por fim, o Presidente General João Baptista de Oliveira Figueiredo, o último presidente militar, iniciou o desmantelamento do Estado Empresário e realizou também algumas privatizações. Isso foi feito por meio do Programa Nacional de Desburocratização que buscava “dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal”.<sup>17</sup>

Feito esse breve histórico é possível perceber que o Brasil sempre privilegiou um modelo de intervenção do Estado na economia. Inicialmente uma intervenção conforme as intenções do governo ou da coroa e a partir de meados do século XX buscando a implantação do estado de bem-estar social.

### **1.1.2. ESTADO REGULADOR NO BRASIL E CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

O estado de bem-estar social, diferentemente do estado liberal, é um modelo de organização estatal que busca garantir determinadas condições mínimas de direitos para os cidadãos. Assim, nesse modelo o Estado tende a intervir na economia seja direta ou indiretamente para garantir um patamar mínimo de direitos a todos os cidadãos, enquanto que no modelo liberal o Estado entende-se que os cidadãos se organizam melhor de forma livre, devendo o Estado se abster de intervir na economia.

Assim, o estado de bem-estar social se organiza de diversos modos podendo ser o chamado Estado Empresário, no qual o Estado possui empresas para prestar serviços, e o Estado Regulador, que aquele em que o ente estatal se abstém de intervir diretamente na economia priorizando a regulação como forma de organizar os mercados de maior importância.

---

<sup>15</sup>GERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Editora Fortium, 2012. P. 54.

<sup>16</sup> *Ibid.* P. 54.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 54.



Nos itens abaixo, veremos como o Estado Regulador brasileiro surgiu e como se organiza.

### 1.1.2.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO REGULADOR

A ideia de Estado Regulador no Brasil surge com a Constituição Federal de 1988. Esta adotou a organização econômica capitalista e o princípio da livre iniciativa como fundamentos da República. Em decorrência disso, também estão protegidos o direito de propriedade e a liberdade de exercício de atividade econômica sem prévia autorização, exceto quando previsto em lei. Esses princípios também são considerados fundamentos e princípios da ordem econômica, conforme explicita o art. 170<sup>18</sup> da Constituição.

O art. 173, *caput*<sup>19</sup>, da Carta Magna consagrou o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado só deve intervir diretamente na economia quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Sobre esse princípio, Ricardo Duarte Jr. afirma que o Estado somente deve prestar atividades econômicas que não são de interesse dos particulares.<sup>20</sup> Assim, conclui:

Com fundamento nesse ideário se propugna que o Estado se concentre nas tarefas consideradas essenciais ao interesse público, transferindo as demais funções para a prestação por particulares – desenvolvida com maior eficiência-, sob regulação estatal.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup>BRASIL. Constituição Federal, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social observado os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>19</sup>BRASIL. Constituição Federal, art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

<sup>20</sup>DUARTE JR., Ricardo. **Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 95

<sup>21</sup>*Ibid.*, p. 95.

Entretanto, conforme ressalta Sérgio Guerra, a Constituição não determina que o Estado se mantenha inerte, mas que atue para garantir outros princípios estabelecidos, tais como a livre concorrência e a função social da propriedade.<sup>22</sup> Assim, afirma o mencionado autor:

Somados estes princípios aos valores e outros princípios constitucionais, forma-se um sistema aberto em que o jusnaturalismo iluminista liberal e o intervencionismo social que o sucedeu cedem lugar à intervenção estatal na ordem econômica e social sob um configuração diferenciada (reguladora).<sup>23</sup>

Dessa forma, a atuação imposta ao Estado pela Carta Magna, diferentemente da época do Estado Social, é marcada por uma intervenção indireta, o que quer dizer a utilização “de determinados instrumentos normativos e de competências técnicas e políticas para fazer os particulares atingirem o bem-comum pretendido”.<sup>24</sup> Ou seja, o Estado não mais deve prestar atividades econômicas, mas deve regulá-las.

Essa regulação, ainda, deve ocorrer de modo a realizar os fins sociais e os objetivos da República determinados constitucionalmente e não apenas objetivos tipicamente econômico e financeiro.<sup>25</sup>

Ressalta-se que o art. 174<sup>26</sup> da Constituição Federal deixou muito clara a nova função reguladora do Estado ao afirmar expressamente que este é um agente normativo e regulador da atividade econômica com funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Assim, está claro que a regra geral é de que o Estado se abstenha de exercer diretamente atividade econômica e atue na regulação das atividades econômicas, além de fiscalizar, incentivar e planejar os serviços prestados sempre em busca da realização do interesse público.

---

<sup>22</sup>GUERRA, Sérgio, *op. cit.*, p. 93

<sup>23</sup>*Ibid.* P. 93.

<sup>24</sup>DUARTE JR., Ricardo, *op. cit.*, p. 97.

<sup>25</sup>*Ibid.* P. 97.

<sup>26</sup>BRASIL. Constituição Federal, art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

### 1.1.2.2. IMPLANTAÇÃO DO ESTADO REGULADOR NO BRASIL

O Estado Regulador no Brasil foi efetivamente implantado na década de 1990. Esse processo foi caracterizado por várias privatizações e desestatizações<sup>27</sup> realizadas por meio do Programa Nacional de Desestatização – PND e da Reforma do Estado. Esta foi realizada sob a justificativa de que o Estado necessitava se aproximar da sociedade “e tornar-se mais eficiente na gestão dos recursos públicos, na implementação de políticas públicas e, por conseguinte, na concretização dos direitos fundamentais”.<sup>28</sup>

Antes de todas essas iniciativas, ainda no governo militar uma série de privatizações foram feitas. O período de 1981 a 1989 “caracterizou-se pela denominada ‘reprivatização’ de empresas que haviam sido absorvidas por estarem em situação falimentar”.<sup>29</sup> O Governo buscava apenas se livrar de empresas que foram absorvidas em razão de insucessos empresariais de modo que não tinha exatamente a intenção de reduzir o tamanho do Estado.<sup>30</sup>

Diferentemente ocorreu com o PND, instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e posteriormente reformulado pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. São objetivos do Programaos inscritos no art. 1º, os quais seguem abaixo:

I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II – contribuir para a reestruturação do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

---

<sup>27</sup> Utilizamos no presente trabalho a terminologia empregada por Ricardo Duarte Jr., *op. cit.*, segundo a qual o termo privatização denomina as atividades econômicas em sentido estrito que estão sob o domínio dos particulares e o termo desestatização se refere aos serviços públicos que são executados por aqueles, mas sob o domínio do Estado.

<sup>28</sup> DUARTE JR. Ricardo, *op.cit.*, p. 100.

<sup>29</sup> GUERRA, Sérgio, *op. cit.*, p. 101.

<sup>30</sup> *Ibid.* P. 101.

V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.<sup>31</sup>

Nos primeiros anos do Programa, o Governo atuou “na venda de empresas estatais produtivas, pertencentes a setores anteriormente estratégicos para o desenvolvimento do país, tais como companhias siderúrgicas, petroquímicas e de fertilizantes”.<sup>32</sup>

O ano de 1995 foi marcante no processo de implementação do Estado Regulador. Primeiro, porque a partir desse ano o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso intensificou as privatizações, mas já com o pressuposto de criar estruturas governamentais para controlar o mercado resultante de tais vendas.

Em segundo lugar, porque uma série de emendas à Constituição foram aprovadas, visando flexibilizar monopólios estatais. As mencionadas emendas são as seguintes: EC nº 05/95, que extinguiu o monopólio de empresa estatal na distribuição de gás canalizado; EC nº 06/95, que permitiu a pesquisa de lavra e exploração de recursos minerais e hídricos por parte de capital estrangeiro; EC nº 07/95, que permitiu a navegação de cabotagem por embarcação estrangeira; EC nº 08/95, que flexibilizou o monopólio dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora; e, EC nº 09/95, que flexibilizou o monopólio da exploração do petróleo e do gás natural.<sup>33</sup>

Na busca de criar uma estrutura organizacional moderna, ágil e permeável à participação popular, o Plano Diretor da Reforma do Estado “previu a criação de agências autônomas, vinculadas às atividades de Estado”.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup>BRASIL. Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e da outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2015.

<sup>32</sup>GUERRA, Sérgio. *op. cit.*, p. 103.

<sup>33</sup>MASTRANGELO, Claudio. **Agências Reguladoras e Participação Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 33.

<sup>34</sup>GUERRA, Sérgio. *op. cit.*, p. 105.

Assim, surgiram as Agências Reguladoras brasileiras nos moldes atuais. Elas são o resultado de estudos realizados com foco em criar um ambiente propício a atrair investimentos, principalmente estrangeiros. Para isso, era necessário um ambiente que privilegiasse a certeza e a estabilidade, de modo a sinalizar um compromisso na manutenção de regras e contratos de longo prazo.<sup>35</sup>

## **1.2. LEGITIMIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

As Agências Reguladoras são órgãos da Administração Indireta que possuem competência editar normas reguladoras do mercado. Entretanto, seus diretores não são eleitos diretamente pelo povo e, por isso, questiona-se sua legitimidade, apontando um déficit democrático. Assim, nos itens seguintes, analisaremos sua legitimidade está realmente ligada a ausência de eleições para seus dirigentes, de modo que o déficit é real, ou se existe outra forma de legitimar esses órgãos.

### **1.2.1. CONCEITO DE LEGITIMIDADE**

Várias são as teorias da legitimidade e vários são os conceitos utilizados, sendo que estes variam conforme o tempo e lugar, de modo que cada sociedade adota o conceito que melhor se enquadra a seus costumes.

Entretanto, conforme afirma Ricardo Duarte Jr., os pensadores jus-políticos concordam que o fundamento da legitimidade é justificar o poder exercido em determinada ação política e a relação comando/obediência<sup>36</sup>. Nesse sentido, João Maurício Leitão, entendendo a legitimidade como a relação comando/obediência, elencou três pressupostos:

- a) o convencimento dos cidadãos para a aplicação da força na realização das necessidades coletivas necessárias à condução da comunidade; b) a escolha de várias alternativas possíveis na tomada de decisão; c) o caráter repressivo do Direito em face das transgressões das condutas em relação à norma<sup>37</sup>.

Assim, Lucio Levi, citado por Ricardo Duarte Jr., define a legitimidade como “um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da

<sup>35</sup>GUERRA, Sérgio. *op. cit.*, p. 106.

<sup>36</sup>DUARTE JR., Ricardo. *op. cit.*, p. 35.

<sup>37</sup>*Ibid.* P. 36.

população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos”.<sup>38</sup>

Desse modo, podemos ver que a legitimidade é a aceitação do poder pelos cidadãos. Assim, as instituições são legítimas quando os cidadãos reconhecem sua função e aceitam seus comandos, de modo que a força somente seja utilizada para o cumprimento das normas em situações excepcionais.

### 1.2.2. DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS AGÊNCIAS

O surgimento das Agências Reguladoras como autarquias especiais<sup>39</sup>, logo independentes da Administração Direta gerou debates acerca de sua legitimidade democrática. Isso em razão de suas competências, tais quais: não eletividade de seus dirigentes, natureza técnica das funções desempenhadas e autonomia em relação aos Poderes tradicionais<sup>40</sup>. O mesmo não ocorre com relação aos Ministérios de Estado, pois os ministros são auxiliares diretos do Presidente da República, que possui ampla legitimidade dado que foi eleito diretamente. Assim, a ausência de legitimidade dos ministros é suprida pelo fato de serem subordinados ao Presidente e este poder nomear e destituir um ministro quando bem entender.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup>DUARTE JR., Ricardo. *op. cit.*, p. 36.

<sup>39</sup>Para José dos Santos Carvalho Filho, “pode-se conceituar autarquia como a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado”. Um exemplo de órgão desse tipo é o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Entretanto, existe a figura da autarquia em regime especial, que, segundo o mesmo autor, possuem os seguintes elementos definidores: poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira.

O poder normativo técnico significa que as autarquias especiais têm competências para editar normas técnicas de caráter geral para regulamentar uma determinada legislação. Por autonomia decisória entende-se que o poder revisional nos processos administrativos instaurados por esses órgãos exaure-se no âmbito interno, restando apenas o Poder Judiciário para analisar a questão. A independência administrativa compreende o fato de que os dirigentes das autarquias em regime especial possuem investidura a termo, de modo que eles não podem ser demitidos *ad nutum*. Por fim, a autonomia econômico-financeira significa que os mencionados órgãos têm recursos próprios e dotações orçamentárias próprias, visando a independência financeira da Administração Direta. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 470 e 478-481.

