

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**LAURA HALLACK FERREIRA**

**AGÊNCIAS REGULADORAS, MANDATOS DE DIRIGENTES  
E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL**

Juiz de Fora  
2013

**LAURA HALLACK FERREIRA**

**AGÊNCIAS REGULADORAS, MANDATOS DE DIRIGENTES  
E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, pela acadêmica Laura Hallack Ferreira, sob a orientação do Professor Marcelo Soares Dulci, na área de concentração de Direito Administrativo.

Juiz de Fora,  
2013

**LAURA HALLACK FERREIRA**

**AGÊNCIAS REGULADORAS, MANDATOS DE DIRIGENTES  
E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, pela acadêmica Laura Hallack Ferreira, sob a orientação do Professor Marcelo Soares Dulci, na área de concentração de Direito Administrativo.

---

**Professor Marcelo Soares Dulci (Orientador)**

---

**Professor Abdalla Daniel Curi**

---

**Professor Vicente Riccio**

Juiz de Fora,  
2013

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao professor Marcelo Soares Dulci por aceitar o meu convite e por desempenhar de forma brilhante o seu papel como orientador.

Agradeço, também, a todos que, de uma maneira ou de outra, contribuíram para que eu pudesse concluir a tão sonhada graduação.

*“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos” (Marcel Proust)*

## RESUMO

Na presente monografia, trataremos do déficit democrático relativo aos dirigentes das agências reguladoras, ante a não coincidência de seus mandatos com o mandato do chefe do Poder Executivo nomeante, apresentando sugestões para o problema.

Em virtude da inexistência de uma lei geral a regular o tema, será por nós proposta a criação de uma lei federal, vale dizer, uma sugestão de *lege ferenda*. Tal lei serviria para tornar coincidentes os mandatos dos dirigentes das agências com o mandato do chefe do Poder Executivo responsável por nomeá-los.

Outrossim, trataremos do fortalecimento democrático de outros aspectos das agências, como forma de compensar o alegado déficit. Tais pontos seriam a participação popular, através de audiências e consultas públicas; um maior controle da atuação dos dirigentes, através da prestação de contas perante o Legislativo, e uma maior profissionalização técnica. Com isso, tanto a democracia *representativa* quanto a *deliberativa* restarão preservadas.

Abordaremos o que precisa ser constitucional e legalmente previsto, analisando as novas perspectivas que vêm sendo discutidas acerca das agências, mormente a Resolução nº 4/2013 do Senado Federal e a PEC nº 89/2011, em tramitação, até o presente momento, também no Senado Federal.

A metodologia empregada na presente monografia é descritiva e lastreada em pesquisa bibliográfica, tendo, destarte, cunho teórico.

**Palavras-chave:** direito Administrativo; direito constitucional; agências reguladoras; mandatos; dirigentes; legitimidade democrática; autoridades eletivas.

## **ABSTRACT**

In this thesis, we tackle the democratic deficit on the leaders of regulatory agencies, given the mismatch of their terms with the term of the Chief Executive nominating, making suggestions for the problem.

Due to the lack of a general law regulating the issue, we will be proposed by the creation of a federal law, that is, a suggestion de lege ferenda. Such a law would serve to make the overlapping mandates of the directors of the agencies with the mandate of the Head of the Executive Branch responsible for naming them.

Moreover, we will strengthen the democratic aspects of other agencies, in order to offset the alleged deficit. These points would be popular participation through public hearings and consultations; greater control of the actions of leaders, through accountability to the legislature, and a higher technical education. Thus, both representative democracy as deliberative will remain preserved.

Discuss what needs to be constitutionally and legally provided, analyzing the new perspectives that have been discussed about the agencies, especially the Resolution No. 4/2013 of the Senate and the PEC No. 89/2011, in progress, to date, also in the Senate Federal.

The methodology used in this paper is descriptive and backed by literature, having Hence, theoretical.

**Keywords:** administrative law, constitutional law, regulatory agencies, mandates; leaders; democratic legitimacy; authorities electives.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2. DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>11</b>
2.1. Considerações iniciais e aspectos jurídicos.....	11
2.2. As Agências Reguladoras no contexto neoliberal dos anos 90.....	13
2.3. Algumas considerações sobre Direito Comparado.....	16
2.4. Breve análise da legislação vigente sobre o tema.....	21
<b>3. DA NÃO COINCIDÊNCIA DOS MANDATOS E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO ...</b>	<b>23</b>
3.1. Democracia Representativa e Democracia Deliberativa.....	23
3.2. A Teoria dos Poderes Neutrais.....	30
3.3. A não coincidência dos mandatos dos dirigentes e os dos Chefes do Poder Executivo nomeante.....	32
3.3.1. O déficit democrático.....	32
3.3.2. A segunda onda regulatória: os problemas enfrentados pelo Governo Lula em 2003.....	41
<b>4. DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....</b>	<b>44</b>
4.1. Fortalecimento da Democracia Representativa: sugestão de <i>lege ferenda</i> .....	44
4.2. Fortalecimento da Democracia Deliberativa.....	48
4.2.1. O sistema de <i>accountability</i> no direito brasileiro.....	48
4.2.2. A participação popular .....	50
<b>5. APONTAMENTOS FINAIS.....</b>	<b>52</b>
5.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.....	52
5.2. O arquivamento da PEC 81/2003 e a retirada do Projeto de Lei 3.337/04: a necessidade de uma lei geral.....	54
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>59</b>



## 1. INTRODUÇÃO

As agências reguladoras brasileiras foram criadas, em meados dos anos 90, como autarquias em regime especial, cuja principal nota distintiva é a autonomia ampliada perante o poder político do Estado.

Dentre os diversos instrumentos, inseridos nas respectivas leis instituidoras, para a ampliação de sua autonomia, assume relevância a previsão da estabilidade reforçada dos dirigentes, especialmente em razão dos mandatos com duração fixa e não coincidentes com os mandatos dos chefes do Poder Executivo nomeante.

Neste trabalho, pretendemos discutir o **problema** da adequação ou não ao regime democrático brasileiro o instituto dos mandatos fixos dos dirigentes das agências reguladoras, ante a sua não coincidência com os mandatos dos chefes do Poder Executivo que os nomeiam, após a sabatina do Poder Legislativo (artigo 84, XIV c/c 52, III, “f”).

Tem-se como **hipótese**, resposta provisória para o problema, que a não coincidência dos mandatos está gerando uma crise de legitimidade democrática no sistema atualmente adotado. A situação, consoante será esposado, interfere negativamente na sociedade, na economia e no bom desenvolvimento das propostas de governo, o que é passível de gerar instabilidade político-normativa para a democracia – do tipo representativa – brasileira.

Isso porque a não coincidência entre o mandato do dirigente da Agência e do Chefe do Poder Executivo pode fazer com que a relevante e poderosa atuação das agências esteja em sintonia com o governante da última eleição, em detrimento dos fins almejados pelo novo governante eleito pela vontade popular.

Sendo assim, a pesquisa parte da premissa de que o governante anterior não poderia exercer uma influência indevida no mandato subsequente, mormente em assuntos estratégicos da nação, regulados por tais agências.

A **metodologia** utilizada repousa em uma abordagem crítica, que se construiu, principalmente, a partir da pesquisa bibliográfica. Foram estudadas bibliografias diversas que se entrecruzam e se complementam. Basicamente, obras jurídicas e de ciência política que tratam diretamente do assunto em tela ou das suas repercussões/consequências, em uma visão que tem aspecto multidisciplinar.

A relevância da presente pesquisa e, portanto, a sua **justificativa**, liga-se diretamente à importância decisiva do papel das Agências Reguladoras, que por

meio de seus dirigentes máximos, traz reflexos para a sociedade, notadamente os usuários de serviços públicos, para a iniciativa privada e para o próprio Estado. Sua atuação traz consequências para a evolução ou estagnação dos setores regulados.

Como será demonstrado, as agências reguladoras desempenham um papel de extrema relevância para a economia e a sociedade. Isso porque foram criadas como decorrência do processo de privatização de empresas estatais, num contexto político denominado “neoliberalismo”. De forma semelhante à de outros países da América Latina, as privatizações e a possibilidade ampliada de concessão de serviços públicos a empresas privadas fez necessário o fortalecimento do Estado como agente regulador.

A presente monografia tem como **objetivo geral** estudar a complexa interferência das agências reguladoras na relação do Estado com o mercado, dentro do contexto brasileiro atual.

Além disso, tem como **objetivos específicos**: traçar um breve histórico da legislação referente ao tema; expor o contexto político de criação das agências reguladoras e suas implicações sociais, políticas e econômicas; contextualizar o assunto com as ideias de democracia representativa e democracia deliberativa; realizar um paralelo entre a não coincidência dos mandatos e a chamada segunda onda regulatória; sugerir um fortalecimento da democracia representativa e deliberativa; tratar da necessidade de uma lei geral sobre o tema e contribuir, ainda que modestamente, para lançar luz acerca de um assunto pouco estudado pelas ciências sociais e ciências jurídicas do Brasil.

De antemão, deixamos claro que o presente trabalho não repousa na discussão acerca da constitucionalidade ou não, legalidade ou não da atual estrutura, mas, em verdade, propõe formas de harmonizar as propostas políticas do chefe do Poder Executivo eleito e a relevante atuação das agências reguladoras.

Em que pese existirem agências reguladoras em âmbito estadual, municipal e distrital, nosso trabalho terá como enfoque as agências reguladoras federais e suas respectivas legislações de regência. Em primeiro lugar, porque a delimitação do campo de pesquisa é de extrema relevância para qualquer trabalho científico. Em segundo lugar, porque toda a problemática que será por nós esposada assume maior impacto, obviamente, no plano federal, onde toda a sociedade e a economia brasileiras estão envolvidas.

Sendo assim, além desta introdução, a **estrutura da monografia** constitui-se de quatro capítulos e uma conclusão.

No **Capítulo 2**, abordaremos o contexto do surgimento das agências reguladoras, sua intrínseca relação com o neoliberalismo e suas origens no direito alienígena, procedendo a breves apontamentos quanto à legislação atualmente em vigor.

No **Capítulo 3**, discutiremos, especificamente, a questão da não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras e o mandato do chefe do Poder Executivo nomeante. Para tal, abordaremos os conceitos de democracia representativa e deliberativa, utilizando lições de autores como Norberto Bobbio, Jürgen Habermas e da doutrina constitucionalista brasileira.

Após, esposaremos que o grande problema de legitimidade democrática das agências, hoje, refere-se à questão da não coincidência supramencionada, abordando a problemática gerada na sociedade e economia. Outrossim, trataremos de consequências concretas da atual estrutura ocorridas na chamada segunda onda regulatória.

No **Capítulo 4**, com vistas a atenuar o problema a ser tratado, proporemos uma modificação de *lege ferenda* de coincidência dos mandatos, o que ensejaria um maior fortalecimento democrático e maior liberdade de atuação dentro do setor regulado.

Buscaremos, ainda, tratar do fortalecimento da legitimidade democrática das Agências, sob o enfoque das novas perspectivas a estas dispensadas, notadamente a questão da prestação de contas.

No **Capítulo 5**, abordaremos, sucintamente, o que o Supremo Tribunal Federal já discutiu sobre o assunto. Outrossim, discutiremos a necessidade de uma lei geral sobre agências reguladoras e a conveniência de uma previsão constitucional acerca do tema, haja vista não terem as agências recebido a devida regulamentação.

A **conclusão** versa, basicamente, sobre o fato de ser imprescindível uma legislação geral sobre as agências, a contemplar, notadamente, mandatos coincidentes entre o chefe do Poder Executivo nomeante e os dirigentes das agências nomeados.

## 2. DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Neste capítulo, trataremos do aspecto histórico, legal e constitucional das agências reguladoras, abordando, ainda que sucintamente, o direito comparado. Para tal, no item 2.1, traçaremos as características gerais das agências e seus aspectos jurídicos, relacionados ao tema aqui proposto. No item 2.2, abordaremos o contexto de criação das agências e fortalecimento do papel regulador do Estado nesse momento. No item 2.3, por sua vez, faremos algumas considerações sobre direito comparado e sobre o momento político em que foram criadas as agências em outros países. No item 2.3, por derradeiro, analisaremos a legislação aplicável no tocante aos mandatos dos dirigentes.

### 2.1. Considerações iniciais e aspectos jurídicos

As agências reguladoras brasileiras foram criadas em meados dos anos 90, como autarquias em regime especial, fazendo parte, destarte, da chamada Administração Indireta ou Descentralizada. Diferentemente das demais entidades da Administração Indireta, as agências ostentam ampliada *autonomia* e ampliados *poderes* perante a Administração Direta ou Centralizada.

Atualmente, no Brasil, existem dez agências reguladoras federais, diversas agências estaduais, algumas municipais, além de agências distritais<sup>1</sup>. Consoante aduzimos introdutoriamente, nosso enfoque repousará sobre as agências federais. São elas: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996); Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis- ANP (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997); Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999); Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000); Agência Nacional de Águas - ANA (Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000); Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (Lei nº 10.223, de 5 de junho de 2001); Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT (Lei nº 10.233, de 5 de

---

<sup>1</sup> Sobre o assunto cf. CUÉLLAR, 2008, pp 125-9.

junho de 2001); Agência Nacional do Cinema - ANCINE (Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001); e Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC (Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005).

Na seara constitucional, ainda não existe uma previsão literal atinente às agências reguladoras. Podemos citar, apenas, os artigos 21, XI (redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/1995) e 177, § 2º, III (redação dada pela Emenda Constitucional nº 9/1995) que se referem, respectivamente, a um “órgão regulador” para os setores de telecomunicações e petróleo. Outrossim, o artigo 174 da Carta Magna contempla o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, incumbindo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. É dentro dessa atividade regulatória estatal que se insere a regulação independente, técnica e imparcial exercida pelas agências.

Como *poderes* das agências reguladoras, vale ressaltarmos a competência como poder concedente, a produção normativa, a implementação e a supervisão administrativa, a competência para dirimir conflitos, a competência sancionatória, dentre outras (CUÉLLAR, 2008, pp. 54-74).

