Supremo Tribunal Federal (STF)

Estabilidade do mandato de dirigentes das agências reguladoras

**ADI 1949 MC / RS — RIO GRANDE DO SUL
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Relator(a): min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 18/11/1999

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 25-11-2005 PP-00005

EMENT VOL-02215-1 PP-00058

Parte(s)

REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVDOS. : PGE-RS — PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO

REQDA. : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

I. Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta. II. Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembleia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul — Agergs: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. 1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 — à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III —, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembleia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 2. Carece, pois, de plausibilidade a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembleia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada. 3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembleia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. 4. A investidura a termo — não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras — é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei — ou seja, a destituição por decisão da Assembleia Legislativa —, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida. III. Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma arguida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico. IV. Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento

e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de medida limiar, no que toca à expressão “após terem seus nomes aprovados pela Assembleia Legislativa do Estado”, contida no art. 7º, da L. 10.93, de 9.1.1997, do estado do Rio Grande do Sul, tanto na redação originária, como na alteração redacional procedida pelo art. 1º da Lei estadual nº 11.292, de 23.12.1998 e, por maioria de votos, em deferir o pedido de medida limiar, para **suspender**, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 8º da Lei estadual nº 10.931, de 9.01.97, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual nº 11.292, de 23.12.98, assim como na sua redação original, sem prejuízo de restrições à demissibilidade, pelo governador do estado, sem justo motivo, consequentes da investidura a termo dos conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul — Agergs, conforme o art. 7º da mesma lei, e também sem prejuízo da superveniência de legislação válida.

Brasília, 18 de novembro de 1999.

CARLOS VELLOSO — PRESIDENTE

SEPÚLVEDA PERTENCE — RELATOR

Ibc/

11/11/1999

TRIBUNAL PLENO

MED.CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.949-0
RIO GRANDE DO SUL

Voto vista

PERTENCE, no primeiro momento deste julgamento, quanto à destituição, no curso do mandato de conselheiro, depender de decisão da Assembleia (art. 8º), diz:

[...]

A relevância da arguição, [...], tem por si a **Súmula 25**:

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

[...]

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

Salta aos olhos, [...], que, na prática da separação dos poderes sob o presidencialismo é frequente e salutar, [...], 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**.

O voto, na presente sessão, reproduziu o anterior.

Os acréscimos, pelo que entendi, foram em resposta às alegações feitas em Memoriais, principalmente pela Assembleia Legislativa.

Ficaram inalterados os fundamentos de PERTENCE, no voto inicial.

São dois:

(a) a Súmula 25;

(b) e, o princípio da separação do poderes definido pela “lógica do regime” presidencial.

Examino os fundamentos:

1. A Súmula 25 e o MS 8693

A Súmula 25 tem como precedente básico o MS 8693, de 17.11.1962 (RTJ 25/55).

Foi relator RIBEIRO DA COSTA.

1.1. O caso

Peço licença aos colegas para fazer um exame detido desse caso.

Lembro os fatos.

Murillo Gondim Coutinho fora nomeado, pelo presidente Juscelino Kubitschek, “[...] para representante do Governo [...]” no Conselho Administrativo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, para um mandato de 4 (quatro) anos.

Esse Conselho era integrado, também, por representantes dos segurados e das empresas, eleitos pelos respectivos sindicatos. (L. 3.807/60, art. 103, caput.¹)

O presidente Jânio Quadros, logo após a posse, o exonerou das funções. Impetrou a segurança.

1.2. O voto de Ribeiro da Costa

PEDRO CHAVES, CÂNDIDO MOTTA, ARY FRANCO, HAHNEMANN GUIMARÃES e LAFAYETTE DE ANDRADA formaram, com o relator RIBEIRO DA COSTA, a maioria e negaram a segurança.

A maioria, com RIBEIRO DA COSTA, fundamentou sua posição em dois argumentos.

1.2.1. O fundamento jurídico da decisão no MS 8693

O primeiro, jurídico.

A maioria entendeu que o art. 87, V, da CF de 1946,² impedia que a lei criasse outras restrições ao exercício, pelo presidente da República, do poder de prover os cargos públicos federais.

Leio RIBEIRO DA COSTA:

[...]

A Constituição de 1891 dizia, no art. 48, nº V:

“Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

¹ Lei 3.807, de 26/8/1960:

“Art. 103. O Conselho Administrativo (CA) dos IAP será constituído de, respectivamente, 3 (três) e 6 (seis) membros na forma do § 3º deste artigo, e com mandato de 4 (quatro) anos, sendo os representantes nomeados pelo presidente da República, os representantes dos segurados e os representantes das empresas eleitos pelos sindicatos das respectivas categorias profissionais e econômicas e na falta destes, por associações de classe devidamente registradas e vinculadas à instituição.”

² 1946:

“Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República:

V. prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais.”

nº V — prover os cargos civis e militares de caráter federal, **salvo as restrições expressas na Constituição.**”

A significação é que cabia, nesse caso, ao presidente da República prover os cargos públicos civis e militares, livremente, salvo nos casos em que a Constituição não o permite. Quer dizer: com as restrições na Constituição.

As Constituições de 34 e de 37 dispuseram diferentemente. A de 34 dispunha:

“Compete ao Presidente da República prover os cargos federais, **salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis**” [art. 56, 14].

A de 37 repetiu:

“Compete ao Presidente da República prover os cargos federais, **salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis**” [art. 74, I].

O que entende e se deve compreender, em face dessas duas ressalvas, é que, **na vigência dessas Constituições, o presidente da República poderia nomear e desnomear, respeitando as restrições constitucionais e também aquelas previstas na lei.**

Foi este o caso do **dr. Demócrito Barreto Dantas**, que, nomeado sob império da lei, na Constituição de 37, **estava garantido com aquilo que a lei outorgara**: mandato de quatro anos. **Esse mandato não podia ser abolido, abrogado, por ato do presidente da República. Ele não tinha, a esse tempo, faculdade de fazê-lo, teria de respeitar a lei.** O presidente não respeitou a lei, a justiça garantiu os proventos do servidor até o término do prazo do mandato.³ Mas a atual Constituição voltou ao princípio estatuído na Constituição de 1891, prescrevendo que compete

³ Parte do voto de RIBEIRO DA COSTA, sobre o caso “Demócrito Barreto Dantas”:

“No caso do dr. Demócrito Barreto Dantas, julgado por este Tribunal, em que, investido o dr. Demócrito Barreto Dantas no cargo do diretor de um dos serviços da Caixa Econômica, se não engano, a Caixa de Penhores, o ato do então presidente da República, sr. General Dutra, era insustentável, porque a investidura fora por quatro anos. Garantiu-se ao dr. Barreto Dantas a remuneração pecuniária pelos referentes meses ou anos do exercício do mandato que lhe for atribuído. Mas há de se ter em vista que esse caso foi julgado antes da vigência da atual constituição, quando, então, a investidura estava garantida pela lei. ...” (RTJ 25/58).

privativamente ao presidente da República prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas nessa Constituição, os cargos públicos federais. Na forma da lei, quer dizer: prover para determinado fim, para esse cargo de tal categoria, etc. **Nomear** vitalícios, nomear interinos, nomear por concurso, nomear para cargo isolado, para cargo definitivo etc., os funcionários, **mas com as ressalvas contidas na Constituição. Exclusivamente!**

Ora a Constituição não possui nenhuma ressalva impeditiva à **desnomeação daqueles mandatários do anterior presidente da República que estavam exercendo funções por prazo determinado**. Assim, o novo presidente da República podia livremente desnomear e investir naqueles cargos pessoas de sua confiança [...] (RTJ 25/59-60).

Esse foi o fundamento jurídico: o texto do art. 87, V, da CF de 1946.

1.2.2. O fundamento político da decisão no MS 8693

O segundo fundamento da denegação da segurança foi político.

RIBEIRO DA COSTA, após manifestar nítida simpatia ao governo Jânio Quadros e restrições ao governo Juscelino,⁴ disse:

[...]

Penso, [...], que devemos ter em vista o lado político da questão, político no sentido de medida que atende ao interesse da Nação, de medida propiciadora da regulação dos atos administrativos do País. Política neste sentido. Isto me conduz a admitir que, **em relação a certos se-**

⁴ Extrato do voto de RIBEIRO DA COSTA:

".....

Devo dizer, embora como juiz, que o nosso país há alguns anos estava esperando ver-se jogado ao campo das soluções.

.....

... A sorte do País está jogada, tendo à frente de sua direção um homem temperamental, um homem renovador, um homem pessoal nas suas ações, um homem que não se detém nos seus atos, que possui alto espírito público, que possui vontade de resolver as coisas. Isto nos parece inegável!

Vê-se que o Presidente se move da Capital do País para os Estados, onde reúne Governadores de certa região, com os quais traça os problemas relativos a essa região, procurando dar-lhes diretivas, soluções e medidas de amparo." (RTJ 25/57).

tores desmembrados da administração pública, o Presidente da República, o Chefe do Poder Executivo, não pode ter suas mãos presas. Ele há de ter liberdade de ação, e essa liberdade de ação seria negativa inteiramente, se, ao pretender realizar, o Presidente não tivesse, para execução dos atos que imagina ou quer empreender, servidores em cuja ação possa confiar.

Penso que o problema é este. É um problema a respeito do qual todos nós, brasileiros, devemos apreender que a ação governamental executiva não se pode fazer sentir sem que isso se realize.

Nos governos anteriores, todos sentimos que esses fatores importantíssimos da administração, setores que dizem com a miséria, com o amparo à população pobre, infeliz, doentia e sofredora, setores que são uma força elementar ao País, não estavam enfaixados sob a direção pessoal do Presidente da República. Os Presidentes da República entregavam esses setores a pessoas que representavam o interesse político, de momento, inexpressivo, que agiam discricionariamente sem programa governamental. Não sei se é bem isto, mas é o que senti, no exercício do Poder Executivo dos governos anteriores, com muita lástima.

A quem entrega o Governo a direção de todos os institutos de previdência e de outros aparelhos acessórios que são uma força econômica poderosa? Vimos, por exemplo, a situação passada entregar ao Senhor João Goulart, apregoadamente um grande político, um homem de inteligência luminosa, extraordinário, dinâmico, que deveria realizar a grandeza do Partido Trabalhista Brasileiro, criando um bem-estar do nosso povo e fazendo feliz esta Nação tão desgraçada... O que foi essa influência desastrosa, a Nação tomará conhecimento pelos resultados dos inquéritos em andamento, se tiverem andamento...

Ora, compete ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento das magnas questões, pontificar, com elevação, com serenidade, ou ajudando o Poder Executivo a lhes dar soluções preciosas, ou impedindo que o Poder Executivo, nas soluções dos problemas, atue de maneira arbitrária, exorbitando dos poderes que a Constituição lhe traçou.

Assim, pois, o problema é este: saber se, neste caso, o Presidente da República exorbitou das faculdades constitucionais.

Resta saber se o delegado do governo da União, perante quaisquer dos institutos ou caixas econômicas, investido para exercer o cargo por período certo de quatro anos, tem direito à permanência no exercício dessa função perante os quatro anos seguidos, por todo o curso do período,

ou se o Presidente da República pode removê-lo, nomeando outra pessoa para exercer o cargo. Se o ato do Presidente da República, nesse caso, destituindo o servidor anteriormente nomeado, importa em ofensa a algum preceito constitucional, ao direito adquirido ao exercício daquele mandato até o fim do mesmo, ou se o Presidente da República é livre de nomear, de desnomear, como em entender, na suposição, sempre, de que aja no interesse permanente da Nação.