<sup>40</sup>BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Editora FGV, v. 229, 2002. P. 309. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 29/09/2015.

<sup>41</sup>MARQUES, Floriano de Azevedo (coord.). Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras?, **Revista de Direito Público da Economia**, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, janeiro/março de 2004, p. 171.

Diferentemente ocorre com os diretores das Agências Reguladoras. Estas têm por sua natureza a independência em relação ao governo, por isso seus diretores são nomeados com mandatos fixos e sem possibilidade de demissão *ad nutum*. Assim, não ocorre a legitimação como a dos Ministros de Estado, pois os diretores das Agências não estão subordinados ao Presidente da República.

O déficit democrático das Agências Reguladoras deve ser entendido exatamente como essa falta de legitimidade decorrente da ausência de eleições para o cargo de diretoria ou uma legitimidade reverberada pela livre nomeação e demissão desses diretores por agentes eleitos.

Marçal Justen Filho entende que não há déficit democrático nas Agências Reguladoras, pois sua função é justamente tomar decisões neutras, independentemente da vontade da maioria da população.

Não há déficit democrático na instituição estatal constituída sem participação direta do povo quando a função consiste precisamente em neutralizar a influência da vontade da maioria da população e assegurar a realização dos valores e princípios fundamentais.<sup>42</sup>

O mencionado autor afirma ainda que “reduzir a legitimação democrática exclusivamente à via da eleição popular reflete uma concepção limitada, insuficiente e inadequada sobre o próprio conceito de Democracia”<sup>43</sup>. Isso porque existem várias formas de se promover a legitimação democrática e o essencial para se ter um regime democrático é que os titulares de determinados órgãos públicos sejam eleitos, mas não necessariamente todos os agentes públicos. Um dos critérios democráticos de investidura em funções públicas é aquele baseado no mérito.<sup>44</sup>

Ricardo Duarte Júnior concorda com Marçal Justen no sentido de que não existe um déficit democrático nas Agências Reguladoras. Ao contrário, ele entende que esses órgãos, na realidade, fortalecem o princípio democrático, pois permitem a participação popular.

---

<sup>42</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na regulação independente?. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). *op. cit.*, p. 232.

<sup>43</sup> *Ibid.* P. 232.

<sup>44</sup> *Ibid.* P. 232.

Com base nesses paradigmas, refutamos a tese de déficit democrático (déficit de legitimidade) da regulação econômica partindo do pressuposto de que apesar de uma eventual quebra de liame democrático (agentes não escolhidos pelo “povo” elaborar normas a vincular os agentes setoriais e a descentralização de decisões político-administrativas), na verdade, há um fortalecimento do princípio democrático dessas normas quando é possibilitada a participação de todos os interessados no seu processo de criação.<sup>45</sup>

Para entender como as Agências Reguladoras podem ser um instrumento de fortalecimento do princípio democrático é necessário entender o conceito de déficit democrático externo. Este causado pela falta de legitimidade do sistema político como um todo, inclusive as instituições políticas de representação clássicas do regime democrático.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que existe uma crise da democracia, pois há uma insatisfação popular contra a classe política. Isso decorre, segundo o autor, da “inadequação dos mecanismos clássicos da Democracia para assegurar a compatibilidade entre o interesse da Sociedade Civil e a atuação dos representantes eleitos pelo voto”<sup>46</sup>. Desse modo, existe um déficit de legitimidade do sistema político como um todo.

Sobre a legitimidade dos agentes públicos, Marçal afirma ainda, citando Jacques Chevallier, que a legitimidade dos representantes decorre não só do sufrágio como também do respeito ao pluralismo, a garantia dos direitos e liberdades, do debate sobre escolhas coletivas, entre outros, de modo que a legitimidade desses agentes públicos decorre também de um critério ético<sup>47</sup>.

Desse modo, o autor afirma que existem certas competências de natureza normativa e executiva que podem gerar um risco de sacrifício de valores fundamentais se os agentes competentes para sua execução forem eleitos<sup>48</sup>. Esse risco decorre do fato de que os agentes eleitos ficam vinculados às vontades da maioria que o elegeu. Assim, as Agências independentes ampliam o sistema de freios e contrapesos, buscando evitar que direitos e garantias fundamentais sejam

---

<sup>45</sup>DUARTE JR., Ricardo. *op. cit.*, p. 234.

<sup>46</sup>JUSTEN FILHO, Marçal.*op. cit.*, p. 234.

<sup>47</sup>*Ibid.* P. 233.

<sup>48</sup>*Ibid.* P. 233.



feridos em determinados setores, ampliando, desse modo, a qualidade democrática do Estado.

Entretanto, é necessário que esses órgãos reguladores ampliem a participação popular, permitindo que os cidadãos e os grupos organizados participem do processo decisório<sup>49</sup>. Isso amplia o caráter democrático das normas expedidas e também aumenta a confiança da população nos órgãos reguladores.

A respeito da participação popular, Ricardo Duarte Jr., afirma que o princípio da participação popular decorre do princípio da dignidade humana e do pluralismo político em conjunto com a cidadania<sup>50</sup>. Todos eles são fundamentos da República brasileira, positivados no art. 1º da Constituição Federal.

Assim, segundo o mencionado autor, a participação popular é fundamental para se “buscar a legitimidade e dar efetividade ao Direito Contemporâneo em todas as funções estatais: legislativa, judicial e executiva”<sup>51</sup>.

Desse modo, Ricardo afirma que a participação popular no procedimento de elaboração das normas reguladoras elimina o déficit democrático que porventura exista.

Se há déficit democrático – quando não há representantes do povo na elaboração das normas, não o há quando o próprio povo participa do seu processo; pelo contrário, o processo normativo sairá fortalecido democraticamente.<sup>52</sup>

E complementa:

A participação do particular nos procedimentos consiste na própria legitimidade do poder normativo das agências e, por conseguinte, condição de validade da norma.<sup>53</sup>

Ricardo Duarte ainda destaca o fato de a participação popular servir como controle social contra abusos do agente público, pois, segundo ele, o agente tende ao abuso<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 236.

<sup>50</sup> DUARTE JR., Ricardo. *op. cit.*, p. 236.

<sup>51</sup> *Ibid.* P. 238.

<sup>52</sup> *Ibid.* P. 240.

<sup>53</sup> *Ibid.* P. 241.

Por outro lado, Marçal faz referência à vertente interna do déficit democrático das Agências. Essa vertente diz respeito ao caráter democrático dentro dos próprio órgãos reguladores. A sua análise se divide em dois enfoques: o estrutural e o funcional.

O primeiro diz respeito à “existência de instrumentos destinados a assegurar a observância dos princípios democráticos” na estrutura organizacional<sup>55</sup>. Assim, ele separou a análise dos instrumentos neutralizadores do déficit democrático interno em quatro pontos: composição colegiada e competências conjuntas, disciplina sobre a escolha dos membros da diretoria, disciplina sobre a situação jurídica dos dirigentes das agências e disciplina sobre a competência regulatória.

No que diz respeito ao primeiro ponto, um órgão regulador composto por um colégio de diretores responsáveis por tomar as decisões e todos com as mesmas competências possui um caráter mais democrático que um órgão composto por apenas uma pessoa responsável por tomar as decisões. Isso porque quando se tem um órgão colegiado há a difusão de poderes e neutralização de influências pessoais<sup>56</sup>.

Sobre a escolha dos membros, Marçal afirma que não existe déficit de legitimidade na ausência de eleição para escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras, porque a “soberania popular não significa a necessidade de todos os agentes públicos serem eleitos mediante sufrágio popular”<sup>57</sup>.

Entretanto, isso não significa que os dirigentes desses órgãos podem ser escolhidos por qualquer processo. A escolha dos diretores das Agências Reguladoras deve ser um procedimento que assegure a limitação do poder político, para evitar abuso de poder<sup>58</sup>. Dessa maneira, é necessário que o processo de escolha desses agentes públicos permeie diversos âmbitos de poder político, tais como o Presidente da República e Congresso Nacional. Ou seja, o processo de escolha dos comandantes dos órgãos reguladores deve funcionar como um

---

<sup>54</sup>DUARTE JR., Ricardo. *op. cit.*, p. 242.

<sup>55</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 237.

<sup>56</sup>*Ibid.* P. 237.

<sup>57</sup>*Ibid.* P. 238.

<sup>58</sup>*Ibid.* P. 238.

instrumento de freios e contrapesos para que esses órgãos sejam realmente neutros e imparciais<sup>59</sup>.

Outro instrumento importante é o fato de os mandatos não serem coincidentes, ou seja, os diretores são nomeados em momentos diferentes. Sua função é fazer com que os dirigentes não sejam indicados por um mesmo partido ou governante. Desse modo, existirá no colegiado do órgão diretores que se identificam com diversas ideologias, grupos políticos ou governantes<sup>60</sup>.

Por último, sobre a escolha dos membros das diretorias é importante que existam requisitos de capacitação pessoal. Isso porque esses são órgãos cujas decisões são técnicas de modo que os diretores devem ter conhecimento técnico-científico sobre o assunto<sup>61</sup>.

O terceiro ponto é o da disciplina sobre a situação jurídica dos dirigentes das Agências. Esse tema tem relação direta com a interferência externa no processo decisório. Assim, é necessário que os comandantes dos órgãos reguladores possuam mandato com prazo fixo e com garantia contra demissão *ad nutum*, pois isso permite que o titular do cargo atue com independência. Além disso, é importante que a recondução ao cargo seja vedada, porque com a possibilidade de ser novamente indicado ao cargo há a probabilidade de o candidato atuar em favor dos interesses da autoridade competente para a sua indicação<sup>62</sup>.

O último ponto do enfoque estrutural visa apontar os instrumentos sobre a competência regulatória para afastar o déficit democrático interno. Ou seja, existem matérias que devem ser decididas pelo parlamento, devido seu caráter de representação popular. Por isso, a competência das agências de decidir sobre determinados temas sempre envolve poderes secundários, limitados e condicionados<sup>63</sup>.

A respeito do argumento da legitimação técnica das agências independentes, Marçal afirma que isso não afasta a legitimação democrática. Isso

---

<sup>59</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 239.

<sup>60</sup> *Ibid.* P. 239.

<sup>61</sup> *Ibid.* P. p 239.

<sup>62</sup> *Ibid.* P. 240.

<sup>63</sup> *Ibid.* P. 241.

porque esta está diretamente ligada à formação e funcionamento do órgão, de modo que existam mecanismos que assegurem a soberania popular e os direitos e garantias fundamentais. A legitimação técnica, por sua vez, se refere aos resultados apresentados e à busca da melhor escolha de acordo com critérios técnicos-científicos<sup>64</sup>.

Desse modo, é possível concluir que a legitimação técnica, por si só, não é suficiente para embasar a existência de um órgão estatal independente.

O segundo enfoque do déficit democrático interno é o funcional. Ou seja, a forma como a agência exerce suas competências. Assim, segundo Marçal Justen Filho, a falta de participação popular na escolha dos dirigentes dos órgãos reguladores deve ser compensado com mecanismos que permitam a ampla participação social e garantam a realização de princípios e valores fundamentais<sup>65</sup>.

Assim, as agências independentes devem sempre justificar seus atos com argumentos técnicos, pois caso contrário estaria o órgão agindo de forma autoritária, visto que não há razão para a existência de órgãos reguladores que fundamentem suas decisões na mera conveniência e oportunidade<sup>66</sup>. Isso pode ser feito pelos órgãos da administração direta.

Além disso, é necessária a existência de um processo administrativo democrático para a formação da vontade das Agências Reguladoras. Desse modo, o processo administrativo dentro das agências deve conduzir “à limitação do poder e à formação de decisões compatíveis com a ordem jurídica, com a Ciência e com os valores fundamentais”<sup>67</sup>.

Nesse sentido, o processo administrativo dos órgãos independentes deve compreender a participação efetiva da sociedade. Isso porque suas decisões legitimam-se pela participação popular<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 243.

<sup>65</sup> *Ibid.* P. 244.

<sup>66</sup> *Ibid.* P. 244.

<sup>67</sup> *Ibid.* P. 246.

