

As agências reguladoras e a jurisdição constitucional: uma análise a partir da decisão do STF na ADI 1.949-0

Gabriel Boavista Laender *

Introdução

A principal característica das chamadas agências reguladoras é sua autonomia¹, de tal modo que as leis brasileiras que criaram entes daquela natureza usualmente enfatizam sua sujeição a um regime jurídico especial – frente ao regime jurídico das demais autarquias -, em que o caráter autônomo de sua atuação é reforçado ao ponto de se usar a expressão *independência*.

A adoção de agências reguladoras é uma das principais expressões institucionais do chamado Estado Regulador.² Nesse dito novo modelo de Estado, propugna-se uma aplicação mais intensa do princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção estatal na Economia deve ocorrer apenas em casos excepcionais. Mais do que isso, afirma-se também a retirada do Estado da condição de agente econômico, ou seja, o fim do chamado Estado-produtor, e a conseqüente substituição da atividade produtiva pela atividade regulatória. Com isso, atividades econômicas que antes eram desempenhadas e, portanto, financiadas pelo Estado, passariam à iniciativa privada, porém sujeitas a normas e condicionamentos impostos pela atividade regulatória.³ O *locus* institucional proposto para a atividade regulatória, nesse novo

□ Doutorando em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da UnB, Especialista em Regulação de Telecomunicações pela UnB, Membro do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB, Procurador do Estado do Espírito Santo cedido à Secretaria-Executiva da Casa Civil Presidência da República, Coordenador suplente do Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital, responsável pelo Programa Nacional de Banda Larga.

¹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*, pp. 23-27. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 17-38; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 313-368.

² Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, pp.18-25.

³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 163-209.

modelo, é a agência reguladora.⁴ E, como dito, a sua característica principal é a autonomia. Mas, por quê?

No discurso oficial adotado nos anos 90 pelo Governo Brasileiro e por diversos organismos internacionais, a autonomia das agências reguladoras é dita necessária para se criar o ambiente de estabilidade institucional propício à atração de recursos privados para as atividades reguladas⁵, bem como à efetividade das políticas públicas setoriais frente à privatização. De um lado, uma vez privatizada determinada atividade, afirma-se a necessidade de separar institucionalmente o ente responsável pela regulação daquele responsável pela prestação do serviço.⁶ Isso porque se assumem como objetivos principais da regulação a promoção da competição, como meio, e o desenvolvimento do livre mercado, como fim.⁷ Fala-se em *mitigação do risco regulatório*,⁸ mediante a proteção do ente regulador frente à possibilidade de *captura*. A captura, por sua vez, seria a apropriação do ente regulador pelos agentes econômicos do setor regulado – tanto produtores, como consumidores – ou pelos agentes políticos. A agência reguladora, desse modo, deveria ser imune a intervenções de grupos de interesse e, assim, retirada do ambiente político, de modo a fazer prevalecer critérios técnicos na elaboração e implementação da regulação.

⁴ Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 72-98.

⁵ “Ela [a reforma institucional do setor de telecomunicações] visa alterar profundamente o atual modelo brasileiro de telecomunicações, de forma que a exploração dos serviços passe da condição de monopólio à de competição e que o Estado passe da função de provedor para a de regulador dos serviços e indutor das forças de mercado, fazendo, ao mesmo tempo, com que o foco da regulamentação seja deslocado da estrutura de oferta de serviços, como era tradicional, para os consumidores desses serviços. Adicionalmente, pretende-se criar um ambiente de estabilidade regulatória que estimule investimentos no setor.” (Exposição de Motivos nº 231/MC, documento de encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações ao Congresso, p. 14).

⁶ Cf. ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities*. DSTI/ICCP/TISP(99)15/FINAL, 25 May 2000. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/39/32/21330624.pdf> (Consultado em 20/01/2008).

⁷ “En lugar de esa obsesiva idea del control <<a posteriori>> de los costes, a efectos de su reconocimiento o no en tarifa, una regulación conforme al mercado tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio. El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquélla.” (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 2004, p. 604).

⁸ “El riesgo de la regulación no es otro que el riesgo de la discrecionalidad, la arbitrariedad, la parcialidad o la falta de credibilidad del regulador.” (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 2004, p. 646).

A segurança na adoção da melhor solução técnica possível, desse modo, buscaria viabilizar um ambiente de segurança nos negócios que, por sua vez, é reputado imprescindível ao desenvolvimento econômico. Este, em última análise, constitui o fim último da regulação, ao menos da regulação na acepção adotada pelo modelo de Estado Regulador dos anos 90 e nas experiências de reforma administrativa por ele inspiradas.

Em suma, na medida em que deixa de financiar ele próprio determinadas atividades econômicas (em sentido amplo), o Estado passa a ter de buscar no mercado os recursos necessários à prestação dessas atividades. Por sua vez, a captação e multiplicação desses recursos é associada ao estabelecimento de um *mercado saudável*, o que só poderia ser alcançado pela prevalência de *critérios técnicos* na regulação. Ingerências políticas deveriam ser evitadas, pois acarretariam distorções no funcionamento do mercado. Esse discurso encontra anteparo em conhecida doutrina econômica⁹, de inspiração neoliberal e cujos expoentes mais ilustres integram a chamada Escola de Chicago. Essa doutrina foi internalizada e assimilada por vários juristas pátrios e estrangeiros, o que significa dizer a discussão de fundamentação econômica ganhou contornos jurídicos e hoje, serve de fundamento para direitos e deveres que pautam a atividade reguladora contemporânea.