No que tange à *autonomia*, diversos são os instrumentos, inseridos nas respectivas leis instituidoras, para a sua ampliação, a fim de esta seja reforçada<sup>2</sup>, restando caracterizada sua *independência*. Nessa toada, assumem relevância a independência orgânica, relativa à estabilidade dos dirigentes e à ausência de controle hierárquico, e a independência administrativa, atinente à autonomia de gestão, à autonomia financeira, à liberdade de organização e ao regime de pessoal compatível (MARQUES NETO, 2009, pp. 73-8).

Na presente monografia, focaremos na independência orgânica, mormente na previsão da estabilidade reforçada dos dirigentes, especialmente em razão dos mandatos com duração fixa<sup>3</sup> e não coincidentes com os mandatos dos chefes do executivo nomeante<sup>4</sup>, além da impossibilidade de exoneração *ad nutum*.

---

<sup>2</sup> A expressão *autonomia reforçada* foi cunhada por Alexandre Santos de Aragão, in **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2002, p. 275.

<sup>3</sup> Art. 6º da Lei nº 9.986/00: “O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência”.

<sup>4</sup> A nomeação está prevista no art. 5º da Lei nº 9.986/00: “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 pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Nesse diapasão, cumpre salientarmos que as agências reguladoras possuem, em sua estrutura organizacional, um Conselho Diretor ou uma Diretoria composta por conselheiros ou diretores<sup>5</sup>, sendo, portanto, as decisões tomadas em regime colegiado. Hoje, existem 54 cargos de direção, todos escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após a chamada sabatina do Senado Federal (artigo 84, XIV c/c 52, III, “f”)<sup>6</sup>. Ressalta-se que um desses conselheiros ou diretores é nomeado pelo presidente da República para ser o Presidente ou Diretor-Geral, a quem incumbe a chefia da agência reguladora.

## 2.2. As Agências Reguladoras no contexto neoliberal<sup>7</sup> dos anos 90

As agências reguladoras independentes foram criadas no contexto político neoliberal conhecido como *Reforma do Estado*. A dita reforma pretendeu que a regulação dos setores de maior importância para a economia pertencesse a uma estrutura imparcial, técnica e distante de eventuais influências ou interesses políticos ou de governo.

Ressalta-se que a ideia de criação das agências não foi nossa. Há muito – desde 1887, frisa-se – já existiam, nos Estados Unidos da América, as chamadas *Independent Regulatory Agencies*.

Não obstante, as agências reguladoras independentes brasileiras foram criadas num contexto diametralmente oposto ao existente nos EUA. Na esteira de Joaquim B. Barbosa Gomes:

“Aqui [no Brasil], tenta-se abandonar uma concepção de Estado altamente clientelista, o qual, por certo, sempre foi ativo no campo da economia, mas não para regulá-la eficazmente, mas sim para servir aos interesses dos diversos estamentos superiores de que sempre foi ‘presa’. Doravante, esse Estado pretende transferir a atores privados o essencial das atividades que

---

<sup>5</sup> No presente trabalho, os conselheiros e diretores receberão a denominação genérica de *dirigentes*.

<sup>6</sup> Informação disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/artigo.php?id=598>> Acesso em: 15 de junho.

<sup>7</sup> Em que pese ser a expressão neoliberalismo ser assaz polêmica, utilizaremos, no presente trabalho, o significado que a maioria dos autores tem lhe emprestado. Simplificadamente, podemos conceituar o neoliberalismo como uma vertente política que retoma valores e ideias do liberalismo clássico, com a devida adaptação à nova realidade econômica, política e social. Defende uma menor intervenção estatal na economia, através de mecanismos como as privatizações, sem olvidar completamente da manutenção do chamado “bem-estar social”.

antes detinha a título de monopólio, assumindo o papel de normatizador e de fiscalizador” (GOMES, 2006, p. 24).

A criação das agências reguladoras independentes foi, portanto, um dos mecanismos engendrados pelo Estado neoliberal, que instituiu uma nova ótica estrutural sobre a relação jurídica entre Estado e sociedade e entre Estado e determinados setores da economia.

Na linha de Pedro Henrique Carinhato, em seu artigo referente à reforma de Estado implementada no final do século XX, o neoliberalismo contemporâneo é um “liberalismo econômico que exalta o mercado, a concorrência e a liberdade de iniciativa privada, rejeitando veementemente a intervenção estatal na economia” (CARINHATO, 2008, p.2).

Daí se infere que o neoliberalismo resulta da percepção de que a intervenção direta do Estado na ordem econômica – predominante, no Brasil, até o início dos anos 90 – seria insuficiente, por vezes até contrária, à satisfação dos anseios do mercado. Buscou-se, então, diminuir a intervenção estatal, enaltecendo atores privados, tendo em conta que a atuação econômica do Estado seria capaz de prejudicar o sistema de preços, a alocação mais eficiente de recursos, além de criar monopólios e privilégios. Afinal, atuando o Estado em prol do interesse público, sua ação não poderia ser obstada por interesses privados, tais como os do consumidor, quanto aos preços, e das empresas, quanto ao direito de concorrência, por exemplo.

A intervenção direta, lastreada no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, acabava por gerar instabilidade na atividade econômica, na medida em que as decisões políticas são “necessariamente cambiantes (fruto da natural necessidade de acomodação dos interesses políticos e das premências de alternância de poder)” (MARQUES NETO, 2009, p. 28). Nesse contexto,

“não havia razão para que a ação estatal no domínio econômico levasse em conta os reflexos específicos produzidos no setor objeto da intervenção. (...) A consequência disso era a instabilidade regulatória e a inviabilidade da ação privada em setores sujeitos à intervenção estatal” (MARQUES NETO, 2009, pp. 28-9).

No Brasil, a reforma do Estado foi proposta pelo extinto Ministério da Administração e da Reforma do Estado (MARE), tendo sido o ex-presidente

Fernando Henrique Cardoso um dos responsáveis por inserir, concretamente, o modelo neoliberal em comento. Buscava-se a estabilização monetária e o fim de um regime de superinflação, na toada do que havia sido estabelecido no Consenso de Washington<sup>8</sup>.

Podemos dizer que a reforma teve como escopo a solução de quatro problemas, como anota Bresser Pereira:

“(a) um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado; (b) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial – a redefinição do papel regulador do Estado; (c) um econômico administrativo – a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e (d) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade, e governar (BRESSER-PEREIRA, 1998, pp. 49-50 *apud* CARINHATO, 2008, p. 40).

Desses quatro, o problema que mais diretamente se relaciona ao presente estudo é o da “redefinição do papel regulador do Estado”. Com o neoliberalismo, o Estado deixa de explorar diretamente atividades econômicas e passa a intervir como *Estado Regulador*.

Nesse diapasão, surgem as Agências Reguladoras, que hoje desempenham um papel de extrema importância para a economia e a sociedade. Isso porque, consoante se percebe, foram criadas como decorrência do processo de privatização de empresas estatais, no contexto político do neoliberalismo. De forma semelhante à de outros países da América Latina, as privatizações e a possibilidade ampliada de concessão de serviços públicos a empresas privadas fez necessário o fortalecimento do Estado como agente regulador. Sendo assim, retirada do Estado a prestação de determinados serviços públicos e a intervenção direta na ordem econômica, caberia a esse regular o mercado, corrigindo suas falhas e fiscalizando a execução dos serviços concedidos. Valoriza-se a intervenção indireta, em detrimento da direta.

Conforme leciona o Professor Carlos Ari Sundfeld:

---

<sup>8</sup> Trata-se, como explica Carinhato, de uma reunião ocorrida no ano de 1989, entre acadêmicos e políticos norte-americanos e latino-americanos para buscar soluções que findassem com a estagnação operada por mais de vinte anos na América Latina. O evento culminou num *paper* composto por dez recomendações, que posteriormente daria origem a um livro do economista John Williamson, intitulado *Washington Consensus*.



“Se o Estado abdicasse totalmente do poder de interferir na prestação de serviços públicos privatizados e na correspondente estrutura empresarial, correria o risco de assistir, passivamente, ao colapso de setores essenciais para o País, como o setor elétrico e o de telecomunicações. O Estado necessita, ainda, impedir políticas anticoncorrenciais, o que não pode, de forma nenhuma, ser deixado ao encargo da ‘mão invisível’ do mercado. Existe também a proteção dos interesses dos usuários e de assegurar a universalização dos serviços públicos, possibilitando que eles sejam prestados aos milhões de excluídos existentes no Brasil” (SUNDFELD, 2000 apud ALEXANDRINO, 2012: 304).

Cumpramos deixarmos assente que esta *Reforma de Estado* e o modelo regulatório dela advindo não consubstanciaram uma retirada do papel do Estado na economia, senão um novo tipo de atuação. Desta feita, a atividade regulatória não pode ser vista como *substituição* da intervenção estatal direta na ordem econômica, mas basicamente, como ensina Marques Neto:

“ i) a separação entre o operador estatal e o ente encarregado da regulação do respectivo setor e ii) a admissão do setor regulado da existência de operadores privados competindo com o operador público (introdução do conceito de competição em setores sujeitos à intervenção estatal direta)” (MARQUES NETO, 2009, p.30).

Por todo o exposto, resta claro que a compreensão do contexto que culminou na criação das Agências Reguladoras Independentes brasileiras é de suma importância para que entendamos as questões a seguir discutidas. É que as premissas e condições fáticas a partir das quais se justificou a criação das agências também justificam a defesa de uma menor influência política e maior técnica na direção das Agências Reguladoras.

### **2.3. Algumas considerações sobre Direito Comparado e Agências Reguladoras**

Conforme já apontado sinteticamente, as agências reguladoras brasileiras foram inspiradas no modelo das *Independent Regulatory Agencies* dos Estados

Unidos da América, em que pese sua inserção, no Brasil, tenha se dado num contexto político, econômico e ideológico bem diverso daquele instaurado no arranjo institucional pós-*New Deal*<sup>9</sup> norte-americano.

Na verdade, consoante demonstra Joaquim B. Barbosa Gomes, em artigo sobre o assunto, os fatores, as condições empíricas, bem como as premissas que impulsionaram o surgimento das agências nos EUA e, um tempo depois, no Brasil, são diametralmente opostos. Isso significa que a recepção do modelo norte-americano pelo Brasil se deu num contexto flagrantemente contrário ao de sua gênese.

Malgrado tenham sido criadas algumas agências norte-americanas antes de 1930, somente com a implementação do *New Deal* houve, verdadeiramente, uma consagração jurídica dessas novas entidades.

Com efeito, nos EUA, a “irreprimível necessidade de intensificação da presença corretiva do Estado no jogo capitalista” serviu de supedâneo à “ideia de regulação como indeclinável função governamental” (GOMES, 2006, p.22). Na tradição norte-americana, as agências independentes vieram como instrumento de abandono do chamado *Estado mínimo*, alheio à regulação do mercado, à “fixação de preços, disseminação de informações úteis aos usuários, imposição, consolidação e monitoramento de práticas concorrenciais justas” (GOMES, 2006, p.24). Buscava-se, destarte, a criação de agências “insuladas de pressões políticas conservadoras” e, a partir daí, “um maior intervencionismo e relativização das garantias liberais clássicas”, bem como “a implementação de uma plataforma social-democrata, proposta pelo *New Deal*” (BINENBOJM, 2006, p.93-4).

Diferentemente, no Brasil, as agências surgiram num contexto de privatizações e desestatizações, em que se buscava desconstituir os “anéis burocráticos”<sup>10</sup> dos Ministérios e atrair o investimento privado, tendo em vista que estaria garantida a estabilidade necessária no trato com o Poder Público. Binenbojm assinala que “a implementação de um modelo que *subtraísse o marco regulatório* do processo político eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da Reforma do

---

<sup>9</sup> O **New Deal** pode ser entendido como a implementação, nos EUA, de diversos programas, tais como o controle de preços e investimento em obras públicas, após a crise de 1929. Tais programas se concretizaram entre 1933 e 1937, através do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o escopo de recuperar e reformar a economia norte-americana.

<sup>10</sup> Conceito famoso utilizado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso nos anos 70.

Estado.” A ideia do modelo era servir de “blindagem institucional (...), que resistisse até a vitória da esquerda em eleição futura” (BIENBOJM, 2006, pp. 94-5).

No desenho institucional brasileiro dos anos 90,

“se, de uma parte, a criação das agências reguladoras dotadas de acentuado grau de autonomia servia ao bom propósito de desestruturar os chamados anéis burocráticos existentes nos Ministérios, de outra parte, o mandato fixo de seus dirigentes e o compromisso técnico sinalizavam ao mercado o compromisso do próprio país de proteger o direito de propriedade dos investidores e garantir o cumprimento fiel dos contratos celebrados ao cabo dos processos de privatização e desestatização” (BINENBOJM, 2006, p. 93).

Essa miríade de diferenças entre os contextos brasileiro e norte-americano é chamada por Binenbojm de “mão e contramão” (BINENBOJM, 2006, p. 89).

Na lição de Gomes:

“Nossas agências configuram, portanto, uma importação de um conceito, de um formato e de um modo específico de estruturação do Estado. Falta-lhes, contudo, e isso poderá lhes ser fatal no curso do seu amadurecimento institucional, um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais” (GOMES, 2002, p. 94).

Gomes anota, ainda, que antes de serem previstas no direito brasileiro, as agências surgiram no direito europeu, juntamente com as mesmas indagações jurídicas debatidas no direito norte-americano. (GOMES, 2006, p.55)

No que tange especificamente à coincidência dos mandatos a doutrina especializada não tem realizado um cotejo demasiadamente profundo entre as agências brasileiras e estrangeiras. Vejamos alguns casos.

Uma agência norte-americana, *verbi gratia*, conta em regra com cinco dirigentes indicados pelo Presidente da República para cumprir mandatos fixos e não coincidentes com o do Presidente, sendo vedada a exoneração imotivada.

Nos EUA, com o passar dos anos, as leis instituidoras de algumas das mais importantes agências passaram a prever

“observância obrigatória, no processo de nomeação dos respectivos dirigentes, daquilo que os americanos classificam como ‘bipartisanship’, isto é, a nomeação para o quadro dirigente das agências de pessoas pertencentes aos dois lados do espectro político, evitando assim que elas se constituam em instrumento de perpetuação de hegemonia de um grupo e de suas ideias num determinado setor da vida econômica e social” (GOMES, 2006, p. 26).

