

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 25.11.2005
EMENTÁRIO Nº 2 2 1 5 - 1

18/11/1999

TRIBUNAL PLENO

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

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO
REQUERIDA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQUERIDO : 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 Assembléia 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 argüida 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.

A C Ó R D ã O

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 liminar, no que toca à expressão "após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado", contida no art. 7º, da L. 10.931, 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 liminar, 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,



ADI 1.949-MC / RS *Supremo Tribunal Federal*

sem justo motivo, conseqüentes 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/

08/04/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS: PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO
REQUERIDA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O Senhor Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Olívio Dutra, propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, dos arts. 7º e 8º das Leis estaduais 10.931/97 e 11.292/98.

Aduz a petição inicial, em suas passagens nucleares:

"A Lei Estadual 10.931, de 9 de janeiro de 1997, criou, por seu art. 1º, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, doravante denominada AGERGS.

Na sua redação originária, os artigos 7º e 8º da Lei em questão tinham a seguinte redação:

"Art. 7º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS terão mandato de 4 (quatro) anos, somente serão empossados após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado, devendo satisfazer, simultaneamente, às seguintes condições:

(...)

Art. 8º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, por decisão da Assembléia Legislativa do Estado".



Através da Lei Estadual 11.292, de 23 de dezembro de 1998, art. 1º, foram procedidas alterações nos artigos 7º e 8º da Lei Estadual 10.931.

Dispõe o art. 7º da Lei Estadual 10.931, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei Estadual 11.292:

"O Conselheiro terá mandato de 4 (quatro) anos, será nomeado e empossado somente após a aprovação do seu nome pela Assembléia Legislativa, devendo satisfazer, simultaneamente, as seguintes condições".

Assim dispõe o art. 8º da Lei Estadual 10.931, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei Estadual 11.292:

"O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa".

(...)

"A AGERGS é uma autarquia estadual cuja finalidade, tal como a de suas congêneres federais, é a de manter a continuidade da prestação de serviços públicos que sejam delegados aos particulares, equilibrando o interesse privado na obtenção do lucro com o interesse coletivo na universalidade da prestação do serviço que foi delegado ao particular.

Isto é: insere-se no contexto da função planejadora, prevista no art. 174, **caput**, da Constituição Federal de 1988, como instrumento destinado à racionalização da prestação de serviços de infra-estrutura delegados à iniciativa privada. Constitui, portanto, uma entidade auxiliar do Executivo, que é o responsável, efetivamente, pela deflagração do processo legislativo no tocante à veiculação dos atos que materializarão as medidas de política econômica, não se substituindo, por

óbvio, ao Chefe do Executivo, nem se lhe sobrepondo em termos de hierarquia, a menos que se quisesse considerar como não escrito o art. 84, II, da Constituição Federal de 1988".

(...)

"Por outro lado, se ela se inscreve no âmbito do Executivo, é evidente que, por força do art. 20 da Constituição Federal não pode qualquer outro poder, seja o Legislativo, seja o Judiciário, imiscuir-se naquilo que diz respeito à prática de atos de gestão, porque tais atos somente estão sujeitos a controle no que tange à prestação de contas".

Muito bem: verificado que a AGERGS é parte da Administração pública do Estado do Rio Grande do Sul, mister verificar a que título os servidores a ela se vinculam.

Em face da Constituição de 1988, por força do art. 37, II, somente existem duas formas de se prover o cargo público, fora da hipótese de excepcionalidade prevista no art. 37, IX: ou por concurso ou por nomeação para cargo em comissão.

Claro que, em princípio, surgiria uma dificuldade: os Conselheiros têm mandato definido.

O art. 8º da Lei 10.931, ao condicionar a exoneração dos Conselheiros da AGERGS no curso dos respectivos mandatos à decisão da Assembléia Legislativa, em realidade, torna sem qualquer efeito a livre exonerabilidade dos ocupantes de cargo de provimento em comissão pelo Chefe do Poder Executivo, prevista na parte final do art. 37, II, da Constituição Federal.

Não impressiona a previsão de mandato para os Conselheiros, porquanto tal previsão visa apenas a garantir a rotatividade no cargo e não a conferir um **bill** de permanência a quem não se submeteu a qualquer certame para ingressar no serviço público e cujo vínculo com o Estado decorre de uma relação pessoal de confiança com o Chefe do Executivo".



Cita-se o voto do em. Ministro Thompson Flores, no MS 19.493 e prossegue-se:

"E, se de acordo com o entendimento desta Corte, os Conselheiros de entidades como a AGERGS, cuja tarefa é, eminentemente, a de ser **um longo braço na materialização da política econômica estadual**, são equiparados a ocupantes de cargos de provimento em comissão, cercear a prerrogativa do Chefe do Executivo na exoneração de quem ocupe tal cargo, precário por sua própria natureza, e não corresponda à sua confiança implica verdadeiro acinte ao art. 37, II, **in fine**, da Constituição Federal, consoante já asseverou o Excelso Pretório na Ação Direta de Inconstitucionalidade 182, relatada pelo Min. Sydney Sanches, DJU 5 dez 1997, p. 63. 902".