Desse modelo, contudo, surgem questões fundamentais: ao retirar do âmbito de influência política determinado campo de atividades intimamente ligado ao desenvolvimento econômico, perde o Estado legitimidade política? As agências reguladoras, ao terem por único parâmetro critérios técnicos, retiram a *liberdade positiva* de exercício da *ação política*? E, finalmente, estaria a ação reguladora imune, por esses mesmos motivos, à atuação do Poder Judiciário e, em especial, à jurisdição constitucional?

Esse problema remete ao chamado *déficit democrático* das agências reguladoras e diz respeito à adequação daquelas ao Estado Democrático de Direito. Esse debate permeou a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.949-0 RS, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 18 de novembro de 1999. Nessa

⁹ Cf. PELTZMAN, S. *A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação*. In: MATTOS, Paulo (org.). **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004, pp. 81-130. STIRTON, Lindsay e LODGE, Martin. **Embedding Regulatory Autonomy: The reform of Jamaican Telecommunications Regulation 1988-2001**. *ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation LSE Discussion Paper 5* (2002). Disponível via WWW. URL: <http://www.lse.ac.uk/collections/CARR/documents/discussionPapers.htm> (Consultado em 23/05/2007).

oportunidade, o STF debateu a constitucionalidade de um dos dois pilares da autonomia das agências reguladoras: a vedação de demissão *ad nutum* de seus dirigentes, nomeados a termo. A nomeação a termo se soma à impossibilidade de se suplantar, na esfera administrativa, as decisões concretas e normativas das agências, para se constituírem nos principais mecanismos do chamado *regime especial* característico das agências reguladoras, e que definem seu específico grau de autonomia frente às demais autarquias. O Supremo, nessa oportunidade, fixou jurisprudência que não pode ser ignorada em qualquer discussão nacional sobre o tema, tanto pela importância ímpar daquela corte, quanto pela relevância dos argumentos levantados.

O debate da ADI 1.949: pressupostos de validade para a estabilidade de dirigentes e a autonomia das agências reguladoras

A questão específica sobre o que versa a ADI 1.949 é a constitucionalidade de dois artigos da lei estadual que criou a Agência Estadual de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei do Estado do RS nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997, alterada pela Lei do Estado do RS nº 11.292, de 23 de dezembro de 1998). O primeiro é o artigo 7º, que estabeleceu que os dirigentes da AGERGS (membros do Conselho Superior) possuíam mandato de quatro anos e que condicionou sua nomeação à aprovação pela Assembléia Legislativa estadual. Sua inconstitucionalidade foi argüida pelo então Governador do RS, Olívio Dutra, por contrariedade à competência constitucionalmente atribuída ao Chefe do Executivo de prover e extinguir os cargos da Administração Pública, como dispõe o art. 84, XXV, da Constituição Federal.¹⁰ Argumentou o Governador que o condicionamento imposto pela lei ofendia aquela competência, em prejuízo ao princípio da separação dos poderes.

O segundo é o artigo 8º, que estabeleceu que os membros do Conselho Superior da AGERGS somente podiam ser destituídos, no curso de seus mandatos, por decisão da Assembléia Legislativa. Nesse ponto, a inconstitucionalidade foi argüida por dois fundamentos, ambos calcados no princípio da separação dos poderes: i) a limitação à livre exoneração é contrária à natureza dos cargos em comissão; ii) a sujeição da

¹⁰ Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.”

permanência dos dirigentes à decisão da Assembléia Legislativa significa permitir a ingerência do Legislativo na supervisão das atividades de gestão praticadas pela agência, supervisão essa assegurada ao Chefe do Executivo – e não ao Legislativo –, na forma do art. 84, II, da Carta Federal.¹¹ A este último argumento, acresceu a significativa fundamentação: o planejamento econômico é importante atribuição do Executivo e responsabilidade de cada Governo; por este motivo, não se pode admitir que o planejamento de um Governo seja imposto ao Governo seguinte. Segundo as razões da petição inicial, a estabilidade de dirigentes nomeados pela administração anterior equivaleria justamente a esse tipo de imposição.

No que diz respeito ao primeiro artigo, a decisão do STF se resolveu pela mera aplicação da letra do art. 52, III, f,¹² da Constituição Federal, que confere ao Senado competência para aprovar previamente a escolha de titulares de quaisquer cargos quando a lei assim determinar. Diante dessa previsão, referendada pela jurisprudência consolidada do tribunal, o Pleno do STF não conheceu da ADI, nesse ponto específico, e, por conseguinte, reconheceu a possibilidade de condicionar a nomeação de dirigentes de uma agência reguladora à aprovação pelo Legislativo.

Quanto à exoneração somente por decisão da Assembléia Legislativa, prevista no art. 8º da Lei da AGERGS, o debate realizado no Supremo foi além. Em primeiro lugar, teve de confrontar a permanência ou não em vigor da súmula nº 25, que afirma que a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente em autarquia. A partir daí, o debate caminhou para a discussão dos limites próprios à separação de poderes e, especificamente, à possibilidade de ingerência do Legislativo no Executivo e sua amplitude. Seguiram-se duas vertentes argumentativas, uma capitaneada pelo Min. Sepúlveda Pertence – relator; outra, pelo Min. Nelson Jobim.