Na Argentina, foi criada, com a privatização das telecomunicações, em 1990, a *Comisión Nacional de Telecomunicaciones* (CNT), cujos dirigentes têm mandatos fixos e não coincidentes com o do Presidente da República.

Lado outro, na França, a nomeação de dirigentes das *Autorités Administratives Indépendantes* (como são chamadas as agências reguladoras francesas) é de competência, em idênticas proporções, do Presidente da República, Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado. Os mandatos são fixos e independentes perante o Poder Executivo. Porém, a mesma independência não se verifica ante o Poder Legislativo, na medida em que “o legislador pode a qualquer momento aprovar uma lei alterando seu regime jurídico e, por via de consequência, encerrando os mandatos dos respectivos conselheiros”, conforme já se decidiu, em sede de jurisdição constitucional (GOMES, 2006, p. 56).

Ressalta-se que o professor Helder Queiroz Pinto Jr., do Grupo de Economia da Energia, do Instituto de Economia da UFRJ, coordenou o estudo "Desenhos Institucionais de Regulação de Energia", cujas conclusões foram resumidas em matéria publicada no jornal O Globo, consoante se transcreve:

"As agências reguladoras das áreas de energia elétrica, petróleo e gás – o chamado setor energético – têm características bem diversas em outros países. Em alguns, como os Estados Unidos, elas têm muita força. Em outros casos, como na Bélgica, são subordinadas a algum ministério (...). Nenhuma agência nos países pesquisados é **independente** [grifo nosso] porque, de uma forma ou de outra, têm que prestar contas ao governo federal ou estadual, seguindo as diretrizes para o setor. (...). Em todos os países pesquisados, independentemente do grau de autonomia que as agências têm, **elas seguem as diretrizes da política macroeconômica dos governos federais para os quais prestam contas** [grifo nosso]" (ORDENEZ, 2003, p. 21).

O estudo baseou-se na legislação de 25 países, dentre os quais se incluem Argentina, Alemanha, Austrália, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra, Itália, Japão, França e México. A pesquisa foi capaz de demonstrar que o grau de autonomia conferido às Agências brasileiras ultrapassa o de outros países. No Brasil, como visto, a independência dos dirigentes reside nas regras sobre nomeação e exoneração, na fixação de mandatos longos e não coincidentes com o do Presidente da República, conforme já explicitado.

Conforme ficou assente, o arranjo institucional brasileiro, por sua vez, dispensa aos dirigentes das agências uma atuação independente, sem um lastro democrático apto a evitar que esses se tornem instrumento de defesa de uma tendência política.

A grande problemática relativa à não coincidência dos mandatos veio à tona, concretamente, na chamada *segunda onda regulatória*, quando do início do primeiro mandato do ex- presidente Luis Inácio Lula da Silva, em 2003. A sistemática brasileira teve de enfrentar uma sucessão democrática e uma guinada de orientação política. Surgiram, então, outros problemas que desbordavam da análise da *autonomia reforçada* das agências, mas que já preocupavam os norte-americanos há algum tempo, tais como o “*controle político, responsividade social e legitimidade democrática.*” Afinal de contas, uma vez

“cumprido o papel de geração de confiabilidade para a atração de investimentos, apercebiam-se agora os agentes econômicos, os agentes políticos e doutrinadores pátrios da necessidade de *matizar* a autonomia técnica das agências com mecanismos de controle político e jurídico” (BINENBOJM, 2006, p. 96).

Nessa segunda onda regulatória, vem à lume a necessidade de uma reflexão mais acurada da questão, além da exigência de se engendrar mecanismos aptos à preservação da legitimidade democrática das agências.

## **2.4. Breve análise da legislação vigente sobre o assunto**

No presente item, buscaremos analisar a legislação federal em vigor relativa à composição da Diretoria ou Conselho Diretor das agências reguladoras, enaltecendo o aspecto dos mandatos dos dirigentes.

Nas dez agências reguladoras federais esposadas no item 2.1 a composição é colegiada e a escolha dos dirigentes é feita pelo Presidente da República, com posterior aprovação pelo Senado Federal. Os dirigentes devem ser brasileiros, com reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade.

Quanto à duração dos mandatos, ressalta-se que, no caso da ANATEL (artigo 24 da Lei nº 9472/1997) e da ANAC (artigo 13 da Lei nº 11.182/2005) os mandatos fixos serão de 5 anos não coincidentes entre si, não havendo possibilidade de renovação. Já na ANP (11, § 3º da Lei nº 9478/1997), na ANCINE (artigo 68 da Medida Provisória nº 2.228/2001), na ANATAQ e na ANTT (artigo 54 da Lei nº 10.233/2001), os mandatos fixos têm duração de 4 anos, não coincidentes entre si e permitida a recondução. Na ANEEL (art. 5º da Lei 9.427/1996), os mandatos fixos também são de 4 anos e não coincidentes, mas não há possibilidade de recondução. Na ANA (artigo 9º da Lei 9.984/200), o período dos mandatos também é de 4 anos, sendo não coincidentes e permitida uma única recondução consecutiva. Por outro lado, na ANVISA (art. 11 da Lei nº 9.782/1999) e na ANS (art. 6º, § 1º da Lei nº 9.961/2000), os mandatos são de 3 anos, não coincidentes, sendo permitida uma única recondução.

No caso da ANATEL, como se vê, jamais haverá coincidência entre os mandatos, já que o mandato presidencial é de 4 anos (artigo 82, Constituição Federal de 1988). Nos demais casos, a depender do momento da nomeação, poderá ou não haver coincidência, sendo certo que, ao argumento de autonomia dos dirigentes, a tendência é a de que os mandatos não coincidam.

Como se percebe, o legislador federal tem previsto prazos de mandatos descoincidentes entre os dirigentes de uma mesma agência. Com efeito, estabelece o artigo 7º da referida Lei 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras: “Art. 7º: A Lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma de não coincidência dos mandatos”. Cumpre deixarmos claro que nós não nos opomos a essa não coincidência, entendendo-a como um importante mecanismo de independência orgânica das agências, a despeito das discussões que serão travadas no item 4.1.

Noutro giro, quanto à perda do mandato, as leis de regência de todas as agências federais preveem causas específicas, iguais ou mais abrangentes do que a regra prevista na Lei 9.886/2000. Desta feita, ainda que a lei instituidora fosse omissa, a Lei 9.986/2000 determina em seu artigo 9º que os dirigentes somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, podendo a lei de criação prever outras condições para a perda do mandato (artigo 9º, §único). Conclui-se que todos os dirigentes, atualmente, exercem mandato de duração fixa, com impossibilidade de livre exoneração (*ad nutum* ou sem justa causa).

Ocorre que ainda não existe uma lei geral que trate de modo suficiente e uniforme do tema atinente às agências, notadamente no que tange aos mandatos. A referida lei-quadro seria capaz de pôr termo a uma série de discussões travadas na doutrina e jurisprudência.

### 3. DA NÃO COINCIDÊNCIA DOS MANDATOS E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO

A importância da análise que agora faremos advém da intrínseca relação existente entre direito e política. Por conta dessa escorreita relação, devem os regimes políticos ser legítimos, fundados na ética e na transparência. Para tal, os regimes não de ser democráticos, o que se verificará, de forma mais eficaz, quando houver uma democracia verdadeiramente participativa, sem olvidar do respeito à democracia representativa.

Nesse contexto, a não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras com o mandato do chefe do poder executivo nomeante, conforme demonstraremos, afronta a democracia representativa, a qual deve ser preservada juntamente com mecanismos que visam enaltecer a democracia deliberativa.

#### 3.1. Democracia Representativa e Democracia Deliberativa

O princípio democrático está insculpido no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito”. Mais especificamente, o seu parágrafo único denota que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição”. Eis aí a consagração de uma democracia mista, é dizer, tanto representativa quanto direta.

Literalmente, democracia significa “governo de povo” (*demos* = povo; *kratein* = governo). De forma simplista, pode ser conceituada como o regime político em que o exercício do poder se dá sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões do Estado, buscando-se a realização de valores como a igualdade, a liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas (DIMITRIUS, 2012, p. 78).

Diversos são os autores que trabalham de forma aprofundada o tema *democracia*. Na presente monografia, tendo em vista o escopo de nossa discussão, abordaremos, de forma sintética, algumas das ideias de Habermas e Bobbio.



O atual regime democrático remonta à Democracia Grega, embora devesse ser diferente desta. Na Grécia Antiga, foi desenvolvida “uma forma de direção da cidade-Estado (*pólis*) com fundamento no poder do povo, cujos membros participavam diretamente da vida política (*politeia*)” (DIMITRIUS, 2012, p. 80).

Insta salientar que o âmago da democracia repousa na soberania popular, na participação e na liberdade de autodeterminação política, num governo que advém do povo e se organiza em prol do povo. Aquilo que os gregos brilhantemente criaram foi retomado na modernidade e, paulatinamente, a democracia direta foi sendo “recriada” como democracia representativa.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, a democracia se expressa no direito ao voto, direto, secreto, universal, periódico e com valor igual para todos (arts. 14, *caput*, e 60, § 4º, II), no pluripartidarismo (artigo 1º, V) e no direito de criação de partidos políticos (art. 17).

Segundo Dimitrius, Montesquieu defendia que os homens em geral não teriam a necessária capacidade para apreciar e decidir os problemas políticos. Desta feita, as decisões de primordial importância para a nação deveriam ser confiadas aos *representantes*, escolhidos como aqueles que tivessem maior capacidade para assumir esse encargo. Como Montesquieu entendia que qualquer homem teria a capacidade de identificar, no seu círculo de convívio, os seus representantes, a seleção deveria se dar por meio de uma *eleição* (DIMITRIUS, 2012, p. 83).

A partir do momento em que foi conquistado o *sufrágio universal*, o governo representativo passou a ter um colorido especial, transformando-se em democracia representativa, democracia em que o povo se governa, através dos representantes eleitos.

O povo, no exercício da *soberania popular*, escolhe, por meio das eleições, aqueles que irão representar toda a nação e que, de uma forma ou de outra, escolherão as diretrizes e os objetivos que devem ser alcançados por aquele Estado, naquele território, com o escopo de realizar os interesses da coletividade.

Norberto Bobbio aduz que existem duas características básicas ostentadas pelos representantes das democracias representativas atuais:

- “a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito, não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os

seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade e não os interesses particulares desta ou daquela categoria” (BOBBIO, 2006, p. 47).

Em que pese sofrer críticas dos mais diversos matizes, reconhece-se, majoritariamente, que as democracias representativas ainda são hegemônicas e tidas por alguns autores como “democracias convencionais” (GUGLIANO, 2004; FUNG e COHEN, 2007), vale dizer:

“Sistemas de representação competitiva em que os cidadãos são portadores de direitos políticos, dentre eles os direitos de expressão, associação e sufrágio; os cidadãos manifestam seus interesses por meio do exercício dos direitos políticos, em particular por meio do voto em seus representantes, nas eleições regulares; as eleições são organizadas por partidos políticos rivais e a vitória eleitoral significa o controle do governo, o que dá aos candidatos vencedores a autoridade para moldar as políticas públicas por meio da legislação e do controle que exercem sobre a administração” (FUNG e COHEN, 2007, p. 221).

Segundo Bobbio, a democracia moderna nasceu como democracia representativa, em oposição à democracia grega, vale dizer, como um regime que tem regras mínimas sobre quem e em quais condições se tomam decisões que afetem a coletividade. Tais regras seriam os procedimentos, os quais serão válidos quando as autoridades são eleitas por maiorias, desde que diante de si existam alternativas reais em disputa. Vai mais longe, dizendo que estas três condições anteriores só têm sentido se realmente forem respeitados os direitos individuais e coletivos - regras preliminares para o jogo democrático (BOBBIO, 2006, pp. 30-33).

Com base nas ideias de Bobbio, é possível dizer que as decisões tomadas por técnicos, como são os dirigentes das agências reguladoras, devem possuir um respaldo político que lhes dê legitimidade, vale dizer, devem estar guiadas pelos interesses da nação, os quais se refletem na escolha democrática dos governantes.

Isso porque a democracia nasceu no Estado Liberal, numa concepção individualista de que uma sociedade política é produto de vontade de indivíduos. A vontade de tais indivíduos deve estar refletida nas decisões políticas do governo, mormente nos setores de maior relevância para a nação. Para que isso ocorra, não

se pode olvidar da afinidade necessária entre quem toma as decisões e aquele que detém a legitimidade democrática sufragada nas eleições.

A representação é, destarte, um vínculo, que liga governante e governado, dentro de uma cadeia de legitimidade democrática que retroage até o povo. “É um modo de compor o governo, dando aos escolhidos a decisão sobre os meios e modos de realizar o bem geral” (DIMITRIUS, 2012, p. 85).

Com vistas a discernir a interpretação liberal e republicana de democracia, Habermas assinala que:

“Na interpretação republicana, a formação democrática da vontade tem uma função muito mais importante, que é a de *constituir* a sociedade como uma comunidade política e manter viva, **em cada eleição**, a recordação desse ato fundador. Para exercer um mandato amplamente livre, o governo, além de receber o poder de escolher entre equipes e direções concorrentes, vincula-se programaticamente à realização de determinadas políticas [grifo nosso]” (HABERMAS, 2003, pp. 23-4).

Visto isso, podemos dizer que a democracia representativa talvez se apresente como o principal óbice à plena legitimidade democrática das agências, ante a não coincidência dos mandatos dos dirigentes com o mandato do chefe do Poder Executivo.

Tal se dá porque o chefe do Poder Executivo foi eleito, legitimamente, para representar os interesses da nação, tendo sido seu plano de governo sufragado nas urnas. Sendo assim, não poderia, ao tomar posse, encontrar obstáculos na implementação de suas diretrizes governamentais nos setores regulados. Em nome da democracia representativa, portanto, esse “episódio de disputa de poder entre um governo novo – e pleno de legitimidade – e as agências independentes, cujos dirigentes deviam seus mandatos ao governo anterior” (BINENBOJM, 2006, p. 98), poderia ser evitado com a sugestão de *lege ferenda* que propomos no item 3.4.