(...)

"Usurpa, também, prerrogativa do Executivo a sujeição da exoneração dos ocupantes de cargo em comissão, como o são os Conselheiros da Autarquia em questão, a titulares de outro poder, com inequívoco esbatimento do princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição e da atribuição do Chefe do Executivo na exoneração dos ocupantes de cargo em comissão como contraface do poder de prover os cargos previsto no art. 84, XXV, da Constituição".

Passa o requerente à impugnação da outra norma questionada - a que submete a nomeação e a posse dos conselheiros da mesma autarquia à prévia aprovação da Assembléia Legislativa e aduz:

"Também padece, em parte, do vício apontado o art. 7º da aludida Lei Estadual, porquanto submete a nomeação e a posse dos Conselheiros à prévia aprovação da



Assembléia, o que agrediria o art. 84, XXV, da Constituição Federal, aplicável ao Executivo Estadual por força do art. 25 da Constituição Federal.

A expressão "somente após aprovação de seu nome pela Assembléia Legislativa" ali contida mostra-se incompatível com o sentido que esta Excelsa Corte sempre atribuiu tanto ao dispositivo definidor das prerrogativas do Chefe do Executivo quanto ao princípio da separação de poderes, mesmo na vigência da Constituição anterior".

Invocam-se, nessa linha, decisões do Supremo Tribunal em representações de inconstitucionalidade (Rp 1.064-RJ, Néri, RTJ 105/888; Rp 1.089, Muñoz, RTJ 109/23; Rp 1.018, Peixoto, RDA 140/37; Rp 1.079, Moreira, RTJ 103/495).

Essa orientação - sustenta-se - foi preservada pelo Tribunal sob a Constituição de 1988, recordando-se diversas decisões (ADIn MC 127, RTJ 144/21; ADIn MC 1.281, Corrêa; ADIn 862, Moreira, 152/82; ADIn MC 825, Galvão, DJ 2.4.93; ADIn 134, RTJ 157/490).

Conclui a petição:

"Em face do exposto, negar não há que os dispositivos questionados traduzem veramente um **desafio ao sentido sempre imprimido pelo Supremo Tribunal Federal aos dispositivos constitucionais** concernentes às prerrogativas do Executivo, ao livre provimento e à livre exonerabilidade de pessoas em cargos em comissão, à caracterização dos cargos de provimento em comissão, à separação de poderes, com o que deve a presente ação direta de inconstitucionalidade ser julgada procedente, sob pena de se manter, no seio da Administração gaúcha, um corpo de Diretores de uma entidade da Administração indireta que se possa rebelar contra as diretrizes definidas pelo próprio Governador e, assim, tornar o Estado do Rio Grande do Sul ingovernável. E foi justamente



o perigo de ingovernabilidade que conduziu o Supremo Tribunal Federal a conceder a liminar rogada pelo Governador do Estado de Alagoas na ADIn 127.

Com efeito, se a AGERGS deve, sem usurpar as funções de Governo, ser um órgão técnico auxiliar na formulação e execução de sua política econômica, não pode ser dirigida por quem não se identifique com o Governo legitimamente eleito. **Nem o Governo atual pode pretender impor a seu sucessor a adoção de seu próprio programa, nem o Governo anterior pode pretender a continuidade do seu programa, através de pessoas que mereciam a sua confiança, mas não a merecem do Governo atual.**

Bem observado por WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA:

"A periodicidade do plano constitui um dos temas principais da institucionalização e da legalização desta técnica de atividade econômica governamental, não só porque depende das condições estruturais de cada país, como de situação conjuntural interna e externa. Acima disto, porém, em termos jurídicos, trata-se das responsabilidades assumidas por um governo com a aprovação do **plano**, e que devem por ele ser cumpridas, e não passadas como imposição ao governo seguinte.

Realmente, a própria elaboração do plano já consome uma parte do período de um governo eleito. A execução absorveria a outra parte. E os projetos e programas de duração superior ao prazo governamental ficariam como determinações de um governo a outro. Nas democracias representativas, assim como nas formas parlamentares, com os gabinetes que se sucede é um dos mais delicados temas" (Direito Econômico do planejamento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Belo Horizonte, v. 25, n. 18, p. 101, maio 1977 - grifos lançados pelos signatários.