Entendo que o Presidente pode praticar esse ato, pode e deve praticá-lo toda vez que julgar necessário fazê-lo. Não posso compreender que, ao fim do exercício do Poder Executivo, quando estava próximo a inaugurar-se um outro período governamental, o Presidente anterior pudesse nomear certos funcionários de sua confiança para exercerem aqueles cargos, invadindo a área de ação do novo Presidente da República, **impedindo que o novo Presidente pudesse descortinar o seu programa administrativo**, dispondo dos meios necessários para isso, entre os quais avulta, evidentemente, a ação dinâmica dos seus mandatários que são esses conselheiros, presidentes de institutos, membros de diretorias etc. Esta é a questão mais importante que se apresenta ao Supremo Tribunal Federal.

[...]

Estamos examinando o problema de natureza política, mas com olhos claros, vendo a realidade. Não estou no mundo do sonho, mas no da realidade. Não sou administrador. Se o fosse, só o seria pessoalmente, para exercer a administração com toda a responsabilidade, mas eu mesmo! E em certos setores só poderiam agir por mim pessoas em quem eu confiasse. Seria então um administrador. **Eu quero e mando!** Só assim o entendo, e admito.

[...]

[...] não posso compreender que o Senhor Presidente da República esteja peado a ter entre seus mandatários funcionários que ele não conhece, que ignora o que e quem sejam, o que fazem, o que podem fazer ou não fazer, ou que podem sabotar em seus atos de administrador!

[...] (RTJ 25/57 a 61).

RIBEIRO DA COSTA, como está no voto, tinha uma concepção autoritária e imperial do presidencialismo.

Essa concepção é expressada com nitidez: “Eu mando, eu quero” (!).

1.3. *A divergência de Vitor Nunes*

VITOR NUNES LEAL divergiu.

Acompanharam, na divergência, GONÇALVES DE OLIVEIRA, VILLA BOAS e LUIZ GALLOTTI.

1.3.1. Os fundamentos jurídicos

VITOR NUNES rebate os fundamentos constitucionais, legais e administrativos do voto de RIBEIRO DA COSTA.

(1) ○ PODER DE NOMEAR E DEMITIR

VITOR NUNES examina o argumento de que o art. 87, V, da Constituição de 1946 conferia ao presidente da República “[...] poder de demitir, com amplitude muito maior do que o haviam feito as Constituições republicanas anteriores, inclusive a outorgada, de 1824.”

Leio:

[...]

O art. 87, V, da atual, atribui, privativamente, ao Presidente da República “prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais”. Esta norma, segundo a argumentação de que, [...], divirjo, só admitiria, quanto ao poder de nomear do Presidente da República, as condições e restrições que constam, expressamente, da própria Constituição. Ao legislador ordinário, porém, não seria facultado condicionar ou regular o exercício desse poder, mas apenas estabelecer a forma pela qual há de ser exercitado.

A prerrogativa do Presidente da República não seria tão ampla nas Constituições de 34 e 37, porque estas definiam a competência para prover os cargos federais, ressaltando “as exceções previstas na Constituição e nas leis” (respectivamente, art. 56, nº 14, e art. 74, letra l). Em outras palavras, as Constituições de 34 e 37 teriam facultado à lei, isto é, ao legislador ordinário, restringir o poder de nomear do Presidente da República; a de 1946 só lhe permitiria estabelecer a forma do exercício desse poder.

Funda-se o argumento em que a vigente Constituição emprega o vocábulo restrições em correspondência com ela própria, fazendo supor que somente as restrições constantes do texto constitucional seriam legítimas. O argumento, [...], não atenta para uma circunstância: o art. 87, nº V, da Constituição, o que define é a competência do Presidente para prover cargos públicos. Em consequência, as limitações ali contidas são endereçadas ao poder executivo, e não ao legislativo; em outros termos, a alusão, ali feita, às restrições estabelecidas na Constituição compreende os casos em que a competência para prover cargos públicos federais não pertence ao Presidente, mas a outros poderes, isto é, ao Congresso e aos Tribunais, no que se refere às respectivas secretarias.

Esta observação desloca o debate para a locução na forma da lei, que se lê na mesma norma constitucional: prover os cargos federais, na forma da lei. Pretende-se que esta expressão significa: de acordo com as formalidades estabelecidas na lei. O argumento, [...], não procede, porque a expressão na forma da lei, segundo o entendimento correto e corrente, quer dizer: na conformidade da lei, consoante a lei, segundo a lei, segundo o que dispuser a lei [...].

É claro que a lei não pode dispor tudo, porque está, por sua vez, sujeita às limitações constitucionais, mas não é o art. 87, nº V, o dispositivo que regula tais limitações, e sim, todo o conjunto das normas constitucionais que estruturam nosso regime político-jurídico. O que transluz, portanto, do art. 87, nº V, é que o poder, que tem o Presidente da República, de prover os cargos públicos federais, se exercerá de conformidade com a lei. Pode, assim, o Legislativo condicionar o exercício desse poder, em termos compatíveis com os demais dispositivos da Constituição. A sua competência não é apenas para estabelecer as formalidades aplicáveis, mas também os pressupostos do provimento dos cargos públicos.

A fórmula da Constituição atual é a mais explícita, a esse respeito, que a de 1891, a qual, no art. 48, atribuía, privativamente, ao Presidente da República “prover os cargos civis e militares de caráter federal, salvo as restrições expressas na Constituição”. O texto de 91 não continha a cláusula na forma da lei, entretanto, os seus mais autorizados comentadores sempre entenderam legítima a competência do legislador para disciplinar, condicionar, regular o exercício do poder de nomeação do Presidente da República. Leiam-se as lições de Barbalho (2ª ed., p. 253: “o provimento deles (empregos), na conformidade das leis, é função executiva”), Carlos Maximiliano (3ª ed., p. 550: O Congresso “estabele-

ce as condições de investidura e a duração do exercício. O Presidente escolhe, de conformidade com a lei [...]”, Rui Barbosa (vol. III, p. 225: “Não é verdade [...] que [...] a demissibilidade seja ilimitada [...]; não são poucas as leis pátrias, que restringem o arbítrio do Governo [...]”). É, aliás, idêntico o ensinamento, em relação a Constituição atual, de Pontes de Miranda (2ª ed., vol. II, p. 396) e Themístocles Cavalcanti (*Tratado*, vol. IV, pp. 187 e 182).

Por outro lado, o texto constitucional não diz nomear, mas prover os cargos, o que compreende outras modalidades de provimento além da nomeação, como sejam a transferência, a promoção, o aproveitamento etc. (Estatuto, art. 11). Assim, a tese de que o legislador ordinário não pode condicionar o exercício do poder previsto no art. 87, nº V, da Constituição, se aceita pelo Supremo Tribunal, poria por terra grande parte do Estatuto dos Funcionários e de todas as leis que regulam as diversas modalidades de provimento de cargos federais. Toda a disciplina legal das promoções, das transferências, das readmissões etc., não poderia mais prevalecer diante do arbítrio do Presidente da República, que se exerceria incontrolavelmente, promovendo, transferindo, readaptando quem quer que fosse do seu agrado ou incidisse na sua antipatia. Estaria, pois, restabelecido, em favor do Presidente da República, um poderio incommensurável, de que há muito já estávamos desacostumados, com a evolução doutrinária, em todo o mundo, em favor do sistema do mérito e das garantias funcionais do serviço público civil. A tais consequências catastróficas levaria a premissa constitucional que, [...], estamos combatendo.

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 dos poderes (art. 36.⁵) Em segundo lugar, deriva essa competência de outra mais ampla, que a Constituição confere ao Poder Legislativo, para organizar os serviços públicos. “Os cargos públicos — diz o art. 184⁶ — são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.”

⁵ Art. 3º da CF 1988.

⁶ Art. 37, I da atual de Carta de 1988 (EC. 19/98, acrescentou os estrangeiros).

O acesso ao cargo público se dá pelo provimento, se este depende dos requisitos que a lei estabelecer, parece intuitivo, que o poder de prover os cargos públicos, atribuído ao Presidente da República, não pode deixar de estar condicionado ao que dispuser a lei.

Idêntico argumento se pode extrair do art. 188, parágrafo único,⁷ da Constituição, que declara não aplicável a estabilidade aos cargos “que a lei declare de livre nomeação e demissão”. Se a lei, ao definir cargos de livre nomeação e demissão, não pode contrariar a Constituição, porque seria inválida, nem simplesmente reproduzi-la, porque seria inócua, claro está que pode inovar na matéria, autorizada pela própria Constituição, o que significa regular o poder de nomear e de demitir do Presidente da República. Aliás, que irrisória competência para organização do serviço público teria o legislativo, se não pudesse disciplinar a investidura dos servidores, o seu acesso na carreira, a transferência de um cargo para outro, a readmissão, enfim, se todas essas matérias tivessem de ser deixadas à discricção do Chefe do Poder Executivo: o poder de organizar o serviço público pertenceria, em tal hipótese, ao executivo e não ao legislador (RTJ 25/62 a 63).

E prossegue VICTOR NUNES, mais adiante:

[...]

[...] se argui que o poder de demitir deriva do de nomear, e concluiu-se que são ambos coextensivos; devendo prevalecer, para o poder de nomeação, apenas as restrições expressas na Constituição Federal, o mesmo se deveria entender com relação ao poder de demitir.

É realmente aceito pelos especialistas que o poder de demitir resulta do de nomear. Não há, porém, concordância na tese de que o poder de demitir é coextensivo do de nomear, isto é, que os dois poderes tenham as mesmas dimensões ou se desenvolvam dentro da mesma superfície.

O poder de demitir, em alguns casos, tem extensão maior que o de nomear, quando se dispensa, por exemplo, a concordância do Senado para o afastamento de titulares cuja investidura depende da sua aprovação. A recíproca também é verdadeira, segundo a nossa reiterada prática

⁷ Art. 41, caput, da CF de 1988 (EC. 19/98).

legislativa, judiciária e administrativa, coincidente com a de outros países, no sentido da legitimidade das restrições legais ao poder de demitir. Uma das questões, cujo exame se tem repetido ultimamente neste Tribunal, envolvendo o problema em debate, é o do estágio probatório. Já decidimos, [...], que não há identidade entre o instituto do estágio probatório e o da estabilidade. Ambos têm de comum serem garantias contra a demissão arbitrária ou imotivada de servidores públicos. Entretanto, uma diferença fundamental, que separa os dois institutos, consiste em estar o servidor estável protegido contra a própria supressão do cargo, ficando, em tal caso, em disponibilidade, até ser aproveitado em outro, equivalente. Dessa garantia não dispõe o estagiário, mas ele está resguardado de demissão arbitrária ou imotivada, porque para seu afastamento o Estatuto dos Funcionários exige processo administrativo.

A prevalecer a doutrina, que a administração sustenta no caso presente, desaparecerá da nossa legislação, por inconstitucional, o instituto do estágio probatório. Na verdade, porém, assim o legislador pode condicionar o exercício da competência do Chefe do Governo para prover cargos, também pode condicionar, sob a inspiração do interesse público, o exercício do poder de demitir. Outros exemplos, além do estágio probatório, poderiam ser lembrados. Ocorre-me a doutrina dos motivos determinantes, desenvolvida na França, por Gaston Jèze, e aceita, entre nós, e, parecer de Francisco Campos. Essa doutrina foi, recentemente prestigiada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal [...], no caso Vasco Pezzi, pela palavra magistral do eminente Ministro Hahnemann Guimarães (ag. 24.715, de 10.10.61).

Estou, pois, firmemente convencido de que o Governo extraiu da regra, segunda a qual o poder de demitir deriva do de nomear, consequências que a lei, a doutrina e a jurisprudência têm repellido, com fundadas razões. A Constituição não ampara a interpretação napoleônica do Executivo no caso presente. (RTJ 25/67).

Adianto eu, desde logo.

O fundamento jurídico-constitucional do voto de RIBEIRO DA COSTA, rebatido por VICTOR NUNES, desapareceu com a Constituição de 1988.

Relembro o texto de 1946:

Art. 87. [...]

[...]

V — prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais.

O texto atual coloca a expressão “na forma da lei” no fim da frase e não há referência a restrições:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXV — prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

O mesmo se passa com a Constituição Gaúcha (art. 82, XVIII.)⁸

O tema perdeu o relevo.

Aliás, o próprio RIBEIRO DA COSTA já admitia essa situação.

Referiu-se ele ao caso dr. Barreto Dantas, “[...] que fora nomeado na vigência da Constituição de 1937 e demitido ainda na vigência dela, prevalecendo em seu favor a exceção da lei”.

Disse RIBEIRO DA COSTA:

Os atuais estão com os seus títulos de nomeação subordinados àquilo que, expressamente, dispõe a atual Constituição [de 1946]. O Presidente pode nomear ou desnomear, salvo as restrições contidas na Constituição, mas, em relação a essa investidura, a Constituição atual não cria nenhuma restrição para desnomeação, [...] (RTJ 25/73).

A história deu razão a VICTOR NUNES.

A lei pode criar restrições quer à nomeação, quer à Constituição.

(2) AS ENTIDADES AUTÔNOMAS

Vejamos, em VICTOR NUNES, as considerações sobre as entidades autônomas:

[...]

Cuidando-se, em especial, da investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda a naturalidade,

⁸ Constituição do RGS:

“Art. 82. Compete ao Governador, privativamente:

[...]

XXV — prover os cargos do Poder Executivo, na forma da lei.”

no **regime de autonomia administrativa** atribuído, por lei, a certos órgãos. 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, pois dele depende a votação do orçamento, a concessão de créditos especiais, a aprovação de tratados com nações estrangeiras e o poder de votar leis em toda a extensa área da competência legislativa da União.

Não é, aliás, a investidura de prazo certo uma invenção brasileira. Ela tem uso frequente em outras nações, e frequentíssimo nos Estados Unidos, cujo regime copiamos. Numerosos são os cargos, especialmente nas independent regulatory comissions, cuja investidura se faz a prazo certo. Citarei algumas: Junta de Aeronáutica Civil (Civil Aeronautics Board), cinco membros nomeados com prazo de seis anos, sendo que não mais de três do mesmo partido; Serviço de Reaproveitamento da Terra do Distrito de Columbia (District of Columbia Redevelopment Land Agency), cinco membros nomeados por cinco anos; Organização Federal de Depósito e Seguro (Federal Deposit Insurance Corporation), um membro nato e dois nomeados por seis anos; Junta Federal de Bancos de Financiamentos de Casas (Federal Home Loan Bank Board), três membros nomeados por quatro anos, sendo dois, no máximo, do mesmo partido; Comissão Federal do Comércio (Federal Trade Commission), cinco membros nomeados por sete anos, não mais de três do mesmo partido; Comissão de Títulos e Câmbio (Securities and Exchange Commission), cinco membros nomeados por cinco anos, sendo três, no máximo, do mesmo partido; Junta de Controle de Atividades Subversivas (Subversive Activities Control Board), cinco membros nomeados por cinco anos, não podendo mais de três pertencerem ao mesmo partido; Comissão do Serviço Civil dos Estados Unidos (United States Civil Service Commission), três membros nomeados por seis anos, não podendo mais de dois pertencer ao mesmo partido; Comissão de Tarifas dos Estados Unidos (United States Tariff Commission), seis membros nomeados

por seis anos não mais de três do mesmo partido (Arud United States Government Organization Manual 1960-1961).

[...]

[...] ali, depois de muito estudado e debatido o assunto, pelos três poderes, chegou a Corte Suprema a uma fórmula bastante apropriada e de férteis consequências. O significado e o alcance jurídico da investidura de prazo certo ficou a depender da natureza de cargo ou função. No tocante aos que se situam, estritamente, na linha hierárquica do Poder Executivo, isto é, dentro da estrutura a que chamamos, no Brasil, a **administração direta**, entende-se que **a investidura de prazo certo apenas marca o seu termo final, ma não impede o Chefe de Governo de exonerar o funcionário antes desse termo**. Esta foi a doutrina de um julgamento famoso, o Myers Casa (272 U.S 52), de 1926.⁹ Foi relator o Chief Justice William Taft, que por coincidência tinha sido Presidente dos Estados Unidos. Ficaram vencidos McReynolds e os dois luminares Holmes e Brandels.

Entretanto, em duas outras decisões, igualmente famosas, posteriores àquela, uma de 27.5.1935, outra, de 30.6.1958, ficou decidido que **a doutrina Myers Case não se aplicava às nomeações de prazo certo para órgãos dotados de autonomia administrativa**, dos quais, nos Estados Unidos, se diz que exercem funções quase-legislativas ou quase-judiciárias, entidades criadas por lei e que correspondem, lato sensu, às nossas autarquias, dotadas, nos limites da lei, de funções normativas e jurisdicionais, não obstante o seu caráter de órgãos administrativos, integrantes da administração descentralizada. Refiro-me ao Caso Humphrey (295 U.S 602, de 1935) e ao caso Wiener (357 U.S 349, 1958).

A doutrina que nos mesmos foi afirmada pela Corte Suprema, a propósito, respectivamente, da Comissão Federal do Comércio e da Comissão de Reclamações de Guerra, destinou-se, consciente e deliberadamente, a restringir, precisar e circunscrever a doutrina do Myers Case, a qual, entendida ao pé da letra, ampliaria desarrazoadamente os poderes do Presidente da República, no tocante à demissão dos servidores públicos. **O objetivo da nova doutrina**, que a Corte Suprema enunciou

⁹ Tratava-se do caso de um “postmaster of the first class at Portland”, nomeado pelo presidente e aprovado pelo Senado, para um mandato de 4 anos (1917). O “Postmaster General”, instruído pelo presidente da República, o demitiu. (Myers v. United States, 272 U.S. 52. A íntegra da decisão está na Internet: site da U.S. Supreme Court — ‘oyez oyez oyez’)

de maneira explícita, foi justamente **garantir o exercício das funções e atribuições dos mencionados órgãos autônomos com a necessária independência, em face do Poder Executivo, para que pudessem cumprir, a salvo de injunções, a política ou orientação traçada pelo Poder Legislativo, ao instituir tais entidades autônomas.**

Note-se, aliás, que a Chefia do Poder Executivo, confiada no Presidente da República e considerada de maneira impessoal, isto é, independente da pessoa que a exerça, também participa do processo legislativo, através da iniciativa, da sanção ou do veto das leis que organizam esses órgãos independentes.

[...]

Consta da ementa do caso *Humphrey's Executor Versus United States*, segundo a publicação da *Lawyer's Edition* (55 S.Ct.869):

O Congresso tem competência para determinar que agências quase-legislativas ou quase-judiciárias desempenhem suas funções independentemente do controle do Executivo, bem como estabelecer prazo para o exercício dos cargos dos respectivos membros, pelo Presidente da República, durante o prazo da investidura (*during their term of office*) salvo ocorrendo motivo legal. [...]. **A questão de saber se o Presidente pode demitir servidor público, a despeito da limitação estabelecida pelo Congresso ao seu poder de demissão, depende da natureza do cargo, e da circunstância de exercer o servidor funções quase-legislativas ou quase-judiciárias [...].** A lei que permite ao Presidente demitir membros da Comissão Federal do Comércio por ineficiência, negligência no cumprimento do dever ou má conduta no exercício da função, interpretada no sentido de limitar o poder de demitir do Presidente à ocorrência dos motivos mencionados, estabeleceu legítima restrição à competência do Executivo. [...] O poder do Presidente demitir os membros da Comissão Federal do Comércio é limitado à demissão pelos motivos específicos enumerados na lei [...].

Lê-se, ainda, no corpo da decisão:

[...] a letra da lei, os anais legislativos e as finalidades gerais dessa legislação, tais como refletidas nos debates, tudo concorre para demonstrar a intenção do Congresso de criar entidades de pessoas especializadas, que adquirissem experiência através do prolongamento do exercício;

um órgão coletivo, que fosse independente da autoridade executiva, exceto na sua seleção, e livre para emitir o seu julgamento independentemente de permissão ou embaraço por parte de qualquer outro funcionário ou qualquer departamento do governo. É evidente que o Congresso foi de opinião que a extensão da investidura e a certeza de nela permanecer contribuiriam de maneira vital para a consecução desses objetivos. A afirmativa de que, não obstante isso, os membros da Comissão continuam na função pela simples vontade do Presidente que poderia frustrar, em larga medida, os próprios fins que o Congresso procurou alcançar pela fixação do prazo de duração do exercício. Concluímos que o intuito da lei é de limitar o poder de demitir do Executivo às causas enumeradas, nenhuma das quais é invocada neste caso [...].

Note-se que na lei não havia expressa proibição de demitir, pois que se limitava a permitir a demissão pelos motivos enumerados; e a Corte Suprema interpretou a lei, contrario sensu, como proibitiva de demissão por outros motivos, ou não motivada.

[...]

[...] No caso *Myron Wiener v. United States*, de 30 de junho de 1958,¹⁰ relatado pelo eminente Felix Frankfurter, faz-se um elucidativo confronto entre os casos *Myers* e *Humphrey*, que muito contribui para dar maior precisão à doutrina da Suprema Corte. Lê-se na ementa da *Lawyer's edition* (78 S. Ct. 1275):

O Presidente pode demitir funcionários que fazem parte da administração direta (executive establishment), mas o poder presidencial de demitir os membros de um corpo deliberativo criado para exercer seu julgamento sem obstáculo por parte de qualquer outro funcionário só existe se o Congresso lho conferir. [...] Tendo a Lei de Reclamações de Guerra de 1948 instituído uma COMISSÃO com competência para julgar as reclamações de acordo com a lei e sem recurso, e não contendo essa lei qualquer disposição relativa à demissão dos conselheiros, não tem o presidente autoridade para demitir um conselheiro somente para ter, na Comissão, pessoal de sua própria escolha.

¹⁰ *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (está na Internet).

E no contexto da decisão lemos o seguinte:

Afirmou-se “que o caso Myers reconheceu o inerente poder constitucional do Presidente de demitir servidores públicos, qualquer que seja a sua relação com o executivo para o desempenho de suas atribuições, e não obstante as restrições que o Congresso possa ter estabelecido com respeito à sua duração da investidura. A versatilidade das circunstâncias muitas vezes desilude a natural aspiração do definitivo. Menos de dez anos depois, uma Corte unânime, em *Humphrey’s Executor v. United States* [...], **delimitou restritamente o alcance da decisão Myers para incluir somente ‘os servidores simplesmente executivos’ (all purely executive office)** [...]”.

O que os americanos chamam “executive department” ou “executive establishment” é o que nós denominamos “administração direta”, conceito que exclui a administração descentralizada, através das autarquias. São diferentes as palavras, mas os conceitos se correspondem, aqui e nos Estados Unidos. E o que se discute, no momento, é se o Presidente tem ilimitado poder de demitir os membros de um corpo deliberativo autônomo, integrante da administração descentralizada.

Continuo a ler a “Wiener opinion”:

A Corte, explicitamente, desaprovou as expressões, contidas no julgamento Myers, que sustentavam o inerente poder constitucional do Presidente de demitir membros dos corpos quase-judiciários. [...]

O Caso Humphrey foi uma causa célebre, e não menos nos recintos do Congresso. Qual a essência da decisão do caso Humphrey? Ele estabeleceu uma nítida **linha divisória entre funcionários que fazem parte da administração direta** [executive establishment] e que eram, portanto, demissíveis por força dos poderes constitucionais do Presidente e aqueles que são membros de uma entidade criada “para exercer seu julgamento sem dependência de permissão ou embaraço de qualquer outro funcionário ou de qualquer departamento do governo” [...], e em relação aos quais o poder de exonerar só existe na medida em que o Congresso haja por bem conferi-lo. Essa nítida distinção deriva da diferença funcional entre os que fazem parte da administração direta e os que pertencem a órgãos cujas atribuições exigem absoluta independência em face do Executivo. “Pois é inequivocadamente evidente — para

de novo citar o caso Humphrey — que quem exerce o cargo somente enquanto agrada a outro, não pode, por isso mesmo, manter uma atitude de independência ante a vontade desse outro”.