Outra maneira de amenizar o problema da legitimidade democrática, que aqui trazemos à tona, diz respeito ao fortalecimento da democracia deliberativa ou participativa. De imediato, cumpre dizermos que essa abordagem não é alternativa à proposição de *lege ferenda supra* mencionada, mas, de outro lado, cumulativa, buscando-se que o processo decisório das agências esteja jungido aos valores democráticos.

A *democracia deliberativa ou participativa* toma como lastro a ideia de ampliação do processo decisório, abrindo-se espaço para a participação popular, vale dizer, os atores sociais trazem, para o procedimento, informações complementares que legitimam as ações administrativas.

São exemplos as consultas e as audiências públicas. Na consulta pública, a Administração absorve a opinião pública por meio da “manifestação firmada através de **peças formais**, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo [grifo no original]”. A audiência pública, por sua vez, é uma “modalidade de consulta”, que se fundamenta por intermédio de “**debates orais** em sessão previamente designada para tal fim [grifo no original]” (CARVALHO FILHO, 2001, p. 186).

Isso não significa dizer que a Administração passe a estar vinculada ao resultado da deliberação popular, mas resulta numa necessária motivação a demonstrar o porquê da não adoção daquele resultado (artigo 2º, Lei nº 9.784/1999).

No que se refere à democracia deliberativa e à formação da vontade através do consenso, Habermas assinala que:

“o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal” (HABERMAS, 2003, p.21).

Habermas identifica a democracia como formação argumentativa da opinião e da vontade. Para Habermas, o princípio democrático toma como referência a institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da vontade, por meio das formas de comunicação garantidas pelo Direito. Enaltece, portanto, o Direito em seu caráter procedimentalista, garantidor de instrumentos que abram espaço à confirmação democrática discursiva.

Uma das principais manifestações da democracia deliberativa ou participativa, na seara do direito administrativo, consta, hoje, da Constituição Federal de 1988, no artigo 37, § 3º, *in verbis*:

“Art. 37. § 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I – reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II – o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos do governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

Tal dispositivo denota uma crescente e atual preocupação da Administração Pública com a consideração dos interesses privados na tomada de decisões, em detrimento de um modelo essencialmente burocrático. Nessa toada, assumem relevo as palavras de Gustavo Binimbojm, segundo o qual:

“Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em uma normatividade marcada pelas ideias de parcialidade e desigualdade [com base em institutos como o da supremacia dos interesses ‘alegadamente’ públicos, das prerrogativas jurídicas da Administração, da discricionariedade, entre outros], sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de *vertente garantística*, caracterizada por meios de instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos” (BINENBOJM, 2006, p. 18).

Com o escopo de diferenciar deliberação de democracia deliberativa, Amy Gutmann e Dennis Thompson observam que:

“A deliberação deve terminar em uma decisão, mas a democracia deliberativa não especifica, por si só, um único processo para se chegar a uma decisão final. Ela deve se apoiar em outros processos, mais notavelmente no voto, que não são propriamente deliberativos” (GUTMANN, THOMPSON, 2007, p. 35).

Daí se percebe a intrínseca relação de complementaridade entre a democracia representativa e participativa.

Não poderíamos esquecer, ainda, da manifestação da democracia, mormente a deliberativa ou participativa, nos mecanismo de prestação de contas, tendo em vista a Resolução 04/2013 e PEC 89/2011, também objetos da presente monografia. “Tais mecanismos (...) proporcionam aos cidadãos, regulados e políticos, condições

de aferir o comportamento e os resultados da ação dos órgãos, atua no na sua responsabilização” (PÓ & ABRUCCIO, 2006, p. 686).

A prestação de contas ao Poder Legislativo é, em última instância, a prestação de contas à sociedade civil, ampliação do espaço democrático, de deliberação argumentativa. Com efeito, uma das etapas do *accountability*<sup>11</sup>, que denota a ideia de responsividade, controle e fiscalização, pelos cidadãos, da atuação administrativa, é a prestação de contas à sociedade, o que pode ser feito por intermédio do Poder Legislativo. Em suma, restam enaltecidos os valores que a democracia pretende atingir, tais como cidadania (1º, II, Constituição Federal de 1988), igualdade (artigo 3º, IV e 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988) participação (artigo 37, § 3º, Constituição Federal de 1988, dentre outros), representatividade (artigo 1º, § único, Constituição Federal de 1988, dentre outros) e dignidade da pessoa humana ( artigo 1º, III, Constituição Federal de 1988).

Afinal, numa sociedade democrática, é natural que se exija transparência na utilização do dinheiro público. A ampliação do debate democrático estabelece, enfim, a necessária conexão entre Estado, mercado e cidadãos.

À guisa de conclusão, podemos dizer que a democracia brasileira, do tipo representativa (artigo 1º, § único, CF/88), vem passando por um processo de amadurecimento, em que se percebe uma maior participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, bem como no processo decisório das entidade administrativas, mormente das agências. Resta fortalecida, assim, a democracia deliberativa ou participativa, lastreada, principalmente, na perspectiva habermasiana *supra* esposada.

Como dito, o fortalecimento da democracia deliberativa, notadamente através da participação popular e da prestação de contas perante o Poder Legislativo, ameniza, mas não põe termo à questão da ausência de legitimidade democrática na não coincidência dos mandatos. Destarte, como solução cumulativa e com vistas à preservação da democracia representativa, urge enaltecermos a sugestão de *lege ferenda* esposada no item 4.1.

---

<sup>11</sup> Cf. item 4.2.1

### 3.2. A Teoria dos Poderes Neutrais

Conforme demonstrado por Alexandre Santos de Aragão, a chamada Teoria dos Poderes Neutrais encontra suas origens nas construções doutrinárias de Benjamim Constant e Carl Schmitt. Porém, sua importância só foi notada pela moderna doutrina alemã, italiana – nesta representada por Michela Manetti – e espanhola. A partir dessa nova concepção, passou a ser possível extrair da teoria “um instrumento para a compreensão da complexidade estatal e social em que vivemos, especialmente das agências reguladoras independentes” (ARAGÃO, 2006, p. 18-19).

Segundo a remodelada teoria em comento, determinadas matérias devem ser reguladas e executadas por agentes que não detenham legitimidade político-eleitoral, vale dizer, que não tenham sido investidos pela via eleitoral. Em prol da democracia, devem existir órgãos estatais que não se enquadrem em nenhum dos três poderes tradicionalmente analisados por Montesquieu.

Explica-se: se todos os agentes do Estado fossem investidos em seus respectivos cargos por meio de eleições, todas as decisões estatais estariam atreladas à necessidade de se agradar um eleitorado específico, ficando em segundo plano o caráter técnico e imparcial, imprescindível à tomada de certas condutas. Desta feita, a existência de cargos isentos do caráter eleitoral assegura a convivência de interesses contrapostos na sociedade.

Cumprе ressaltar que, na esteira dessa teoria, Marçal Justen Filho sustenta que a criação de agências reguladoras significa a ampliação do sistema de freios e contrapesos que tradicionalmente rege as relações entre os Três Poderes (JUSTEN FILHO, 2003, p.280).

De acordo com Michela Manetti, o ordenamento jurídico reagiu à difusão de interesses políticos e sociais “criando uma espécie de anticorpos, ou seja, alguns novos organismos que devem – em âmbitos determinados – substituir a decisão político-partidária por aquelas técnico-neutrais” (MANETTI, 1994 *apud* ARAGÃO, 2006, p. 19-20).

Aragão sustenta que a teoria dos poderes neutrais surgiu da superação da ideia existente, quando do advento da Revolução Francesa, de que apenas agentes eleitos poderiam exercer legitimamente suas funções. Isso porque, com o tempo,

restou claro que, ao lado dos poderes democraticamente eleitos, como o Executivo e o Legislativo, fazia-se necessária a criação de órgãos estatais neutros e autônomos “para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares de cargos eletivos para assegurar a observância de valores maiores da coletividade” (ARAGÃO, 2006, p. 17).

Vale aduzirmos que não apenas as agências reguladoras independentes se inserem no contexto da revisitada teoria, mas também o Poder Judiciário, os Tribunais de Contas, o Ministério Público etc. (pelo menos no sistema brasileiro). Todos esses órgãos têm em comum, segundo Aragão:

“(1) caráter não eletivo do provimento de seus titulares, (2) a natureza preponderantemente técnica das suas funções e (3) independência, ou seja, ausência de subordinação hierárquica aos poderes eletivos do Estado como forma de propiciar (4) o exercício imparcial de suas funções em relação aos diversos interesses particulares que estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade manifestada por seus representantes” (ARAGÃO, 2006, p.17-18).

Há quem diga<sup>12</sup> que tais cargos deveriam ser eletivos, contrariando a ótica sustentada pelos defensores da teoria dos poderes neutrais, mormente por conta de seus poderes normativos.

Com a devida vênia, é justamente com base nesta teoria que defendemos a impossibilidade de eleição dos dirigentes das agências. Nada obstante, para nós, a teoria revela-se insuficiente para respaldar a não coincidência dos mandatos dos dirigentes com o mandato do chefe do Poder Executivo nomeante. Vale dizer, a neutralidade e imparcialidade ante as mudanças político-eleitorais não é tamanha a ponto de concluirmos que a não coincidência dos mandatos está imune ao déficit democrático.

Com efeito, a escolha dos dirigentes, feita pelo chefe do Poder Executivo, deve lastrear-se, primordialmente, na análise da especialização técnica do pretense dirigente. Não podemos olvidar, porém, que qualquer escolha desse tipo traz consigo um caráter político, o qual, todavia, não pode superar o aspecto técnico. Em

---

<sup>12</sup> Nesse sentido: SILVA, Sergio André R. G. da. A Legitimidade das Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo** – RDA, n. 235, jan./mar. 2004, p. 305 e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências Reguladoras e Democracia: participação pública e desenvolvimento. In SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 187.



verdade, na esteira do que vem sendo defendido no presente trabalho, é até desejável que assim se faça. Deve haver afinidade política entre nomeante e nomeado<sup>13</sup>, restando impossível que exista absoluta neutralidade na escolha<sup>14</sup>.

Desta feita, não se pode concluir que as funções dos poderes neutrais sejam isentas de um aspecto político; apenas são isentas de um caráter formal, mas não materialmente político (NICCOLAI, 1996, pp. 53-4 *apud* ARAGÃO, 2006, p. 20). Formalmente, pelo aspecto técnico das decisões, pela forma não eleitoral de investidura dos dirigentes e pela independência no exercício das funções neutrais.

Assim, a teoria deve servir de respaldo à importantíssima característica da independência das agências. Isso porque tal independência, dada através da previsão de diversos instrumentos jurídicos, traduz-se na íntima relação entre as agências e os valores, também previstos juridicamente, que devem tutelar. De maneira mais simples, é por terem o escopo de tutelar certos valores que é outorgada especial autonomia aos órgãos neutrais.

### **3.3. A não coincidência dos mandatos dos dirigentes e os dos chefes do Poder Executivo nomeante**

#### **3.3.1. O déficit democrático**

Por todo o exposto até aqui, podemos dizer que por mais que se espere do chefe do Poder Executivo uma escolha isenta e pautada estritamente em critérios técnicos, sobre a nomeação dos dirigentes das agências sempre recairá um conteúdo político. Nesse trabalho, não nos opomos a tal liberdade conferida ao Chefe do Poder Executivo.

As agências reguladoras representam os principais campos de influência do Estado brasileiro, por lhes ter sido dadas a incumbência de regular as áreas primordiais da sociedade, sobremaneira nos setores econômico e social.

---

<sup>13</sup> O que nos leva à defesa da coincidência de seus mandatos

<sup>14</sup> Até mesmo Aragão afirma que “onde há Estado, há política”, reconhecendo que a neutralidade e o tecnicismo não são absolutos.

Para que um governo atinja o ápice das expectativas imaginadas pelos cidadãos, é preciso haver atuação conjunta, quer dizer, afinada, entre o chefe do Poder Executivo e os dirigentes das agências reguladoras. Aqui, reside o ponto nevrálgico de nossa crítica. Da maneira como está hoje concebido o panorama das agências reguladoras, é possível a situação dos dirigentes das mais diversas agências serem nomeados por um Presidente e estenderem seus mandatos para além do mandato do chefe do Executivo nomeante, “invadindo” o mandato do sucessor.

Tal invasão é por nós considerada sobremaneira nociva, sendo, segundo pensamos, a principal causa do déficit democrático das agências reguladoras.

O efeito de tal intromissão seria até mesmo similar àquele que se denomina de teoria da captura. Consoante a teoria da captura<sup>15</sup>, os dirigentes das agências reguladoras não podem ocupar cargos públicos ou políticos que lhes prejudique a neutralidade, nem estar de nenhuma forma vinculados às empresas reguladas, para que não atuem como intermediadores desses interesses.

De maneira bastante semelhante, o dirigente cujo mandato ultrapassou as balizas do mandato de quem o nomeou, poderia servir como instrumento de influência política do ex-governante no setor regulado. Poder-se-ia cogitar de uma teoria da captura *sui generis*, pois em vez de cuidar dos interesses da coletividade ao regular seu setor, o dirigente indicado politicamente pelo último governante, poderia de alguma maneira se manter vinculado ao pensamento político de quem o nomeou, agindo de modo direcionado à dificultar os planos estabelecidos pelo atual governo.

Conforme demonstraremos alhures (item 3.3.2), através de uma situação real, a dita invasão, a depender das circunstâncias políticas do momento, tem o condão de prejudicar as metas estabelecidas pelo governo, chegando, por vezes, até mesmo a impedir a boa atuação do governante.

Como é cediço, a democracia só é efetivamente alcançada quando o governante tem ao seu alcance a possibilidade de tomar decisões com vistas ao interesse coletivo. Uma sociedade é composta por um sem número de setores, que

---

<sup>15</sup> A referida teoria foi inicialmente desenvolvida por George J. Stigler, mas recebeu tal denominação por R. Postner. (CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 90).

têm no dia das eleições, através de seus membros, a prerrogativa de optarem pelo pensamento político que mais lhes agrada.

Vencido um pleito eleitoral, o governante eleito é munido do poder-dever de representar toda a sociedade, aí incluídos tanto aqueles que o elegeram quanto os demais eleitores.