O relator, Min. Sepúlveda Pertence, se fiou nos seguintes argumentos:

É razoável – ainda segundo os parâmetros contemporâneos do presidencialismo – submeter escolhas relevantes do Executivo ao assentimento do Legislativo ao nome proposto; mas inverte claramente a lógica do regime que, pela permanência dos eleitos do

¹¹ Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal...”

¹² Constituição Federal: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: [...] f) titulares de outros cargos que a lei determinar...”

governo anterior, se erijam empecilhos à afirmação dos projetos do novo governo eleito.

Salta aos olhos, sob outro prisma, que na prática da separação dos poderes sob o presidencialismo é freqüente e salutar, e já não causa espécie, a associação do Legislativo à investidura de altos funcionários da administração, limitando o poder de escolha do Chefe do Executivo; **não admissível, contudo, é que a ele se imponha entregar setores do governo, sob sua direta responsabilidade, a auxiliares que não gozem ou hajam perdido a sua confiança.** [Grifo ausente no original.]

Os argumentos do relator se fundamentam, portanto, na noção de *confiança* depositada pelo Governante em seus colaboradores, e reconhece naquele legitimidade, uma vez que seu provimento deriva do voto popular. Subjacente à esta visão está a compreensão da democracia essencialmente sob viés representativo, em que o sufrágio popular é meio de escolha de um **bom governante**. Deriva deste ponto de vista a idéia de que o voto é a garantia institucional de que o Chefe do Executivo é virtuoso, pois escolhido pelo povo. Por outro lado, sendo ele virtuoso, há que se lhe garantir o exercício da virtude, por meio de sua influência em seus subordinados, de modo a realizar o governo cuja responsabilidade lhe foi conferida pelo voto popular.¹³ A semelhança com os argumentos de Platão sobre a forma de exercício do Governo é evidente:

Pois Dario não pôs sua **confiança** em seus irmãos ou em homens com quem crescera junto, mas somente em seus colaboradores na tomada de *Mede e Eunuch*; e a estes ele assinalou porções de seu Império, em número de sete, cada um deles maior do que toda a Sicília; e **eles foram fiéis a ele** e não digladiaram com ele ou entre si. Assim, ele mostrou o **padrão pelo qual deve-se pautar o bom legislador e rei**; pois ele fez leis pelas quais ele manteve o Império Persa em segurança até os dias de hoje.

Ademais, para dar outro exemplo, os atenienses tomaram sob seu governo muitas cidades não fundadas por eles, que, embora atingidas gravemente pelos bárbaros, ainda existiam, e mantiveram seu governo sobre essas cidades por setenta anos, **porque tinham em cada uma delas homens em quem confiar**. Mas Dionísio, que reuniu toda a Sicília em uma única cidade, e era esperto demais para confiar em alguém, apenas manteve sua própria segurança com muita dificuldade. Pois ele

¹³ Sob o ponto de vista de uma democracia essencialmente representativa, a ação política – liberdade positiva – se concentra fundamentalmente no voto. O representante pode-se constituir sob duas acepções: a) um agente cuja ação está sob controle do povo; b) um agente que reproduz as características do eleitor e, por isso, é capaz de substituí-lo ao agir. Nas duas hipóteses, pressupõe-se que a ação do representante se identifica com a ação do povo, o que significa igualá-la à ação política dos próprios cidadãos e, por conseguinte, a confere legitimidade (Cf. COTTA, Maurizio. *Verbete Representação Política*. p. 1102. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. (orgs.) **Dicionário de Política**. Vol. 2, 8ª ed., Brasília: Ed. UnB, 1995, pp. 1101-1107.). Sendo assim, quando falamos em virtude do Governante, não usamos aqui a expressão *virtude* com o mesmo significado usado pela teoria política anterior às Revoluções Burguesas, mas sim com o objetivo de acentuar as características pessoais do representante do povo e, especialmente, de sua ação.

carecia de **amigos confiáveis**; e não há critério mais seguro de virtude ou vício que esse: se um homem é ou não destituído de tais amigos.[Grifos ausentes no original.]¹⁴

Desse modo, alinhou-se o Min. Sepúlveda a uma visão platônica de Governo, em que a ênfase em seu desempenho satisfatório se coloca sobre a figura do Governante e sua influência positiva sobre pessoas de sua confiança. Por consequência, negar-lhe os meios de exercer sua influência resultaria em violação da própria democracia, nos termos do voto do relator:

Finalmente, tanto no memorial da Assembléia Legislativa, quanto no da AGERGS, há, como pano de fundo, explícito ou não, um argumento, de igual **viés anti-democrático**: é aquele que – para sustentar a total independência postulada à direção das agências reguladoras nega **devam elas ajustar sua à política geral do Governo**, no setor de que se cuida. [Grifos ausentes no original.]

A possibilidade de influência pessoal do Governante sobre aqueles que compõem a base do Governo é tida, logo, como pressuposto à realização da Democracia, uma vez que a ação do representante do povo é reputada equivalente à ação do próprio povo. Este pressuposto é refletido no argumento do relator que rebate a necessidade de autonomia das agências reguladoras frente a influências políticas do Chefe do Executivo:

O raciocínio [segundo o qual as agências devem ser imunes a interferências políticas] trai o **preconceito da tecnoburocracia** contra os mandatários políticos do regime democrático: o que não é novidade, no catecismo do pensamento neoliberal hegemônico... [Grifo ausente no original.]

