

**Gustavo Binenbojm**

# **FREIOS E CONTRAPESOS**

**Independência, controles recíprocos  
e equilíbrio entre Poderes**

2025

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# I

## PODER EXECUTIVO

### **I.1. DO HIPERPRESIDENCIALISMO AO PRESIDENCIALISMO CONGRESSUAL**

O sistema político brasileiro sofre de uma crise de governabilidade. Parte do problema advém do quadro partidário fragmentado, da falta de presidentes populares nos últimos 15 anos e da polarização ideológica. Mas não é possível ignorar nem minimizar a relevância das mutações havidas na lógica de funcionamento do próprio sistema presidencialista, evidenciando uma redistribuição de forças entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Os primeiros 15 anos de vigência da Constituição de 1988 foram marcados por forte predomínio do Poder Executivo. Embora nos debates constituintes houvesse uma influente corrente parlamentarista, a verdade é que, no fim das contas, o presidencialismo prevaleceu e sua vitória acabou ratificada em plebiscito poucos anos depois.

O Presidente da República se impunha ao Congresso com poderes cumulativos: chefe de Estado, chefe de governo e da administração, comandante em chefe das Forças Armadas, além de titular da execução orçamentária e financeira. Na sua versão original, a Carta de 88 ainda dava ao Presidente o poder de editar medidas provisórias com força de lei, que podiam tratar de qualquer assunto e eram fartamente reeditadas, ainda quando não apreciadas pelo Parlamento. Isso tudo, somado ao poder de nomeação para cargos comissionados e funções de confiança, conferia ao governo ascendência sobre o Congresso e a condução da própria pauta legislativa. O termo hiperpresidencialismo foi cunhado para expressar essa dinâmica política.

Mas as coisas mudaram. De Dilma para cá (incluindo Lula hoje), o equilíbrio de forças entre Poderes se alterou – talvez tenha até se invertido. Sucessivas Emendas Constitucionais (86/2015, 100/2019 e 105/2019) conferiram caráter impositivo a emendas parlamentares ao orçamento da União (tanto as individuais como as de bancada), chegando ao ponto de autorizar a transferência direta (emendas PIX) de recursos a Estados e Municípios. Empenho, liquidação e pagamento dessas emendas deixaram de depender de decisão discricionária do Executivo. Em outra frente, as nomeações para diversos cargos (como diretores de agências reguladoras e empresas estatais) passaram para a área de influência do Legislativo, especialmente do Senado. O poder de editar medidas provisórias foi severamente limitado pela Emenda Constitucional 32/2001, tornando-se comum sua rejeição expressa e tácita (por não apreciação no prazo), ou até a devolução sumária pelo Presidente do Congresso. Por fim, o impeachment deixou de ser um processo por crime de responsabilidade do presidente, para virar uma

espécie de voto de desconfiança ao governo, manejado com maior liberdade interpretativa pelos parlamentares.

O problema desse presidencialismo congressional é a sua resultante prática: um Legislativo com muito poder e baixa responsabilidade política, diante de um Presidente da República com elevada responsabilidade e cada vez menos poder. Sem a chave única do cofre, sem o controle sobre as nomeações e sem poder até para pautar temas do seu interesse, o governo enfrenta dificuldades para governar. Talvez a ideia da PEC do semipresidencialismo, patrocinada pelo Presidente da Câmara dos Deputados, não seja apenas uma maneira de aumentar ainda mais o poder do Legislativo. Talvez seja a forma de torná-lo também responsável por governar. Ou bem restabelecemos as bases do sistema presidencialista – para cujo funcionamento o Executivo precisa ter a gestão da máquina e das contas – ou então será o caso de mudar o nosso sistema de governo.

## **I.2. PRESIDENCIALISMO PARLAMENTAR E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

A já longa experiência do sistema presidencialista no Brasil nos permite fazer uma análise em perspectiva histórica, mas com o olhar voltado para o presente. A nossa tradição tem sido, até aqui, de valorizar os poderes unipessoais do Presidente da República, nele se concentrando as figuras da chefia de Estado (representação internacional, comando das Forças Armadas) e da chefia de governo (gestão da máquina administrativa e da relação política com o Legislativo). O termo *hiperpresidencialismo* foi cunhado precisamente para dar conta dessa posição de proeminência

do Presidente, marcada por crises de governabilidade, golpes de Estado e duas ditaduras longevas.