Essas duas memoráveis decisões lançam muita luz sobre o tema ora em debate.

[...]

Tais entidades [comissão independente] são equivalentes das nossas autarquias econômicas e administrativas, cuja criação depende de lei. E a lei que lhes dá autonomia, nos limites que o legislador considere conveniente, tem por objetivo, não só facilitar a administração dos serviços respectivos, pela adoção de normas diferentes das quais vigoram para a administração direta, mas também, tornar os seus dirigentes, nos termos da lei, **independentes da miúda e cotidiana interferência do Chefe da administração federal**. A doutrina dos casos Humphrey e Wiener tem, como se vê, inteira aplicação ao processo em exame, quer pela semelhança do regime (ao tempo da impetração), quer por se tratar de entidades administrativas de atribuições congêneres, do ponto de vista do direito, e cuja continuidade e independência de ação o legislador quis proteger com a investidura do prazo certo de alguns ou de quase todos os seus dirigentes. (RTJ 25/63 a 67).

Digo eu.

Ditas há quase mais de 40 anos, são atualíssimas as observações de VICTOR NUNES.

É admirável a sua percepção e antecipação

(3) ESTABILIDADE TEMPORÁRIA

VICTOR NUNES examina o argumento da estabilidade temporária.

Leio:

[...]

Ponderou-se, por outro lado, que a pretensão do impetrante, de não ver reduzido, sem justa causa, o prazo de sua investidura, equivale a criar um caso de estabilidade temporária, que a Constituição não admite. O argumento, [...], não focaliza adequadamente o problema em debate. A

garantia do exercício do cargo, por certo prazo, de modo algum, pode ser equiparada à estabilidade. Cabem, aqui, as mesmas razões já desenvolvidas quanto à distinção entre o estágio probatório e a estabilidade. A investidura de prazo certo é apenas uma, dentre várias técnicas administrativas, para proteger o servidor público das demissões arbitrárias, ou imotivadas, e visa a um objetivo que transcende dessa consequência imediata, o de garantir a continuidade de orientação e a independência dos órgãos administrativos que o legislador dotou com a autonomia. Esta é que é, repita-se, a finalidade de ordem geral, a razão de serviço público que inspira a investidura do prazo certo. Por isso mesmo, a doutrina firmada pela Corte Suprema dos Estados Unidos só lhe atribui a consequência de valor a demissão antes do termo, sem motivo legal, quando se trate de funcionário de entidades autônomas, cuja independência de critério tenha de ser preservada, e não de servidores integrados na hierarquia ordinária da administração direta.

Não há, pois, que invocar a disciplina constitucional da estabilidade para se negar validade à investidura de prazo certo, porque são noções diferentes.

Existe, aliás, uma situação bem parecida com a investidura de prazo certo nas relações de trabalho de natureza privada. Refiro-me à impropriamente chamada estabilidade temporária ou provisória dos dirigentes sindicais. Eles não podem ser afastados do emprego, sem falta grave, enquanto durar o exercício da representação sindical. Essa garantia foi estabelecida, pelo legislador,¹¹ não em benefício do trabalhador, individualmente considerado, mas no superior interesse da função, que, por sua natureza, há de ser desempenhada com independência. (RTJ 25/67 a 68).

(4) FUNÇÃO DE CONFIANÇA

VITOR NUNES examina o argumento de ser função de confiança.

Leio:

Também se disse, no caso dos autos, que as funções dirigentes, [...], são de confiança; estariam, pois, pela própria Constituição, excluídas da proteção da estabilidade.

¹¹ Hoje a disposição é constitucional (CF, art. 8º, VIII).

Respondendo a esse argumento, data vênia, em primeiro lugar, com as mesmas considerações já aduzidas a respeito da estabilidade. A estabilidade é uma coisa e a investidura de prazo certo, outra, bem diferente, cada qual com os seus pressupostos e objetivos. A estabilidade visa, sobretudo, à proteção da pessoa do servidor; a investidura de prazo certo é que protege, através da permanência do servidor no cargo, é o interesse mais alto da continuidade e independência da função por ele exercida num órgão dotado de autonomia.

Em segundo lugar, menciona a Constituição (art. 188, parágrafo único)¹² os cargos de confiança, mas não os define. Essa atribuição, ficou portanto, delegada ao legislador ordinário (artigo 184)¹³ quando a lei cria um cargo com investidura de prazo certo, evidentemente o exclui da categoria dos de confiança, que pressupõem, por definição, a demissibilidade *ad nutum*.

[...]

O cargo que a lei dotou com a investidura de prazo certo não pode ser tido como função de confiança, porque é justamente o oposto dela, sendo antinômicos os propósitos do legislador num e noutro caso. Permitam-se repetir um trecho da decisão da Corte Suprema, no Caso Humphrey, repetida no Caso Wiener: **“quem exerce o cargo somente enquanto agrada a outro, não pode, por isso mesmo, manter uma atitude de independência ante a vontade desse outro”**.

O objetivo do legislador, com a investidura do prazo certo, é justamente tornar o titular do cargo independente das injunções do Chefe do Poder Executivo. Pode errar o legislador, ao adotar esse critério, em relação a tal ou qual serviço a que concede autonomia, mas não cabe ao Judiciário corrigir a política do Poder Legislativo. Se o que visa o Legislativo é, justamente, tornar determinado funcionário independente, no exercício de suas atribuições, como podemos nós dizer, ao contrário da lei, que esse funcionário exerce função de confiança, que o tornaria inteiramente submetido ao Chefe do Governo? (RTJ 25/68).

¹² CF 1946:

“Art. São estáveis:

I — depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

III — depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.”

¹³ CF 1946:

“Art. 184. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.”

(5) MANDATO

VITOR NUNES afasta o argumento de que o nomeado exerce um mandato, no sentido do direito civil.

Foi esse o argumento básico do voto de CÂNDITO MOTTA, para negar a segurança (RTJ 25/81 a 84).

Consistiu o argumento em afirmar: “[...] se pode o mandante, salvo casos especiais, previstos em lei, revogar o mandato, poderia também o Presidente da República demitir o servidor nomeado com prazo certo” (RTJ 25/69).

Disse VICTOR NUNES:

[...]

[...] o uso impróprio do vocábulo mandato não pode mudar o preto em branco, para fazer surgir, em tais casos, a figura jurídica do mandato, “quando alguém recebe de outrem poderes, para em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses”. Daí resulta, portanto que a atividade exercida pertence, originariamente, ao mandante e é por ele delegada ao mandatário, ou por comodidade, ou por falta de habilitação legal. Nada disso acontece nas nomeações de prazo certo. No caso dos autos, por exemplo, quem pode pretender que as atribuições exercidas pelo nomeado fossem, originariamente, do Presidente da República, de modo a constituir-se aquele em mandatário deste?

[...]

[...] quando as leis instituem essas investiduras de prazo certo, o objetivo é precisamente o de retirar do Presidente da República o poder [de demitir sem motivação] [...] E, quando o legislador quer manter esse poder, assim dispõe expressamente. Por exemplo no Banco de Desenvolvimento Econômico o presidente é de livre nomeação e demissão, enquanto que os demais diretores têm prazo certo de investidura. É o próprio legislador quem distingue as duas situações; se marca prazo para a investidura de alguns, é porque não quer permitir a livre demissão.

[...]

[...] Tais funções são criadas em lei, e esta a institui, desde logo, como atribuições do próprio servidor nomeado para exercê-las. Não se pode receber, por transferência de outrem, aquilo que a lei já conferiu direta-

mente. Não existe, pois, aqui, a figura do mandato de direito comum, nem se pode ter o ato de nomeação como equivalente à procuração que, pelo [...] artigo 1.288 do Código Civil, “é o instrumento do mandato” (RTJ 25/68 a 69).

(6) DELEGAÇÃO DE PODERES

Examina VITOR NUNES o argumento quanto à delegação de poderes. Leio:

Também não se pode ver na nomeação um ato de delegação de poderes, usual na esfera administrativa, porém na linha da hierarquia. As nomeações de prazo certo, de que estamos cogitando, são para cargos integrantes de órgãos dotados de autonomia. Isto é, com atribuições derivadas diretamente da lei.

Basta recordar que a delegação de poderes se confere a um funcionário, que continua no exercício do cargo próprio. Mesmo depois de cessar a delegação, pois esta cessação só se refere, obviamente, aos delegados. Entretanto, na investidura do prazo certo as atribuições são, por força de lei do próprio cargo; por isso não podem ser retiradas do funcionário a não ser com a sua demissão. Mas nunca se sustentou, no direito administrativo, que demissão de funcionário seja ato equivalente ou equiparável à retirada de delegação de poderes. Nunca vi isso em livro nenhum: que seja a mesma coisa retirar a delegação de poderes, ou demitir o funcionário, para que não exerça as atribuições que lhe confere a lei. Retira-se a delegação, quando a autoridade superior, que a conferiu, não quer mais que o delegado a exerça.

[...] (RTJ 25/69 a 70).

Tudo que até aqui reproduzi diz com os argumentos jurídicos de RIBEIRO DA COSTA.

1.3.2. O fundamento político

Rebate VITOR NUNES, com lucidez, o fundamento político da RIBEIRO DA COSTA.

Leio:

[...]

(A) Nomeação em fim de mandato:

[...] Ponderou-se que não seria justo ficar o novo Presidente vinculado às nomeações do antecessor; seria mesmo estranhável que o Presidente, prestes a sair, pudesse fazer nomeações cuja duração as prolongasse pelo seguinte período presidencial, numa espécie de manobra política de ação retardada.

O argumento, [...], é de natureza puramente circunstancial. Coincidiu que as nomeações impugnadas foram feitas nos últimos tempos do Governo anterior. Sendo, porém, o prazo em causa de quatro anos, bem poderia ocorrer que a investidura começasse e terminasse na gestão do mesmo Presidente. Esta possibilidade tira, portanto, ao argumento, qualquer validade de ordem teórica.

O que há, porém, a observar, a esse respeito (sem falar no reverso da medalha que seriam as nomeações do novo Presidente, no fim do seu mandato, alcançando, assim, o período do sucessor), é que a cautela tomada pelo legislador, ao instituir a investidura de prazo certo, não se dirige, especificamente, contra este ou aquele governante, particularmente considerado. É uma garantia de independência do exercício das funções dirigentes do órgão autônomo contra qualquer ocupante da Chefia do poder Executivo, mesmo contra o Presidente que tiver feito as nomeações.

(B) Falta de entrosamento:

Também se objeta que a permanência desses titulares nomeados pelo governo anterior pode acarretar falta de entrosamento com o novo governo, prejudicando a sua ação administrativa. Este foi aliás, o argumento usado pelo Presidente Roosevelt, para demitir Humphrey, da Comissão Federal do Comércio, e pelo Presidente Eisenhower, para afastar Wiener, da Comissão de Reclamações de Guerra. Eis como o Justice Sutherland relata o primeiro episódio:

Em 25 de julho de 1933, o Presidente Roosevelt endereçou uma carta ao conselheiro (commissioner), pedindo sua resignação, com fundamento em que “os objetivos e propósitos da Administração relativamente aos trabalhos da Comissão podem ser levados a efeito mais eficazmente

com pessoal de minha própria escolha”, solução que, todavia, “não significava qualquer restrição à pessoa do conselheiro, nem aos seus serviços”. O conselheiro respondeu, solicitando tempo para consultar os amigos. Depois de alguma correspondência ulterior sobre o assunto, o Presidente, em 31 de agosto de 1933, escreveu ao conselheiro, expressando o desejo de que a resignação fosse apresentada a seguir, e disse: “Sei que o Senhor está consciente de que o seu pensamento e o meu não se ajustam, nem sobre a política, nem sobre a administração da Comissão Federal do Comércio, e, falando com franqueza, acho que será melhor para o povo deste país que haja plena confiança em mim”. O conselheiro não resignou, e em 7 de outubro de 1933, o Presidente lhe escreveu: “A partir desta data, o senhor está demitido do cargo de Conselheiro da Comissão Federal do Comércio”.