Por outra visada, a suspensão da eficácia dos dispositivos inquinados de inconstitucionais se mostra relevante e imperiosa, na medida em que se faz **mister**



acatar, seja na esfera do Legislativo, seja na esfera do Executivo, a exegese que o Supremo Tribunal Federal imprime aos comandos constitucionais, dada a missão que lhe foi confiada, de guardião da Constituição, evitando-se, assim, a sobrecarga desnecessária desta Corte".

Para decidir da cautelar, trago o feito à Mesa.

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature, likely of a justice or official, is centered on the page.

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):

I

a Carta de 69 - a exemplo de quase todos os textos constitucionais precedentes da República - enumerava exhaustivamente os casos em que nomeações da competência do Presidente da República se subordinavam à prévia aprovação do indicado pelo Senado Federal (CF 69, 42, III; CF 46, art. 63, I; CF 37, art. 55, a; CF 34, art. 90, a; CF 91, 12).

Pertinente o tema ao regime positivo de separação e independência dos Poderes - princípio de observância compulsória dos Estados-membros - não surpreende que, então, a jurisprudência só admitia que, na ordem local, as nomeações correspondentes fossem submetidas à aprovação da Assembléia Legislativa: donde os precedentes que a inicial invoca, tomados sob a Carta decaída, nas representações de inconstitucionalidade, conforme jurisprudência que parece não ter sofrido soluções de continuidade.

Entretanto, os dados do problema se alteram fundamente, quando a Constituição de 1988 - que só encontrava precedente no art. 45, I, da Carta de 67 - no art. 52, III e IV - além de arrolar os casos em que tocava ao Senado aprovar previamente diversas nomeações presidenciais - inseriu cláusula aberta permissiva da submissão ao Senado da escolha dos "titulares de outros cargos que a lei determinar".



Certo, na ADIn MC 127-AL, de 20.11.89 (RTJ 144/3), a maioria - vencidos os Ministros Celso de Mello, relator, Célio Borja, e eu próprio - suspendeu a vigência do art. 79, V, da Constituição alagoana, que, além dos casos que encontravam similar perfeito no modelo federal, sujeitou à aprovação da Assembleia Legislativa as diversas outras nomeações de dignitários estaduais referidos, **"bem como de outros cargos que a lei determinar"**.

No voto vencido, acentuei - RTJ 244/20:

"Parece que o caso é bem mais complexo. O art. 52, como mostrou o eminente Relator, inova substancialmente no próprio sistema federal, com relação a essa participação do Legislativo na nomeação de altas autoridades do Governo. E tenho muitas dúvidas, confesso e também não é o momento de deslindá-las - sobre se a regra geral de iniciativa privativa do Governador para leis que disponham sobre provimento de cargos públicos que obviamente têm um sentido de dar ao Governador o comando da organização administrativa - incidirá na matéria da norma questionada, que visa ao fortalecimento da participação legislativa no Governo e que obviamente só será substancialmente legítimo quando se tratar de altas autoridades, como é o caso, e não de funcionários públicos comuns".

Nesse sentido - passado aquele momento inicial de típica interpretação retrospectiva - parece claramente inclinada a orientação do Tribunal, que nas normas estaduais que submetem à Assembleia Legislativa a aprovação de escolhas governamentais para funções relevantes, só censura, por motivos diversos, as relativas às empresas estatais dado o regime privado a que se sujeitam (v.g., ADIn MC 862-A, 4.8.93, Moreira; ADIn MC 1.281-PA, 25.5.95, Correia,



ADIN 1949-0 - RS

RTJ 157/487; ADIn MC 1.642-MG, 16.12.98, Jobim) -, ou de cargos que têm na Constituição Federal mesma disciplina completa de seu provimento, a excluir a intervenção do Legislativo (v.g., Desembargadores: ADIn MC 202-BA, 23.3.90, Pertence, RTJ 145/735; ADIn 202-BA, 5.9.96, Gallotti, DJ 7.3.97; Procurador-Geral da Justiça: ADIn MC 1.228, 15.3.95, Pertence, Lex 201/66; ADIn MC 1.506-SE, 10.10.96, Galvão, DJ 22.11.96; ADIn MC 1.962-RO, 11.3.99, Galvão).

Ao contrário, se se cuida, como no caso, de nomeação para cargos diretivos de autarquias ou fundações autárquicas - ao contrário do que renunciara a referida ADIn MC 127 - a tendência revelada pelas decisões ulteriores é claramente no sentido da constitucionalidade da anuência prévia da Assembléia Legislativa às escolhas do Poder Executivo (v.g., ADIn MC 1.281-9, 25.5.95, Corrêa, RTJ 157/487; ADIn 1.642-MG, 16.12.98, Jobim; ADIn MC 1.858-9, 12.98, Galvão).

Tenho, assim, por carente de plausibilidade bastante a lastrear a suspensão cautelar requerida a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembléia Legislativa da investidura dos conselheiros da autarquia estadual referida.