Sob a égide da Constituição de 1988, Sergio Abranches usou a expressão *presidencialismo de coalizão* para designar a dinâmica das relações de força entre o Presidente e o sistema fragmentário de partidos políticos. As crises dos governos Collor e Dilma expuseram sérias fissuras de nosso modelo partidário e eleitoral, o que deu ensejo à corruptela presidencialismo de *cooptação*, referindo-se às relações espúrias de trocas políticas não republicanas – cargos, verbas públicas e privilégios odiosos – entre governos e partidos de sua base de apoio.

Pois bem. Desde o governo de Dilma Rousseff, parece-me perceptível uma *mutação* informal no processo político brasileiro, que envolve um necessário e contínuo compartilhamento de poderes entre Executivo e Legislativo, sem vínculo necessário com o resultado das eleições. Ou seja, independentemente de quem seja eleito para a Presidência da República, a sua governabilidade envolverá não apenas *formar* uma base de apoio parlamentar, mas sujeitar-se à coligação amorfa e inorgânica de partidos conhecida como Centrão. Os instrumentos de que dispõe o Congresso Nacional para remover o Presidente do cargo – autorizar e julgar processos por crimes de responsabilidade, e autorizar processos por crimes comuns – acabam por cacifar as chefias das Casas Legislativas e suas bases de sustentação.

A distinção tradicional entre presidencialismo e parlamentarismo, na *práxis* política brasileira, acabou sendo transformada em algo bem menos relevante. Como o *impeachment* é um processo jurídico na forma, mas político no mérito, a verdade é que qualquer governo pode cair pela

perda de confiança de sua base parlamentar. Não há, no Brasil, controle da tipicidade do crime de responsabilidade, uma das poucas áreas infensas à judicialização da política, consoante correto entendimento do STF. Ora, quando o Presidente da Câmara dos Deputados sinaliza ao Presidente que “instrumentos amargos podem vir a ser utilizados, diante de equívocos na gestão da pandemia”, na verdade o que se tem é a caracterização de uma intervenção legislativa – benfazeja, no caso em tela – na gestão da máquina administrativa.

Por mais que o atual Presidente tente apelar às Forças Armadas para tutelar o processo político, a realidade é que o Congresso Nacional tem exercido protagonismo em inúmeros temas, para além das agendas propostas pelo governo. Trata-se de um *presidencialismo parlamentar*, imposto pelas circunstâncias da política nacional, que se construiu na prática como uma mutação da Carta de 1988.

Meu ponto é simples: se essa realidade já se impõe hoje, não seria o caso, no momento oportuno, de termos um sistema político que reflita essa característica de maneira formal? Não seria muito mais democrático e menos traumático termos um sistema semipresidencialista, menos suscetível a ameaças à democracia lançadas por algum autocrata doidivanas? Por outro lado, não seria também mais adequado ter algum comprometimento do Parlamento com a formação do governo? Afinal, o *impeachment* é sempre um processo traumático e o Congresso Nacional pode exercê-lo, para o bem ou para o mal, sem grandes riscos políticos.

Superados a pandemia e o atual governo, o Brasil tem um encontro marcado com a modernização da sua democracia.

### **I.3. O DILEMA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Quando Picasso foi indagado pela polícia franquista se fora ele o autor do impressionante quadro que retratava o massacre da cidade basca de Guernica, o gênio catalão teria respondido: “não, foram vocês!”. Algo parecido pode ser dito em relação ao caso da Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC. Quem a criou, com diretores irremovíveis de seus cargos pelo governo? Resposta: o próprio governo. Ao contrário de todas as demais agências reguladoras federais, criadas durante o governo FHC, a ANAC foi obra do governo Lula, que inclusive vetou o dispositivo da Lei que permitia a destituição dos diretores pela maioria do Senado.