Do mesmo modo, o Presidente Eisenhower, para afastar Wiener, assim se expressou: “Considero de interesse nacional completar a administração da Lei de Reclamações de Guerra de 1948 [...] com pessoal de minha própria escolha”.

Entretanto, a Corte Suprema teve por mais valioso do que essa alegada conveniência administrativa o princípio da independência do órgão dotado, por lei, de autonomia.

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 pensar 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**, 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**”.

Objeta-se, com razão, que poderão tais titulares, garantidos contra sua demissão antes do Termo, abusar das funções. Essa possibilidade também há de ter sido pesada pelo legislador; por isso, a lei institui, ao lado da investidura de prazo certo, os mecanismos que a doutrina denomina, genericamente, de tutela (Marcelo Caetano, *Manual*, 4ª ed., § 93).

E o legislador, certamente, teve por menos pernicioso esse eventual desvio do que o poder incontestável do Chefe do Governo sobre toda a administração descentralizada, pois isso desvirtuaria a própria razão de ser da descentralização.

A tese do Governo, no caso presente, [...], consagraria, em termos de decisão judiciária e com a categoria de princípio constitucional, **os extremos do sistema dos despojos**. Mas a atual legislação, que em todos os países civilizados procura resguardar o serviço público civil da influência ilimitada da política, foi precisamente uma conquista, lenta e penosa, contra o *spoil system*. A prevalecer a opinião do Governo, todos os órgãos autônomos, ora existentes em nosso país, criados em épocas diversas, perderiam, de imediato, a sua autonomia. Reitores de universidades, diretores de escolas superiores, representantes das congregações nos conselhos universitários, juízes trabalhistas representativos das classes operária e patronal, membros dos Conselhos de Contribuintes e do Conselho de Tarifas, enfim, toda uma série de altos titulares, cujo desempenho carece de ser protegido, em fase do Poder Executivo, toda essa gente, que forma na cúpula da administração descentralizada, poderia ser mudada de um momento para outro, ao simples critério, arbítrio ou capricho do soberano eletivo que seria, entre nós, o Presidente da República.

Estou, portanto, convencido de que, mesmo do ponto de vista da conveniência administrativa e política, seria um mal, não um bem, o retorno ao sistema dos despojos, que ainda prevalece, largamente, em nosso país, e que, neste processo se pretende reimplantar nas áreas reduzidas em que a lei procurou cerceá-lo. (RTJ 25/70 a 72)

Expressa VITOR NUNES concepção democrática do regime presidencial. Demonstra que a história e prática do regime não autorizam as distorções autoritárias e napoleônicas aqui discutidas.

Essas foram as partes do voto de VITOR NUNES que entendi de reproduzir.

1.4. *O voto de Luiz Gallotti*

LUIZ GALLOTTI acompanhou VITOR NUNES.
Examinou a questão da “estabilidade relativa”.
Entendo relevante que o Tribunal volte a ouvi-lo.
Leio:

[...]

Tem o Supremo Tribunal jurisprudência, firmada há muitos anos, no sentido de admitir a estabilidade relativa concedida por lei aos servidores públicos, quando lhes estabelece mandato por certo período.

Assentado ficou que, dentro do período, somente com justa causa poderá ocorrer a demissão, salvo se esta for livremente pela lei.

Tudo está em saber se essa jurisprudência deve alterar-se, em face da Constituição de 1946.

[...]

O que se diz é que ela, no artigo 87 número V, dá competência privativa ao Presidente da República para prover na forma da lei os cargos públicos federais, competência que, como está no texto, só é limitada pelas ressalvas constantes da própria Constituição, enquanto as Constituições de 1934 e 1937 também admitiam exceções previstas em leis ordinárias.

Ocorre, porém, que prover é nomear.

Cogita-se da regra de provimento, não das regras de demissibilidade. Destas cuidou a Constituição em outros artigos (187 e seguintes).

[...] não se confundem as normas de provimento com as relativas à demissibilidade, tanto que livre nomeação não importa livre demissão, salvo quando a lei declara o cargo de livre nomeação e demissão (é o que está expresso no parágrafo único do artigo 188 da Carta Magna). Se se tratasse de funcionário público propriamente dito, ainda seria possível objetar que não pode a lei ordinária criar casos de estabilidade além dos previstos na Constituição.

[...]

Entretanto, todos reconhecem que, no caso, não se trata de funcionário público propriamente dito.

[...]

Não digo que essa lei bem consulte o interesse público, mas, como já tenho acentuado, citando Soler, uma coisa é a lei e outra é a nossa opinião; quando elas não coincidem, nada nos impede de dizer o que pensamos; devemos, porém, saber distinguir o que é a lei do que é apenas nosso entendimento.

Se no caso das Caixas Econômicas, por exemplo, a lei distingue entre Presidente e Diretor, o primeiro demissível *ad nutum* e o segundo nomeado por período certo, como equiparar os dois casos, quando a própria lei nitidamente os distingue?

Sustentou-se na informação oficial que, a existir direito, este só teria de ser reconhecido quanto aos efeitos patrimoniais, não no tocante ao exercício da função.

O argumento seria válido, na era anterior à Constituição de 1934.

Naquele tempo, o Poder Judiciário não reintegrava o funcionário ilegalmente demitido. Apenas lhe anulava a demissão, assegurando-lhe as vantagens do cargo. Resultava então que, se o Poder Executivo não fazia a reintegração, o Tesouro sofria o ônus de duplo pagamento por um só cargo: ao demitido ilegalmente e ao nomeado para o seu lugar.

E uma das grandes virtudes do mandado de segurança, criado pela Constituição de 1934, é libertar rapidamente o Tesouro desse duplo ônus.

Essa Constituição (artigo 173)¹⁴, assim como a de 1946 (artigo 190)¹⁵, são expressas no determinar que, invalidada por sentença a demissão de qualquer funcionário, será ele reintegrado, e quem lhe houver ocupado o lugar ficará destituído de plano ou será reconduzido ao cargo anterior, mas sem direito a indenização.

[...] (RTJ 25/85 a 86).

¹⁴ CF 1934:

“Art. 173. Invalidado por sentença o afastamento de qualquer funcionário, será este reintegrado em suas funções, e o que houver sido nomeado em seu lugar ficará destituído de plano, ou será reconduzido ao cargo anterior sem direito a qualquer indenização.”

¹⁵ CF 1946:

“Art. 190. Invalidado por sentença a demissão de qualquer funcionário, será ele reintegrado; e quem lhe houver ocupado o lugar ficará destituído de plano ou será reconduzido ao cargo anterior, mas sem direito a indenização.”

2. A Súmula 25 e demais decisões

O Tribunal voltou ao tema.

A maioria do “caso IAPI — Gondin Coutinho” reproduziu-se em precedentes da Súmula 25:

MS 8.651 — Diretor da Caixa Econômica Federal (ARI FRANCO, 22.11.1961);

MS 8.802 – Membro do Conselho de Administração do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, em que houve desistência (PEDRO CHAVES, 12.09.1962).

O tema voltou ao Tribunal.

Em 1963, no MS 8929 (CUNHA MELO).

Em 1965, no MS 8787 (PEDRO CHAVES).

Em 1966, no MS 9997 (PEDRO CHAVES).

Em 1969, no MS 19.493-DF (THOMPSON FLORES) discutiu-se a exoneração de membro do Conselho Administrativo da Caixa Econômica Federal.

A orientação foi mantida, vencidos LUIZ GALLOTTI e ADAUCTO CARDOSO.

Em 1973, no RE 75.810 (OSWALDO TRIGUEIRO, 1ª Turma) e no RE 76.574 (LUIZ GALLOTTI, 1ª Turma) a situação permaneceu a mesma.

No primeiro, tratava-se de demissão de vogais de Juntas Comerciais.

No segundo, de Diretoria de escola. Neste, LUIZ GALLOTTI aplicou a Súmula 25. A Lei estadual que fixava prazo para a investidura fora revogada.

3. A Súmula 47

Durante esse período de reiteração da Súmula 25, adveio, em 16 de dezembro de 1963, a Súmula 47: “Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura”.

Essa Súmula 47 teve origem no MS 10.213-DF (14.12.1962).

VICTOR NUNES foi o relator.

Lembrou a discussão no MS 8.693 e disse:

[...] a investidura de prazo certo do Reitor integra o sistema da autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar das Universida-

des, solenizado pelo art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional,¹⁶ e que é considerado uma das garantias fundamentais da liberdade de cátedra expressamente protegida pela Constituição (art. 168, inciso VII)¹⁷ (RTJ 27/14-15).

Os ministros que formaram a maioria no MS 8.693 acompanharam o relator (PEDRO CHAVES, CÂNDITO MOTTA FILHO, ARY FRANCO, HAHNE-MANN GUIMARÃES e RIBEIRO DA COSTA).

O Tribunal reconheceu as especificidades das Universidades.

Entendeu que a demissão do Reitor, no curso do prazo, não se compatibilizava com a autonomia da Universidade, *reconhecida em lei*.

Isso se deu antes mesmo da constitucionalização, em 1988, da autonomia universitária (CF, art. 207)¹⁸.

Este é o estado da jurisprudência.

A Súmula 25 decorreu da interpretação de um texto da Constituição de 1946 que não se reproduziu na Constituição de 1988, onde se leu que somente a Constituição poderia impor ao presidente restrições ao poder de nomear e desnomear.

4. A natureza da Agers

Parafraseando ELOY DA ROCHA (MS 19.493-DF, RTJ 56/682), entendo que, “para a solução do problema, importa considerar a natureza [...]” da Agers.

Preciso fixar de que tipo é essa entidade.

A Agência constitui-se em autarquia, “[...] dotada de autonomia financeira, funcional e administrativa [...]” (art. 1º).

¹⁶ Lei 4.024, de 20.12.1961:

“Art. 80. As Universidades gozarão de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, que será exercida na forma de seus estatutos.”

¹⁷ CF de 1946:

“Art. 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

[...]

VII — é garantida a liberdade de cátedra.”

¹⁸ CF de 1988:

“Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

Constituem seus objetivos (art. 2º):

- I — **assegurar a prestação de serviços** adequados, assim entendidos aqueles que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas suas tarifas;
 - II — **garantir a harmonia entre os interesses** dos usuários, concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos;
 - III — **zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro** dos serviços públicos delegados.
- [...]

A lei define a sua competência:

- [...]
- Art. 3º — Compete à Agers, a **regulação dos serviços públicos delegados** prestados no Estado do Rio Grande do Sul e de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual. (art. 3º, redação da L. 11.292/98)¹⁹.
- Parágrafo único. A atividade reguladora da Agers será exercida, em especial, nas seguintes áreas:
- a) saneamento;
 - b) energia elétrica;
 - c) rodovias;
 - d) telecomunicações;
 - e) portos e hidrovias;
 - f) irrigação;
 - g) transportes intermunicipais de passageiros, *inclusive suas estações*; (Redação da L. 11.292/98)²⁰

¹⁹ Redação anterior (L. 10.931/97):

“Art. 3º. Compete à Agers, observada a competência própria dos outros entes federados, controlar e fiscalizar, bem como, se for o caso, normatizar, padronizar, conceder e fixar tarifas dos serviços públicos delegados em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual, ou por ato administrativo, ao Estado do Rio Grande do Sul, suas autarquias, fundações públicas, ou entidades paraestatais ...”