<sup>68</sup> *Ibid.* P. 247.

Para que isso ocorra não basta a mera divulgação da intenção de ouvir o cidadão. O órgão deve ir atrás dos interessados para ouvi-los. Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma:

Isso significa o dever de a agência independente ir em busca da manifestação da sociedade, adotando atitude de provocação, além de convocar os setores especializados não governamentais, os órgãos de defesa dos consumidores e outras organizações do chamado *terceiro setor*.<sup>69</sup>

Desse modo, a agência deve considerar relevante a participação social, devendo justificar a adoção de determinada opção regulatória e também apresentar fundamentação para aquelas colaborações que entender inadequadas<sup>70</sup>.

O último aspecto do enfoque funcional diz respeito à fiscalização dos atos regulatórios pelos demais poderes. Segundo Marçal, esse controle é voltado para identificar “defeitos ou abusos no exercício das competências próprias e privadas das agências”<sup>71</sup>.

### **1.2.3. A QUESTÃO DA CAPTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Outro ponto que pode afetar a legitimidade das Agências Reguladoras é o risco de captura. Ou seja, é o risco de o órgão regulador perder sua independência e passar a atuar de modo a beneficiar alguns interesses específicos. Essa captura pode ocorrer pelos próprios entes regulados ou pelo Poder Público.

A captura pelos entes regulados ocorre quando a Agência Reguladora deixa o interesse público de lado e passa a atuar de forma a beneficiar as empresas que atuam no setor regulado. Isso pode ocorrer em razão de os dirigentes dos órgãos reguladores, muitas vezes, serem oriundos do próprio setor regulado. Desse modo, sua isenção pode ser comprometida por causa de relacionamentos anteriores ou pelo fato de que ele voltará para a empresa de origem após seu mandato<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 247.

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 248.

<sup>71</sup> *Ibid.* P. 248.

<sup>72</sup> MASTRANGELO, Claudio, *op. cit.*, p. 92.

Pode ocorrer também a captura por contaminação de interesses que, segundo Floriano Azevedo Marques Neto, se configura pela assunção dos valores e interesses dos entes regulados como se fossem os interesses da coletividade<sup>73</sup>.

Segundo o citado autor, a melhor forma de evitar que a captura ocorra é ampliando a transparência e a participação social<sup>74</sup>.

Já a captura pelo Poder Público ocorre quando são exercidas influências políticas na atuação das agências para que estas realizem atos em benefício do governo. Para evitar isso a agência deve ser dotada de autonomia financeira e também de características estruturais que buscam afastar essa influência, como aquelas citadas no item anterior.

---

<sup>73</sup>MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In*: Carlos Ari Sunfeld (Coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 89.

<sup>74</sup>MASTRENGELO, Claudio. *op. cit.*, p. 92.

## **2. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE AUTORIDADES**

O capítulo anterior foi dedicado a analisar o histórico das Agências Reguladoras no Brasil e a questão de sua legitimidade. Agora é importante analisarmos o processo de nomeação de algumas autoridades. Assim, no presente capítulo analisaremos como são indicados os diretores das agências e também será feita uma comparação com a forma de indicação de ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, entendemos ser importante analisar o processo de indicação de autoridades nos Estados Unidos da América, pois, como sabemos, a Constituição norte-americana claramente influenciou a nossa Carta Magna em diversos pontos, inclusive na parte referente à nomeação de autoridades. Por isso, dedicamos um tópico do presente capítulo à esse tema.

### **2.1. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE AUTORIDADES NO BRASIL**

No capítulo anterior, vimos que existe um debate sobre a legitimidade das Agências Reguladoras, principalmente pela ausência de escolha popular dos diretores. Assim, para melhor entendermos essa questão trataremos nos itens seguintes do processo de nomeação de autoridades analisando sob o enfoque da separação de poderes e da participação popular.

Ainda, faremos uma comparação com o modelo de nomeação dos Ministros do STF que é idêntico ao dos dirigentes das Agências e também analisaremos as particularidades do nosso modelo de nomeação de autoridades a partir do modelo americano que é fonte de inspiração ao nosso.

#### **2.1.1. NOMEAÇÃO DOS DIRETORES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 84, XIV<sup>75</sup> como competência privativa do Presidente da República nomear os Ministros do Supremo

---

<sup>75</sup>BRASIL. Constituição Federal, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei.

Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, os Governadores de Território, o Procurador-Geral da República e outros servidores que a lei determinar. E a Magna Carta também estipulou no art. 52, III<sup>76</sup> que é competência privativa do Senado Federal aprovar, após arguição pública, os nomes indicados pelo presidente para os tribunais superiores, para o Tribunal de Contas da União, Governador de Território, presidente e diretores do Banco Central, a Procuradoria-Geral da República e outros cargos que a lei determinar.

A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, determinou no seu art. 4<sup>o</sup><sup>77</sup> que os mencionados órgãos reguladores terão conselhos diretores ou diretorias como órgão máximo.

Ainda, o mencionado diploma legal determina no seu art. 5<sup>o</sup><sup>78</sup> que os membros dos Conselhos Diretores ou Diretorias das Agências devem ser escolhidos e nomeados pelo Presidente após aprovação do Senado Federal.

Assim, é possível inferir que o ordenamento jurídico nacional entende como necessária a participação de mais de um órgão no processo de investidura desses agentes públicos. Nesse caso, o Presidente da República e o Senado Federal repartem o poder da indicação dos diretores das Agências, funcionando como um sistema de freios e contrapesos. Assim, conforme demonstrado no capítulo anterior, essa forma de investidura de agentes públicos aumenta a legitimidade do órgão regulador.

---

<sup>76</sup>BRASIL. Constituição Federal, art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do Banco Central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar.

<sup>77</sup>BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, art. 4<sup>o</sup>. As Agências serão dirigidas em regime colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor Presidente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm). Acesso em: 20/09/2015.

<sup>78</sup>Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, art. 5<sup>o</sup>. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada. Formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm). Acesso em: 20/09/2015.



### **2.1.2. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Assim como os diretores das Agências Reguladoras, os candidatos à vaga de Ministro do Supremo Tribunal Federal devem ser indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, por maioria absoluta, antes de serem nomeados. Isso é uma determinação constitucional dos mencionados art. 52, III, 84, XIV e 101, parágrafo único<sup>79</sup>.

A lógica das indicações dos Ministros do STF é a já mencionada lógica das indicações dos diretores dos órgãos reguladores: dispersar o poder de indicação. Desse modo, o presidente não possui o poder de escolha todo para si, mas necessita que o Senado aprove o nome indicado.

### **2.1.3. SEPARAÇÃO DE PODERES: O MODELO DE NOMEAÇÃO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FERRE A INDEPENDÊNCIA DOS PODERES?**

A Constituição Federal de 1988 adotou a clássica teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, segundo a qual o Estado é dividido em três poderes (ou funções<sup>80</sup>): Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Assim, o primeiro é exercido pelo Presidente da República, o segundo pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) e o terceiro é exercido pelos tribunais, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão competente pela guarda da Constituição.

José Afonso da Silva afirma que a divisão dos poderes se fundamenta na especialização funcional e na independência orgânica, conforme depreende-se abaixo:

---

<sup>79</sup>BRASIL. Constituição Federal, art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos entre os cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

<sup>80</sup>De acordo com José Afonso da Silva, o poder político “se manifesta mediante suas funções que são exercidas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional” (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014).

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.<sup>81</sup>

Ocorre que os mencionados poderes são independentes, porém harmônicos entre si. Desse modo, o constituinte originário estabeleceu determinadas situações em que um poder pode intervir ou realizar atividades típicas de outro. Com isso, busca-se criar um sistema de freios e contrapesos.

Um bom exemplo disso é o processo de indicação de Ministros do Supremo Tribunal Federal anteriormente descrito. Nesse modelo, a composição do STF é influenciada pelos Poderes Executivo e Legislativo, visto que aquele escolhe o candidato e este analisa a escolha e tem o poder de vetar. Apesar disso, a independência do Poder Judiciário não é afetada, pois não há interferência na sua atuação.

Entretanto, com o desenvolvimento do Estado moderno a complexidade da sociedade exigiu a criação de novos órgãos que fogem à estrutura clássica de tripartição do poder. É o caso das Agências Reguladoras. No Brasil, elas são classificadas como autarquias especiais e, por isso, são órgãos autônomos, ou seja, não estão subordinados a nenhum outro órgão do Estado, visto que sua função técnica demanda essa relativa independência. Desse modo, o processo de nomeação de seus diretores, que é idêntico ao dos Ministros do STF, feriria sua autonomia dada a influência do Executivo e do Legislativo?

A conclusão é a mesma apontada para o questionamento a respeito da independência do STF. Isso porque o processo de nomeação de autoridades estabelecido no texto constitucional envolve mais de um dos Poderes do Estado justamente para criar o sistema de freios e contrapesos, de modo a impedir que um órgão ou Poder tenha a competência exclusiva, evitando assim qualquer tipo de abuso. Ademais, os diretores das Agências Reguladoras possuem mandatos fixos,

---

<sup>81</sup>SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 111.

de modo que esses agentes públicos somente perderão o cargo antes de seu término nos casos de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar<sup>82</sup>. Ou seja, eles possuem estabilidade no cargo e estão protegidos contra qualquer tentativa de demissão *ad nutum*.

#### 2.1.4. CRÍTICAS À SABATINA REALIZADA PELO SENADO FEDERAL BRASILEIRO

Uma das críticas<sup>83</sup> mais frequentes ao processo de nomeação de autoridades brasileiro diz respeito à atuação do Senado Federal. Este tem a prerrogativa de vetar a escolha do Presidente, mas isso raramente é feito. Em razão disso, os críticos afirmam que o exame da indicação pelo Legislativo é meramente protocolar, de modo que a aprovação é automática<sup>84</sup>.

Ivar Hartman e Diego Werneck afirmam que a “escolha [do ocupante ao cargo público] não é só questão de saber jurídico. Ao Senado, órgão político, compete fiscalizar o processo político da nomeação. Elemento fundamental disso é o percurso realizado pelo candidato, longe dos holofotes”<sup>85</sup>. É para isso que existe a sabatina pública na comissão competente do Senado Federal, para que o candidato possa esclarecer seus motivos para atuar no cargo ao qual foi indicado e também responder perguntas sobre sua trajetória profissional e acadêmica. Com base nas respostas os senadores podem avaliar se o candidato reúne as condições necessárias para ocupar o cargo ou não.

Entretanto, Werneck afirma que a crítica à atuação do Senado deve ser analisada em dois aspectos: a quantidade de rejeições de indicações feitas pelo Legislativo ao longo da história e como o Senado as aprova ou rejeita<sup>86</sup>.

<sup>82</sup>Essas situações que permitem a demissibilidade de um diretor de uma Agência estão previstos no art. 9º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

<sup>83</sup>Utilizou-se apenas fontes secundárias nesse tópico, pois a doutrina ainda não está consolidada.

<sup>84</sup>FILHO, Newton Tavares. **Democratização do Processo de Nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596>. Acesso em: 25/10/2015.

<sup>85</sup>HARTMAN, Ivar; WERNECK, Diego. Senado Deve Fiscalizar Rota Política até o Supremo. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81765-senado-deve-fiscalizar-rota-politica-ate-o-supremo.shtml>. Acesso em: 25/10/2015.

<sup>86</sup>ARGUELHES, Diego Werneck. Um Novo Processo de Indicação de Ministros do STF. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/um-novo-processo-de-indicacao-de-ministros-stf>. Acesso em: 19/10/2015.

Assim, quanto ao primeiro aspecto, ele afirma que o número de rejeições “não é um bom indicador do quanto o Senado de fato limita e modera as indicações do Presidente”<sup>87</sup>. Isso porque apenas a possibilidade de a Casa Legislativa vetar uma indicação já pode operar efeitos e condicionar a escolha do Presidente, visto que nenhum chefe do Executivo quer ter sua escolha vetada<sup>88</sup>.

Sobre o segundo aspecto, Werneck afirma que simplesmente aprovar ou rejeitar a indicação feita pelo Presidente é insuficiente para a democracia. O Senado deve efetivamente debater com profundidade e transparência as indicações. Assim, o processo de nomeação do futuro ocupante do cargo deve “promover a produção de informações que permitam aos eleitores entender o sentido político e as implicações constitucionais da indicação”.<sup>89</sup>

Nesse ponto, inicia-se um debate sobre a transparência e participação popular no processo de nomeação de agentes públicos, abordado no tópico seguinte.