Quem nomeou os diretores da ANAC, por indicações políticas e sem qualquer atenção à expertise e experiência que tinham no setor da aviação civil? Resposta: o governo. Ao contrário do que se passou no primeiro mandato de Lula – que pressionou e forçou a saída de alguns dirigentes de agências nomeados por FHC – os obscuros diretores da ANAC foram todos escolhidos pelo atual governo. Não há como transferir a responsabilidade política por sua incúria e notória incompetência a ninguém.

Por fim, quem desconsiderou a dificuldade de coordenação administrativa que seria gerada pela criação de um ente regulador independente, quando a gestão do setor da aviação civil é compartilhada com a Infraero (infraestrutura aeroportuária) e a Aeronáutica (controle de voo)? Resposta: o governo. O descompasso de visões e a superposição de algumas competências deram margem a conflitos de poder e ao tradicional “jogo de empurra” das responsabilidades.

A ANAC é um caso paradigmático do que não pode ocorrer com uma agência reguladora independente. Primeiro: o aparelhamento de seus quadros, mediante nomeações pautadas por critérios político-partidários, e não técnicos. Segundo: a captura da atuação dos dirigentes por empresas do setor regulado, em prejuízo direto dos consumidores e da concorrência. Terceiro: a chamada visão de túnel, caracterizada pela completa ausência de entrosamento e coordenação com os demais órgãos responsáveis pelo setor.

A ANAC, todavia, deve servir como aprendizado para o modelo de agências, e não de pretexto para sua desmoralização. Em primeiro lugar, o governo, o Senado e a opinião pública devem assumir suas responsabilidades no processo de escolha e escrutínio dos nomes dos diretores, de modo a evitar a colonização das agências por aventureiros. A valorização dos servidores de carreira, com remuneração e treinamento adequados, também contribuirá para reduzir a instrumentalização dos entes reguladores por interesses políticos subalternos.

Em segundo lugar, o aprimoramento de mecanismos de controle político, jurídico e social sobre a atuação das agências é fundamental para reduzir os riscos de captura. Transparência, participação social e prestação de contas são as armas utilizadas no mundo todo contra a possibilidade de desvios na regulação.

Em terceiro lugar, é preciso ter em conta que o modelo de agência independente não é único, universal, nem panaceia para setores problemáticos. Em 1967, a Federal Aviation Administration (FAA), que era independente, foi reintegrada ao Departamento de Transportes do governo



federal dos Estados Unidos, diante da necessidade de comando e coordenação com outros órgãos da Administração Pública. As desvantagens e ônus decorrentes da criação de uma agência independente devem ser sopesados com suas eventuais vantagens para o país. Há experiências boas e más com esse desenho institucional em outros países que podem servir de norte ao Brasil.

Em apertada síntese, o modelo de regulação independente tem se mostrado útil: (I) em setores de infraestrutura, nos quais a estabilidade das regras em médio e longo prazos seja essencial para a atração e manutenção de investimentos privados; (II) em setores de preços administrados (como tarifas públicas), nos quais os incentivos políticos possam levar ao populismo tarifário e à retração progressiva de investimentos; e (III) em setores cuja regulação tenha na independência técnica condição de sua confiabilidade e imparcialidade político-eleitoral, como na gestão da moeda e defesa da concorrência.

Cabe agora ao governo reconhecer seus próprios erros ao invés de procurar culpados. Rever o modelo da ANAC, fazer nomeações mais técnicas e dar um choque de gestão no setor aéreo são medidas tão importantes quanto preservar e fortalecer as agências que têm dado sua contribuição ao país. Os defeitos da ANAC não são defeitos do modelo de agências, mas do nosso modelo de governo.