II

O contrário sucede no tocante à outra regra discutida - a que subordina à decisão da Assembléia Legislativa a exoneração dos conselheiros da AGERGS, antes do termo final do período para o qual nomeados.



A relevância da argüição, no ponto, 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".

Não desconheço a profundidade da discussão subjacente às decisões - particularmente às do início dos anos 60 - que lastrearam a Súmula 25, nas quais, contra a orientação prevalecente, são impressionantes os votos vencidos de Victor Nunes Leal.

A subsistência da Súmula aos embates bastaria, contudo, para lastrear o juízo liminar da plausibilidade da impugnação.

Certo, na mesma década da consolidação da Súm. 25, na Súm. o Tribunal excluiu do seu alcance - por força de hierarquia constitucional da autonomia universitária - a demissibilidade dos reitores, no prazo de sua investidura.

E a Constituição de 1988, no tocante à chefia do Ministério Público, no plano da União, como no dos Estados, instituiu forma inédita de subordinação da ruptura da nomeação a termo à autorização do Senado ou do Legislativo dos Estados.

Tais exceções à regra geral da Súm. 25, no entanto, além de emprestar-lhe a força do argumento **a contrario sensu**, dizem respeito a setores - quais, a Universidade e o Ministério Público - que a Constituição claramente pretendeu subtrair ao guante da



verticalidade hierárquica da estrutura do Poder Executivo: não é o caso, evidentemente, das agências regulatórias, em que ganha eloqüente pertinência a observação de Washington Albino, recordada na inicial, sobre a dimensão democrática da periodicidade dos planos, que repelem a imposição por um governo do seu projeto ao governo seguinte.

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, sob outro prisma, que, na prática da separação dos poderes sob o presidencialismo é freqüente e salutar, já não causa espécie, a associação do Legislativo à investidura de altos funcionários da administração, limitando o poder de escolha do Chefe do Executivo; não admissível, contudo, é que a ele se impunha entregar setores do governo, sob sua direta responsabilidade, a auxiliares que não gozem ou hajam perdido a sua confiança.

No ponto, assim, o caso é de deferimento da cautelar.

III

A espécie propõe questão interessante à construção processual da ação direta de inconstitucionalidade.

De regra, assim como a declaração definitiva da inconstitucionalidade elide a sua revogação, a suspensão cautelar da vigência da norma argüida de inconstitucional faz retornar, posto que provisoriamente, ao ordenamento positivo, o preceito anterior.

Quando esse, pois, é substancialmente idêntico àquele cuja vigência se suspende, o seu retorno a vigência subtrairia toda a eficácia da decisão cautelar.

É o que sucederia na espécie, onde, malgrado a diferença de redação, no que é objeto da ação direta, os dispositivos referidos da lei primitiva e da lei posterior sobre a AGERGS são substancialmente equivalentes.

Esse o quadro, entendo de atender, no que me parece procedente, o pedido de suspensão não apenas dos tópicos vigentes 3 arts. 7º e 8º, conforme redação da L. est. 11.292/98, mas também a redação primitiva, da L. 10.931, de modo a impedir que, com a suspensão cautelar daquela, tudo continuasse **"como dantes no quartel de Abrantes"**.

IV

De tudo, defiro em parte a liminar, para suspender a vigência do art. 8º da L. est. 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da L. 11.292/92, assim como na sua redação original.

Indefiro a liminar no tocante ao art. 7º de ambas as redações da mesma lei: é o meu voto.



08/04/99

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SULMEDIDA LIMINARV O T OSOBRE O ARTIGO 7º DA LEI Nº 10.931/97-RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, a agência é de atuação, eu diria, abrangente - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul.

Ao cogitarmos de regulação dos próprios serviços públicos delegados, vem-nos à mente, em primeiro lugar, uma atividade a ser exercida pelo Executivo. Essa é a premissa que estabeleço.

Indaga-se: é possível o legislador ordinário - não estou a cogitar do constituinte e admitiria a disciplina da matéria por este - dispor a respeito, jungindo à aprovação da Assembléia os nomes dos integrantes de um conselho, de uma agência ligada sobremaneira ao Executivo? Penso que não. Admitir essa disciplina é



ADI 1.949-0 RS

afastar a independência entre os Poderes prevista na Carta da República.

Evoca o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence a alínea "f" do inciso III do artigo 52 da Carta da República. Realmente, nesse inciso, alude-se à aprovação pelo Senado da escolha de candidatos para diversos cargos. Na alínea "f", há referência a "titulares de outros cargos que a lei determinar". Evidentemente, aqui se mitigou a independência dos Poderes, dando-se ao legislador ordinário a possibilidade de prever outras hipóteses além das contempladas no Texto Constitucional - praticamente uma carta em branco dada ao legislador ordinário.