### **2.1.5. PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE INDICAÇÃO DE AUTORIDADES: INOVAÇÕES DA RESOLUÇÃO Nº 41/2013**

Conforme afirma Diego Werneck, as indicações de Ministros do Supremo Tribunal Federal são políticas e estão sujeitas a influências do meio político<sup>90</sup>. Por isso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um sistema de indicação conjunta, que, como já foi afirmado nos itens anteriores, o Presidente da República e o Senado Federal repartem o poder de indicação. Assim, o objetivo desse modelo de indicação de ministros é buscar “indicações mais moderadas e de apoio político mais difuso, dificultando a escolha de juristas total e exclusivamente comprometidos com as visões do Presidente”<sup>91</sup>.

Ocorre que há uma série de críticas a esse processo de indicação dos ministros do STF e de outras autoridades. Afirmava-se que havia falta de espaços

---

<sup>87</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. Um Novo Processo de Indicação de Ministros do STF. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/um-novo-processo-de-indicacao-de-ministros-stf>. Acesso em: 19/10/2015.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

para a população<sup>92</sup> se manifestar, pois o Presidente indicava o candidato e o Senado realizava a sabatina sem que seu nome e currículo fossem disponibilizados em meios públicos de informação e não havia possibilidade de que os cidadãos e entidades interessadas pudessem encaminhar perguntas e informações sobre o candidato.

Outra crítica feita é de que a estrutura do processo de nomeação das autoridades é pouco democrática<sup>93</sup>, pois a escolha do candidato está concentrado no Presidente da República.

Por isso, em 2013 foi aprovada a Resolução do Senado nº 41/2013, que altera o Regimento Interno do Senado Federal para disciplinar a apreciação da escolha de autoridades pelas comissões. Sobre essa Resolução, Diego Werneck afirma:

Em 2013, houve uma mudança importante nesse cenário. Após muita mobilização e sistemáticos pedidos de organizações da sociedade civil nos últimos cinco anos, dirigidos tanto à Presidência quanto à CCJ, o Senado aprovou a Resolução n. 41/2013, alterando o procedimento de aprovação de autoridades. Entre as várias mudanças, agora a indicação deve vir acompanhada de ampla divulgação do currículo, das publicações, das filiações atuais e passadas, de potenciais conflitos de interesse e das razões presidenciais para a indicação. Essas informações ficarão disponíveis ao público por um período mínimo de tempo. A Resolução permite também que cidadãos submetam ao relator na CCJ sugestões de perguntas na sabatina.<sup>94</sup>

Ressalta-se que a alínea c, do inciso II, do art. 383, do Regimento Interno do Senado Federal, com redação dada pela Resolução nº 41/2013, permite que seja realizada audiência pública se o relator entender necessária dado o conteúdo das informações e indagações encaminhadas pela população<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup>“Dossiê: Transparência no STF”. Disponível em: <http://conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/dossie-transparencia-no-stf>. Acesso em: 19/10/2015.

<sup>93</sup>*Ibid.*

<sup>94</sup>Diego Werneck, *op. cit.*

<sup>95</sup>BRASIL. Regimento Interno do Senado Federal, art. 383. Na apreciação do Senado Federal sobre a escolha de autoridades, observar-se-ão as seguintes normas: II – o exame das indicações feitas na forma do inciso III do art. 52 da Constituição Federal seguirá as seguintes etapas: c) o portal do Senado Federal possibilitará a sociedade encaminhar informações sobre o indicado ou perguntas a ele dirigidas, que serão submetidas ao exame do relator com vistas ao seu aproveitamento, inclusive quanto a necessidade de realização de audiência pública em face das informações e indagações recebidas. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno>

Assim, o processo de nomeação de autoridades adquiriu maior transparência com a divulgação das informações do indicado na rede mundial de computadores. E, ainda, os cidadãos poderão participar do processo encaminhando perguntas ao relator. Isso gera maior legitimidade do processo e da autoridade que ocupará o cargo.

## 2.2. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE AUTORIDADES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A Constituição dos Estados Unidos da América da América – EUA é fonte de inspiração para os sistemas constitucionais de diversos países. Com o Brasil não foi diferente, o Supremo Tribunal Federal foi criado sob clara inspiração norte-americana. Desse modo, é o intérprete máximo da Constituição e competente para realizar o controle difuso de constitucionalidade. Além disso, a forma de nomeação dos ministros também se assemelha àquela estabelecida nos EUA.<sup>96</sup>

Com o decorrer do tempo, o Supremo Tribunal sofreu uma série de modificações nas suas competências e também em sua composição, porém a Constituição Federal de 1988 manteve o mesmo processo de nomeação<sup>97</sup> utilizado desde o fim do século XIX. Ademais, estabeleceu o mesmo processo para outras autoridades, como os diretores das Agências Reguladoras.

Assim, dada a semelhança, é importante analisarmos como são realizadas as nomeações de autoridades nos EUA para que possamos comparar o funcionamento de institutos tão semelhantes em ambos os países.

A Constituição dos Estados Unidos no seu art. II, seção 2, parágrafo segundo<sup>98</sup> estabelece

*He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other*

<sup>96</sup>MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003. P. 212.

<sup>97</sup>Ver itens 3.1.1 e 3.1.2 do presente capítulo.

<sup>98</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of United States of America. Disponível em: [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 28/10/2015.

*Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.*<sup>99</sup>

Desse modo, podemos perceber uma semelhança e uma diferença entre os dois países. A semelhança é o processo: indicação do Presidente seguida de análise e aprovação do Senado e a posterior nomeação pelo Presidente. O processo de nomeação das autoridades é idêntico ao estabelecido pela Constituição brasileira.

Entretanto, a diferença é que a Constituição norte-americana estabelece que todos os cargos do alto escalão do Poder Executivo devem ser indicados e nomeados pelo Presidente com a aprovação do Senado. Desse modo, todos os Juízes da Suprema Corte, os Ministros de Estado, os embaixadores e diplomatas e outros cargos executivos devem ser analisados e aprovados pelo Senado. O mesmo não ocorre no Brasil. A nossa Constituição determinou expressamente as autoridades que devem ser sabatinadas pelo Senado Federal, enumerando-as nos art. 52, III<sup>100</sup>, e art. 84, XIV<sup>101</sup>. Assim, os Ministros de Estado brasileiros, ao contrário do que ocorre nos EUA, não necessitam da aprovação do Senado. Eles podem ser nomeados e exonerados pelo Presidente sem qualquer impedimento.

Na parte do processo de competência do Senado norte-americano, é feita uma vasta análise da vida do candidato, ao ponto de os parlamentares checarem desde a qualificação, independência e predileções políticas dos indicados até sua saúde física, bens financeiros e objetivos que o levaram a pleitear tal cargo<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup>Tradução livre do autor: Constituição dos Estados Unidos da América, artigo II, seção 2, segundo parágrafo: Ele [o Presidente da República] tem o poder de, com parecer e consentimento do Senado, assinar tratados, com aprovação de pelo menos dois terços dos senadores; e ele [o Presidente] deve nomear, com parecer e consentimento do Senado, e indicar embaixadores, outros ministros e diplomatas, os juízes da Suprema Corte, e todos os outros funcionários dos Estados Unidos, cuja indicação não seja determinada de outra forma por esta Constituição, que devem ser determinados pela lei: mas o Congresso pode determinar, por lei, que cargos inferiores sejam indicados apenas pelo Presidente, pelos Tribunais de Justiça ou pelos Chefes de Departamento.

<sup>100</sup>Ver nota nº 70.

<sup>101</sup>Ver nota nº 69.

<sup>102</sup>LEMOS, Leany Barreiro de Sousa. **Controle Legislativo em Democracias Presidencialistas: Brasil e EUA em perspectiva comparada**. Brasília, 2005, 256 f. Tese (para a obtenção do título de doutor) – Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas – CEPPAC e Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília – UnB. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180412>. Acesso em: 28/10/2015.

O número de cargos que dependem de análise do Senado norte-americano e, conseqüentemente, o número de indicações feitas pelo Presidente é tão grande que a mencionada Casa Legislativa possui dois calendários durante o ano: “o *Business Calendar*, para os temas legislativos, e o *Executive Calendar*, para a apreciação de tratados e confirmação de autoridades”<sup>103</sup>.

Devido a esse grande volume de trabalho, a Constituição norte-americana estabeleceu uma exceção à regra das nomeações. É o que podemos depreender do texto do artigo II, seção 2<sup>104</sup>, terceiro parágrafo, abaixo transcrito:

*The President shall have Power to fill up all Vacancies that may happen during the Recess of the Senate, by granting Commissions which shall expire at the End of their next Session.*<sup>105</sup>

Essa é uma grande diferença para o sistema adotado no Brasil. Segundo determina o mencionado texto constitucional norte-americano, o Presidente pode realizar nomeações de autoridades durante o recesso parlamentar, operando efeitos imediatamente, de modo que o nomeado toma posse e passa a exercer o cargo sem a análise do Senado. Este, por sua vez, analisará a nomeação quando retornar do recesso, podendo aprová-la ou não.

Essa exceção se explica por, logo após a independência dos Estados Unidos da América, haver longos períodos de recesso parlamentar. Portanto, para não impossibilitar o governo do país, foi facultado ao Presidente nomear um responsável pelo cargo para um mandato provisório até que o Senado retornasse do recesso. Entretanto, devido à dificuldade de aprovação dos indicados no Senado, vários Presidentes tem se utilizado de recessos curtos para nomear seus indicados<sup>106</sup>.

Isso não ocorre no Brasil. Aqui o Presidente pode indicar o candidato ao cargo, mas este somente estará habilitado para exercer o cargo quando for sabatinado e aprovado pelo Senado Federal.

<sup>103</sup> LEMOS, Leany Barreiro de Sousa. *ibid.* p. 69.

<sup>104</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of United States of America. Disponível em: [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 28/10/2015.

<sup>105</sup> Tradução livre do autor: Constituição dos Estados Unidos da América, artigo II, seção 2, terceiro parágrafo: O Presidente tem a competência para preencher todas as vacâncias que podem ocorrer durante o recesso do Senado, nomeando o responsável pelo cargo que, entretanto, perderá efeitos no fim da próxima sessão.

<sup>106</sup> LEMOS, Leany Barreiro de Sousa. *Op. cit.* p. 70.



Com essa comparação podemos entender a origem do processo de nomeação de autoridades brasileiro. Assim, está claro que o constituinte brasileiro se inspirou na Constituição norte-americana para criar o modelo de nomeação brasileiro, porém não o copiou pura e simplesmente. Uma série de adaptações tiveram que ser feitas para o contexto brasileiro, conforme foi demonstrado. E isso é bom porque a mera cópia do modelo de outro país pode resultar em distorções para o sistema pátrio.

Enfim, a partir dessa comparação podemos analisar o nosso sistema de forma mais crítica e pensar em formas de melhorá-lo. Esse é o objeto do capítulo seguinte.

### **3. ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS DIRETORIAS INTERINAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Os capítulos anteriores foram dedicados a explicar o histórico das Agências Reguladoras no Brasil, refletir sobre sua legitimidade e apresentar a forma como seus diretores são escolhidos em comparação com os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros da Suprema Corte norte-americana.

Assim, cabe agora analisar, nesse capítulo, como os agentes políticos têm se comportado frente ao desenho institucional feito para os órgãos reguladores. Para isso, abordaremos a atual situação das diretorias das Agências e as estratégias utilizadas pelo chefe do Poder Executivo para manter sua influência nos demais órgãos de Estado, tais como as Agências Reguladoras e o STF. Logo em seguida, abordaremos a legitimidade dos diretores interinos dos órgãos reguladores sob o enfoque das estratégias utilizadas pelo Presidente para manter sua influência.

#### **3.1. SITUAÇÃO ATUAL DAS DIRETORIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.**

As Agências Reguladoras foram desenhadas para serem órgãos da Administração Indireta, porém com autonomia. Por isso, são comandadas por diretorias colegiadas compostas por diretores com mandato fixo, autonomia decisória e autonomia econômico-financeira. Isso significa que seus diretores não podem ser demitidos por mera vontade do Presidente da República e sua atuação não depende diretamente de aprovação dele. Entretanto, esses órgãos estão vinculados às políticas públicas da Administração Direta.