A essa visão se opôs o Min. Nelson Jobim, escudado no voto de Victor Nunes Leal proferido no Mandado de Segurança nº 8.693, julgado em 17/11/1962, relator o

¹⁴ “For Darius did not put his trust in brothers or in men whom he had brought up, but only in his confederates in the overthrow of the Mede and Eunuch; and to these he assigned portions of his empire, seven in number, each of them greater than all Sicily; and they were faithful to him and did not attack either him or one another. Thus he showed a pattern of what the good lawgiver and king ought to be; for he drew up laws by which he has secured the Persian empire in safety down to the present time. [§] Again, to give another instance, the Athenians took under their rule very many cities not founded by themselves, which had been hard hit by the barbarians but were still in existence, and maintained their rule over these for seventy years, because they had in each them men whom they could trust. But Dionysios, who had gathered the whole of Sicily into a single city, and was so clever that he trusted no one, only secured his own safety with great difficulty. For he was badly off for trustworthy friends; and there is no surer criterion of virtue and vice than this, whether a man is or is not destitute of such friends.” (PLATÃO. *The 7th Letter*. Traduzido para o inglês por J. Harward. The Internet Classics Archive. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://classics.mit.edu/Plato/seventh_letter.html. (Consultado em 29/08/2007) - tradução livre do original).

Min. Ribeiro da Costa. Este processo foi o que deu origem à súmula 25, e nele foi vencido o Min. Victor Nunes Leal. O voto vencido defendia, em primeiro lugar, o argumento técnico de que a previsão expressa na Constituição não era requisito para a fixação de limites ao poder do Presidente da República de prover cargos de livre nomeação.¹⁵ O então ministro esclareceu que a competência constitucional do Presidente era de **prover** os cargos, o que compreende todas as modalidades de provimento além da nomeação, como a transferência, a promoção, o aproveitamento, entre outros. E, quanto às outras formas de provimento, nunca se exigiu a expressa previsão de limites na Constituição como requisito de legitimidade de sua disciplina pelo legislador infra-constitucional. Dizia Victor Nunes, citado por Jobim:

A melhor doutrina sempre entendeu, porém, de modo contrário, isto é, que o Congresso não invade as atribuições do Executivo quando disciplina as nomeações, as demissões, as promoções, as transferências de servidores públicos. Esta sua competência resulta, em primeiro lugar, do regime adotado pela Constituição, que é o da divisão de poderes, **cujo pressuposto é a harmonia e não a guerra de poderes** (art. 36). Em segundo lugar, deriva essa competência de outra mais ampla, que a Constituição confere ao Poder Legislativo, para organizar os serviços públicos. [grifo ausente no original]

O voto, portanto, relacionou a possibilidade de limitação da competência do Chefe do Executivo com a *divisão de poderes*. E a visão de Victor Nunes Leal era de *harmonia e não guerra de poderes*. Ou seja, a separação de poderes aparece aqui não como um dique de contenção das prerrogativas de um Poder frente ao outro. Não se trata de resguardar um Poder ante a ameaça de outro Poder. Ao revés, os Poderes se interpenetram, dialogam entre si, harmonicamente. Esse modelo corresponde ao sistema de freios e contrapesos, que se funda na necessidade de limitar o poder como pressuposto para um regime de liberdade política. Nesse ponto, Montesquieu é claro:

A liberdade política somente se encontra em governos moderados; e mesmo nestes nem sempre é encontrada. Ela apenas existe quando não há abuso de poder. Mas a experiência nos mostra que cada homem investido com poder é capaz de abusar dele, e exercer sua autoridade tão longe quanto possível. Não é estranho, apesar de verdadeiro, dizer que mesmo a virtude necessita de limites? Para prevenir esse abuso, é necessário pela própria natureza das coisas que o poder seja um freio a outro poder.^{16 17}

¹⁵ O julgamento do MS 8.693 se deu sob a vigência da Constituição de 1946, em que não havia a previsão expressa de competência do Senado para aprovar a nomeação de cargos quando assim determinar a lei.

Ao falar em freio de um poder a outro poder, Montesquieu cria um sistema em que os poderes não se anulam, mas se harmonizam. Em verdade, a ingerência de um poder sobre o outro viabiliza a existência de ambos, pois os poderes, ao se controlarem mutuamente, deixam de disputar entre si e, por conseguinte, deixam de se neutralizar. Hannah Arendt, a respeito, esclarece que:

A descoberta [de Montesquieu], contida numa frase, traduz o esquecido princípio que sublinha toda a estrutura dos poderes particulares: o de que apenas “o poder impede o poder”, ou seja, devemos nós acrescentar, sem o destruir, sem se colocar a impotência no lugar do poder. Na verdade, o poder pode, decerto, ser destruído pela violência; isto é o que acontece nas tiranias, onde o poder de um destrói o poder dos muitos, e que, por isso mesmo, destroem a si próprias: perecem por gerarem impotência em vez de poder. [...] O poder pode ser travado, e, contudo, ser mantido intacto apenas através do poder, de modo que o princípio da separação dos poderes não apenas estabelece uma garantia contra a monopolização do poder por parte do governo, mas estabelece, na realidade, uma espécie de mecanismo, originado, precisamente, no interior do próprio governo, através do qual um novo poder é constantemente gerado, sem contudo ser capaz de aumentar e de se expandir em detrimento de outros centros ou fontes de poder.¹⁶

Portanto, se a separação de poderes for tomada como um pacto de não-ingerência de um poder sobre o outro, a consequência pode ser a inação dos poderes ou, ainda, a subversão tirânica que permite a um poder anular os demais. Se Executivo, centrado na figura do Presidente, passa a deter incontinentemente o poder de execução das políticas públicas fixadas pelo Legislativo, as políticas deste podem ser solenemente ignoradas na execução, o que leva à sua anulação.