Diante de tal sistemática, a alegada invasão política pelos dirigentes das agências reguladoras se mostra nefasta à saúde de nossa democracia, o que pretendemos demonstrar a seguir.

Primeiramente, insta deixar assente que concordamos com a escolha política, mas desde que o escolhido seja técnico e de notória especialização no setor a ser regulado, consoante se exige no próprio artigo 5º, *caput* da Lei nº 9.986/2000.

Desta feita, partiremos do pressuposto de que as escolhas devem ser técnicas e recair sobre quem possui formação acadêmica na área a ser regulada. Conforme defende Floriano de Azevedo Marques Neto:

“(...) o próprio provimento dos postos-chave de um órgão desse perfil [regulador] deve se pautar por critérios técnicos e a indicação desses agentes, a nosso ver, não pode ser ato exclusivo do chefe do executivo, mas deve envolver inclusive o legislativo, mediante sabatina e aprovação dos nomes pela instância parlamentar” (MARQUES NETO, 2009, p. 72).

Nesse diapasão, entendeu o Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI nº 2.310-DF, a respeito das agências reguladoras, que: “Hão de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico” (ADI nº 2.310-DF, 2000 *apud* MARQUES NETO, 2009, p. 74)

Não se pode olvidar – e isso seria utopia – que sempre haverá um cunho político na escolha.<sup>16</sup> Em verdade, não defendemos aqui que não deva haver conexão política entre nomeado e nomeante. Ao contrário, entendemos que essa conexão viabiliza e facilita a regulação e implementação de políticas públicas nos setores regulados. Não obstante, a escolha não deve ser *apenas* política, vale dizer, apenas uma forma de escolha de “aliados” como instrumento de perpetuação do poder para além do seu mandato (em razão da não coincidência). Em suma, se

---

<sup>16</sup> Segundo Silvia Niccolai, “toda decisão de atuação da Constituição é política, ainda que não proveniente de órgãos de direção (política), já que determina o conteúdo da Constituição” (NICCOLAI, 1996, p. 99 *apud* ARAGÃO, 2006, p. 20).

existirem duas pessoas, uma aliada e uma da oposição, ambas com formação e experiência na área, não há qualquer problema – e é até desejoso que assim se faça – que a escolha recaia sobre o “aliado”. Nesse caso, a técnica necessária para a tomada de decisões restará preservada.

A importância das Agências Reguladoras, na sociedade hodierna, impõe, sim, menor influência política em sua direção, a fim de que os seus primordiais objetivos restem verdadeiramente alcançados. Porém, isso não pode servir de respaldo à não coincidência dos mandatos, tendo em vista que, invariavelmente, sempre existirá um cunho político na escolha executiva, fazendo-se necessária a afinidade política entre nomeante e nomeado.

Urge enaltecermos que o princípio republicano, insculpido no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, denota que os dirigentes do Estado são escolhidos pelo povo, para exercício de mandatos temporários. A temporariedade dos mandatos coloca-se, assim, como um dos postulados do Estado Democrático de Direito e estabelece o período no qual o agente político influirá no destino do país.

Em um Estado Democrático de Direito, como o Estado brasileiro (artigo 1º da Carta Magna), todos os agentes públicos, detentores de parcela do poder estatal, devem estar inseridos em uma cadeia de legitimidade democrática que se retrotraia até o povo.

É dizer que, numa democracia representativa, o povo é titular do poder político estatal, exercendo-o por meio de seus representantes eleitos. Tais representantes, a seu turno e com base em permissivo constitucional, nomeiam pessoas de sua confiança para dirigirem, por exemplo, a regulação e a fiscalização dos setores mais importantes da economia.

Para que as decisões desses dirigentes sejam legítimas, faz-se necessário que estejam afinadas com os fins almejados pelo governante eleito democraticamente, o que, em última análise, significa a consonância com a vontade popular.

A título de exemplo, se um Presidente da República nomeia, no último ano de seu mandato, dirigente de agência reguladora federal, para um mandato de quatro anos, as propostas do novo presidente eleito para o setor regulado certamente restarão obstaculizadas.

Nesse caso ilustrativo, será retirado do novo presidente parcela do poder político que lhe foi conferido legitimamente pelo povo. Haverá, assim, uma quebra na

cadeia de legitimidade democrática, uma vez que as decisões do dirigente em questão não serão um reflexo da vontade popular, mas sim da vontade política do ex-presidente que, em confiança, o nomeou.

Tal situação representa um déficit democrático na atuação dos dirigentes das agências reguladoras. Se, de um lado, para justificar a necessidade de independência ou autonomia desses, procura-se enaltecer o aspecto técnico e abandonar o político; de outro, não se pode olvidar que a atuação de agentes públicos sem correspondência política com os representantes do povo é flagrantemente ilegítima, mormente porque envolve questões de grande relevância para a sociedade e a economia.

O autor Conrado Hübner Mendes aduz que a justificativa da doutrina americana de que a simples nomeação dos dirigentes pelo Presidente da República garante a legitimidade é por demais simplificador. Esse autor sustenta que "tal conceito de legitimidade democrática é muito mais amplo que a simples nomeação dos dirigentes" (MENDES, 2000, p. 130).

Outrossim, Mendes identifica, na redação do art. 1º da Constituição Federal – segundo o qual a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e o pluralismo político –, a possibilidade para a construção de uma interpretação que venha a "dar certa coloração jurídica à exigência de legitimidade democrática das agências reguladoras" (MENDES, 2000, p. 132).

A realidade atual brasileira, notadamente após a primeira sucessão presidencial depois da criação das agências, demonstra a necessidade de uma maior discussão sobre o tema, à luz da ciência política e do direito comparado, a ensejar, se for o caso, alterações legislativas, do debate democrático e da análise judicial dos problemas apontados.

Como exemplo concreto, ressalta-se que várias agências estaduais foram criadas entre 1997 e 1998, segundo o modelo de mandato fixo para os dirigentes. Em 1999, houve mudança dos executivos estaduais, onde o governo anterior não obteve reeleição ou não elegeu seu sucessor. Nesses estados, a primeira polêmica quanto a esse modelo de autonomia deu-se, portanto, em 1999. Em três casos – Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul – os novos governantes eleitos criaram empecilhos às agências criadas pelos seus antecessores, explicitando o descontentamento do Executivo, impedido de atuar em determinadas áreas.

Destarte, neste trabalho, conclui-se que há um problema de adequação, ao regime democrático brasileiro, do instituto dos mandatos fixos dos dirigentes das agências reguladoras, ante a sua não coincidência com os mandatos dos chefes do Poder Executivo que os nomeiam, após a sabatina do Poder Legislativo (artigo 84, XIV c/c 52, III, "f"). Isso porque há uma interferência política indevida do Chefe do Poder Executivo para além de seu mandato, gerando dificuldades para a implementação de seu plano de governo e do plano de seu sucessor, sufragados nas urnas, nos setores regulados pelas agências.

A relevância da discussão liga-se diretamente à relevância do papel das agências reguladoras, que por meio de seus dirigentes máximos, traz reflexos para a sociedade, notadamente os usuários de serviços públicos, para a iniciativa privada e para o próprio Estado. Sua atuação traz consequências para a evolução ou estagnação dos setores regulados.

Como exemplo do poder das agências, é possível citar o papel de poder concedente da ANATEL, a quem compete "editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público" (artigo 19, V, 9.472/1997). Assim, a própria agência delega a prestação do serviço de telecomunicações sem que seja ela, diretamente, a titular desse direito. No caso da ANEEL, por sua vez, compete definir as tarifas das concessionárias de geração hidrelétrica (artigo 3º, XXI, Lei 9.427/1996). A Lei 9.478/1997 estabelece em seu artigo 8º, I, que a ANP deve implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás, contida na política energética nacional. Essas políticas são propostas ao Presidente da República pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, nos termos do art. 2º da mesma Lei. As citadas Leis da ANEEL (Lei nº 9.427/96) e da ANATEL (Lei nº 9.472/97) contêm disposições semelhantes.

Nesse último exemplo, avulta a relação de dependência entre as propostas do Poder Executivo e a sua implementação pelas agências. O grande problema é o de que se não houver uma afinidade política entre esses, as propostas para o setor acabam sendo negadas. A situação complica-se ainda mais, pois, segundo Luís Roberto Barroso, as leis criadoras das agências não preveem o recurso hierárquico impróprio contra suas decisões, dirigido à administração direta, "sendo em princípio inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político (Ministro ou Secretário de Estado)"

(BARROSO, 2002: 301- 302). Desta feita, descartada a via do recurso hierárquico impróprio, conclui-se que a possibilidade de controle do executivo sobre as ações dos dirigentes das agências limita-se à escolha de seus diretores e, como o mandato desses, em regra, estende-se além do mandato do Presidente da República que os nomeou, a ausência de sintonia política impede a execução de diversas propostas.

Cumpramos enaltecermos que a não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com os mandatos dos chefes do executivo gera polêmicas na doutrina.

Alguns autores entendem não haver qualquer inconstitucionalidade nessa previsão legal, já que os dirigentes são independentes e responsáveis por decisões técnicas (e não políticas), além dos órgãos colegiados das agências serem formados por “várias correntes de pensamento da sociedade”, o que garantiria a legitimidade (SOUTO, 2005).

Além disso, para esses autores, a desvinculação da coincidência dos mandatos dos dirigentes de agências reguladoras com o mandato do Presidente da República implicaria a redução da formação de expectativas dos produtores em relação a eventuais aumentos dos custos de transação, envolvidos na negociação da melhoria de uma falha de mercado. Na sua ausência, os produtores poderiam vir a se preocupar por ocasião do processo eleitoral com uma eventual ruptura contratual, que viria a ter impacto desfavorável na estabilidade necessária para a atratividade dos investimentos. Destarte, desvincular a nomeação dos dirigentes do processo eleitoral concorre para o objetivo de mitigar os riscos regulatórios, tornando a regulação estável.

Numa linha que parece ser intermediária entre as correntes aqui esposadas, Leila Cuéllar assinala que:

"Embora se pretenda garantir a autonomia das agências também através da limitação das hipóteses de exoneração de seus diretores, parece-nos que a impossibilidade de demissão 'ad nutum' dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o princípio da República, ao possibilitar que pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior. Sabemos que esta afirmação é perigosa, pois pode vir a desnaturar um pouco a independência que se quer conferir aos entes reguladores. Porém, note-se que a independência da agência não deriva do

ato de nomeação de seu dirigente, mas das garantias quanto ao exercício das prerrogativas que são atribuídas à entidade. Dessa forma, e rigorosamente, a singela substituição do presidente por sujeito que apresente afinidades técnico-políticas com o projeto social (e econômico) da Presidência da República (no caso de agências federais) não implicaria agressão à prestigiada independência das agências reguladoras. Assim, no intuito de reforçar e resguardar a independência política que se pretende conferir às agências, talvez fosse oportuno que se estabelecesse uma 'regra fixa' acerca da substituição dos seus diretores, de governo a governo" (CUÉLLAR, 2001, pp. 99-100).

Para a autora, no entanto, a alteração do titular do cargo não viola a independência da agência. Esta continua a ser independente, vez que as demais características relativas à independência permanecem as mesmas. Assim, a independência das agências reguladoras, sustentada pela estabilidade de seus dirigentes, tem como fundamento a presunção absoluta de que as decisões desses dirigentes, ao contrário daquelas tomadas pelos políticos eleitos, têm motivação estritamente técnica e são isentas de eventuais interesses eleitorais. Busca-se, com o instituto da estabilidade, em última análise, "proteger" a sociedade dos governantes por ela eleitos.

Não obstante, entendemos que a melhor doutrina repousa em autores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Roberto Grau. Esses autores defendem que a não coincidência contraria o princípio republicano que estabelece a temporariedade dos mandatos políticos, pois permite que os governantes derrotados nas urnas continuem a exercer influência sobre o governo sucessor.

O renomado jurista Celso Antônio Bandeira da Mello, ao tempo da criação das agências reguladoras, chegou a dizer que seria um "golpe eleitoral", já que teria como escopo permitir que o governo perdedor nas urnas continuasse a ditar os rumos do país, nos setores mais estratégicos da economia. Destarte, restaria violado o caráter temporário dos mandatos, um dos princípios mais caros da república.

Nas palavras do autor, a não coincidência seria ilegítima,

"pois retira o poder do povo, nas eleições, de escolherem seus dirigentes (...) é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente (...). Em última



instância, seria uma fraude contra o próprio povo (...). Com isto, mesmo derrotados no pleito eleitoral, persistiriam gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando à atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a ideia de Democracia e de República (...). O novo Governo poderá sempre expelir livremente os que os vinham exercendo" (MELLO, 2002, p. 152).

Na mesma linha, este autor sustenta ainda o seguinte:

"Questão importante é a de saber-se se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se além de um mesmo período governamental. Parece-nos evidentiíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente. Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança, garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da ANATEL é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio (...). Veja-se a que absurdos conduziria interpretação diversa da ora apresentada como correta: para prolongar a orientação que quisesse imprimir à Administração Pública, inibindo a sobrevivência de diretrizes novas próprias dos que ascendessem nas eleições sucessivas, bastaria ao grupo no Poder transformar todos os principais setores administrativos em entidades comandadas por dirigentes com mandatos. Com isto, mesmo derrotados no pleito eleitoral, persistiriam gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando a atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a ideia de Democracia e de República" (MELLO, 2002, pp. 153-154).

### **3.3.2. A segunda onda regulatória: Os problemas enfrentados pelo Governo Lula**

Neste item, buscamos demonstrar como as consequências abstratamente tratadas no item 3.1.1 podem ocorrer na prática. Isto é, objetivamos demonstrar o quão relevante é a nossa discussão, através de problemas concretamente vivenciados pelo Brasil, os quais poderiam ter sido evitados com a coincidência dos mandatos.

Na esfera federal, a autonomia das agências passou a ser questionada a partir de 2003, ano em que tomou posse Luís Inácio Lula da Silva (Lula), do partido dos Trabalhadores (PT). Até esse momento, com a reeleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) para um segundo mandato, a não coincidência de mandatos dos dirigentes e do chefe do poder executivo não havia suscitado grandes questionamentos.