## I.4. MUTAÇÕES DO ESTADO ADMINISTRATIVO NOS ESTADOS UNIDOS

O Estado administrativo contemporâneo funda-se em três pilares que lhe conferem uma dinâmica peculiar: (I) amplo poder normativo decorrente da admissibilidade alargada de delegações legislativas; (II) autonomia reforçada de centros decisórios não subordinados à cúpula do Poder Executivo; (III) deferência judicial à interpretação da lei definida pela Administração. A Suprema Corte dos EUA tem proferido decisões nos últimos anos que abalam essas fundações e ameaçam fazer ruir o edifício administrativo erguido ao longo do século passado.

Em 2022, no julgamento do caso *West Virginia v. EPA*, a Corte limitou o poder normativo da agência de proteção ambiental para regular a emissão de dióxido de carbono por termelétricas a carvão ou gás natural, sob a égide do *Clean Air Act* (Lei federal que disciplina a qualidade do ar). Ao adotar a *Major Questions Doctrine*, entendeu que o Congresso deveria estipular diretrizes claras e objetivas sobre questões de significativo relevo econômico e político, ao invés de delegar funções normativas às agências sem critérios limitadores. Foi a primeira vez, desde 1935 (*A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495), que a Suprema Corte aplicou os parâmetros da teoria da não delegação legislativa em termos estritos, sinalizando maior rigor em relação a leis que atribuam competências regulatórias amplas a entes administrativos.

No que se refere à autonomia das agências, duas decisões merecem destaque. Em 2010, no julgamento de *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, a Corte declarou inconstitucional lei que atribuía

exclusivamente à Security Exchange Commission (agência autônoma) o poder de exonerar os integrantes de uma instituição que regula a atividade de contabilidade nos Estados Unidos (PCAO). Como registrou Pedro Dionísio, “a criação de uma instituição regulatória dotada de uma dupla camada de independência – pois seus membros somente poderiam ser removidos de maneira justificada por outra agência também dotada de independência – foi considerada uma excessiva restrição aos poderes de supervisão do presidente da República.” Já em 2020, ao julgar *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau*, a Corte considerou inconstitucional um modelo de agência autônoma cujo órgão diretivo não era colegiado, mas composto por um único diretor. Desde *Humphrey’s Executor v. United States*, julgado em 1935, foram os primeiros casos em que autoridades administrativas independentes foram invalidadas.

Por fim, em 2024, a Corte entendeu superado o famoso precedente *Chevron*, julgado em 1984, que estabelecia uma postura de significativa deferência judicial às interpretações razoáveis da lei fixadas por agências administrativas. Em *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, a Corte afirmou que compete ao Poder Judiciário definir a interpretação prevalecente em situações de ambiguidade legal, devendo avaliar o peso relativo a ser conferido à expertise do ente regulador em cada caso. Resta saber como se dará a aplicação concreta do novo critério e qual será a repercussão internacional dessas alterações jurisprudenciais dada a reconhecida influência da Suprema Corte em todo o mundo.

## **I.5. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DEVE TER O PODER DE DEMITIR QUEM BEM ENTENDER?¹**

Em outubro de 2023, o então Presidente dos Estados Unidos, Joe Biden, nomeou o advogado Hampton Dellinger como chefe de uma importante agência de integridade governamental no país, a chamada Office of Special Counsel ou “OSC”. Criada no final da década de 1970, a agência tem, entre outras competências, a função de investigar práticas ilícitas cometidas contra servidores públicos federais, como discriminações e retaliações políticas, além de servir de canal seguro para a formulação de denúncias por servidores contra outros agentes do governo.

A OSC é uma agência independente. Isso significa que, embora ela integre o Poder Executivo, o Presidente da República não pode dispensar o seu diretor de maneira livre, mas apenas se constatar alguma espécie de má conduta no exercício do cargo. Segundo a legislação norte-americana, o mandato dos diretores da OSC é de cinco anos e, considerando que a confirmação de Hampton pelo Senado ocorreu no ano passado, o seu período à frente da agência deveria terminar apenas em 2029.

No dia 7 de fevereiro deste ano, no entanto, pouco menos de um ano após a sua confirmação no cargo, Hampton recebeu um curto e protocolar e-mail da equipe do novo Presidente eleito, Donald Trump, agradecendo pelos serviços prestados e comunicando de sua imediata demissão.