²⁰ Redação anterior:

“Art. 3º

[...]

g) transportes intermunicipais de passageiros;”

- h) aeroportos;
- i) distribuição gás canalizado;
- j) inspeção de segurança veicular. (art. 3º, parágrafo único).

Art. 4º — Compete ainda à Agers:

I — **garantir a aplicação do princípio da isonomia no acesso e uso** dos serviços públicos por ela regulados; (redação da L. 12.292/98)²¹

II — buscar a modicidade das tarifas e o justo retorno dos investimentos; (redação da L. 12.292/98)²²

III — **cumprir e fazer cumprir**, no Estado do Rio Grande do Sul, a legislação específica relacionada aos serviços públicos delegados; (redação da L. 12.292/98)²³

IV — homologar os contratos e demais instrumentos celebrados, assim como seus aditamentos ou extinções, nas áreas sob sua regulação, **zelando pelo seu fiel cumprimento**, bem como revisar, no âmbito de suas competências, todos os instrumentos já celebrados antes da vigência da presente Lei; (redação da L. 12.292/98)²⁴

V — fixar, reajustar, revisar, homologar ou encaminhar, *ao ente delegante*, tarifas, seus valores e estruturas; (redação da L. 12.292/98)²⁵

VI — **orientar a confecção dos editais de licitação e homologá-los**, objetivando à delegação de serviços públicos no Estado do Rio Grande do Sul; (redação da L. 12.292/98)²⁶

.....
²¹ Redação anterior (L. 10.931/97):

“I — garantir a aplicação do princípio da isonomia no uso e acessos dos serviços concedidos;”

²² Redação anterior (L. 10.931/97):

“ — buscar a modicidade das tarifas e o justo retorno dos investimentos aos concessionários;”

²³ Redação anterior (L. 10.931/97):

“III — cumprir e fazer cumprir, no Estado do Rio Grande do Sul, a legislação específica relacionada aos serviços públicos;”

²⁴ Redação anterior (L. 10.931/97):

“IV — homologar ou encaminhar ao responsável pelo exercício do poder concedente específico os contratos celebrados pelos concessionários e permissionários e zelar pelo fiel cumprimento das normas e dos contratos de concessão ou de permissão e termos de autorização dos serviços públicos;”

²⁵ Redação anterior (L. 10.931/97):

“V — fixar, homologar ou encaminhar ao titular do poder concedente tarifas, seus valores e estruturas;”

²⁶ Redação anterior (L.10.931/97):

“VI — submeter ao responsável pelo exercício do poder concedente os editais de licitação, objetivando outorga de concessão e permissão dos serviços públicos no Estado do Rio Grande do Sul, podendo promover o respectivo procedimento;”

VII — **propor novas delegações** de serviços públicos no Estado do Rio Grande do Sul, **bem como o aditamento ou a extinção** dos contratos em vigor; (redação da L. 12.292/98)²⁷

VIII — **requisitar** à Administração, aos entes delegantes ou aos prestadores de serviços públicos delegados as **informações** convenientes e necessárias ao exercício de sua função regulatória; (redação da L. 12.292/98)²⁸

IX — **moderar, dirimir ou arbitrar conflitos** de interesse, no limite das atribuições previstas nesta Lei, relativos aos serviços sob sua regulação; (redação da L. 12.292/98)²⁹

X — **permitir o amplo acesso às informações** sobre a prestação dos serviços públicos delegados e as suas próprias atividades;

XI — **fiscalizar a qualidade dos serviços**, por meio de indicadores e procedimentos amostrais;

XII — **aplicar sanções** decorrentes da inobservância da legislação vigente ou por descumprimento dos contratos de concessão ou permissão ou de atos de autorização do serviço público; (redação da L. 12.292/98)³⁰

XIII — **fiscalizar a execução do Programa Estadual de Concessão Rodoviária** no Rio Grande do Sul, compreendendo os seguintes Polos Rodoviários constituídos de rodovias federais e estaduais agrupadas por região: (redação da L. 12.292/98)³¹

Parágrafo único. *Todos os editais e minutas de contrato*, objetivando a outorga de serviços públicos do Estado, deverão ser obrigatoriamente encaminhados à Agergs, para **exame e homologação final**. (redação da L. 12.292/98)

[...]

²⁷ Redação anterior (L. 10.931/97):

“VII — encaminhar propostas de concessão, permissão ou de autorização dos serviços públicos no Estado do Rio Grande do Sul, bem como propor alteração das condições e das áreas, a extinção ou aditamento dos respectivos contratos ou termos;

²⁸ Redação anterior (L. 10.931/97):

“VIII — requisitar informações relativas aos serviços públicos delegados, de órgãos ou entidades da Administração Estadual, ou de concessionários, permissionários ou autorizatórios;

²⁹ Redação anterior (L. 10.931/97):

“IX — moderar, dirimir ou arbitrar conflitos de interesse, no limite das atribuições previstas nesta Lei, relativos ao objeto das concessões, permissões e autorizações;

³⁰ Acrescido pela L. 10.931/97.

³¹ Acrescido pela L. 10.931/97.

Trata-se de uma autarquia de “[...] regulação [...]” (art. 3º, caput).

Exerce, também, função de fiscalização (art. 4º, I, III, XI e XIII), com a aplicação de sanções (art. 4º, XII).

Em fim, é uma Agência para “enforcement of law”, na linguagem do direito administrativo norte-americano.

Não tem razão a inicial quando pretende ver, nessas atribuições, “função planejadora” (fls. 03).

Nada há de planejamento.

A leitura atenta da lei não autoriza a afirmação da inicial.

Não se trata de entidade similar ao então Iapi, de 1961.

Se dúvida poderia haver, em 1961, sobre a natureza do Iapi e de seus membros, tal não ocorre no presente caso.

Trata-se, hoje, de entidade diversa.

Disse RIBEIRO DA COSTA, no julgamento de 1961: “[...] os órgãos que cuidam no nosso País de previdência social estão diretamente vinculados ao Presidente da República, à sua política assistencial, à sua política assistencial, à sua política econômica [...]” (RTJ 25/74).

Não é o caso do autos.

A Agergs é uma autarquia com função fiscalizadora e reguladora.

Aplica-se à ela o que afirmou o Juiz SUTHERLAND, no “Humphrey’s Case”, em relação às Commission: “Ela é encarregada da execução não de política [de governo, mas da] [...] política da lei.”³²

5. As agências reguladoras

Examino essas novas autarquias, nominadas de Agências.

As agências de regulação passaram a surgir, no Brasil, para atender à nova configuração do Estado.

O Estado Brasileiro, nestes anos 90, passou a conhecer, como se passou na Europa, outro modelo de Estado.

Informa GASPAR ARÑÓ³³ que, “[...] do ponto de vista organizacional e institucional, [...]” houve, no mundo, uma substituição, sem exclusividade, do “[...] velho modelo do Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto [...]” de prestações e serviços ao cidadão.³⁴

³² “It is charged with the enforcement of no policy except the policy of the law”. Humphrey/Executor v. United States, 295 U.S. 602 (1935).

³³ Catedrático de direito administrativo em Espanha.

³⁴ GASPAR ARÑÓ. In: *Economia y Estado*. Madrid: Marcial Pons. p. 33.

Digo eu.

Esse modelo “administrativo-burocrático” deu origem a um sem-número de empresas públicas e sociedades geridas pelo Estado e dele dependentes.

O entendimento era de que o Estado deveria, diretamente, prover os serviços públicos.

O Estado, “desde a metade do Século XIX assumiu a tarefa de produzir ou promover as infraestruturas de obras e serviços imposta pelo desenvolvimento industrial”:

(a) obras de transporte ferroviário, rodoviário, hidroviário (portos) e aéreo (aeroportos);

(b) comunicações telegráficas e telefônicas;

(c) produções relacionados com energia (mineração do carvão, eletricidade, petróleo, gás etc.).

A estas se acrescentou, nas comunidades locais, o abastecimento de água, o saneamento básico, recolhimento de lixo, transporte urbano etc.

O instrumento inicial foi a concessão.

O Estado dirigia, mas não geria os serviços.

Já no início deste século XX, o Estado começou a assumir, diretamente, várias dessas atividades.

A atividade econômica passou a ser, também, uma atividade do Estado.

É o momento do Estado-produtor.

O Estado entra no mercado de fornecimento de bens e serviços, ao lado e em concorrência com o setor privado.

Em alguns casos, inclusive, excluiu o setor privado.

Assumiu, com exclusividade algumas atividades.

Era o monopólio estatal.

As políticas de governo, além das ações ditas inerentes ao Estado, passaram a abarcar ações econômicas de mercado.

O instrumento foi e é a empresa pública, no sentido lato.

Tudo isso repercutiu no gasto, com progressivo aumento do déficit público.

O modelo, como exclusivo, esgotou-se.

Surge, então, um novo modelo.

Por esse novo modelo, organizações não governamentais e empresas privadas passaram a “[...] assumir a gestão de serviços com autoridade delegada do Estado”.

Isso não é, observa ARIÑO,

[...] ningún invento, es sencillamente la vuelta al viejo sistema de la “concesión”, el “concierto” o la “empresa mixta” como forma de gestionar priva-

*damente actividades públicas [...] Es también la vuelta al viejo principio de subsidiariedad que hoy recibe nuevas formulaciones. Así, se habla como una de las características más importantes del Estado actual su condición de 'Estado contractual', apuntando a la utilización por el Estado de organizaciones privadas, con o sin ánimo de lucro, para el logro de sus fines públicos.*³⁵

O Estado-produtor e o Estado-financiador passam por uma redução paulatina, no ritmo e na extensão determinada pelas circunstâncias históricas, políticas e econômicas de cada sociedade nacional.

Aparece o processo de privatização das empresas e das atividades desenvolvidas pelo Estado.

Cresce a função reguladora do Estado, sem excluir sua intervenção direta nas áreas que cada sociedade entenda de ser por ele exercida.

Leio ARIÑO:

*[...] el Estado productor debe ser sustituido por el Estado regulador. Y la regulación debe orientarse no a sustituir el mercado y la competencia, sino a promoverlos. Si una de las razones de la privatización es evitar los monopolios del Gobierno, [...], es preciso asegurarse de que no son sustituidos por monopolios, (oligopolios) privados. De ahí que todos los procesos de privatizaciones importantes (agua, gas, electricidad, teléfonos, etc.) vaya acompañado de la aprobación de un marco regulador de la actividad privatizada.*³⁶

A entrega ou devolução ao setor privado impõe, desde logo, a regulação.

Todo esse processo torna necessário, no dizer de ARIÑO, “[...] armonizar [...] dos intereses contrapuestos: el de la empresa — que aspira a obtener beneficios por su actividad, cuanto más mejor — y el de los usuarios — que quieren tener un servicio seguro, barato y de calidad”.³⁷

A característica desse novo sistema não é o controle absoluto dos operadores.

Diz ARIÑO que “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 aquella”.³⁸

³⁵ Ob. cit., p. 33.

³⁶ ARIÑO, ob. cit., p. 260.

³⁷ ARIÑO, ob. cit., p. 260.

³⁸ Ob. cit., p. 272-273.

Dois aspectos orientam essa regulamentação:

- (a) *garantizar el suministro del servicio, presente y futuro, y*
- (b) *establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer (idem).*

É fundamental, tendo em vista esses objetivos, que a regulação:

[...] no debe admitir dispensas ni tratamientos singulares (inderogabilidad singular de las normas) ni alteración arbitraria y convencional de las reglas del juego [...] de forma que las empresas puedandiseñar sus propias políticas de actuación, a la vista de ellas”.³⁹

E conclui ARIÑO:

Condición sine qua non para asegurar ésto, es

- (a) *separar la autoridad reguladora de las unidades operadoras del sistema y, al mismo tiempo,*
- (b) *independizer aquélla de toda posible manipulación del poder político.*

*Este puede fácilmente incurrir en la tentación de **utilizar los sectores regulados para el logro de outros fines ajenos a éstos**: por ejemplo, utilizar las tarifas como elemento deflactor de la economía em um momento dado; o instrumentar una via de canalización de subvenciones ocultas e otros sectores [...] o a determinados territórios; 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.⁴⁰*

Afora, digo eu, o uso político-partidário do sistema.