Em decorrência dessa visão, a figura do bom governante é abandonada e dá lugar ao estabelecimento de **instituições** que assegurem o exercício da ação política pelos cidadãos. Nesse ponto, incide a inspiração do constitucionalismo americano, de que se extrai as seguintes palavras do *Founding Father* James Madison:

... a grande segurança contra a gradual concentração de diversos poderes no mesmo órgão consiste em dar àqueles que administram cada órgão os necessários meios constitucionais e motivos pessoais para resistir a tomada de outros poderes. Os meios de defesa devem neste caso, como em todos os outros, serem feitos comensuráveis aos riscos de ataque. Ambição deve ser posta a se contrapor à

¹⁶ A famosa frase de Montesquieu, no original em francês, é: “*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.*” (Extraído de ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001, p. 364.)

¹⁷ “Political liberty is to be found only in moderate governments; and even in these it is not always found. It is there only when there is no abuse of power. But constant experience shows us that every man invested with power is apt to abuse it, and to carry his authority as far as it will go. Is it not strange, though true, to say that virtue itself has need of limits? /§/ To prevent this abuse, it is necessary from the very nature of things that power should be a check to power.” (Tradução livre de MONTESQUIEU. (trad. Thomas Nugent). **The Spirit of Laws**. Ontario: Batoche Books, 2001, p. 172. Disponível via WWW. URL: <http://www.dominiopublico.gov.br>. Consultado em 21/10/2007.)

¹⁸ ARENDT, op. cit., pp. 185-186.

ambição. O interesse do homem deve ser ligado aos direitos constitucionais da posição. Pode ser um reflexo da natureza humana que cada um desses dispositivos seja necessário para controlar os abusos do governo. Mas o que é o governo em si que não o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem os homens, nem controles internos, nem externos, seriam necessários. Ao se pensar a constituição de um governo que será administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: você deve primeiro habilitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a controlar a si mesmo.¹⁹

De modo geral, portanto, abandona-se a visão platônica alicerçada na influência do governante virtuoso, substituindo-a pela noção aristotélica de comunidade organizada para o bem comum. Sobre esta plataforma se constrói o restante da argumentação de Victor Nunes Leal e, em decorrência, de Nelson Jobim, que admitem que a lei atribua *regime de autonomia administrativa* a determinados órgãos. No voto de Victor Nunes, a esse respeito, se lê:

Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e definir-lhe as atribuições. No sistema político vigente em nosso país é, realmente, **ao Legislativo que cabe traçar a orientação geral da política econômica e administrativa do país...**

Assim, Victor Nunes Leal retirou do Executivo a ênfase na elaboração da política econômica – presente na análise de Sepúlveda Pertence – e a colocou no Legislativo. E essa ênfase encontra amparo também na jurisprudência americana, especialmente no caso *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935), citada no voto do próprio Ministro Leal. Esse caso, na jurisprudência americana, é paradigmático na discussão sobre a autonomia das agências nos EUA:

... *Humphrey's Executor* envolve uma alegada usurpação do Poder Executivo de que não resulta diretamente aumento nos poderes do Congresso. No entanto, enfraquecer

¹⁹ “... the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.” (MADISON, James [Publius]. **The Federalist Papers**. Nº LI. London: Penguin Books, 1987, pp. 319-320 – tradução livre.)

a influência presidencial sobre a administração presumivelmente aumenta a eficácia da influência do Congresso [...].

Humphrey's Executor articula uma clara distinção entre funcionários “executivos”, destituíveis segundo a vontade do Presidente, e funcionários de agências independentes, destituíveis pelo Presidente somente nos estritos termos prescritos pelo Congresso. Uma vez que o poder de destituir no mais das vezes considera-se como incluindo o poder de controlar, *Humphrey's Executor* é citado como o caso que legitimou as assim chamadas “agências independentes” como uma matéria constitucional.²⁰

E, no curso desse debate constitucional, o Congresso é situado como local para elaboração das linhas gerais da política econômica. Por outro lado, cria-se uma estrutura executiva que busca preservar aquelas linhas gerais. A autonomia das agências reguladoras se justifica para proteger o próprio Poder Legislativo frente à usurpação pelo Executivo das políticas públicas fixadas pela lei.

Sobre este arcabouço, a análise empreendida por Victor Nunes Leal mantém-se coerente no debate sobre eventual imposição das políticas fixadas por Governo anterior para o posterior, em decorrência da permanência de funcionários de confiança daquele. Concluiu o Min. Leal, cujas razões foram tomadas pelo Min. Jobim:

Sem dúvida, o bom entendimento entre o Chefe do Governo e os dirigentes e executores da política do Estado é, em tese, um bem para a administração pública. Mas isso é falar, não a linguagem da lei, mas a da conveniência administrativa. O legislador há de ter ponderado a desvantagem do eventual desencontro de pontos de vista, com o benefício, por ele considerado mais relevante, de garantir continuidade e independência na execução das tarefas confiadas ao órgão autônomo. Quem há de pesar as vantagens e inconvenientes de cada uma das duas soluções não é o judiciário, que não faz lei, mas o Legislativo. E esse manifestou a sua opção nitidamente, quando instituiu a investidura de prazo certo.