---

1. O texto deste capítulo foi elaborado em coautoria com Pedro de Holanda Dionísio, a quem agradeço a autorização para sua publicação neste livro.

Nenhuma justificativa foi apresentada como fundamento para a sua dispensa.

A ordem de demissão foi, então, questionada nas Cortes federais do país e Hampton obteve uma decisão judicial para permanecer provisoriamente no cargo. Nos últimos dias, o governo decidiu desafiar a decisão perante a Suprema Corte dos Estados Unidos alegando a inconstitucionalidade de restrições estabelecidas em lei ao poder do Presidente da República em demitir quem bem entender dentro do Poder Executivo federal.

Para muitos, a questão parecia antiga e superada. Ainda nos anos 1930, no caso *Humphrey Executor v. United States*, a Suprema Corte entendeu válida legislação que restringia os poderes do então Presidente, Franklin Roosevelt, em dispensar o chefe de uma agência federal por simples falta de afinidade política e confiança pessoal. O precedente, ainda em vigor, permitiu e validou a criação de dezenas de agências independentes nos Estados Unidos. No Brasil, o modelo serviu de inspiração para a criação das agências reguladoras independentes ao longo da década de 1990 e, mais recentemente, para a atribuição de autonomia ao Banco Central.

A Suprema Corte norte-americana, porém, tem demonstrado nos últimos anos grande desconfiança à criação de restrições ao poder do Presidente de livremente dispensar aqueles que integram a Administração Pública. O entendimento firmado em *Humphrey* vem, pouco a pouco, sendo restringido e excepcionado em uma série de julgados. Em um julgado de 2020, por exemplo, a Corte declarou inconstitucional a criação de uma agência independente liderada por um único diretor, e não por um

colegiado (o que ocorre, aliás, com a própria OSC), sob o argumento de que o modelo concentraria poderes demais nas mãos de um indivíduo que não foi eleito para a Presidência do país<sup>2</sup>. Nesse caso, dois dos nove juízes que compõem o Tribunal chegaram a votar pela total superação da decisão tomada em *Humphrey*.

Há quem suspeite que, no caso *Hampton*, a Corte poderá avançar ainda mais em sua atual ofensiva contra a autonomia das agências nos Estados Unidos. Diante da influência que o modelo norte-americano teve – e ainda tem – na estruturação das agências brasileiras, trata-se de um caso preocupante, ao menos para aqueles que acreditam que a independência é uma característica crucial para a governança de certas instituições administrativas, como entidades regulatórias e agências de integridade.

## **I.6. VICTOR NUNES, SEPÚLVEDA PERTENCE E AS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES**

Por ocasião do centenário de Victor Nunes Leal, celebrado em grande estilo com a inauguração de seu busto no Supremo Tribunal Federal, e em seminário promovido pela Faculdade Nacional de Direito, ocorreu-me registrar, de forma pontual, a sua influente presença na construção contemporânea do direito público brasileiro.

Corria o longínquo ano de 1962, e o Supremo punha-se a julgar o Mandado de Segurança nº 8693. Tratava-se de *writ* impetrado por Murillo Gondim Coutinho, nomeado

---

2. O caso em questão é *Seila Law LLC vs. Consumer Financial Protection Bureau* 591 US 197 (2020).

por Juscelino Kubitschek para o Conselho Administrativo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, para um mandato de quatro anos. Logo após a posse, Jânio Quadros o exonerou do cargo, daí se originando a ação mandamental.

Ao lado do relator, Ministro Ribeiro da Costa, formaram a maioria que denegou a segurança os Ministros Pedro Chaves, Cândido Motta, Ary Franco, Hahnemann Guimarães e Lafayette de Andrada. Victor Nunes abriu a divergência, mas restou vencido, ao lado dos Ministros Gonçalves de Oliveira, Villas Boas e Luiz Gallotti.