Sabendo disso, em 2013, o Tribunal de Contas da União – TCU instaurou o processo TC 031.996/2013-2 para “avaliar a governança da regulação nos setores de energia, comunicações e transportes, por meio das agências reguladoras de infraestrutura<sup>107</sup>”.<sup>108</sup> No decorrer do processo, o TCU verificou algumas fragilidades

---

<sup>107</sup>São agências reguladoras de infraestruturas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência nacional de Aviação Civil – ANAC, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

<sup>108</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministro Raimundo Carreiro, p. 1. Disponível em:

no sistema de composição das diretorias desses órgãos que podem comprometer sua independência e, conseqüentemente, sua legitimidade.

Dentre essas fragilidades foram apontadas a ausência de normas para a substituição de diretores e conselheiros nos seus impedimentos, afastamentos regulamentares e período de vacância do cargo até a nomeação de novo diretor ou conselheiro. Ou seja, é necessário que sejam editadas normas para determinar como serão indicados os diretores interinos.

Entre os órgãos reguladores fiscalizados pelo TCU no mencionado processo apenas a ANTEL, a ANTT e a ANTAQ possuem normas para substituição dos diretores. As da primeira estão previstas no Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, enquanto que as normas referentes à ANTT e a ANTAQ são mais recentes.

Em 2012, a Presidente da República editou os Decretos nº 7.703 e nº 7.863, que permitem ao Ministro de Estado dos Transportes e o Ministro de Estado da Secretaria de Portos da Presidência da República nomear um servidor do quadro de pessoal da respectiva Agência para o cargo de diretor até que um novo diretor com mandato seja nomeado. Assim, o diretor nomeado pelo respectivo ministro permanece atuando como diretor interino até que o titular da vaga seja aprovado no Senado Federal e nomeado pelo Presidente.

No caso da ANATEL, a forma de escolha dos conselheiros interinos que substituirão o titular em caso de vacância ou impedimento é bem diferente daquela estabelecida para a ANTT e ANTAQ. Segundo o mencionado Decreto, o conselheiro interino será escolhido entre aqueles que compõem a lista de substituição do Conselho Diretor. Essa lista é formada por superintendentes-adjuntos ou gerentes-gerais, escolhidos e designados mediante decreto do Presidente dentre os indicados pelo Conselho Diretor. Três nomes devem ser indicados para cada vaga na lista e nenhum deles poderá permanecer por mais de dois anos contínuos na lista, sendo necessário aguardar outros dois anos fora da lista para poder ser novamente indicado para compor a lista de substituição. Se houver necessidade de substituição, aquele que atuar como diretor interino somente poderá permanecer na função por

até sessenta dias. Desse modo, passado esse período, outro diretor deverá assumir a vaga.

Porém, a ANEEL, a ANP e a ANAC continuam sem normas para a substituição dos diretores em caso de vacância.<sup>109</sup>

Ainda, foi constatado que muitas dessas Agências sofrem com a falta de indicação e nomeação de diretores e conselheiros. Em algumas delas os cargos vacantes punham em risco até mesmo a capacidade de tomada de decisões do órgão por falta de quórum.<sup>110</sup>

A figura 1<sup>111</sup> abaixo mostra os percentuais de vacância dos cargos de direção das agências reguladoras no período entre 1º de janeiro de 2010 e 31 de dezembro de 2013:

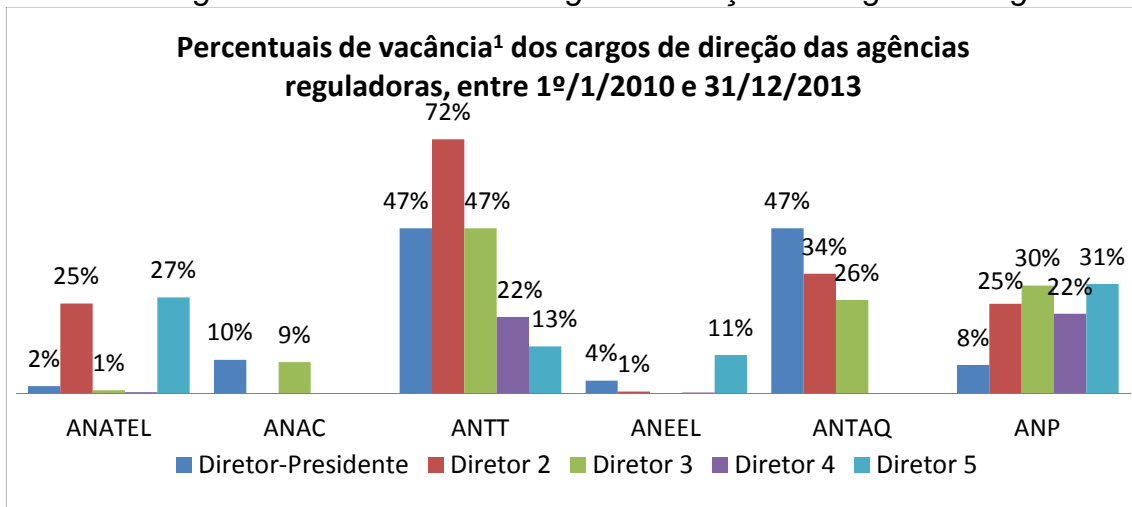
---

<sup>109</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 7. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

<sup>110</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 7. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

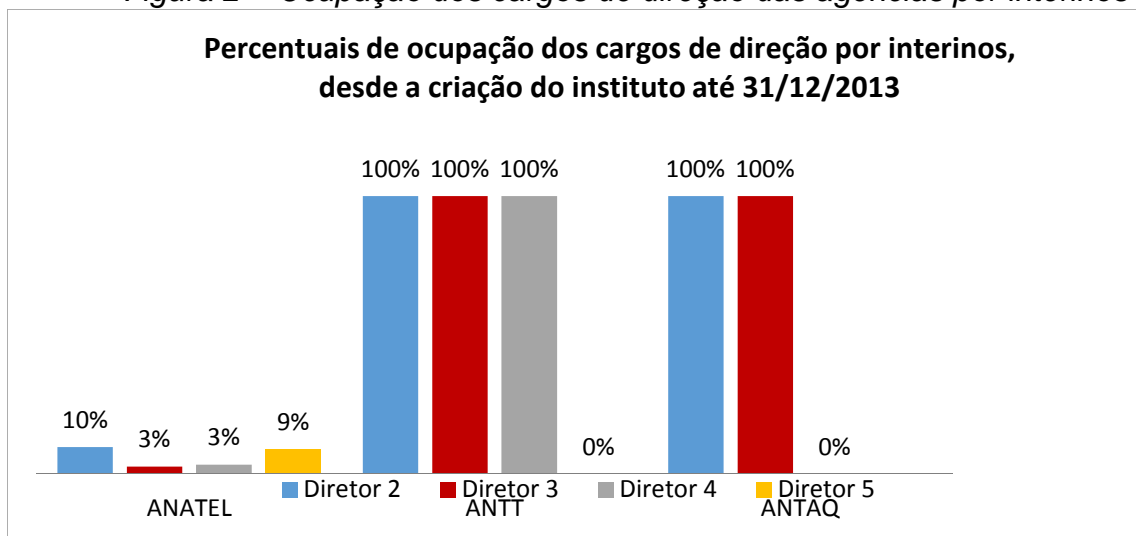
<sup>111</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 8. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

Figura 1 – Vacância dos cargos de direção das agências reguladoras



A figura 2<sup>112</sup> mostra o percentual de tempo que as Agências tiveram cargos de diretoria ocupados por diretores interinos:

Figura 2 – Ocupação dos cargos de direção das agências por interinos



Assim, podemos ver que algumas Agências tiveram vagas vacantes e/ou diretores interinos por bastante tempo. A ANTT, a ANTAQ e a ANP são as que mais sofreram com a ausência de diretores com mandato no período analisado.

Os casos mais extremos são os da ANTT e da ANTAQ, as quais tiveram grandes desfalques em suas diretorias por muito tempo<sup>113</sup>. A diretoria da primeira é

<sup>112</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 8. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

composta por cinco diretores, dos quais apenas um tinha mandato, sendo que outros três atuavam como interinos e uma vaga estava aberta. Já a segunda, possui uma diretoria composta por três diretores, dos quais dois eram interinos. Os novos diretores definitivos da ANTAQ somente foram nomeados em 05 de maio de 2014<sup>114</sup> e os da ANTT apenas em 21 de julho de 2015<sup>115</sup>.

A partir dos dados apresentados o TCU entendeu que a demora na indicação dos novos diretores e a atuação prolongada de diretores interinos põe em risco a autonomia decisória das Agências. Além disso, o mencionado Tribunal entende que essa situação configura burla ao processo legal de indicação e nomeação:

68. A regulamentação da regra de indicação de diretores interinos para os cargos vagos é uma alternativa válida para mitigar a paralisia decisória dos colegiados das agências reguladoras. Porém, conforme explicitado na figura 2, a ocupação desses cargos por interinos tem se apresentado demasiadamente prolongada, pondo em risco a autonomia decisória das agências.

69. Os interinos não possuem, de fato, as mesmas garantias dadas aos titulares, como mandato fixo e impossibilidade de demissão *ad nutum*. Ao contrário, sendo indicados exclusivamente pelo Executivo, podem ser destituídos do cargo a qualquer momento, bastando não mais atender as expectativas de quem lá os colocou. Além disso, os interinos não estão cobertos pelo manto da ampla legitimidade, outorgada somente àqueles que são avaliados não somente pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Legislativo.

70. A ocupação ilimitada dos cargos diretivos das agências por interinos configura burla ao devido processo legal de indicação e nomeação, pois os indicados pelo Poder Executivo não se submetem ao crivo do Legislativo – que poderia vetar suas indicações – e são prontamente conduzidos aos cargos. Desse modo, o Executivo impõe sua vontade de forma irrestrita e expurga o Legislativo do processo de escolha desses agentes.<sup>116</sup>

<sup>113</sup>De acordo com o TCU, ANTT permaneceu 649 dias (ou 1,78 anos) com três diretores interinos no período compreendido entre 20 de março de 2015, data da expedição do Decreto nº 7.703, que estabelece as normas para substituição de diretores, até 31 de dezembro de 2013. A ANTAQ permaneceu 384 dias (ou 1,05 anos) com dois diretores interinos no período de 08 de dezembro de 2012 até o último dia de 2013. Entretanto, essas autoridades permaneceram na condição de interinidade e, portanto, sem ter sido aprovado pelo Senado Federal por muito mais tempo, visto que a nova diretoria da ANTAQ somente foi nomeada em 05 de maio de 2014 e da ANTT apenas em 21 de julho de 2015.

<sup>114</sup>Dilma nomeia nova diretoria da ANTAQ. **Sítio eletrônico da Secretaria de Portos da Presidência da República**. 05/05/2014. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/dilma-rousseff-nomeia-nova-diretoria-da-antag>. Acesso em: 11/11/2015.

<sup>115</sup>Novos diretores tomam posse na ANTT. **Sítio eletrônico do Ministério dos Transportes**. 04/08/2015. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/3175-novos-diretores-tomam-posse-na-antt.html>. Acesso em 11/11/2015.

<sup>116</sup>BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 9. Disponível em:

Toda essa situação de demora na indicação dos diretores das Agências causou um período de grande instabilidade e ausência de legitimidade dos diretores interinos, visto que não passaram pela avaliação do Senado Federal.

### 3.1.1. VETO À INDICAÇÃO PRESIDENCIAL PELO SENADO FEDERAL: A REJEIÇÃO DE BERNARDO FIGUEIREDO

Todas as indicações presidenciais para compor as diretorias dos órgãos reguladores devem ser analisadas e aprovadas pelo Senado Federal<sup>117</sup>. Assim, mesmo que o candidato ao cargo esteja terminando um mandato e seja novamente indicado para sua recondução ele deve novamente passar pela sabatina do Senado e ser aprovado, como se fosse sua primeira indicação.

Assim foi feito com Bernardo Figueiredo. Ele cumpriu um mandato de diretor-geral da ANTT e foi novamente indicado pela Presidente da República para ser reconduzido ao cargo. Ocorre que seu nome foi rejeitado no plenário do Senado por 36 votos contrários, 31 a favor e 1 abstenção.<sup>118</sup>

Esse é um dos raros casos de rejeição<sup>119</sup> de indicação de diretor de uma Agência Reguladora no Brasil. Em outras oportunidades a Presidente da República retirou os nomes indicados<sup>120</sup>.