O argumento, que ora examinamos, por mais valioso que seja no plano da ciência da administração, constitui, do ponto de vista jurídico, uma razão exatamente contrária à que terá inspirado o legislador. Para bem interpretar a lei, são as razões do legislador, e não as que a elas se opuserem, que o aplicador deve levar em conta. São muito adequadas as palavras de Brandeis,

²⁰ “...Humphrey’s Executor involves a claimed usurpation of executive Power that did not directly augment the powers of Congress. Yet, weakening presidential influence over administration presumably promotes the effectiveness of congressional influence [...]. /§/ Humphrey’s Executor articulates a sharp distinction between “executive” officers, removable at the President’s will, and independent agency officers, removable by the President only on such terms as the Congress prescribes. Because the power to remove is often thought to include the power to control, Humphrey’s Executor is cited as the case that legitimated the so-called “independent agency” as a constitutional matter. (MASHAW, Jerry L., MERRILL, Richard A. e SHANE, Peter M. **Administrative Law – the American Public Law System: cases and materials**. 4th. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2000, pp. 210-211 – tradução livre.)

votando vencido no Caso Myers: “A doutrina da separação de poderes – disse ele – foi adotada pela convenção de 1787, não para promover a eficiência, mas para prevenir o exercício do poder arbitrário.”

Nesse ponto, há ressonância novamente com a doutrina de Montesquieu, quando, especificamente sobre a relação entre Executivo e Legislativo, ele afirma que *se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de sustar o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas.*²¹

O Min. Jobim, então, passou a tratar das competências das agências reguladoras. E, a esse respeito, adotou textualmente a doutrina de Gaspar Ariño Ortiz.²² Junto com esse autor, identificou a passagem do Estado produtor e financiador de atividades públicas, para a figura do Estado Regulador. Após ponderar que a entrega de atividades ao setor privado impõe a regulação, concluiu pela necessidade de harmonizar dois interesses contrapostos: o das empresas, que querem o maior lucro; e o dos usuários, que querem serviços seguros, baratos e de qualidade.

A respeito da regulação, o ministro afirmou que *a característica desse novo sistema não é o controle absoluto dos operadores privados*. E, novamente com Ariño Ortiz, o ministro afirmou que dois aspectos devem orientar a atividade regulatória: i) garantir a prestação do serviço presente e futuro; ii) estabelecer níveis adequados na relação qualidade-preço, consoante o nível de desenvolvimento e as prioridades que cada sociedade queira estabelecer. Sendo assim, afirmou o ministro que a regulação não pode admitir tratamentos singulares, nem alteração arbitrária das *regras do jogo*. E para tanto, concluiu, também com Ariño Ortiz, que são condições *sine qua non*: i) separar a autoridade reguladora dos entes que prestam o serviço; ii) tornar a agência reguladora independente de toda possível manipulação do poder político.

A manipulação do poder político, para Ortiz – e por conseguinte, para o Min. Jobim – se verifica quando o Estado usa a estrutura de preços ou a prestação do serviço para fins outros que não o serviço em si.²³ Esses outros fins não seriam necessariamente ilegítimos – embora possam ser, como no caso da repartição de cargos

²¹ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis: textos escolhidos com notas de Voltaire e outros pensadores**. 6ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2007, p. 91.

²² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economia y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

²³ Cf. ARIÑO ORTIZ, op. cit., pp. 272-273

entre a militância partidária -, mas sua busca deve-se dar por processos públicos, que se valham de mecanismos disciplinados pela lei.²⁴

Neste ponto, o Min. Jobim, junto com Ariño Ortiz, se vinculou à legitimação política por meio de uso de instituições públicas. Não basta que se faça a vontade de um governante eleito pelo povo, e, por pressuposto, virtuoso. Essa vontade, ao contrário, deve ser limitada, contida, controlada. Ao revés, a busca passa a ser pelo estabelecimento de uma instituição que sirva de sede ao estabelecimento de políticas públicas, e não propriamente pelas pessoas que formularão a política. A autonomia da agência reguladora, nesse ponto, funciona como mecanismo do sistema de freios e contrapesos, especialmente como forma de preservação pelo Executivo da vontade política manifestada pelo Legislativo. Limita-se, de um lado, **a vontade do bom governante** para dar maior efetividade à **vontade do Parlamento**. Mais do que isso, previnem-se os abusos de um governante mau por meio de freios institucionais à sua atuação.

Jobim, por fim, concluiu seu voto afirmando que concessões e permissões de serviço público não se regem por *políticas de governo*, mas por *políticas da lei*. E, para seguir a lei, é lícito ao legislador confiar autonomia à autarquia a que for incumbida a função de executá-la.