A controvérsia gravitava em torno do poder do Chefe do Executivo para exonerar, por decisão discricionária, ocupantes de cargos em comissão nomeados, nos termos da lei, para cumprimento de um mandato. Dito de outra forma, perquiriria a Corte se o poder presidencial de direção da Administração Pública deveria prevalecer sobre a nomeação a termo fixo do dirigente da autarquia, prevista em lei.

A maioria inclinou-se por uma concepção piramidal, hierarquizada e monocêntrica de Administração Pública. Nas palavras do Ministro Nelson Jobim, Ribeiro da Costa “tinha uma concepção autoritária e imperial do presidencialismo”. Tal entendimento serviu de fundamento para o Verbete nº 25 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Victor Nunes, a seu turno, adota, ainda segundo Jobim, uma “concepção democrática do regime presidencial”. Dir-se-ia, em linguagem atual, tinha uma “concepção policêntrica” de Administração Pública. Seu posicionamento passaria de vencido a vencedor quase meio século mais tarde, quando do julgamento da ADIN nº 1949/RS.

Com admirável atualidade e vigor intelectual, Victor Nunes demonstra que o desenho institucional da Administração Pública tem admitido, ao longo da história, variações no grau de autonomia de que investidas determinadas entidades. De fato, em diversas das democracias ocidentais maduras, há espaço tanto para funções de governo – diretamente responsáveis à lógica da política – e para funções de Estado – vinculadas a interesses públicos de longo prazo, como a guarda da Constituição, o julgamento das contas públicas, a estabilidade monetária, a produção do conhecimento, a defesa da concorrência e a gestão de determinados setores sensíveis da economia. Com efeito, tal é a experiência contemporânea tanto na América do Norte como na Europa Continental.

O tema foi revisitado pelo Supremo quando do julgamento da ADIN nº 1949/RS, cujo relator originário foi o Ministro Sepúlveda Pertence. Tratava-se de ação ajuizada pelo então Governador do Estado do Rio Grande do Sul tendo por objeto a impugnação de dispositivos da lei que criara a Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Estado. Na essência, os argumentos agitados eram os mesmos que se sagraram vitoriosos em 1962, e que renderam ensejo ao surgimento da Súmula nº 25.

O entendimento inicial de Pertence foi no sentido da constitucionalidade da nomeação compartilhada, entre Governador e Assembleia Legislativa, dos diretores da autarquia reguladora. Não havia dúvida de que, sob a égide da Constituição de 1988, o art. 52, inciso III, alínea “f”, criara a brecha, no sistema de freios e contrapesos, para que as nomeações para determinados cargos públicos fossem resultantes, nos termos da lei, da indicação do Presidente da



República e da aprovação do Senado. Tal figurino se aplicava, por simetria, a Estados e Municípios.

Já quanto à possibilidade de livre exoneração dos diretores nomeados para o cumprimento de um mandato, por mera decisão discricionária da Assembleia Legislativa, Pertence entendeu pela inconstitucionalidade. Ausente previsão constitucional expressa, como aquela existente para a nomeação, a possibilidade de o Legislativo imiscuir-se *sponte propria* na exoneração de dirigente nomeado para o cumprimento de mandato pelo Chefe do Executivo representava, a seu ver, intolerável ofensa ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes.

O problema decorrente desse entendimento era que a Lei gaúcha contemplava como única forma de exoneração dos diretores antes do termo final a decisão política da Assembleia Legislativa. Pertence tendia, nesse contexto, a reafirmar a validade da Súmula nº 25, segundo a qual a nomeação a termo não impedia a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia.

Surge, então, um providencial pedido de vista do Ministro Nelson Jobim. No voto-vista, entretanto, a estrela não seria o próprio Jobim, mas Victor Nunes Leal. Falando à razão, mas também ao coração de Pertence, Jobim retoma o raciocínio claro e cristalino de Victor Nunes no voto vencido de 1962, suas citações dos precedentes da Suprema Corte norte-americana e a evolução da própria jurisprudência do STF, que editara a Súmula nº 47, abrindo exceção ao poder de livre exoneração do Presidente da República quanto aos cargos de reitor de universidade pública, durante o prazo de sua investidura. Se o Supremo admitia que