Porém, em 2003, Lula se viu diante de um quadro em que todos os dirigentes das agências reguladoras haviam sido nomeados pelo ex-presidente FHC. Nesse momento, Lula deu diversas declarações em que criticava a atual sistemática, afirmando que as agências mandariam no país ou terceirizariam o poder político. Outrossim, constituiu uma comissão interministerial com o fito de elaborar um projeto de lei que instituisse mudanças no desenho institucional das agências.

Segundo Maria Mota Prado, teria ocorrido o que ela chamou de um “*accountability mismatch*” indesejado, ou seja, “um risco, que posteriormente se concretizou, de que as agências acabassem implementando políticas que não favoreceriam o resultado eleitoral do governo Lula” (PRADO, 2006, p. 240).

Nesse contexto,

“As declarações e medidas do governo geraram um debate público na mídia sobre a importância das agências independentes e a necessidade de garantir sua independência. Matérias de jornal, editoriais, e todo tipo de manifestações públicas chegaram à imprensa. Muitas dessas opiniões eram favoráveis à independência das agências reguladoras e contrárias às propostas de reforma. Algumas opiniões concordavam com a ideia de que agências deveriam ser melhor controladas pelo congresso e pelo judiciário, mas eram contrárias à ideia de diminuir a independência das agências em relação ao Presidente” (PRADO, 2006, p. 242).

Consoante assinala Prado, nenhum Presidente quer ser responsabilizado por medidas impopulares tomadas pelas agências. Nesse contexto, a forma como é composta a direção de uma agência pode modificar a probabilidade de implementação de medidas impopulares. Senão vejamos:

“Apesar das políticas populares e impopulares serem dois lados de uma mesma moeda, é razoável assumir que em alguns cenários há maior probabilidade das agências implementarem políticas (...) contrárias à agenda política de um determinado governo. Esse será o caso, por exemplo, quando há uma derrota nas eleições presidenciais, mas as agências reguladoras estão totalmente compostas por nomeações do governo anterior” (PRADO, 2006, p. 243).

Como exemplo, salienta-se que FHC nomeou, em seu último ano de mandato, os dirigentes da ANEEL, detentores de mandatos fixos de 4 anos. Isso fez com que os dirigentes permanecessem durante todo o primeiro mandato do Governo Lula, situação passível de gerar um eventual engessamento das propostas para o setor de energia elétrica.

O ex-presidente Lula, por sua vez, em seu primeiro ano de mandato, retirou as atribuições excessivamente outorgadas à ANEEL, diminuindo as atribuições técnicas, através das medidas provisórias nº 144/03 (convertida posteriormente na Lei nº 10.848/2004) e nº 145/2003 (convertida posteriormente na Lei nº 10.847/2004). Com as modificações, a então ministra de Minas e Energia, Dilma Rousseff, pôde atuar de maneira mais eficiente em seu mister.

Quanto à ANATEL, por meio do decreto nº 4.635/2003 (artigo 2º, “b”)<sup>17</sup>, Lula criou a Secretaria de Telecomunicações dentro do Ministério das Telecomunicações, para orientar, acompanhar e supervisionar a atuação da ANATEL.

Lula também invocou a regra do artigo 5º da Lei nº 9.986/2000 para substituir Luiz Guilherme Schymura por Pedro Jaime Ziller na presidência da ANATEL, antes do término do mandato do primeiro. A medida significou, praticamente, uma vedada exoneração *ad nutum*, mas não gerou questionamentos. Nesse diapasão, Prado entende que, malgrado haver uma estabilidade formalmente reconhecida, o

---

<sup>17</sup> Este decreto foi posteriormente regulado pelo Regimento Interno do Ministério das Telecomunicações, nos artigos 241 a 249.

“Presidente pode encontrar modos de ‘convencer’ os diretores das agências que foram nomeados pelo governo anterior a deixar o cargo, deixando aberta uma vaga que será preenchida com um nome indicado pelo atual Presidente” (PRADO, 2006, p. 229). Esse fenômeno, conhecido como “*throwing the towel*” [em tradução livre: jogando a toalha] nos EUA, por óbvio, não é desejável e nem se afigura legítimo, podendo ser evitado com a sugestão de *lege ferenda* do item 4.1.

Desse modo, o governo procurou deixar claro que as decisões políticas cabem à cúpula do Poder Executivo, cabendo às agências definirem a aplicação técnica das matérias referentes ao setor. Com tais medidas (projeto de lei, medidas provisórias e decreto), “o Poder Executivo poderia estar dizendo que os atos contra as preferências governamentais de políticas públicas poderiam ser punidos com severas medidas estruturais”. Ocorre que tal mudança “poderia afastar investimentos privados que são necessários para a provisão e expansão de serviços de infraestrutura” (PRADO, 2006, p. 249).

Diante do exposto, fica claro que os esforços envidados pelo governo Lula para tentar contornar os problemas advindos da ausência de afinidade política com os dirigentes das agências não se mostraram os melhores. Tentar diminuir o poder das agências, promover exoneração *ad nutum*, ou criar embates políticos diretos não se mostram a melhor solução. É por isso que insistimos que toda a problemática – que poderá se repetir sempre que houver a posse de um Presidente de partido de oposição – poderia ser evitada se houvesse coincidência dos mandatos, como melhor demonstraremos a seguir.

## 4. DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Nesse capítulo, abordaremos soluções para o déficit oriundo da não coincidência dos mandatos acima tratada, com vistas ao fortalecimento democrático – tanto no que tange a democracia representativa quanto deliberativa – das agências reguladoras. Nossas sugestões têm por escopo o aperfeiçoamento da atuação das agências no cenário brasileiro, na medida em que, buscarmos formas de aprimoramento, estaremos enfatizando sua importância.

### 4.1. Fortalecimento da democracia representativa: sugestão de *lege ferenda* para a duração dos mandatos dos dirigentes

A grande questão que se coloca no presente trabalho, a respeito da legitimidade democrática das agências, atem-se à não coincidência entre os mandatos dos dirigentes das agências e o mandato do chefe do Poder Executivo nomeante.

Tal situação pode fazer com que o novo chefe do Poder Executivo, cujos planos de governo foram sufragados nas urnas, tenha dificuldade de implementá-los, ante eventual descompasso com o colegiado de dirigentes de determinada agência.

A não coincidência pode revelar-se como meio de perpetuação da influência política do governante para além de seu mandato, através do poder dos dirigentes por ele nomeados nos setores de maior relevo para a sociedade e a economia.

No pensar de Gustavo Binjenbojm, um dos focos de tensão gerados pela estrutura regulatória brasileira é o da “tensão com o regime democrático”, primordialmente ante a “circunstância de estarem investidos em mandatos a termo que ultrapassem os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos” (BINENBOJM, 2006, p.97).

Já que o PL 3.337/2003 e a PEC 81/2011<sup>18</sup> não está mais em discussão e não havendo uma legislação geral e suficiente sobre o tema, propomos uma sugestão de *lege ferenda*, isto é, a ser implementada mediante a edição de lei sobre

---

<sup>18</sup> Cf. item 5.2

a matéria. Consoante pensamos, duas soluções se mostrariam plausíveis. A primeira seria a previsão legal de mandatos de quatro anos para os dirigentes das agências reguladoras, começando juntamente com o mandato do chefe do Poder Executivo nomeante.

Assim, em seu primeiro ano de mandato, teria o detentor do mandato eletivo a incumbência de nomear os dirigentes das mais diversas agências. Através deste simples expediente, evitar-se-ia toda a problemática por nós apontada ao longo dessa obra.

Como outra solução, poder-se-ia sustentar mandatos de dois anos, permitida uma recondução por igual período, para todos os dirigentes de todas as agências. Os mandatos deveriam ser iniciados concomitantemente aos mandatos dos chefes do Poder Executivo nomeante, após a sabatina do Poder Legislativo, evitando-se, destarte, a não coincidência dos mandatos.

Com isso, dois problemas seriam evitados. O primeiro, relativo ao chefe do Poder Executivo nomeante, que contaria, durante todo o seu mandato, com a ajuda técnica dos dirigentes por ele escolhidos, a ensejar o desenvolvimento mais eficiente das propostas para o setor regulado.

O segundo, relativo aos dirigentes escolhidos, os quais, trabalhando ao lado do chefe do Poder Executivo nomeante, ficariam livres para atuar no setor, despreocupados com eventual oposição política. É dizer, não haveria qualquer preocupação por parte do dirigente em se coadunar com as novas propostas políticas do novo governante, além de não haver qualquer embate que pudesse desvirtuar a atuação de seu real objetivo: a regulação técnica do setor. Privilegia-se, portanto, a legítima atuação técnica dos dirigentes das agências reguladoras.

Restaria afastado, também, o *accountability mismatch* indesejado de que aduzimos no item 3.3.2, tendo em vista que o chefe do Poder Executivo, provavelmente, não precisará envidar maiores esforços para ser responsabilizado por medidas populares tomadas pelas agências.

Para aqueles que defendem que a não coincidência é forma de estabilidade dos dirigentes<sup>19</sup>, já deixaremos assente que a solução não diminui, de modo algum, essa importante e necessária estabilidade. Isso porque, uma vez escolhido o

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, dentre outros: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico**. 1 ed. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 103.

dirigente, permanecerá a impossibilidade de sua exoneração “*ad nutum*”. É dizer, o dirigente só poderá perder o mandato nas hipóteses estritamente legais.

Outrossim, forçoso concluir que a coincidência evitaria, até mesmo, que se propusesse ou se defendesse a possibilidade do novo governante, quando do início de seu mandato, exonerar os dirigentes escolhidos pelo governante anterior, partindo-se do pressuposto, aqui defendido, de que a não coincidência pode gerar estagnação de propostas para o setor.

Isso porque, em tese, podem ser defendidas outras soluções, por nós rechaçadas. Poder-se-ia alegar, por exemplo, que o problema da não coincidência se resolve com a possibilidade de exoneração dos dirigentes, quando do novo governo ou com a previsão de eleições para os dirigentes. Tais soluções não se coadunam com a necessária estabilidade que devem ostentar os dirigentes das agências e nem mesmo com os princípios e regras que norteiam as agências.

Insta deixar claro, portanto, que defendemos a impossibilidade de exoneração *ad nutum*, bem como a ausência de eleição para os dirigentes das agências, com fulcro na chamada teoria dos poderes neutrais<sup>20</sup>. Com efeito, as agências devem estar caracterizadas por uma necessária *isenção e independência (autonomia reforçada)*. *Isenção* ante às pressões políticas, a fim de que possam concretizar sua atuação na defesa e promoção dos direitos dos administrados, o que, como numa via de mão dupla, viabiliza a participação popular na tomada de decisões das agências.<sup>21</sup> *Independência*, em relação à Administração Pública Direta, tanto *orgânica* quanto *administrativa*, a qual “deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental e não um instrumento de política de um governo” (MARQUES NETO, 2009, p. 72).

Com relação à estabilidade dos dirigentes, um dos instrumentos de independência orgânica das agências, Marques Neto preceitua que:

“Essa estabilidade assegura, em última instância, que o órgão regulador poderá exercer suas competências sem estar ameaçado de ter sua atuação interrompida por ato de vontade dos dirigentes do poder central” (MARQUES NETO, 2009, p. 74).

*Ad argumentandum tantum*, a não coincidência é apenas um dos mecanismos de independência das agências reguladoras, o qual, num juízo de ponderação

---

<sup>20</sup> Cf., a respeito da teoria dos poderes neutrais, o item 3.2.

<sup>21</sup> A participação popular será analisada no item 4.2.2.

(princípio da proporcionalidade) deve, sob esse aspecto apenas, ceder espaço ao Princípio da Democracia Representativa.

Por cautela, insta deixar claro que a sugestão ora proposta poderia levantar a seguinte indagação: mas isso não levaria à coincidência dos mandatos dos dirigentes de uma mesma agência?

Como esposado alhures, o legislador federal tem previsto mandatos descoincidentes entre os dirigentes de uma mesma agência (vide artigo 7º da Lei nº 9.986/00). Quanto à essa previsão, estamos em total acordo, ante a sua importância para a imparcialidade e neutralidade da atuação das agências. Porém, esse é um “preceito de *soft law*, que pode ser excepcionado pela legislação superveniente (...)” (CUÉLLAR, 2008, p. 89), de modo que, malgrado não discordarmos da previsão, se necessário, não haveria problemas nefastos em seu afastamento. Tal afastamento poderia ser necessário, tendo em vista que se todos os dirigentes iniciarão seus mandatos juntamente com o chefe do Poder Executivo, invariavelmente terão que iniciá-los na mesma data e com a mesma duração.

Por outro lado, poder-se-ia sustentar na coincidência apenas do mandato do Presidente ou Diretor – Geral da agência e do chefe do Poder Executivo nomeante, na esteira do que havia sido proposto no artigo 26 do PL 3.337/2003<sup>22</sup>, hoje retirado. Isso porque as decisões de maior relevo incumbem ao Presidente ou Diretor-Geral, recaindo sobre essas todas as discussões trazidas à baila.

Também por cautela, salientamos que não concordamos com o argumento de necessidade de duração do mandato do Presidente ou Diretor-Geral para além do mandato do nomeante, invadindo o próximo governo, para que possam concluir assuntos pendentes.<sup>23</sup> Afinal de contas, o Presidente ou Diretor-Geral possuem

<sup>22</sup> ‘Art. 26. A Lei nº 9.986, de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 5º:

.....  
 § 1º O Presidente, o Diretor-Geral ou o Diretor Presidente terá mandato de quatro anos e somente poderá perder o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. § 2º O regulamento de cada Agência disciplinará a substituição do Presidente, do Diretor Geral ou do Diretor Presidente em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou, ainda, no período de vacância que anteceder a nomeação de novo Presidente, Diretor-Geral ou Diretor Presidente. § 3º O mandato do Presidente, do Diretor-Geral ou do Diretor-Presidente encerrar-se-á entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República.’ (NR)” Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3F0A6194A961845FD8833E972E1D85BA.node1?codteor=210114&filename=PL+3337/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3F0A6194A961845FD8833E972E1D85BA.node1?codteor=210114&filename=PL+3337/2004)> Acesso em: 13/05/2013, 12: 09:08.