O Pleno, após debate, consagrou a tese defendida no voto do Min. Jobim – o próprio relator, nos pontos debatidos por Jobim, mostrou absoluta concordância. Porém, questão levantada pelo relator levou à declaração de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei da AGERGS: não havia limites para a destituição de dirigentes pela própria Assembléia. Ou seja, no caso, não se tratava de uma afronta pura e simples à possibilidade de limitação do Executivo, mas da pura destituição do poder de demitir, que era inteiramente conferido ao Legislativo. Por essa particularidade, o Tribunal declarou, cautelarmente, a inconstitucionalidade do artigo.

Não obstante, tendo em vista a possibilidade de interpretação da decisão no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade do artigo levaria à interpretação de

²⁴ Confira-se o seguinte trecho de Ariño Ortiz, citado por Jobim: “Este puede fácilmente incurrir en la tentación de utilizar las tarifas como elemento deflacion de la economía em um momento dado; o instrumentar uma via de canalización de subvenciones ocultas a otros sectores (...) o a determinados territorios; también se puede intentar canalizar ayudas financieras hacia el sector empresarial público; y así otros fines, muy legítimos si se quiere, pero que deben obtenerse a traves de médios más transparentes y legalmente aprobados.” (Idem, p. 273.)

que seria possível demitir *ad nutum* os dirigentes da AGERGS, o STF inovou sua jurisprudência constitucional de forma a dar à decisão conteúdo integrativo. Nos debates, entendeu a Corte Constitucional – de forma unânime – que a própria natureza da nomeação a termo indicava a necessidade de demissão somente motivada. E, por esse motivo, de sorte a evitar a completa frustração da intenção do Legislativo, vencido apenas o Min. Marco Aurélio, decidiu o STF incluir no acórdão dispositivo que vedava a demissão imotivada, e que esclarecia que a declaração de inconstitucionalidade não impediria a elaboração de nova legislação com critérios limitadores do poder de demitir do Chefe do Executivo.

O papel da jurisdição frente às agências reguladoras

O debate realizado no Supremo Tribunal Federal descortinou os argumentos jurídicos pertinentes à autonomia das agências reguladoras. E a principal conclusão é que se conferiu legitimidade a essa autonomia não pelo fundamento de que sua atuação necessitava de *independência técnica*, mas por sua inserção política no mecanismo de freios e contrapesos próprio do moderno Estado de Direito. A decisão do Supremo não afastou a atividade das agências da atividade política, tampouco a imunizou frente ao debate de políticas públicas. Esse argumento, ao contrário, foi derrubado pelo relator e rechaçado por todo o tribunal. De forma geral, o *preconceito da tecnoburocracia* foi tido por antidemocrático por ambas as correntes argumentativas.

O que prevaleceu foi a ideia de que agências reguladoras dotadas de autonomia podem ser um mecanismo válido de reforço da autoridade do Legislativo na fixação de políticas públicas. Ou seja, as agências servem para deslocar a instância de elaboração política estruturante, do Executivo para o Legislativo, o que se coaduna com a acepção clássica da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos. Isso não significa tornar as agências *apolíticas*, mas inseri-las efetivamente no jogo político, de modo a se configurarem em instrumento de controle das políticas momentâneas. A respeito, lembre-se, novamente, Montesquieu:

O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma **ação momentânea**, é mais bem administrada por um do que por muitos; ao passo que o que depende do poder

legislativo é, amiúde, mais bem ordenado por muitos do que por um só. [grifo ausente do original]²⁵

Assim, a ação conjuntural (momentânea) do Executivo se pauta pela ação estruturante do Legislativo. Este, por ser sede dos debates públicos – ainda que por representantes que configurem uma *elite escolhida* pelo povo²⁶ e não pelo povo em si – fixa na Lei as diretrizes políticas a serem seguidas pelas agências. Estas, por sua vez, ao executar a lei, fazem e participam da política: a execução das leis desde há muito é considerada atividade política, a ponto de descrever um Poder. Esse fato, contudo, não necessariamente inviabiliza a atuação do Presidente da República e seus ministros frente ao espaço de competência das agências, em especial de suas competências constitucionais de *direção superior da Administração Federal* (CF, art. 84, II) e de expedir regulamentos para a *fiel execução da lei* (CF, art. 84, IV). Ocorre que, nesse caso, o fundamento constitucional para a autonomia das agências é justamente o seu limite institucional. Dar *fiel execução* à lei significa respeitar a esfera de competências das agências, mas essa esfera é admitida somente porque integrada ao princípio da interdependência e harmonia entre os poderes. Pode-se vislumbrar, desse modo, que o Presidente, mediante decreto, fixe diretrizes para a atuação das agências, desde que o faça como veículo para implementação das políticas fixadas em lei.

Essa moldura institucional integra as políticas fixadas pelo Legislativo a um Executivo dividido entre agência reguladora e Administração Direta, cabendo àquela a política conjuntural e a esta as diretrizes dessa política de forma adequada à lei. Trata-se, assim, de estrutura em que a agência serve de elemento de conexão para que Poder Executivo e Poder Legislativo se interpretem harmonicamente, cada qual com sua esfera própria de atuação. Em outras palavras, a agência reguladora se legitima na medida em que promove a criação, dentro do Poder Executivo, de mais um anteparo que serve de *freio e contrapeso* e, desse modo, resguardo da liberdade política manifestada na lei.

²⁵ MONTESQUIEU, op. cit., p. 91.