Ora, estamos diante de um preceito de adoção obrigatória pelos Estados-membros? A Carta do Rio Grande do Sul teria que adotar essa disposição? Não o fez, senão estaria sendo atacado o próprio dispositivo da Constituição daquele Estado. Para mim, neste exame preliminar, a resposta é negativa. Entre o conflito, envolvidos valores diversos, ou seja, a atuação do Legislativo e a independência preconizada pela Carta, o afastamento de ingerências de um Poder no outro, fico com este último.

Por isso, peço vênias ao nobre Ministro-Relator para conceder a liminar.

É o meu voto.

08/04/1999

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL**RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS : PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO

QUERIDA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

V O T O V I S T A

(S/ Art. 8º da Lei nº 10.931)

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Aliás, o art 8º não é apenas esse, senão fica sem sentido: "Os membros do Conselho poderão ser destituídos no curso de seus mandatos".

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) - Tem também a expressão "por decisão da Assembléia Legislativa do Estado".

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas aí fica pior, porque muda, então: "poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, ..."

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) - Sim, tira "por decisão da Assembléia".

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas aí se muda o sentido da lei. Tem-se que declarar tudo inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Sim, embora o que estamos afirmando seja isso: é demissível **ad nítum**. A melhor técnica é essa, entra no regime geral de que é um cargo em comissão, de provimento complexo, mas demissível **ad nítum**.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Confesso que, nesta matéria, tenho grandes dúvidas, considerando a natureza desses órgãos, dessas agências.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): A nossa audácia em matéria de liminar está ultrapassando todos os limites: cuida-se apenas de aplicar uma Súmula que tem quarenta anos.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - O pior é que as duas exceções se explicam constitucionalmente: uma é com relação à autonomia universitária e, a outra, com referência à autonomia administrativa do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - A destinação dessas agências é exatamente funcionarem como órgãos com autonomia.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - V. Exa. dá autonomia a essas agências?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não, Ministro. É negar ao Governo a fiscalização dos serviços delegados. O Governo fica de mãos absolutamente atadas.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Veja, aqui, autonomia financeira, funcional e administrativa. Está no **caput** do artigo.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas não é uma autonomia constitucional.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não é autonomia constitucional. Agora, o que me pergunto é se poderá um Governo submeter o Governo sucessor a manter pessoas que não são da sua confiança. Uma coisa é submeter o provimento à aprovação da Assembléia, que pode decidir que o sujeito não é digno de ocupar cargo nenhum. Mas o Governador ficar obrigado a manter alguém sem a sua confiança?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A administração passa a ser a pretérita.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): O Governo tem uma política rodoviária, mas não pode fazer coisa alguma?

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Mas cada Governo terá oportunidade de prover esses cargos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): -
Depende Ministro. O exemplo é bem característico.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - E continuará o mandato no Governo seguinte.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):
Ministro, nós conhecemos o Brasil para saber que nenhum Governo deixará de renovar esses mandatos às vésperas de sair.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Há um outro aspecto. É que essa decisão para destituição não é nem provocada pelo Governador. Aqui se diz que só poderá ser destituído do seu mandato por decisão da Assembléia Legislativa.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): É mais do que aprovação. É pior do que a do Procurador-Geral.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Isso é projeto de
J r olução.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Essa lei copia a federal.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas não é da iniciativa do Governador. A iniciativa é da Assembléia.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - É da sua liderança na Assembléia Legislativa.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não posso, realmente ver que o Governador não tenha um instrumento de regulação da política rodoviária do Estado.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Não. Vamos olhar a competência dessa agência.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Primeiro, revogar a Súmula. O Ministro Néri da Silveira propõe a revogação da Súmula? Senão não posso liminarmente negar plausibilidade jurídica a esta ação.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, peço vista.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 - medida liminar
PROCED. : RIO GRANDE DO SUL
RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVDS. : PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO
REQDA. : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão : O Tribunal, por maioria, **vencido** o Sr. Ministro Marco Aurélio, **indeferiu** o pedido de medida cautelar, no que toca à expressão "**após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado**", contida no art. 7º, da Lei nº 10.931, de 09/01/1997, 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. Votou o Presidente. **Prosseguindo** no julgamento, e após o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), **deferindo** o pedido de medida cautelar, para **suspender**, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 8º, da Lei estadual nº 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual nº 11.292/98, assim como na sua redação original, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** do Sr. Ministro Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente), e, neste julgamento, o Sr. Ministro Sydney Sanches. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso (Vice-Presidente). Plenário, 08.4.99.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

71 
Luiz Tomimatsu
Coordenador

27/10/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SULV O T O

(VISTA)

1. A LEI.

A L. Estadual n.º 10.931, de 1997, alterada pela L. 11.292, de 23.12.1998, criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS.