Lembro a partilha dos cargos entre a militância partidária: o “spoil system”, referido por VICTOR NUNES.

Por tudo isso e em razão de novas funções do Estado, a opção por autarquias com autonomia.

³⁹ Id., p. 273.

⁴⁰ Id., p. 273.

6. As agências no Brasil

Esse é o desenho adotado, na maioria dos conselhos e agências criadas pelo legislador brasileiro, federal e estadual.

6.1. *Agências da União*

A União optou pela edição de legislação especial para cada área.

6.1.1. Com demissão motivada

Há grupo de autarquias que o legislador entendeu, pelos motivos já identificados por VICTOR NUNES, de não permitir a demissão imotivada de diretores.

Vou a alguns casos.

(A) CADE

Em 1994, a L. 8.884 transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade — em autarquia, com funções judicantes na área do direito econômico (art. 3º).

Registro duas de suas várias funções:

(a) “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei” (art. 7º, I);

(b) apreciar “[...] atos [...] que possam limitar ou [...] prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços” (art. 54, caput), podendo autorizá-los desde que atendam condições fixadas na lei (art. 544, § 1º).

Os membros do Cade são nomeados, pelo presidente da República, para mandato de dois anos, depois de aprovados pelo Senado Federal (art. 4º).

A perda do mandato só poderá ocorrer:

(a) por decisão do Senado Federal, por provocação do presidente da República;

(b) em razão de condenação criminal irrecorrível por crime doloso;

(c) por processo disciplinar e infringência de vedações previstas na lei; e

(d) pela ausência em três reuniões ordinárias e consecutivas ou vinte intercaladas (art. 5º).

A lei não permite a demissão imotivada.

Assegura a autonomia da autarquia, que é condição para o exercício da sua atividade de proteção da concorrência.

Impede que orientações conjunturais e de curto prazo da política econômica do poder Executivo possam influir no mercado, em detrimento da concorrência.

É caso, por exemplo, da concentração de fatias do mercado em mãos de um grupo.

Pode ser conveniente para o aumento da produção ou a redução de seus custos.

Repercuta na formação do PIB e na arrecadação de tributos.

No entanto, determinada concentração econômica pode importar no controle do mercado por uma só empresa ou grupo, em detrimento do preço ao consumidor, pois o produto passa não ser objeto de concorrência.

A lei, tendo por objetivo o consumidor, protege a concorrência.

Só um Conselho, com autonomia, pode assegurar a chamada “política da lei”, que não, necessariamente, a política econômica ou fiscal de determinado momento.

(B) ANEEL

A L. 9.427/96 instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica — Aneel, com a “[...] finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica [...]” (art. 2º).

Os seus diretores são nomeados, pelo presidente da República, para mandato de quatro anos, após aprovação pelo Senado Federal (art. 5º).

A exoneração imotivada do dirigente pode “[...] ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findo os quais é assegurado o seu pleno e integral exercício” (art. 8º).

Após o prazo inicial, a destituição só poderá ser pela prática de improbidade administrativa, por condenação penal transitada em julgado ou pelo descumprimento imotivado do contrato de gestão (art. 8º, parágrafo único).

Há, ainda, uma quarentena de 12 meses, após o afastamento, quanto a empresas do setor (art. 9º).

(C) ANATEL

A L. 9.472/97 criou a Agência Nacional de Telecomunicações — Anatel, com a função de órgão regulador das telecomunicações (art. 8º).

A criação de agência está prevista, inclusive, no texto constitucional (art. 21. XI).⁴¹

Os seus diretores têm mandato fixo de 5 anos (art. 8º, § 2º e art. 24).

A perda do mandato somente poderá ocorrer “[...] em virtude de renúncia, de condenação criminal transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar” (art. 26).

Há, também, “quarentena” de um ano (art. 30).

(D) PROJETOS DE LEI DA ANT E ANA

Tramitavam ou tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei, originários do Poder Executivo.

O primeiro cria a Agência Nacional de Transportes — ANT.

O segundo, a Agência Nacional de Águas — ANA.

No caso da ANT, é proposto mandato de cinco anos, com a nomeação pelo presidente da República dependente de aprovação prévia pelo Senado Federal (arts. 8º e 9º).

A proposta prevê a perda do mandato “[...] em virtude de renúncia, de condenação criminal transitada em julgado, ou em decorrência de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar” (art. 10, § 3º).

Já no caso da ANA, o mandato previsto é pelo prazo de quatro anos, com as mesmas regras de nomeação (Presidente da República e Senado Federal — art. 4º).

O projeto permite a demissão imotivada nos quatro meses iniciais do mandato (art. 5º).

Após isso nas mesmas hipóteses da ANT (renúncia, condenação criminal transitada em julgado e decisão definitiva em processo disciplinar — art. 5º, § 1º).

⁴¹ CF 1988, redação da EC 8/95:

“Art. 21. Compete à União:

[...]

XI — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a **criação de um órgão regulador** e outros aspectos institucionais”.

6.1.2. Com demissão imotivada

O legislador, em outro caso, admitiu demissão imotivada, embora com nomeação complexa (PR e SF).

(A) BACEN

A L. 4.595/64 transformou a Superintendência da Moeda e do Crédito — Somoc — no Banco Central do Brasil.

A lei não fixou prazo para a investidura, nem condições para a destituição (art. 14).

A CF de 1988 condicionou a nomeação, pelo presidente da República, do presidente e dos diretores do Bacen, à prévia aprovação pelo Senado Federal (CF, art. 52, III, d e art. 84, XIV).

Não há referência, na Constituição ou na lei, sobre mandato dos diretores do Bacen.

São eles demissíveis.

Desde 1988, sobre isso, há uma discussão posta: definir a autonomia da autoridade monetária.

Deve-se, ou não, caminhar para o modelo do Federal Reserve americano e do Bundesbank alemão, em que os seus diretores têm investidura por prazo certo?

Essa é uma questão posta no debate legislativo.

Não vejo impedimento constitucional a uma decisão dessa natureza.

É problema de conveniência ter, ou não, a autoridade monetária independência da autoridade fiscal.

Em momento algum, o presidencialismo impediu esse tipo de solução.

(B) ANP

A L. 9.478/97 criou o Conselho Nacional de Política Energética — CNPE — e a Agência Nacional do Petróleo — ANP.

A Constituição previu a criação do órgão regulador no inciso III, § 2º do art. 177.⁴²

⁴² CF 1988, redação da EC 9/95:

A ANP se constitui no órgão regulador da indústria do petróleo (art. 7º).

Os diretores são nomeados pelo presidente da República, para um mandato de quatro anos, após aprovação pelo Senado Federal (art. 11).

Tal como se passa com o Banco Central do Brasil, a lei não condicionou a exoneração de diretores da ANP.

A solução diversa, aprovada pelo Congresso, foi vetada pelo presidente. Não sei se o veto já foi examinado pelo Congresso.

6.2. *Agências dos estados*

Vários estados federados, tal como o RGS, criaram suas agências:

BAHIA: Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia — Agerba; (L. 7.314, de 19/5/1998: os diretores são nomeados pelo governador, com mandato, art. 14; e somente perderão o cargo antes do término do seu mandato em virtude de renúncia, ou em hipóteses definidas na lei, art. 17);

CEARÁ: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará — Arce (L. 12.786, 30/12/1997: os membros do Conselho Superior serão nomeados pelo governador, para um mandato de quatro anos, arts. 12 e 17; a perda do mandato dar-se-á em hipóteses definidas na lei, art. 23; no Conselho Consultivo é prevista a participação de membros indicados pela Assembleia Legislativa, Ministério Público, Ouvidoria Geral do Estado, en-

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I — a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II — a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III — a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV — o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V — a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º — A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (EC 9/95)

§ 2º — A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I — a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II — as condições de contratação;

III — **a estrutura e atribuições do órgão regulador** do monopólio da União. (EC. 9/95).

§ 3º — A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional”.

tidades de classe representativas das concessionárias e permissionárias dos serviços públicos, dos usuários, e das entidades de defesa dos consumidores, arts. 24 e 26);

ESPÍRITO SANTO: Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo — Agesp (L. 5.721, 19/8/1998: os diretores são nomeados pelo governador, para um mandato de três anos, aprovados pela Assembleia Legislativa, art. 26 e art. 27; haverá perda do mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, art. 28);

MATO GROSSO: Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso — Ager/MT (L. 7.101, 14.01.1999: os seus membros, nomeados pelo governador, para um mandato de quatro anos, serão aprovados previamente pela Assembleia Legislativa, art. 7º; o conselheiro perderá o cargo antes do término do seu mandato em hipóteses definidas na lei, art. 8º);

MINAS GERAIS: Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais — ARSEMG (L. 12.999, 31.07.1998: os membros do Conselho Diretor serão nomeados pelo governador, para mandato de cinco anos, após aprovação pela Assembleia Legislativa, art. 8º; a destituição no curso do mandato é motivada, art. 11);

PARÁ: Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos (L. 6.099, 30.12.1997: os diretores são nomeados pelo governador, para mandato de quatro anos, aprovados pela Assembleia Legislativa; a perda do mandato decorrerá da prática de atos lesivos ao interesse ou patrimônio público e nos demais casos previstos em lei, através de processo que lhes garanta amplo direito de defesa; arts. 17 e 18);

RIO DE JANEIRO: Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro — Asep-RJ (L. 2.686, 13/2/1997, alterada pela L. 2.752, 2/7/1997: os membros do Conselho Diretor serão nomeados pelo governador, uma vez aprovados pela Assembleia Legislativa, para mandato de quatro anos, art. 7º e art. 11; a perda do mandato só se dará por decisão judicial irrecurável, condenação penal definitiva por crime doloso punido com pena igual ou superior a 2 (dois) anos de reclusão ou ainda por decisão da maioria dos membros da Assembleia Legislativa em processo de iniciativa do governador do estado ou do próprio Conselho Diretor, em que lhe seja assegurada ampla defesa, art. 13);

RIO GRANDE DO NORTE: Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte — Asep-RN, (L. 7.463, 2/3/1999: os mem-

bro do Conselho e o diretor-geral serão nomeados pelo governador do estado, com mandato de 4 (quatro) anos, arts. 13 e 18; a exoneração decorrerá da prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e do descumprimento de suas responsabilidades funcionais, arts. 15 e 18, § 2º);

SANTA CATARINA: Agência Catarinense de Regulação e Controle — SC/Arco (PL. 5/99: os conselheiros, quatro deles indicados por órgão da sociedade civil, serão nomeados pelo governador do estado após homologação da Assembleia Legislativa, para mandato com prazo certo; a exoneração somente poderá ocorrer após competente processo administrativo e manifestação da Assembleia Legislativa, arts. 8º e 9º);

SÃO PAULO: Comissão de Serviços Públicos de Energia — CSPE (LC. 833, 17/10/1997: os membros do Conselho Deliberativo, de origem complexa, e do Comissariado, serão designados pelo governador do estado, para um mandato de 4 (quatro) anos, arts. 7º e 9º, § 3º; a perda do mandato dar-se-á nas hipóteses da condenação transitada em julgado por crime doloso, condenação transitada em julgado por improbidade administrativa, impugnação de contas pelo Tribunal de Contas, ausência não justificada a 3 (três) reuniões consecutivas ou a 5 (cinco) reuniões alternadas, por ano, a que devessem comparecer, art. 12);

SERGIPE: Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe — Ases (L. 3.973, 10/1998: os membros do Conselho Diretor serão nomeados pelo governador do estado, para mandato de quatro anos, arts. 8º e 11; a perda do cargo dar-se-á em hipóteses previstas na lei, em processo administrativo, art. 14).