<sup>23</sup> Assim entendem NETO e CORREA (2006, p. 213).



mandatos fixos e preestabelecidos para organizar sua agenda e concluí-la até o final do mandato.

## **4.2. Fortalecimento da democracia deliberativa**

Em reforço e de forma cumulativa à sugestão de *lege ferenda*, que busca o fortalecimento da democracia representativa, propomos agora duas sugestões voltadas à democracia deliberativa ou participativa.

### **4.2.1. O sistema do *accountability* no direito brasileiro**

Há, em relação às agências, como ocorre em qualquer entidade da Administração Pública Indireta ou Descentralizada, um controle chamado “tutela”, exercido pela Administração Pública Direta ou Centralizada (pelo Chefe do Poder Executivo, Ministérios etc.). Esse controle, que deve ser legalmente previsto, é finalístico e não se confunde, de modo algum, com o controle hierárquico existente entre a Administração Direta ou Indireta e seus respectivos órgãos.

As entidades da Administração Indireta e, *a fortiori*, as agências reguladoras têm autonomia (e no caso das agências, como visto, uma autonomia reforçada ou independência) para tomar suas próprias decisões que, na seara administrativa, são no mais das vezes, discricionárias, vale dizer, concentram-se num juízo de conveniência e oportunidade privativo do administrador público.

Diz-se *accountable* um governo se os cidadãos são capazes de julgar e sancionar os agentes políticos de acordo com o resultado das políticas públicas por ele implementadas (BINENBOJM, 2006, p. 92).

A discricionariedade presente na Administração Pública, mormente nas agências reguladoras, consiste, nas palavras de Nigro, citado por Odete Medauar:

“no poder-dever de representar fiel e completamente todos os fatos e de levar em conta todos os interesses envolvidos: ter em conta não é só considerar, mas atribuir a cada um o seu peso” (Nigro *apud* MEDEAUR, 1992, p. 187).

Visto isso, podemos afirmar que a discricionariedade nas agências legitima-se por meio de dois instrumentos principais, explicitados nesse e no próximo item.

Em primeiro lugar, a discricionariedade pode ser controlada por meio da prestação de contas, por parte dos dirigentes, a um órgão legislativo, o que se insere no conceito *accountability*.

Nesse diapasão, cumpre aduzirmos que a nova Resolução do Senado Federal (Resolução nº 4/2013)<sup>24</sup> e a PEC 89/2011<sup>25</sup> em tramitação, também no Senado, tratam da previsão, no direito brasileiro, do *accountability* (controle, prestação de contas e responsividade), de tradição norte-americana. Ressalta-se que a referida PEC já possui, inclusive, parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal<sup>26</sup>.

A prestação de contas fortalece a legitimidade democrática das agências. Isso porque ensejam o controle da discricionariedade técnica que lhes é conferida, tornando sua atuação consentânea com os anseios da sociedade. A partir dessa previsão, a nosso ver, passa a existir um maior controle e participação da sociedade, representada no Poder Legislativo, aumentando, claramente, o grau de legitimidade das decisões técnicas tomadas.

Em que pese a palavra “controle” pareça diminuir a independência (ou autonomia reforçada) das agências, na verdade, ocorrerá um fortalecimento da eficiência e legitimidade de sua atuação. Uma maior inserção na estrutura e

<sup>24</sup> “O Senado Federal resolve: Art. 1º O Regimento Interno do Senado Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos: ‘Art. 96-A. Os dirigentes máximos das agências reguladoras comparecerão ao Senado Federal, em periodicidade anual, para prestar contas sobre o exercício de suas atribuições e o desempenho da agência, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências. Parágrafo único. O comparecimento de que trata o caput ocorrerá em reunião conjunta da comissão temática pertinente e das Comissões de Assuntos Econômicos e de Constituição, Justiça e Cidadania.’ ” Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextolIntegral.action?id=246774&norma=266456>> Acesso em: 22 de maio de 2013, 13:08:00.

<sup>25</sup> “PEC 89/2011: Acrescenta § 2º ao art. 52 da Constituição Federal, para estabelecer que os titulares de cargo público que por determinação legal devam ter sua escolha aprovada previamente pelo Senado Federal - art. 52, inciso III, alínea f, da CF - deverão comparecer ao Senado Federal, anualmente, para prestar contas de suas atividades nos respectivos órgãos ou entidades, conforme o disposto no Regimento Interno.” Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=102292](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102292)> Acesso em: 22 de maio de 2013, 16:07:00.

<sup>26</sup> “III – VOTO Em face de todo o exposto, somos pela constitucionalidade e juridicidade e, no mérito, pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 89, de 2011, nesta Comissão. Sala da Comissão, 12 de dezembro de 2012 Senador EUNÍCIO OLIVEIRA, Presidente Senador ANIBAL DINIZ, Relator.” Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=102292](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102292)> Acesso em: 22 de maio de 2013, 14:09:00.

funcionamento da administração pública. Uma atuação mais democrática. Tal só contribui para enaltecer ainda mais a sua importância para a economia e a sociedade.

#### 4.2.2. A participação popular

Inicialmente, cumpre deixarmos assente que as decisões dos dirigentes legitimam-se através da previsão constitucional, legal e regulamentar de participação popular. Constitucionalmente, há a previsão, no artigo 37, § 3º (redação dada pela EC 19/98), do que alguns doutrinadores chamam de Princípio da Participação, *in verbis*:

“Art. 37. § 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I – reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II – o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos do governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

Na legislação atinente às agências, há previsão de consultas (através de peças formais) e audiências (debates orais) públicas anteriores à tomada de decisões pelas agências. Apenas para dar alguns exemplos, citamos os artigos, 4º, § 3º, da Lei da ANATEL (Lei nº 9.427/96); 19,III; 39; 42; 89, II e 195 da Lei da ANATEL (Lei nº 9.472/97); 18 da 9.478/97 da Lei da ANP (Lei nº 9.478/98) e 68 da Lei da ANTT e ANTAQ (Lei nº 10.233/01)<sup>27</sup>. Há, ainda, dispositivos regimentais e regulamentares que preveem tais formas de participação.

Eis aí uma das maneiras mais eficazes de conferir legitimidade às decisões discricionárias tomadas pelos dirigentes das agências. É dizer, convocam-se os

---

<sup>27</sup> Cf. quanto à ANATEL o Sistema de Acompanhamentos de Consultas Públicas (SACP). Disponível em: <<https://sistemas.anatel.gov.br/sacp/>>. Na ANEEL, cf. <<http://www.aneel.gov.br/12.htm>>. Quanto à ANTAQ, cf. anúncio de audiências públicas em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/Audiencia.htm>>.

titulares dos interesses em jogo para direcionar o sopesamento de interesses necessário à tomada de decisões.

Esse mecanismo, que sobremaneira se coaduna com a teoria comunicativa de Jürgen Habermas, exposta em 3.1, ameniza o natural déficit democrático que existe em qualquer agência reguladora que impeça a exoneração “*ad nutum*” de seus dirigentes.

Nesse diapasão, assume relevo a previsão legal de ouvidorias nas leis de regência da ANATEL, ANTT e ANTAQ (respectivamente, artigos 45 da Lei nº 9.472/1997 e 63 da Lei nº 10.233/2001) ou da nomeação de um Diretor com função de ouvidor na ANEEL (artigo 4º, § 1º da Lei nº 9.472/1996 e artigo 8º, § 1º do Decreto nº 2.335/1997). Conforme lecionam Caio Mário S. Pereira Neto e Paulo Correa, “o ouvidor (*ombudsman*) servirá como ferramenta de transparência e prestação de contas, disseminando informações sobre as agências e exercendo pressão para a solução de demandas” (PEREIRA NETO & CORREA, 2006, p. 210).

Ressalta-se que o PL 3.337 tinha como proposta a criação de ouvidorias independentes também para a ANEEL, para a ANP e para a ANA<sup>28</sup>, o que, segundo pensamos, também seria uma questão a ser implementada, por lei federal, para todas as agências reguladoras federais.

Além disso, também entendemos que seria interessante a previsão legal de que as reuniões deliberativas sejam abertas a toda a comunidade.

Conclui-se que a participação popular<sup>29</sup>, ao fortalecer a democracia deliberativa, torna-se capaz de estabelecer a conexão necessária entre o regulador e a sociedade, a culminar numa maior aceitabilidade das decisões tomadas na regulação independente.

---

<sup>28</sup> “Art. 30. Fica criado, na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, na Agência Nacional do Petróleo – ANP, e na Agência Nacional de Águas - ANA, o cargo de Ouvidor. Parágrafo único. Para o atendimento do disposto no caput, ficam criados, em cada uma das Agências Reguladoras ali referidas, um cargo de Gerência Executiva – CGE II, um Cargo Comissionado de Assistência - CAS-II e um Cargo Comissionado de Técnico - CCT-IV.17.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>> Acesso em : 13 de maio de 2013, 14:12:09.

<sup>29</sup> Para instituí-la de forma mais eficiente, poderíamos seguir exemplos que, há muito, já vêm sendo concretizados nos EUA, com previsão no *Administrative Procedure Act (APA)*, *Section 553*

## 5. APONTAMENTOS FINAIS

Por derradeiro, analisaremos, brevemente, duas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal relacionadas ao tema do presente trabalho. Além disso, já caminhando para a conclusão, abordaremos a necessidade de uma previsão legal e constitucional suficiente acerca das agências reguladoras, ante o arquivamento da PEC 81/2003, no final da legislatura de 2011, e da retirada do Projeto de Lei 3.337/04, em 2013.

### 5.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema

Primeiramente, cumpre colacionarmos a redação da súmula 25 do Supremo Tribunal Federal:

“A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia.”

O entendimento sumulado baseou-se numa linha que vinha sendo defendida pelo Supremo Tribunal Federal, casos dentro os quais se destaca o MS 8.693-DF, julgado em 17 de novembro de 1961.

No referido mandado de segurança, discutia-se a possibilidade de exoneração *ad nutum*, vale dizer, sem justificativa, dos dirigentes das agências reguladoras, tendo em vista que o impetrante, nomeado para cargo de quatro anos, havia sido exonerado antes do termo final do mandato.

Segue a ementa do acórdão:

“EMENTA: Institutos autárquicos. Nomeação e exoneração de membros de suas diretorias, presidentes e conselheiros – Constituição Federal vigente, artigo 87, V, dispositivos equivalentes da Carta de 1937 e da Constituição de 1934. Inteligência. Poder de exonerar implícito no de nomear. Mandato por tempo certo. Inocorrência. Cargos em comissão ou de confiança. Demissibilidade *ad nutum*. Programa político, social e econômico do Governo. Execução e controle do Poder Executivo. Denegação do mandado de segurança.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. **MS nº 8.693-DF**. Relator: Ministro Ribeiro da Costa, Brasília, 17 de novembro de 1961. Disponível em:

Consoante se depreende da Ementa, o entendimento vencedor foi o de possibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes, como se estes fossem cargos de confiança como tradicionalmente conhecemos. Decerto, tendo em vista a necessidade de independência orgânica das agências esse entendimento não deve prevalecer – como não prevaleceu. A exoneração desmotivada contraria a neutralidade e capacitação técnica que deve nortear a atuação dos dirigentes.

Lado outro, na ADI nº 1.949-RS<sup>31</sup>, proposta pelo Governador do Rio Grande do Sul, com pedido liminar, pretendeu-se a suspensão da eficácia dos artigos 7º e 8º da Lei Estadual nº 10.931/97, com redação pela Lei n. 11.292/92<sup>32</sup>.

Nesse julgado, o Ministro Nelson Jobim concluiu que a Súmula nº 25 do STF acima referida não encontraria guarida no presente caso. Nesse diapasão, aduziu que o MS 8.693 foi julgado sob a égide da Constituição de 1946, o que fez com que o Supremo concluísse que apenas a própria Constituição poderia prever restrições ao poder de nomear e exonerar do Presidente. Tal pensamento, ressaltou, não se coaduna com a novel previsão constitucional.

Nesse mesmo sentido, entendeu o Supremo, majoritariamente, que os dirigentes apenas poderiam ser demitidos por decisão motivada do chefe do Poder Executivo. Vale dizer, desde que existissem motivos contrários ao interesse público e especificamente claros, poderia existir uma demissão motivada por parte do Governador, independentemente de decisão da Assembleia Legislativa. Passou-se a admitir, destarte, a constitucionalidade de previsão legal de restrições à livre exoneração, pelo chefe do Poder Executivo, dos dirigentes das agências reguladoras.

O escopo de trazer à baila tais decisões é a de demonstrar que já houve preocupação do STF acerca do tema relativo à coincidências dos mandatos, ainda que indiretamente. Muito provavelmente a solução dada pelo STF, hoje, à luz da

---

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83555>> Acesso em: 24 maio 2013, 17:13:00.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 1.949-0**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347344>> Acesso em: 24 maio 2013, 16:34:00.

<sup>32</sup> “Art. 7º - O Conselheiro terá mandato de 4 (quatro) anos, será nomeado e empossado somente após aprovação de seu nome pela Assembleia Legislativa, devendo satisfazer, simultaneamente as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 11.292/98) omissis  
Art. 8º - O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembleia Legislativa. (Redação dada pela Lei nº 11.292/98)”.

Constituição Federal de 1988, seria diversa, de sorte que os casos aqui colacionados tiveram cunho ilustrativo.

Segundo pensamos, a preocupação levada a efeito no MS 8.693 foi, por óbvio, legítima, inobstante a solução que defendemos ser oposta. É dizer, o fim do problema da não coincidência dos mandatos não está, de nenhuma maneira, na possibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes quando da eleição de um novo governante, mas, talvez, na solução por nós proposta no capítulo anterior.

## **5.2. O arquivamento da PEC 81/2003 e a retirada do Projeto de Lei 3.337/04: a necessidade de uma lei geral**

Por todo o exposto até aqui, forçoso concluir pela imprescindibilidade de uma lei geral que trate, detalhadamente, dos aspectos atinentes à categoria das agências reguladoras, mormente quanto ao mandato de seus dirigentes.