O órgão máximo da Agência é o Conselho Superior, composto de sete membros (art. 6º).

Dispõe a lei:

.....

Art. 7º - O Conselheiro terá mandato de 4 (quatro) anos, será nomeado e empossado somente após aprovação de seu nome pela Assembléia Legislativa, devendo satisfazer, simultaneamente as seguintes condições: (redação da L. 12.292/98¹)

.....

¹ Redação anterior (L. 10.931/97):

Art. 7º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS terão mandato de 4 (quatro) anos, somente serão empossados após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado, devendo satisfazer, simultaneamente as seguintes condições:

.....

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

Art. 8º.- O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa. (redação da L. 12.292/98²)

2. A AÇÃO.

O Sr. Governador do Estado do Rio Grande do Sul ataca:

(a) a expressão "após aprovação de seu nome pela Assembléia Legislativa", do caput do art. 7º, quer na redação dada pela L. 11.292/98, como na redação originária³ (fls. 09);

(b) o "... advérbio 'somente' e a expressão 'por decisão da Assembléia Legislativa do Estado' ...", do art. 8º, "... seja na redação original, seja na redação dada pela L. 11.292/98, em que o 'somente' foi substituído pela expressão 'só' ..." fls. 09).

O Sr. Governador alega ofensa à CF: art. 2º⁽⁴⁾; 37, II e IX⁽⁵⁾; 84, XXV⁽⁶⁾; e 174⁽⁷⁾.

² Redação anterior (L. 10.931/97):

Art. 8º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS somente poderão ser destituídos, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa.

³ "após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado".

⁴ CF:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁵ CF:

Art. 37.

... - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em curso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL**3. QUANTO ÀS EXPRESSÕES DO ART. 7º.**

O Tribunal, vencido MARCO AURÉLIO, "... indeferiu o pedido de medida cautelar no que toca a expressão 'após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado', contida no art. 7º ..." (sessão de 08.04.1999).

4. QUANTO ÀS EXPRESSÕES DO ART. 8º.

Quanto à destituição, no curso do mandato de Conselheiro, depender de decisão da Assembléia, o julgamento não se completou.

PERTENCE deferiu a liminar.

Pedi vista.

Deixo, neste momento, de examinar os fundamentos do voto do Ministro PERTENCE.

5. QUESTÃO PRÉVIA.

Suscito questão prévia.

⁶ CF:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

XV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

⁷ CF:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

Esta somente me surgiu depois que passei a elaborar este voto, após pesquisar e estudar o tema de fundo.

5.1. O pedido e o voto de PERTENCE.

A inicial ataca expressões do art. 8º.

PERTENCE suspende a vigência de toda a redação do art. 8º, quer na versão original (L. 10.931/97), quer na da L. 11.292/98.

Vai além do pedido formulado pela inicial.

Vejamos:

(a) leio a L. 10.931/97, com a redação da L. 12.292/98:

Art. 8º O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa.⁸ (fls. 12 e 15);

(b) leio o Pedido:

"... suspensão liminar ... do advérbio 'somente' e da expressão 'por decisão da Assembléia Legislativa do Estado' constante do art. 8º ... seja na redação original, seja na redação dada pela L. 11.292, em que o 'somente' foi substituído por 'só' ..." (fls. 09);

⁸ Redação anterior (L. 10.931/97):

Art. 8º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS somente poderão ser destituídos, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

(c) leio PERTENCE:

"... defiro em parte a liminar, para suspender a vigência do art. 8º ...".

Digo eu.

O pedido, tal como formulado, importa na alteração, substancial, do sentido da regra aprovada pelo legislador estadual.

O legislador estadual entendeu de submeter a destituição de membro do Conselho, no curso do mandato, à aprovação da Assembléia.

Acolhido o pedido, tal qual posto na inicial, a regra passaria a conter um outro comando.

Leio o artigo 8º, se atendido fosse o pedido da inicial, nos termos por ela postos:

Art. 8º - O Conselheiro (...) poderá ser destituído no curso de seu mandato (...).

É exatamente este o objetivo da inicial.

A inicial quer obter, com a decisão do tribunal, um artigo 8º que represente uma decisão completamente diversa da decisão tomada pelo legislador estadual.

Pretende obter uma regra, não aprovada pelo legislador, que possa autorizar a destituição no curso do mandato.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

Quando do voto de PERTENCE, MOREIRA ALVES percebeu este problema.

Disse:

"Mas aí mudamos o sentido da lei, tem de declarar tudo inconstitucional"(⁹).

Continuo eu.

Surgem, aqui, duas questões relacionadas.

A primeira:

¿ Admite-se pedido parcial de inconstitucionalidade, cujo deferimento importe em alteração substancial da norma, com a produção de um comando contrário ao pretendido pelo legislador ?