Em todas elas há investidura por prazo certo, com exoneração motivada.

Nos estados da Bahia, Ceará, São Paulo, Rio Grande do Norte e Sergipe não há participação da Assembleia Legislativa no processo de escolha dos membros das Agências. Há, em alguns estados, membros originários de organismos da sociedade civil (São Paulo) e o período de “quarentena”.

RIO GRANDE DO SUL

Na Agers a situação é similar.

O Conselho Superior compõe-se de sete (7) membros, sujeitos, todos, à aprovação pela Assembleia Legislativa.

O governador somente indica três membros.

Os demais, que compõem a maioria, têm origem diversa e forma complexa de nomeação:

(a) “1 (um) [é] representante do **quadro funcional** da Agers, indicado

pelo Governador do Estado, a partir de **listas tríplexes** elaboradas através de eleição secreta realizada entre os servidores efetivos da Agência [...];

(b) “2 (dois) [são] representantes dos **consumidores**, indicados, respectivamente, pelo órgão gestor do Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, e pelos Conselhos de Consumidores dos concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos, no Estado do Rio Grande do Sul;

(c) e, “1 (um) [é] representante dos **concessionários, permissionários e autorizatários** de serviços públicos, no Estado do Rio Grande do Sul. (art. 6^a)

Todos os membros do Conselho, com exceção do representante do quadro funcional,⁴³ foram aprovados pela Assembleia Legislativa e nomeados no ano de 1997.⁴⁴

7. Conclusão

De tudo que disse, concluo que a Súmula 25 não se aplica ao presente caso. Fundamento.

7.1. Primeiro fundamento

No MS 8.693, precedente da Súmula 25, ficou claro que a maioria interpretou a CF de 1946 no sentido de que somente ela poderia estabelecer ressalvas ao poder de nomear e desnomear do presidente da República (RTJ 25/60).

Disse RIBEIRO DA COSTA:

[...] Os atuais estão com os seus títulos de nomeação subordinados àquilo que expressamente dispõe a vigente Constituição. O Presidente pode nomear, salvo as restrições contidas na Constituição, mas em relação a essa investidura, a Constituição atual não cria nenhuma restrição para desnomeação [...] (RTJ 25/73).

A maioria, com RIBEIRO DA COSTA, interpretou o texto de 1946, que é diverso do de 1988.

⁴³ Ainda não foram empossados os servidores aprovados por concurso.

⁴⁴ Decretos de julho e novembro de 1977.

Leio as duas normas:

CF 1946

Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

V — prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais.

CF 1988

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXV — prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

Hoje, a competência do presidente da República de prover os cargos públicos, deve ser exercida nos termos fixados em lei.

O fundamento jurídico-constitucional de edição da Súmula 25 desapareceu.

Se era legítimo o fundamento à época, como sustentou a maioria, hoje não é mais.

Razão tem VICTOR NUNES, principalmente porque desaparecido, ou, como gosta PERTENCE, decaído o texto de 1946:

[...] o que transluz, portanto, do art. 87, n^o V, é que o poder, que tem o Presidente da República, de prover os cargos públicos federais, se exercerá de conformidade com a lei. Pode, assim, o Legislativo condicionar o exercício desse poder, em termos compatíveis com os demais dispositivos da Constituição. A sua competência não é apenas para estabelecer as formalidades aplicáveis, mas também os pressupostos do provimento dos cargos públicos (RTJ 25/62).

7.2. Segundo fundamento

Por outro lado, a fórmula adotada pela lei gaúcha — destituição aprovada pela Assembleia Legislativa — se alinha ao modelo já previsto por VICTOR NUNES.

Disse VICTOR NUNES:

[...] eis uma providência que se integra, com toda a naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de como que os titulares, assim como 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. [...] (RTJ 25/63).

Discorrendo sobre as agências, leio MARIA SYLVIA ZANELLA DI PRIETO:

As agências reguladoras constituem novidade no direito brasileiro, introduzida para assumir o papel que, na concessão, era antes desempenhado pela própria Administração Pública direta, na qualidade de poder concedente. [...]

[...]

Elas estão sendo criadas como autarquias de regime especial; sendo autarquias sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

[...]

[...] como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revisitos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da administração indireta, em que os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas.⁴⁵

Digo eu.

A criação dessas agências atende à norma constitucional:

⁴⁵ In: *Parcerias na administração pública*. 3. ed. Atlas. p. 131 e 132.

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único — A lei disporá sobre:

I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, **fiscalização** e rescisão da concessão ou permissão;

II — os direitos dos usuários;

III — política tarifária;

IV — a obrigação de manter serviço adequado.

Em 1995 foi promulgada a L. 8.987.

Ela dispôs “[...] sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 1275 da Constituição [...]”.

A lei, por exemplo, na linha da determinação constitucional (art. 175, parágrafo único, IV), definiu a expressão “serviço adequado”:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao **pleno atendimento dos usuários**, conforme estabelecido nesta Lei, na normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º. **Serviço adequado** é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º. A **atualidade** compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

[...]

Às agências compete assegurar o pleno atendimento dos usuários, seja quanto ao serviço ser adequado, nos termos da Constituição e da lei, seja quanto à modernidade de técnicas utilizadas.

É o braço do Estado-regulador, para exercer funções e atingir objetos definidos em lei.

O objeto da agência é assegurar a eficácia da política da lei, posto que as concessões e permissões regem-se pela L. 8.987/95, “[...] pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos” (L. 8.987/95, art. 1º).

As concessões e permissões outorgadas não se regem por políticas de governo, mas, sim, por política da lei, como referiu, insisto, o juiz SUTHERLAND.⁴⁶

Essa é a função da agência.

O pleno atendimento dos direitos dos usuários é o objetivo visado pela Agência.

Ela expede, por exemplo, regras técnicas sobre o tipo de equipamento, instalações e conservação, como previsto no § 3º do art. 25 da Lei.⁴⁷

Ela fiscaliza o serviço, a fim de assegurar a satisfação dos direitos dos usuários.

Está na L. 8.987/95:

Art. 30. [...]

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

O legislador entendeu que o exercício dessa função implica autonomia da autarquia.

Mas, não só a autonomia da autarquia.

O legislador gaúcho entendeu que a composição da agência deveria expressar a complexidade dos serviços sobre sua competência.

Relembro a composição:

(a) três nomes de livre indicação do Governador;

(b) um representante do quadro funcional da agência: os servidores elegem lista tríplice e o governador envia um nome para a Assembleia Legislativa;

(c) dois representantes dos consumidores: um indicado pelo órgão gestor do Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor e, outro, pelos Conselhos de Consumidores;

⁴⁶ "It is charged with the enforcement of no policy except the policy of the law". Humphrey' Executor v. United States, 295 U.S. 602 (1935).

⁴⁷ L. 8.985/95:

"Art. 25

[...]

§ 3º . A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido".

(d) um representante indicado pelos concessionários, permissionários e autorizatários.

Todos esses sete membros estão sujeitos à aprovação da Assembleia Legislativa.

A própria composição da agência demonstra que ela não se destina a dar execução à política de governo.

Tem ela outra finalidade, como demonstramos.

A finalidade e a estruturação da agência não autorizam a pretensão do sr. governador gaúcho de preservar o direito de destituição imotivada, como se de servidores da administração direta se tratassem.

Os indicados pelo Poder Executivo, os membros oriundos do quadro funcional, dos consumidores e das empresas exercem, em Conselho, uma função de “conservação”.

Sua função é garantir a prestação de serviços adequados e atuais, preservada a política tarifária de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro definido pelo contrato, como dizem a Constituição e a Lei (CF, art. 175; L. 8.987, arts. 6º, 9º e 10).

Como se atribuir aos indicados pelo quadro funcional, pelos consumidores e pelas empresas a função de implementar a política do governo?

Nem em relação aos membros indicados pelo governador isso se passa, porque tal não é a função da agência.

Disse VICTOR NUNES, quanto ao argumento de serem essas funções de confiança:

O cargo que a lei dotou com a investidura de prazo certo não pode ser tido como função de confiança, porque é justamente o oposto dela, sendo antinômicos os propósitos do legislador num e noutro caso. Permitam-se repetir um trecho da decisão da Corte Suprema, no Caso Humphrey, repetida no Caso Wiener: “quem exerce o cargo somente enquanto agrada a outro, não pode, por isso mesmo, manter uma atitude de independência ante a vontade desse outro” (RTJ 25/69).

Disse VICTOR NUNES, quanto ao argumento de se constituírem em mandato outorgado pelo chefe do Poder Executivo:

Tais funções são criadas em lei, e esta as institui, desde logo, como atribuições do próprio servidor nomeado para exercê-las. Não se pode receber, por transferência de outrem, aquilo que a lei já conferiu direta-

mente. Não existe, pois, aqui, a figura do mandato de direito comum, nem se pode ter o ato de nomeação como equivalente à procuração que, pelo citado artigo 1288 do Código Civil, “é o instrumento do mandato” (RTJ 25/69).

Não vou repetir o que já li em VICTOR NUNES.

A inicial expressa uma concepção de poder que lembra, em muito, as teses do antigo Partido Republicano Gaúcho.

Uma concepção napoleônica do presidencialismo, que, como demonstrou VICTOR NUNES, não tem origem no país que o criou.

Por outro lado, observo que a solução gaúcha permite a demissão imotivada, desde que aprovada pelo Legislativo.

Algumas outras agências da União e dos estados não permitem nem isso.

Os membros do Cade, da Aneel, da Anatel, das agências da BAHIA, do CEARÁ, do ESPÍRITO SANTO etc., só perdem o mandato por motivos especificados: condenação criminal, processo administrativo etc.

Nestas, não se permite a demissão pela vontade do Executivo em conjunto com o Legislativo.

A autonomia e independência cede diante de causas especificadas.

7.3. Conclusão estrita

Assim, peço vênia ao relator para ficar com VICTOR NUNES, seja pelo que disse em 1961, seja porque a regra constitucional, que deu fundamento à posição da maioria, mudou.

Não há, na CF de 1988, impedimento a criação de autarquias em regime especial que, no interesse público, exerçam, como a autonomia definida em lei, função de regulação e fiscalização de serviços públicos para a preservação de interesses dos usuários.

Lembro, inclusive, que a própria Constituição, quanto à energia elétrica e petróleo, faz menção expressa a órgão regulador (art. 21, XI e 177, § 2º, III).

Não proponho, desde logo, a revogação ou a modificação da Súmula 25.

Deixo para examinar essa questão quando da decisão de mérito.

Por ora, restrinjo-me a afastá-la, desde logo, do caso concreto.

A relevância da arguição desaparece com a demonstração da inaplicabilidade da Súmula.

Entendo, inclusive, que os efeitos da concessão de liminar serão mais graves que seu indeferimento.

A concessão de limiar autorizará, desde logo, o sr. governador a destituir, de forma precária, os membros do Conselho da Agergs, inclusive aqueles que, pela lei, são indicados por órgãos representativos de consumidores e empresas do setor.

Tal ato poderá conduzir à acefalia da Agência, pois a inicial e os memoriais dão notícias, claramente, do conflito político entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

A destituição precária, somada à virtual acefalia do órgão, determinará, seguramente, incertezas e inseguranças quanto à restação dos serviços sujeitos à competência da Agência.

A limiar é que tem a virtualidade de causar riscos à normalidade da prestação dos serviços delegados.

Os riscos da preservação, até decisão do mérito, da situação atual, são, seguramente, menores que os decorrentes da situação inversa.

De resto, como demonstrei, falta plausibilidade à pretensão da inicial.

Indefiro a limiar.

Nelson Jobim