---

<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

<sup>117</sup>Ver item 3.1.1 do capítulo 3.

<sup>118</sup>LEMOS, Iara. Senado rejeita recondução ao cargo de presidente da ANTT. **G1**. 07/03/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/senado-rejeita-reconducao-de-bernardo-figueiredo-antt.html>. Acesso em: 11/11/2015.

<sup>119</sup>Em outras oportunidades José Fantine, indicado para a ANP em 2005, e Paulo Rodrigues Vieira, indicado para a ANA em 2009, foram rejeitados pelo Senado Federal (Rejeitada indicação do governo para a ANP. **Portal de Notícias Jornal do Senado**. 18/04/2005. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2005/04/18/rejeitada-indicacao-do-governo-para-a-anp>. Acesso em: 12/11/2015; e Aprovadas nove e rejeitada um indicação para agências reguladoras e outros órgãos. **Senado Notícias**. 16/12/2009. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/12/16/aprovadas-nove-e-rejeitada-uma-indicacao-para-agencias-reguladoras-e-outros-orgaos>. Acesso em: 12/11/2015).

<sup>120</sup>Em 2013, as indicações de Paulo Sérgio Oliveira Passos, Carlos Fernando do Nascimento, Natália Marcassa de Souza e Daniel Sigelmann foram retiradas durante a sua tramitação. A sabatina de Carlos, inclusive, estava marcada, mas teve de ser cancelada (Governo retira indicações para ANTT e sabatina é suspensa. **Portal de Notícias Jornal do Senado**. 07/11/2013. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/11/07/governo-retira-indicacoes-para-antt-e-sabatina-e-suspensa>. Acesso em: 12/11/2015).

Desse modo, parece que o controle das indicações do Senado Federal é de fato realizado, pelo menos no que concerne às Agências Reguladoras, e não é meramente formal, como afirmam alguns críticos.

No próximo item, serão tratadas as estratégias adotadas pelos chefes do Poder Executivo para manter sua influência nos órgãos de Estado mesmo após o término do seu mandato.

### **3.2. ESTRATÉGIAS DE PERMANÊNCIA DA INFLUÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO SUPERMO TRIBUNAL FEDERAL E NAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

O sonho de todo Presidente da República é manter influência no governo ou nas instituições de Estado mesmo após o término de seu mandato. Nesse sentido, existem estudos que apontam para a utilização de estratégias pelo chefe do Poder Executivo para manter sua influência nas instituições.

De acordo com Cláudia Turner e Mariana Prado, a incerteza gerada pelo processo eleitoral e possibilidade de alternância de poder, no sentido de que o Presidente pode não ser reeleito ou seu partido pode não continuar no poder, faz com que o chefe do Poder Executivo tente maximizar o número de pessoas indicadas para cargos com estabilidade ou mandatos fixos e prolongar ao máximo a permanência de seus nomeados nos respectivos cargos. Isso tudo com o objetivo de manter influência no governo e na definição de políticas públicas.<sup>121</sup>

As mencionadas autoras afirmam que essas estratégias possuem duas dimensões: uma numérica, quando o Presidente busca garantir o maior número de indicações, e outra temporal, segundo a qual ele intenta aumentar ao máximo a permanência de seus nomeados no cargo. A dimensão numérica ainda se subdivide em positiva e negativa. A primeira corresponde à maximização do número de nomeados, enquanto a segunda visa minimizar a quantidade de nomeações realizadas pelo seu sucessor. Assim, as estratégias utilizadas para as indicações de

---

<sup>121</sup>TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 250, 2009. P. 28 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/354>. Acesso em: 12/11/2015.



diretores das Agências podem ser positivas ou negativas, enquanto que para o STF elas são predominantemente negativas.<sup>122</sup>

No que se refere às Agências Reguladoras, Turner e Prado afirmam que o chefe do Poder Executivo pode utilizar duas estratégias: pressão política e atraso nas nomeações dos diretores.

Por meio da pressão política o Presidente pode tentar induzir os diretores já empossados a adotar suas preferências políticas. Frente a essa atitude, os agentes sob pressão podem ceder e adotar as preferências do Presidente, podem se recusar a ceder e renunciar ao cargo ou podem resistir à pressão e enfrentar politicamente aquele que o pressiona. Assim, é vantajoso para o chefe do Executivo quando o diretor pressionado renuncia, porque abre a oportunidade de nomear um novo diretor, ou quando ele adota as suas preferências, pois apesar de não o ter nomeado ele passa a atuar de acordo com suas vontades.<sup>123</sup>

Entretanto, as autoras alertam que o uso constante da pressão política “pode gerar insegurança sistêmica, o que implicaria redução de investimentos no setor em curto prazo e redução da qualidade, confiabilidade e sustentabilidade do serviço em longo prazo”.<sup>124</sup>

A outra estratégia utilizada pelo chefe do Poder Executivo é o atraso nas nomeações dos dirigentes das Agências. Conforme afirmam Turner e Prado, o modelo legal das Agências Reguladoras no Brasil prevê mandatos fixos e não coincidentes para os diretores, de modo que ao presidente cabe indicar um diretor a cada ano de seu mandato. Por isso, o atraso na nomeação pode ser interessante, pois quando isso ocorre altera a estrutura das nomeações, de modo que o próximo Presidente pode ter uma nomeação a menos.<sup>125</sup>

Assim explicam as autoras:

---

<sup>122</sup>TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 250, 2009. P. 30 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/354>. Acesso em: 12/11/2015.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 39.

Imaginemos uma nomeação de acordo com um sistema de mandatos de cinco anos: um presidente “A” cria as agências no seu segundo ano de mandato e nomeia todos os seus cinco diretores. A partir daí, o sistema de escalonamento dos mandatos previsto em lei passa a produzir efeitos. Assim, o presidente “B”, sucessor de “A”, tem direito a uma nomeação por ano, completando quatro nomeações no seu último ano de governo. Cada diretor nomeado permanecerá no cargo por um período de cinco anos, sendo então substituído por uma nova nomeação feita pelo presidente em exercício. Supondo que o presidente “B” iniciou seu mandato em janeiro de 2000, ele terá indicações em 2000, 2001, 2002 e 2003 (...). O mandato do diretor nomeado em 2000 se encerra em 2005, o de 2001 em 2006, o de 2002 em 2007, e o de 2003 em 2008. O presidente “C”, que iniciaria seu mandato em janeiro de 2004, também deveria nomear um diretor por ano. Em 2004, ele substituiria o quinto diretor, nomeado pelo presidente “A”; em 2005, o primeiro diretor, nomeado pelo presidente “B” em 2000; e assim por diante, até o fim do seu mandato presidencial, em dezembro de 2007.<sup>126</sup>

Por fim, é interessante notar que o atraso nas nomeações dos diretores torna-se mais interessante a partir do penúltimo ano de mandato presidencial, pois os acordos para a eleição seguinte ainda não estão definidos e gera menos custos, visto que o atraso de alguns meses com a nomeação no último ano de mandato já retira uma nomeação do presidente seguinte.<sup>127</sup>

Ressalta-se ainda que não é muito proveitoso para o chefe do Executivo atrasar as nomeações nos três primeiros anos de mandato, porque ele ainda não terá maioria no conselho diretor. Por outro lado, isso passa a ser vantajoso se o Presidente conseguir afastar algum dos diretores por meio de pressão política.<sup>128</sup>

Quanto às estratégias utilizadas pelo Presidente da República para manter influência no STF Túrner e Prado afirmam que é muito difícil que ele consiga maximizar o número de nomeações, pois, diferentemente das Agências Reguladoras ele não tem o controle das nomeações, visto que cargo é vitalício. Ainda, é muito raro ocorrer pressão política para que um ministro renuncie ao cargo. Uma terceira opção seria ameaçar alterar a Constituição para aumentar o número de Ministros,

---

<sup>126</sup>TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 250, 2009. P. 39 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/354>. Acesso em: 12/11/2015.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 45.

mas essa opção pode afetar negativamente a imagem do Presidente frente ao público.<sup>129</sup>

A primeira estratégia apontada pelas autoras para que o chefe do Poder Executivo possa manter sua influência no STF é o aumento da idade de aposentadoria compulsória<sup>130</sup>. O objetivo dessa estratégia é aumentar o tempo de permanência dos Ministros indicados pelo presidente em exercício e, conseqüentemente, reduzir o número de indicações do seu sucessor. No entanto, essa estratégia somente é vantajosa para o governante quando ele tiver a maioria dos Ministros da Corte.<sup>131</sup>

A outra estratégia apontada pelas autoras é a indicação de Ministros mais jovens. Assim, os indicados permanecem por mais tempo no cargo e o Presidente se poupa do alto nível de desgaste causado pela negociação da ampliação da idade para a aposentadoria compulsória. De acordo com as autoras há indícios de que essa estratégia tem sido utilizada pelos Presidentes brasileiros desde o restabelecimento do regime democrático, pois entre 1960 e 1988 a média de idade dos nomeados para o STF era de 58,4 anos e no período de 1989 a 2008 essa média reduziu para 54,1 anos.<sup>132</sup>

Diferentemente de Turner e Prado, Diego Werneck e Leandro Ribeiro entendem que as indicações de Ministros do STF não são necessariamente baseadas na tentativa de moldar decisões futuras da Corte nem que as decisões judiciais refletem uma correspondência ideológica com o Presidente. Isso porque, no caso dos Estados Unidos da América, por exemplo, os Ministros da Suprema Corte possuem garantias institucionais que lhes dão ampla independência. Além disso,

---

<sup>129</sup>TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>130</sup>Recentemente foi aprovada a Proposta de Emenda à Constituição nº 42, de 2003, de autoria do Senador Pedro Simon, transformando-se na emenda à Constituição nº 88. Essa emenda alterou o art. 40, §1º, II, da Constituição Federal para ampliar a idade da aposentadoria compulsória de 70 para 75 anos. Com isso, cinco Ministros do STF tiveram sua permanência na Corte Suprema ampliada, são eles: Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki e Rosa Weber. Entretanto, essa alteração foi uma derrota para a Presidente Dilma Rousseff, pois todos esses Ministros se aposentariam durante seu mandato. Logo, ela teria de indicar cinco Ministros, o que não mais ocorrerá.

<sup>131</sup>TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>132</sup>*Ibid.*, p. 53.

não há nenhuma autoridade acima ou ao lado deles que tenha poder para pressioná-los a votar de uma determinada forma.<sup>133</sup>

Eles afirmam ainda que o procedimento de nomeação de Ministros da Suprema Corte pode funcionar como um “mecanismo de influência política prévia sobre as decisões do tribunal”, dado que o preenchimento de uma vaga é uma chance de reorientar ou manter a jurisprudência da Corte. Assim, a maximização da influência do Presidente apontada por Turner e Prado é, na verdade, uma tentativa de maximização sujeita à restrições político-institucionais. Ou seja, visto que o Senado é um órgão colegiado, o Presidente deve levar em consideração a chance de o indicado ser aprovado e o custo de oportunidade de sua indicação. Desse modo, no Brasil o Presidente deve levar em consideração as preferências políticas dos partidos de oposição e, principalmente, dos partidos de sua coalizão.<sup>134</sup>

Dada a complexidade de interesses que o Presidente deve considerar no momento de indicar um candidato ao Supremo Tribunal Federal, Werneck e Ribeiro separam sua análise em fins políticos externos e internos ao funcionamento do tribunal.

Os fins externos são aqueles que buscam “objetivos políticos mais amplos do que a tentativa de influenciar previamente o conteúdo de futuras decisões do tribunal”. Ou seja, são aqueles que levam em consideração os objetivos de sua coalizão ou buscam passar uma determinada imagem para a sociedade.<sup>135</sup>

Uma nomeação moldada por fins externos pode ocorrer por meio de atitudes que os autores denominaram de barganha e sinalização. A primeira acontece quando há uma bilateralidade entre o Presidente e determinado grupo político. Isso pode ser feito utilizando o poder de nomeação como moeda de troca para obter o apoio de determinados grupos políticos em algum assunto de interesse do chefe do

---

<sup>133</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Turner. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 122. Set./dez. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8434>. Acesso em: 13/11/2015.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 126 e 127.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 130.