No caso de resposta negativa a esta primeira questão, ou seja, se isto não é possível, tem-se a segunda questão:

¿ Admite-se a expansão, pelo Tribunal, do objeto da ação de inconstitucionalidade, a fim de que atinja normas ou expressões não abrangidas pela inicial ?

A resposta é conhecida, digo eu.

Está na ADIN 896-O DF (MOREIRA ALVES, 03.11.93):

⁹ Notas taquigráficas da sessão de 08.04.1999, não revisadas.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

"

Não só [1] a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões ... cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também [2] não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo.

Continua MOREIRA ALVES:

"Em consequência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta que é a da sua possibilidade jurídica.

....."

O Tribunal, naquele caso, não conheceu dessa ação por "... impossibilidade jurídica do pedido".

Esse é o caso do autos.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

A inicial pretende, com a inconstitucionalidade suscitada, transmutar o comando do art. 8º.

O artigo 8º impõe uma condição necessária para a destituição: a decisão da Assembléia Legislativa.

Na verdade, a inicial pretende duas coisas:

(a) o afastamento dessa condição, ou seja, a submissão à Assembléia Legislativa;

(b) e ainda a produção, como consequência, pelo Tribunal como legislador positivo, de uma nova regra: a permissão para destituição do membro do Conselho, no curso do mandato, independentemente de qualquer condição.

A inicial pretende, desta forma, resolver uma questão não posta na demanda:

¿ Em autarquias, os titulares de mandato com prazo certo podem ser destituídos, no curso deste, pela só vontade do governante, sem qualquer motivação ?

Lembro que a hipótese não está abrangida pela Súmula nº 8⁽¹⁰⁾.

Lá se trata de sociedade de economia mista e, aqui, de autarquia.

¹⁰ Súmula 8. Diretor de sociedade de economia mista pode ser destituído no curso do mandato.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

Concedida a liminar, como pretende a inicial, o Tribunal estaria legislando.

O voto de PERTENCE enfrenta a situação de outra forma.

Ele suspende todo o dispositivo, todo o artigo 8º.

Não remanescerá a regra autorizadora da destituição, que a inicial deseja.

O voto, assim, inova o pedido.

Em verdade, o voto não concede a regra nova pretendida pela inicial.

Ele suspende a totalidade da norma.

Dito de outra forma, o voto corrige vício da inicial.

Confesso que gostaria de enfrentar a questão de fundo.

Mas, a inicial, tal como formulado o pedido, não me permite.

Por outro lado, a solução posta pelo voto do Ministro PERTENCE, importa em alteração do pedido.

Não é admissível.

Está no CPC;



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida. ...

Está na ADIN 896-0, DF (MOREIRA ALVES) já referida:

"

... a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões ... cuja inconstitucionalidade for argüida, ...".

Não admitida a solução dada pelo voto, não posso conhecer da ação.

Ou, seja, para conhecer da ação, teria que admitir a solução proposta pelo Ministro PERTENCE, que seria declarar a inconstitucionalidade de parte do que não foi pedido.

A pretensão da inicial é transformar o Tribunal em legislador positivo.

Tal não pode se dar.

Veja-se a ADIN 896, já mencionada.

No mesmo sentido: REPR 1.417-7 DF (MOREIRA ALVES, 09.12.1987); RE 181.138-2 SP (CELSONO, 06.09.1994); RE 196.590-8 ALAGOAS (MOREIRA ALVES, 16.04.1996); ADIN MC 267-8-/600 DF (CELSONO, 25.10.1990).

Não me resta, portanto, senão lembrar as observações de NERI, na mesma ADIN 896:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

"... Penso que o ... Relator, ..., evidenciou, de acordo com a orientação que se tem, a inviabilidade de julgar, no mérito, a ação assim como está proposta. A decisão deduzida por S. Exa. ... não impede o ... Procurador-Geral ... de ingressar com nova ação, para que todo o sistema ... possa ser ... examinado pelo Supremo Tribunal Federal."


O Sr. Governador, entendo, poderá ingressar, quanto ao art. 8º, com outra ação, corretamente proposta, em que possa atingir a sua totalidade.

5. CONCLUSÃO

Concluo.

Divirjo de PERTENCE quanto ao art. 8º.

Não conheço, nessa parte, da ação por impossibilidade jurídica do pedido.



27/10/1999**TRIBUNAL PLENO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL****V O T O****(MEDIDA LIMINAR)****CONFIRMAÇÃO DE VOTO****(S/ART.8º DA LEI ESTADUAL Nº 10.931/97)**

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Sr. Presidente, convenceu-me a preliminar levantada pelo eminente Ministro Nelson Jobim. De fato, claramente, a inicial se propôs a subtrair do art. 8º, da Lei questionada, o condicionamento da demissão de membro do conselho superior da autarquia cogitada, "no curso do seu mandato", à deliberação "da Assembléia Legislativa" do Estado.