A desejável “lei geral” (ou lei quadro) teria por respaldo constitucional o artigo 37, XIX, da Constituição Federal que dispõe que a criação de autarquias deve se dar por lei específica, o que, implicitamente, denota a possibilidade de uma lei específica também alterar seu regime jurídico. Tal lei deveria, ainda, ser de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, com fulcro no artigo 61, § 1º, II, ‘e’ da Constituição Federal.

Assim ocorreu com o projeto de lei 3.337/04, de iniciativa do ex-presidente Lula, mas que foi retirado, a pedido da atual presidente Dilma<sup>33</sup>.

Quanto ao mandato de dirigentes, o projeto propunha uma unificação dos mandatos, de quatro anos, para os gestores das agências, permitida uma recondução. Especificamente para o mandato do Presidente, Diretor-Geral ou Diretor Presidente, o projeto previa que este esgotar-se-ia no primeiro semestre do segundo ano de mandato presidencial.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Cf. Mensagem presidencial nº 90/2013. Brasília, 13 de março de 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1065968&filename=MSC+90/2013+%3D%3E+PL+3337/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1065968&filename=MSC+90/2013+%3D%3E+PL+3337/2004)> Acesso em: 13 de maio de 2013, 13:43:09.

<sup>34</sup> “Art. 26. A Lei nº 9.986, de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 5º:

.....  
 § 1º O Presidente, o Diretor-Geral ou o Diretor Presidente terá mandato de quatro anos e somente poderá perder o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. § 2º O regulamento de cada Agência disciplinará a substituição do Presidente, do Diretor Geral ou do Diretor Presidente em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou, ainda, no período de vacância que anteceder a nomeação de novo Presidente, Diretor-Geral ou Diretor Presidente. § 3º O mandato do Presidente, do Diretor-Geral ou do Diretor-

O projeto ainda propunha o deslocamento dos poderes de outorgar serviços públicos e de desenhar contratos administrativos, que pertencem às agências, para os Ministérios. O objetivo era fazer com que as agências cuidassem da regulação e os Ministérios da elaboração de políticas públicas. O escopo do projeto era, portanto, retirar determinados poderes das agências reguladoras, até como uma forma de reação de Lula aos óbices que enfrentou no início de seu primeiro mandato.

Com base nas declarações da atual Presidente Dilma acerca da retirada do projeto<sup>35</sup>, parece-nos perceptível que o objetivo, hoje, é o de fortalecer o poder das agências e não diminuí-los como queria Lula com o projeto de lei. Sob esse aspecto, concordamos plenamente com a retirada do projeto, é dizer, o deslocamento se determinados poderes aos Ministérios contraria a neutralidade e técnica necessárias à regulação independente.

Ressalta-se que, no final da legislatura de 2011, também foi arquivada a PEC 81/2003<sup>36</sup>. A referida PEC<sup>37</sup> instituiria previsão literal das agências reguladoras e

Presidente encerrar-se-á entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República.' (NR)" Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3F0A6194A961845FD8833E972E1D85BA.node1?codteor=210114&filename=PL+3337/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3F0A6194A961845FD8833E972E1D85BA.node1?codteor=210114&filename=PL+3337/2004)> Acesso em: 13/05/2013, 12: 09:08.

<sup>35</sup> Cf. a respeito: <<http://oglobo.globo.com/pais/dilma-fundamental-retirar-influencia-politica-profissionalizar-agencias-reguladoras-7857567>>;

<<http://oglobo.globo.com/pais/enquanto-partidos-da-base-cobram-cargos-nas-agencias-reguladoras-dilma-congela-indicacoes-7845423>>; <<http://www.brasil247.com/pt/247/poder/96318/>>

<sup>36</sup> Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=3678&seqPaginalInicial=1&seqPaginaFinal=118>> Acesso em: 14/05/2013, 14:07:00.

<sup>37</sup> "PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 81, 2003. (redação ao segundo turno) Acrescenta o art. 175-A à Constituição Federal para fixar os princípios da atividade regulatória. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional: Art. 1º O Capítulo I do Título VII da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte art. 175-A: 'Art. 175-A. As agências reguladoras, entidades sujeitas ao regime autárquico especial, destinadas ao exercício de atividades de regulação e fiscalização, inclusive aplicação de sanções, com vistas ao funcionamento adequado dos mercados e da exploração e prestação dos serviços e bens públicos em regime de autorização, concessão ou permissão, harmonizando interesses de consumidores, do poder público, empresas e demais entidades legalmente constituídas, observarão, em sua constituição e funcionamento, os seguintes princípios: I – proteção do interesse público; II – defesa da concorrência e do direito do consumidor; III – promoção da livre iniciativa; IV – prestação de contas; V- universalização, continuidade e qualidade dos serviços; VI – impessoalidade, transparência e publicidade; VII – autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira; VIII – decisão colegiada; IX – investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos; X – notória capacidade técnica e reputação ilibada para exercício das funções de direção; XI – estabilidade e previsibilidade das regras; XII – vinculação aos atos normativos e a contratos. Parágrafo único. Lei regulamentará o disposto neste artigo, inclusive quanto ao controle externo e supervisão das agências reguladoras pelo Poder Executivo.' (NR) Art. 2º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação. Sala das Sessões, 15 de agosto de 2007. Senador Marco Maciel, Presidente Senador



seus mecanismos institucionais na Constituição Federal, o que seria de extrema relevância. Desta feita, não entendemos o porquê do arquivamento e esperamos que outra PEC com conteúdo semelhante seja votada.

A proliferação de agências reguladoras no Brasil, a partir dos anos 90, em âmbito federal, estadual e municipal, por si só, já enseja a necessidade premente de uma lei geral. Isso porque sendo diversas as agências e tendo, cada uma, regulação própria, a consequência é uma diversidade de características quanto aos poderes, à autonomia, o regime e a natureza jurídica. A falta de sistematização e organização pode gerar certas discrepâncias em face do que fora originariamente pensado para as agências, sem falar em ilegalidades e inconstitucionalidades nas disposições.

Ressalta-se que existe a Lei nº 9.986/2000 que dispõe sobre os recursos humanos das agências reguladoras federais. Ocorre que tal lei, além de abranger apenas as agências federais, regula insuficientemente as questões que apresentamos neste trabalho.

Ante o exposto, acreditamos que uma lei geral ou lei quadro é medida salutar para esclarecer uma miríade de discussões acerca das agências. Esperamos, assim, que além de uma previsão constitucional que englobe as características gerais do regime jurídico dessas autarquias, exista uma lei detalhada e uniforme que contemple, notadamente, a questão da coincidência dos mandatos (item 4.1) e instrumentos de maior controle e transparência, como a prestação de contas e a participação popular (itens 4.2.1 e 4.2.2).

## 6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, refletimos sobre a pertinência da não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras com o mandato do chefe do Poder Executivo nomeante.

Observamos que esse aspecto é apontado, por muitos autores, como instrumento de estabilidade, independência e neutralidade do colegiado diretor das agências. Argumenta essa corrente doutrinária que a técnica necessária à direção da regulação independente exigiria um mandato livre de qualquer influência política.

Analizamos que, pelo contexto neoliberal de criação das agências e por todo o seu escopo, deve-se, sim, ser defendida uma maior técnica, neutralidade e especialidade. Deve haver uma atuação livre de barganhas ou jogos políticos. Concordamos plenamente com a imprescindibilidade de uma maior profissionalização nas agências e uma menor influência política

Nada obstante, reconhecemos que toda essa caracterização necessária não será afastada se houver uma coincidência entre o mandato do dirigente e do chefe do Poder Executivo nomeante. Nesse caso, haveria um maior fortalecimento democrático nas agências, bem como diversos problemas seriam evitados. A partir do momento que a direção da agência é escolhida no primeiro ano de mandato do chefe do Poder Executivo democraticamente eleito, todo o plano de governo sufragado nas urnas será de forma mais eficaz implementado.

Para melhor esclarecermos o assunto, demonstramos problemas concretos pelos quais passou o Governo Lula em seu primeiro mandato.

Como visto, a independência das agências perante o chefe do Poder Executivo nomeante recai sobre diversos mecanismos existentes no desenho institucional das agências. Dentre esses mecanismos existem os mandatos fixos e insuscetíveis de exoneração *ad nutum*; a aprovação da escolha do Executivo pelo Legislativo; a não coincidência dos mandatos entre si etc.

Segundo pensamos, esta independência – de primordial importância, frisa-se – não restará afastada com a nossa proposta de coincidência de mandato entre nomeante e nomeado. Nossa sugestão não pretende representar uma panaceia na atual sistemática, mas tem o condão de fortalecer democraticamente as agências.

Para que isso ocorra, entendemos que imprescindível se faz a edição de uma lei geral sobre as agências reguladoras. Tal lei contemplaria a sugestão de

coincidência entre os mandatos dos dirigentes e do chefe do Poder Executivo nomeante, na medida em que chegamos à conclusão de que os efeitos da não coincidência podem ser danosos à sociedade e à economia.

Em reforço à sugestão de *lege ferenda*, que busca o fortalecimento da democracia representativa, concluímos que a referida lei também deveria contemplar medidas voltadas à democracia deliberativa ou participativa, tais como a prestação de contas e a participação popular na tomada de decisões das agências.

Nesse sentido, julgamos positivas a Resolução nº 04/2013 do Senado Federal e a PEC nº 89/2011, tendo em vista a transparência e legitimidade que trazem à atuação das agências reguladoras.

Porém, entendemos que uma outra PEC também deveria ser votada, a contemplar uma regulamentação constitucional acerca das agências, enaltecendo as características primordiais de seu regime jurídico.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª Edição. São Paulo: Método, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. **Lua Nova**, São Paulo, n.50, p.25-46, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a03n50.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2010.

AVRITZER, Leonardo. PEREIRA, Maria de Lourdes D. Democracia, participação e instituições híbridas. **Teoria & Sociedade**, Belo Horizonte, Número Especial, p. 14–39, 2005. Disponível em: [http://www.democraciaparticipativa.org/files/TeoriaeSociedade\\_NumeroEspecial\\_marco2005\\_InstituicoesHibridaseParticipacaonoBrasilenaFranca.pdf](http://www.democraciaparticipativa.org/files/TeoriaeSociedade_NumeroEspecial_marco2005_InstituicoesHibridaseParticipacaonoBrasilenaFranca.pdf). Acesso em: 01 jul.2010.

BARROSO, Luís Roberto, 2002. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: **R. Dir. Adm.**, 229: 285-311, Jul./Set. 2002.

BECKER, Howard S. **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais**. 4ª Edição. São Paulo: Hucitec, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 10ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). **Dicionário de Política**. 4ª Edição. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992. Verbetes: Democracia.

BOUDON, Raymond e BOURRICAUD, François. **Dicionário Crítico de Sociologia**. 2ª edição. São Paulo: Ática, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2013 (Série Legislação Brasileira).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Agências Reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta. Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembléia Legislativa, por lei estadual, de escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. **ADI nº 1.949-0**. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de novembro de 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança. Institutos autárquicos. Nomeação e exoneração de membros de suas diretorias, presidentes e conselheiros – Constituição Federal vigente, artigo 87, V, dispositivos equivalentes da Carta de 1937 e da Constituição de 1934. Inteligência. Poder de exonerar implícito no de nomear. Mandato por tempo certo. Inocorrência. Cargos em comissão ou de confiança. Demissibilidade ad nutum. Programa político, social e econômico do Governo. Execução e controle do Poder Executivo. Denegação do mandado de segurança. **MS nº 8.693/ DF**. Tribunal Pleno. Impetrante: Murilo Gondim Coutinho. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Ribeiro da Costa, Brasília, 17 de novembro de 1961.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

\_\_\_\_\_. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIMOULIS, Dimitri (coord. geral). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUNG, A., COHEN, J. Democracia radical. **Política & Sociedade**, América do Norte, n. 6, 2008. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1293/1210>. Acesso em: 30 de maio 2013.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Agências Reguladoras: tão ruim quanto uma má ideia, pode ser uma ideia boa mal copiada. Mimeo, In: **Agências Reguladoras: A "metamorfose" do Estado e da Democracia**, 2003.

GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Democracia, participação e deliberação: contribuições ao debate sobre possíveis transformações na esfera democrática. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 257-283, 2004. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/14/1616>. Acesso em: 28 de maio 2013.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradutor: Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais \_ RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39827>. Acesso em: 29 de maio 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Vol. II. 2ª Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **Metodologias Qualitativas na Sociologia**. 7ª Edição. Petrópolis: Vozes, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um *Déficit* Democrático na “Regulação Independente”? In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2003.

MANETTI, Michela. **Poteri Neutrali e Costituzione**. Milão: Giuffrè e Departamento de Teoria do Estado da Universidade de Roma, 1994. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Marcus André B.C. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: **Direito Administrativo Econômico**, Malheiros, 2000, SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NETO, Caio Mário S. Pereira & CORREA, Paulo. Delegação de Funções para Agências Reguladoras Independentes: Mudanças Propostas Pelo Projeto de Lei nº

3.337/04. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NICCOLAI, Silvia. *I Poteri Garanti della Costituzione e La Autorità Indipendenti. Edizioni* ETS: Pisa, 1996. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MEDEAUR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**, Ed. RT, São Paulo, 1992

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 47, 2009.

ORDENEZ, Ramona. Agências não são independentes, **O Globo**, edição de 2/3/2003.

PINTO JR, Helder Queiroz. Desenhos Institucionais e a Regulação de Energia, *Conjuntura & Informação*, nº 17, 2002.

PIRES, J.C.L. e GOLDSTEIN: Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios. In: **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, Vol. 8, nº 16, Dez 2000.

PÓ, Marco Vinícius & ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças In: **RAP** Rio de Janeiro 40(4): 679-98, Jul /Ago 2006.

PRADO, Mariana Mota. *Accountability Mismatch: As Agências Reguladoras Independentes e o Governo Lula*. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.



VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

### **Legislação**

Constituição Federal de 1988.

Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996.

Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997.

Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997.

Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999.

Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000.

Lei nº 9.984 de 17 de julho de 2000.

Lei nº 9.986 de 18 de julho de 2000.

Medida Provisória nº 2.228-1 de 06 de setembro de 2001.

Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001.

Lei nº 11.182 de 27 de setembro de 2005.