²⁶ Não devemos, porém, adotar uma visão romântica do Parlamento como expressão da vontade popular, ou ainda como instrumento apto por si só a dar efetividade à ação política. Cf. ARENDT, op. cit., pp. 341-346. Há, também, a necessidade de se garantir a efetividade da ação política, como meio de exercício da liberdade política, no próprio Parlamento. A subversão do sistema partidário em porta limitadora do acesso ao espaço público – que acaba por gerar uma desidentificação generalizada dos cidadãos para com seus representantes; os efeitos da comunicação de massa e, em especial, das propagandas política e ideológica; todos esses elementos remetem a uma reflexão mais profunda sobre as instituições democráticas, em geral, e a atuação destas na economia, em particular. Estas considerações, contudo, extrapolam os limites deste trabalho.

Ao Judiciário cabe preservar essa estrutura harmônica e evitar que ela se corrompa em espaços de exercício arbitrário do poder. De um lado, se se deixar levar pelo argumento da independência técnica, o risco é premente de se implementar um regime de autoritarismo tecnocrático – justamente aquele rechaçado pelo julgado aqui comentado. A apreciação pelo Poder Judiciário das decisões das agências reguladoras, portanto, é não apenas admissível, mas essencial à própria constitucionalidade do modelo. Por outro lado, não pode o Judiciário intervir de tal modo a frustrar o objetivo de criar uma instituição capaz de dar senso de continuidade às políticas fixadas em lei. O caso aqui comentado aponta como critério para a revisão judicial justamente a vinculação às políticas fixadas em lei e, eventualmente, às diretrizes fixadas em decreto.

Se é para garantir a execução dessas políticas que a autonomia das agências se justifica, o limite da desconstituição dessa autonomia pelo Judiciário é justamente a medida da vinculação, no caso concreto, entre políticas fixadas em lei e a decisão tomada pela agência. Essa formulação constitui o núcleo duro do que se pode denominar mérito administrativo das agências. Se a decisão da agência estiver conforme as políticas fixadas em lei e as eventuais diretrizes fixadas em decreto, não deverá o Judiciário adotar outra solução para o caso que for analisar, ainda que outras soluções fossem possíveis e, à luz do julgador, até mais adequadas.

Do ponto de vista da jurisdição constitucional, caberá ao julgador preservar a estrutura harmônica de separação de poderes. Para tanto, sua atuação deverá garantir os âmbitos de competência específicos da agência reguladora frente ao Poder Executivo central, ao Poder Legislativo e, inclusive, ao Poder Judiciário. O juiz, de um lado, possui sim competência para avaliar o mérito da atuação das agências na condução de políticas públicas. Mas nesse mister o juiz deverá colocar a si próprio sob o olhar da jurisdição constitucional de modo a limitar sua atuação apenas ao necessário à preservação da estrutura institucional que determina a autonomia das agências.

Conclusão

As agências reguladoras exercem ação política conjuntural, tal como descrita por Montesquieu, tal como a história política atribuiu ao Monarca e, depois, ao

Presidente. Na consideração de sua autonomia, portanto, não é legítimo tê-las como instrumento meramente técnico, pois na aplicação da lei a técnica, ainda que relevante, é permeada de opções políticas. A jurisprudência do STF deixou clara essa circunstância, e conferiu legitimidade à autonomia apenas e tão somente por criar uma instância de ação política compatível com o modelo de freios e contrapesos e, por esse motivo, sujeita à revisão judicial e à apreciação de suas decisões pela jurisdição constitucional. Todavia, se o modelo de freios e contrapesos é o que justifica a constitucionalidade da autonomia das agências frente ao Chefe do Poder Executivo, essa autonomia deve também ser preservada pelo próprio Judiciário. Cabe a este avaliar se a agência, em cada caso, observou as políticas fixadas em lei e as diretrizes eventualmente fixadas por decreto. Mas está fora de sua atribuição substituir a decisão da agência que atenda a esses critérios, ainda que outra solução específica fosse preferível segundo o particular critério do julgador.

Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARENDRT, Hannah. **Sobre a revolução**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 2004.

_____. **Economia y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MADISON, James [Publius]. **The Federalist Papers**. Nb. LI, London: Penguin Books, 1987.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp.72-98.

MASHAW, Jerry L., MERRILL, Richard A. e SHANE, Peter M. *Administrative Law – the American Public Law System: cases and materials*. 4th. ed., St. Paul: West Publishing Co., 2000.

MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. Ontario: Batoche Books, 2001. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.dominiopublico.gov.br>. Consultado em 21/10/2007.

_____. **O Espírito das Leis: textos escolhidos com notas de Voltaire e outros pensadores**. 6^a reimpr., Curitiba: Juruá, 2007, p. 91.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities*. DSTI/ICCP/TISP(99)15/FINAL, 25 May 2000. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/39/32/21330624.pdf> (Consultado em 20/01/2008).

PELTZMAN, S. *A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação*. In: MATTOS, Paulo (org.). **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004

PLATÃO. *The 7th Letter*. *The Internet Classics Archive*. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://classics.mit.edu/Plato/seventh_letter.html. (Consultado em 29/08/2007).

STIRTON, Lindsay e LODGE, Martin. *Embedding Regulatory Autonomy: The reform of Jamaican Telecommunications Regulation 1988-2001*. *LSE Discussion Paper 5* (2002), Londres: *ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation*, 2002. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.lse.ac.uk/collections/CARR/documents/discussionPapers.htm> (Consultado em 23/05/2007).

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 17-38.