Poder Executivo ou simplesmente para agradar algum grupo sem uma imediata vinculação a uma questão da pauta política.<sup>136</sup>

Já a sinalização é utilizada quando o Presidente quer marcar posição sobre determinado tema de grande importância para a sociedade. Assim, ele busca agradar a determinada parcela da sociedade ou o público em geral. Um exemplo dessa estratégia utilizado no Brasil é a indicação da Ministra Ellen Gracie pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. Essa atitude foi vista como a preocupação de levar uma mulher para a mais alta Corte do país.<sup>137</sup>

Os fins políticos internos são aqueles que dizem respeito ao funcionamento do tribunal como um meio para obter resultados em matérias de competência da Corte. O melhor exemplo é a influência nas votações, buscando nomear um Ministro que supostamente votaria conforme os interesses do Presidente.<sup>138</sup>

Entretanto, os autores alertam que analisar os resultados dos processos é insuficiente para se concluir que essa estratégia foi utilizada. Isso porque existe uma própria dinâmica interna em que os Ministros tomam decisões de forma colegiada que terão repercussões nos outros poderes. Ainda, deve-se ter em mente que uma “coincidência entre preferências do Presidente e o voto não expressa necessariamente alinhamento substantivo entre o Ministro e o Presidente que o indicou”.<sup>139</sup>

Nesse sentido, deve-se realizar uma análise muito mais aprofundada nas motivações do Ministro para decidir o caso concreto de determinada forma. Por isso, é necessário distinguir entre

(a) convergência *direta*, em que o ministro atinge o resultado desejado pelo presidente por concordar no mérito com a *policy* em exame; e (b) convergência *indireta*, em que o propõe um resultado

<sup>136</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 131. Set./dez. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8434>. Acesso em: 13/11/2015.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 134.

judicial que é favorável ao presidente por questões que não estão ligadas ao mérito da política que está sendo discutida.<sup>140</sup>

Werneck e Ribeiro afirmam que a configuração ideológica da Corte é um importante componente na escolha do candidato para a vaga aberta, mas as complexidades envolvidas no momento da indicação são muito grandes que podem criar demasiadas dificuldades para uma tentativa de influenciar previamente as decisões do STF. Por isso, eles entendem que ainda não é possível afirmar que a indicação do Presidente da República é um fator extrajurídico que influencia as decisões da Corte Suprema.<sup>141</sup>

Por fim, os autores afastam a aplicação da estratégia apresentada por Türner e Prado segundo a qual os chefes do Executivo estão indicando candidatos cada vez mais novos para o STF para manterem influência por mais tempo. Para eles, se isso fosse verdade a curva de idade dos Ministros seria decrescente, mas não é o que ocorre. Isso comprova que a maximização da influência no Supremo não é o único interesse levado em consideração.<sup>142</sup>

### 3.3. A LEGITIMIDADE DAS DIRETORIAS INTERINAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB O ENFOQUE DAS ESTRATÉGIAS DE INFLUÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Antes de entrarmos efetivamente na questão dos diretores interinos é importante recapitularmos alguns pontos centrais necessários para a análise desses agentes públicos.

Vimos que um dos fatores de legitimação<sup>143</sup> dos diretores das Agências Reguladoras no Brasil advém não do voto, como nas instituições políticas tradicionais, mas do processo de nomeação, que compreende a participação de mais de um dos Poderes da República<sup>144</sup>. Assim, o Poder Executivo e o Poder Legislativo participam igualmente do processo de nomeação desses agentes

---

<sup>140</sup>ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 135. Set./dez. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8434>. Acesso em: 13/11/2015.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>143</sup> Ver item 2.2 do capítulo 2.

<sup>144</sup> Ver item 3.1.1 do capítulo 3.

públicos, um indicando o candidato e o outro analisando e aprovando a indicação. Desse modo, um Poder controla o outro.

Esse processo é muito semelhante ao que ocorre nos Estados Unidos da América, onde os Poderes Executivo e Legislativo participam do processo de modo idêntico ao que ocorre no Brasil. Porém, o modelo norte-americano possui algumas peculiaridade: nos EUA todos os cargos do alto escalão da Administração Pública devem ser aprovados pelo Senado e o Presidente pode realizar nomeações para os respectivos cargos desde que o Senado esteja em recesso. No Brasil, a Constituição Federal estabeleceu todas as autoridades que devem ser aprovadas<sup>145</sup> pelo Senado, de modo que qualquer outro cargo público que não esteja nesse rol não precisa passar por esse processo. E o Presidente brasileiro não está autorizado a realizar qualquer nomeação para os mencionados cargos a aprovação pelo Senado, mesmo que este esteja em período de recesso parlamentar. A exceção a essa regra é a nomeação de diretores interinos para as Agências Reguladoras, cujas implicações veremos a seguir.

Ademais, os próprios órgãos reguladores possuem uma estrutura que garante independência de sua atuação e, conseqüentemente, sua legitimidade. É por isso que suas decisões são tomadas por órgãos colegiados compostos por diretores ou conselheiros com mandato fixo e não coincidente. As decisões são colegiadas para evitar que as intervenções no mercado sejam fruto da vontade de apenas uma pessoa. Além disso, os mandatos fixos buscam evitar interferência direta do governo na atuação dos órgãos reguladores, proibindo, assim, a demissão *ad nutum* de qualquer dos dirigentes. Ainda, a não coincidência dos mandatos visa impedir que um Presidente indique todos os membros dos conselhos diretores, de modo a garantir maior pluralidade e reduzir a influência do chefe do Poder Executivo.

No item anterior, vimos as estratégias que podem ser usadas pelo Presidente da República para aumentar sua influência nas Agências e no Supremo Tribunal Federal.

Todos esses estudos apontam para padrões utilizados nos casos de nomeações definitivas para os cargos de diretores das Agências Reguladoras.

---

<sup>145</sup>Ver nota 73.

Porém, ocorre que muitos órgãos reguladores permaneceram muito tempo em situação debilitada devido a falta de indicação de nomes para esses cargos. Isso é comprovado pelo acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário, analisado no item 4.1.

Conforme ficou evidenciado, a ausência de indicação ou a nomeação de um diretor interino compromete em grau elevado a legitimidade do órgão regulador. Isso porque o modelo das Agências Reguladoras foi desenhado para que elas fossem órgãos independentes do governo, cuja legitimidade adviesse do processo de nomeação de seus dirigentes e também das garantias conferidas aos mesmos para que eles pudessem atuar com imparcialidade e independência. Dado que os interinos não são aprovados pelo Senado Federal e não possuem mandato fixo eles podem ser demitidos a qualquer momento e todos são indicados pelo mesmo Presidente. Isso facilita muito a ocorrência de pressão política para esses agentes realizem as preferências do governo. Além disso, não há mais a pluralidade garantida pelos mandatos não coincidentes e elimina-se, também, qualquer forma de controle que possa ser realizado pelos próprios diretores, quando o modelo de nomeações é seguido corretamente.

Ainda, os modelos de Turner e Prado e de Werneck e Ribeiro também podem ser aplicados nessa situação.

Iniciamos com o modelo das autoras. Segundo elas, o chefe do Poder Executivo busca sempre maximizar sua influência nas Agências Reguladoras aumentando o número de nomeados ou reduzindo o número de nomeados de seu sucessor. Para isso, utiliza-se da pressão política e do atraso nas nomeações. Sabendo que todos os atrasos de nomeação ocorreram no mandato da Presidente Dilma Rousseff, não parece crível que ela utilizou os atrasos nas indicações para obter a maioria. Isso porque seu anterior, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, é do seu partido e seu padrinho político. Logo, é razoável acreditar que ambos tenham a mesma visão político-ideológica. No entanto, levando em consideração que os diretores interinos são muito mais vulneráveis por não terem as garantias dos titulares, pode-se acreditar que a Presidente da República tenha preferido indicar diretores interinos com a intenção de controlá-los por meio de pressão política.



Por outro lado, de acordo com o modelo de Werneck e Ribeiro, também não é razoável entender que a Presidente Dilma atrasou as nomeações por fins políticos internos, pois seu antecessor era de seu próprio partido.

Porém, é bastante razoável a hipótese de que questões externas ao funcionamento das Agências tenham exercido influência no atraso das nomeações. Um indício bastante claro disso é a rejeição da recondução do ex-diretor-geral da ANTT em 2012. Naquela ocasião, o então líder do governo no Senado, o Senador Romero Jucá (PMDB-RR), afirmou que a rejeição da recondução de Bernardo Figueiredo foi o resultado de insatisfação da base aliada:

Foi uma posição política de pessoas não satisfeitas. Tem insatisfação em todos os partidos. [...] Temos que entender o recado e levar ao governo. Temos que aprofundar as relações políticas e acabar com os problemas”.<sup>146</sup>

Outro fato que reforça a ideia de que o atraso nas nomeações se deve por questões externas às Agências é a retirada das indicações ocorrida em novembro de 2013. A retirada, inclusive, ocorreu na véspera da sabatina de um dos indicados.<sup>147</sup>

Por fim, é importante ressaltar que a atuação dos diretores interinos não é ilegítima *per se*, mas, na realidade, é o prolongamento indefinido no tempo que lhe gera essa condição de ausência de legitimidade. Assim, o melhor a ser feito para sanar esse problema é edição, pelo Congresso Nacional, de normas que específicas para a nomeação dos diretores e sua substituição em casos de impedimentos, afastamentos regulares e no período de vacância do cargo. É importante que essas normas estabeleçam também as datas exatas de início e fim dos mandatos e estipulem prazos para o Presidente indicar os novos candidatos ao cargo vacante.

Existem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional com o intuito aqui proposto, porém sua análise fugiria da proposta do presente trabalho.

---

<sup>146</sup> LEMOS, Iara. *Op. cit.*

<sup>147</sup> Governo retira indicações para ANTT e sabatina é suspensa. Portal de Notícias Jornal do Senado. 07/11/2013. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/11/07/governo-retira-indicacoes-para-antt-e-sabatina-e-suspensa>. Acesso em: 12/11/2015.

Em síntese, afirmamos que a atuação prolongada dos diretores interinos nas Agências Reguladoras não possui legitimidade em razão da ausência das garantias conferidas aos titulares e, também, da ausência de atuação do Senado Federal, órgão extremamente importante no processo de nomeação dessas autoridade.

Vimos também que há dois possíveis modelos que supostamente explicariam a demora nas indicações: poderia ser proposital para que as Agências ficassem fragilizadas e a Presidente pudesse controlar mais facilmente por meio da pressão política ou essa situação toda foi gerada por questões externas ao funcionamento das Agências Reguladoras.

Por fim, concluímos que não é razoável crer que essa situação de instabilidade tenha sido gerada por fins políticos internos ou pela busca de maioria nos conselhos diretores.

### **3.4. PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL**

Vale ainda ressaltar que o Congresso Nacional ciente dos problemas de legitimidade ora apontados tem trabalho em várias propostas de lei ou de emenda à Constituição para tentar melhorar o sistema das Agências e melhor garantir sua autonomia e independência.

Entendo que a melhor proposta legislativa para solucionar as fragilidades do sistema aqui apontada é o Projeto de Lei do Senado nº 495/2015, de autoria do senador Ricardo Ferraço. Esse projeto altera a Lei nº 9.986/2000 e as leis de criação das Agências para ampliar sua autonomia, sua capacidade técnica e seu poder de regulação do mercado.

Assim, são propostas do Senador Ricardo Ferraço (a) designação de substitutos dos Diretores, conforme regulamento da Agência; (b) prazo de 30 (trinta) dias após o término do mandato para o Presidente da República indicar novo diretor, sob pena de sabatina do substituto; (c) prazo de mais 60 (sessenta dias) para indicação do novo diretor caso não haja substituto ou ele não seja aprovado, sob pena de incidência de crime de responsabilidade; (d) exigência de experiência mínima de 5 (cinco) anos de atuação na área para ocupação do cargo de diretor; (e) pré-arguição dos pretensos diretores por especialistas antes da sabatina; (f)

unificação do mandato dos diretores das Agências em 4 (quatro) anos, assegurada a não coincidência de mandatos; (g) vedação à recondução; (h) unificação do prazo de quarentena em um ano; e (i) alteração das hipóteses de perda do mandato de diretor.

Esse projeto limita bastante o poder do chefe do Poder Executivo para a indicação dos diretores dos órgãos reguladores. Uma das formas é a fixação de prazos para que seja feita a indicação do candidato ao Senado. Assim, caso haja diretor interino já indicado para o cargo, o Presidente terá o prazo de 30 dias para escolher o nome definitivo em encaminhar para o Senado, sob pena de sabatina do interino como se indicado fosse. No caso de não haver interino já nomeado o Presidente terá do prazo de 60 dias para indicar o candidato sob pena de crime de responsabilidade.

Outro ponto interessante presente no projeto de lei mencionado é a exigência de experiência profissional ou acadêmica de pelo menos 5 anos na área de atuação da Agência em que o candidato irá ocupar a vaga. Essa é uma boa proposta, pois impõe que os candidatos aos cargos diretivos tenham conhecimento técnico da área que atuarão. Isso impede que esses cargos sejam usado como mera moeda de troca para dar cargos a apadrinhados políticos.

Nesse mesmo sentido, é interessante a proposta de que haja uma arguição prévia a sabatina do candidato somente por especialistas na área em questão. Isso é uma forma de comprovar o conhecimento técnico do candidato.

Melhor ainda é a vedação da recondução de diretor. Um dos problemas atuais nas Agências Reguladoras é a possibilidade de recondução ao cargo de diretor, pois mesmo tendo todas as garantias quando se aproxima o fim de seu mandato a tendência é de que os diretores façam as vontades do presidente para serem reconduzidos ao cargo.

A unificação do prazo de quarentena também é interessante, pois fixa em 1 ano de afastamento do ex-dirigente para todas as Agências. Isso evita que após o fim do mandato o diretor ainda mantenha significativa influência no órgão.

Por fim, o projeto de lei em análise traz uma proposta de ampliação do rol de casos em que os diretores perdem seu mandato para incluir a perda do mandato por decisão do Senado Federal, após provocação do Presidente. Acredito que esse é um retrocesso, pois cria-se uma hipótese legal par que o chefe do Executivo realize pressão política nos diretores. Isso é uma das estratégias já mencionadas e é muito prejudicial para a atuação independente e imparcial do dirigente do órgão.

Assim, entendemos que esse é um bom projeto e que suas alterações propostas podem corrigir as fragilidades do sistema. Entretanto, é necessário que não se amplie o rol de possibilidade de perda de mandato dos dirigentes para evitar que a pressão política exercida pelo Presidente.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho investigamos em que medida a ausência da sabatina compromete a legitimidade dos diretores interinos das Agências Reguladoras.

Inicialmente vimos que o Estado brasileiro desde os tempos de colônia intervém na economia. Com a promulgação da Constituição de 1988 adotou-se o modelo de Estado Regulador e para isso foram criadas as Agências Reguladoras para regular e fiscalizar determinados mercados.

Em seguida, vimos que apesar do aparente déficit democrático existente nas Agências em razão da ausência de eleição para os diretores, esses órgãos reguladores possuem como principal forma de legitimação sua estrutura organizacional. Assim, a legitimidade dos diretores deriva do cumprimento do processo legal, ou seja, ele deve ser indicado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal. Ainda, deve ter as garantias, como o mandato fixo, para poder atuar com independência e imparcialidade.

Além disso, demonstramos que a participação popular por meio da audiência pública é também forma de afastar o déficit democrático. Isso porque se a população não participa do processo de escolha dos dirigentes, ela pode participar do processo de decisão da Agência e, assim, influenciar as políticas públicas adotadas pelo órgão.

Depois, vimos que o processo de nomeação de autoridades brasileiro foi influenciado pelo modelo dos Estados Unidos da América e, desse modo, é bastante semelhante, porém cada qual com suas peculiaridades que melhor se adaptam ao seu contexto político e institucional.

Entretanto, é possível notar que ambos os modelos são baseados na separação dos poderes de forma a ser criado o sistema de pesos e contrapesos. Desse modo, a indicação do candidato à vaga na diretoria das Agências pelo Presidente é controlada pelo Senado, que tem poder de vetar a indicação. Isso força o Presidente a indicar nomes que sejam mais moderados para não correr risco de ser rejeitado, como aconteceu com a indicação de Bernardo Figueiredo para a

diretoria-geral da ANTT. Assim, reduz a probabilidade de o Presidente abusar de seu poder e indicar nomes que apenas satisfaçam os seus interesses.

No terceiro capítulo, apresentamos a situação atual das Agências Reguladoras e apresentamos as teorias sobre as estratégias do Presidente da República para ampliar sua influência sobre o STF e os órgãos reguladores. Assim, demonstramos com dados do Tribunal de Contas da União que várias Agências Reguladoras de infraestrutura sofreram com a falta de indicação de diretores para suas diretorias e conselhos diretores. Os casos mais graves são a ANTT e a ANTAQ que permaneceram quase três anos consecutivos com a maioria de seus diretores em condição de interinidade.

Sobre as estratégias do Presidente da República para ampliar seu poder de influência nos órgãos de estados, vimos que podem ser utilizadas a pressão política, o atraso nas nomeações e a indicação de candidatos cada vez mais jovens para o STF. Ainda foi apresentada a visão de Diego Werneck e Leandro Ribeiro, segundo a qual as indicações do Presidente para os cargos de ministro do STF podem ser definidas por critérios interno ou externos ao funcionamento do tribunal.

Assim, com base nessas teorias analisamos a questão dos diretores interinos. Concluimos que a ausência de nomeação de diretores definitivos e a nomeação de diretores interinos por prolongados períodos compromete seriamente a legitimidade dos órgãos reguladores. Isso porque a nomeação de diretores interinos frustra completamente o sistema desenhado pela Constituição Federal para a nomeação de dirigentes desses órgãos, de modo que apenas o Poder Executivo indica esses agentes públicos eliminando, assim, o sistema de freios e contrapesos. Ainda, os diretores interinos não possuem as garantias dos diretores definitivos, tal como a impossibilidade de demissão *ad nutum*, de modo que eles é mais fácil para o governo pressioná-los a satisfazer seus interesses.

Ainda, ao analisarmos a questão das diretorias interinas por meio das teorias de Mariana Prado e Cláudia Turner e Diego Werneck e Leandro Ribeiro, concluimos que a Presidente Dilma pode ter preferido indicar diretores interinos para controlá-los por meio de pressão política ou pode ter tido problemas para atender as exigências

de sua base aliada no momento de escolher um nome para os cargos vagos, ou seja, a ausência de indicação foi resultado de questões políticas externas.

Entretanto, entendemos que questões político-ideológicas ou questões internas ao funcionamento das Agências não são motivos para a demora nas indicações. Isso porque, dado que seu antecessor era seu partido político, é razoável supor que a Presidente já tinha a maioria dos diretores com sua linha ideológica, logo ela não precisaria utilizar essas estratégias para indicar pessoas alinhadas com seu partido.

Ainda, apresentamos as propostas do projeto de lei do Senado nº 495/2015, de autoria do senador Ricardo Ferraço. Suas propostas são muito boas e podem corrigir as falhas do atual sistema.

Em síntese, entendemos que a ausência de participação do Senado Federal na escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras tem grande impacto na legitimidade desses agentes públicos. Isso porque as Agências foram estruturadas de modo que sua legitimidade adviesse do processo de escolha de seus dirigentes, isto é, com a participação do Poder Executivo e do Legislativo e das garantias conferidas aos titulares do cargo para que atuassem com independência e imparcialidade. Ocorre que os interinos não possuem nenhuma dessas garantias nem foram aprovados pelo Senado, de sorte que toda a base de sua legitimidade deixa de existir.

Por fim, expomos duas possíveis explicações para tamanha demora nas nomeações dos diretores titulares das Agências: um atitude proposital da Presidente para poder controlar esses órgãos por meio de pressão política ou a Presidente tivesse realmente muitos problemas com sua base aliada, de modo que se tornou muito difícil de escolher um nome que atendesse os interesses envolvidos nas nomeações.

## REFERÊNCIAS

Aprovadas nove e rejeitada um indicação para agências reguladoras e outros órgãos. **Senado Notícias**. 16/12/2009. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/12/16/aprovadas-nove-e-rejeitada-uma-indicacao-para-agencias-reguladoras-e-outros-orgaos>. Acesso em: 12/11/2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Turner. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 122. Set./dez. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8434>. Acesso em: 13/11/2015.

ARGUELHES, Diego Werneck. Um Novo Processo de Indicação de Ministros do STF. **Jota**. Disponível em: <http://jota.info/um-novo-processo-de-indicacao-de-ministros-stf>. Acesso em: 19/10/2015.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Editora FGV, v. 229, 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 29/09/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e da outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm).

BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm). Acesso em: 20/09/2015.



BRASIL. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno>

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015 – TCU – Plenário**, processo TC 031.996/2013-2, Relator Ministros Raimundo Carreiro, p. 1. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=240&anoAcordao=2015&relator=RAIMUNDO+CARREIRO>. Acesso em: 11/11/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

Dilma nomeia nova diretoria da ANTAQ. **Sítio eletrônico da Secretaria de Portos da Presidência da República**. 05/05/2014. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/dilma-rousseff-nomeia-nova-diretoria-da-antag>. Acesso em: 11/11/2015.

Dossiê: Transparência no STF. Disponível em: <http://conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/dossie-transparencia-no-stf>. Acesso em: 19/10/2015.

DUARTE JR., Ricardo. **Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of United States of America. Disponível em: [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 28/10/2015.

FILHO, Newton Tavares. **Democratização do Processo de Nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596>. Acesso em: 25/10/2015.

GERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Editora Fortium, 2012

Governo retira indicações para ANTT e sabatina é suspensa. **Portal de Notícias Jornal do Senado**. 07/11/2013. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/11/07/governo-retira-indicacoes-para-antt-e-sabatina-e-suspensa>. Acesso em: 12/11/2015.

Governo retira indicações para ANTT e sabatina é suspensa. Portal de Notícias Jornal do Senado. 07/11/2013. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/11/07/governo-retira-indicacoes-para-antt-e-sabatina-e-suspensa>. Acesso em: 12/11/2015.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HARTMAN, Ivar; WERNECK, Diego. Senado Deve Fiscalizar Rota Política até o Supremo. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81765-senado-deve-fiscalizar-rota-politica-ate-o-supremo.shtml>. Acesso em: 25/10/2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na regulação independente?. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Ed. Forense.

LEMOS, Iara. Senado rejeita recondução ao cargo de presidente da ANTT. **G1**. 07/03/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/senado-rejeita-reconducao-de-bernardo-figueiredo-antt.html>. Acesso em: 11/11/2015.

LEMOS, Iara. Senado rejeita recondução ao cargo do presidente da ANTT. **G1**. 07/03/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/senado-rejeita-reconducao-de-bernardo-figueiredo-antt.html>. Acesso em: 10/11/2015.

LEMOS, Leany Barreiro de Sousa. **Controle Legislativo em Democracias Presidencialistas: Brasil e EUA em perspectiva comparada**. Brasília, 2005, 256 f. Tese (para a obtenção do título de doutor) – Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas – CEPPAC e Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília – UnB. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180412>. Acesso em: 28/10/2015.

LOSS, Giovani R. Contribuições à Teoria da Regulamentação no Brasil: Fundamentos, Princípios e Limites do Poder Regulatório das Agências. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.), **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. *In*: Carlos Ari Sundfeld (Coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, Floriano de Azevedo (coord.). Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras?, *Revista de Direito Público da Economia*, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, janeiro/março de 2004.

MASTRANGELO, Claudio, **Agências Reguladoras e Participação Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

Novos diretores tomam posse na ANTT. **Sítio eletrônico do Ministério dos Transportes. 04/08/2015**. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/3175-novos-diretores-tomam-posse-na-antt.html>. Acesso em 11/11/2015.

Rejeitada indicação do governo para a ANP. **Portal de Notícias Jornal do Senado**. 18/04/2005. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2005/04/18/rejeitada-indicacao-do-governo-para-a-anp>. Acesso em: 12/11/2015

SARAIVA, Enrique J. **O sistema empresarial público no Brasil: gênese e tendências atuais**. Brasília: Instituto de Planejamento Econômico e Ampliada – IPEA; Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL, 1988. Versão ampliada e atualizada, 2002 *apud*. Sérgio Guerra, *op.cit*.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 250, 2009. P. 28 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/354>. Acesso em: 12/11/2015.