A Norma completa é:

"Art. 8º. O Conselheiro só poderá ser destituído no curso do seu mandato por decisão da Assembléia Legislativa".

Com a pretensão de declaração de inconstitucionalidade das palavras grifadas, o advérbio "só" e a frase "por decisão da Assembléia Legislativa", realmente se inverteria o sentido do dispositivo para passar-se a ter "O Conselheiro poderá ser destituído no curso do seu mandato".

No sentido do voto do Sr. Ministro Nelson Jobim, que considero estar na linha ortodoxa do controle da inconstitucionalidade parcial - já votei diversas vezes. Impressionou-me, no caso, a circunstância de que, à luz da minha



perspectiva inicial sobre o mérito da causa, mantido, ou não, o restante do art. 8º, as coisas permaneceriam tal e qual, pois o caso recairia sob a Súmula 25, segundo a qual:

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

Mas nem por isso deixo de reconhecer a procedência do obstáculo formal alegado por S. Ex^a. Ainda que se entenda que o princípio da Súmula continua a traduzir a boa doutrina constitucional, a sua imposição há de fazer-se independentemente de uma norma de legislação ordinária estadual que o diga.

E isso não causará prejuízo substancial à discussão da arguição, porque, obviamente, não inibe a faculdade de o autor trazer ao Tribunal o questionamento da íntegra do dispositivo, porque não prejudicará, evidentemente, que venha acaso prevalecer a tese da Súmula 25, que dispensa consagração expressa.

Por isso, eu também, reconsiderando o meu voto, não conheço da ação direta com relação ao art. 8º da lei estadual.



27/10/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SULMEDIDA LIMINARPROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, realmente não podemos atuar no controle concentrado como legisladores positivos, e assim procederemos se viermos a fulminar as expressões atacadas do artigo 8º da Lei Estadual nº 10.931/97, já que o mesmo preceitua:

Art. 8º. O Conselheiro só poderá ser destituído no curso de seu mandato por decisão da Assembléia Legislativa.

As expressões "só" e "por decisão da Assembléia Legislativa" estão sendo impugnadas. No caso, teríamos - e creio que não é esse o alcance do dispositivo - norma revelando a possibilidade de destituição sem a condição imposta, ou seja, a de haver a aprovação pela Assembléia.

Em casos semelhantes - a aí aponto que, se não o fizermos, estaremos apenas a provocar o surgimento de mais uma ação direta de inconstitucionalidade - temos baixado o processo em diligência para o requerente, querendo, aditar a inicial.

Essa é a proposta que faço ao Colegiado.

27/10/1999

TRIBUNAL PLENO

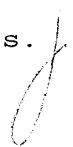
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

(S/ DILIGÊNCIA)

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, no caso específico não houve informações. Teríamos que marcar o prazo para o aditamento para, depois, prosseguirmos na decisão.

A solução apresentada pelo Sr. Ministro Marco Aurélio é razoável, mas eu não a adotaria como tese para todos os casos.



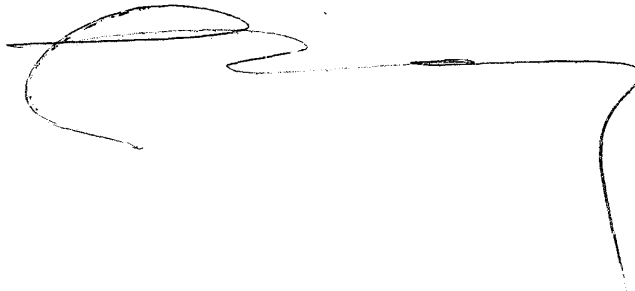
27/10/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL
(MEDIDA LIMINAR)

VOTO(S/ DILIGÊNCIA)

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, tendo em vista as circunstâncias em que se propõe o aditamento, e deixando claro que o admito tão-só, no caso, em caráter excepcional, vou acompanhar a proposta do Ministro Marco Aurélio, também levando em conta a economia processual.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 - medida liminar

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVDS. : PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO

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

REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão : O Tribunal, por maioria, **vencido** o Sr. Ministro Marco Aurélio, **indeferiu** o pedido de medida cautelar, no que toca à expressão "**após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado**", contida no art. 7º, da Lei nº 10.931, de 09/01/1997, 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. Votou o Presidente. **Prosseguindo** no julgamento, e após o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), **deferindo** o pedido de medida cautelar, para **suspender**, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 8º, da Lei estadual nº 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual nº 11.292/98, assim como na sua redação original, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** do Sr. Ministro Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente), e, neste julgamento, o Sr. Ministro Sydney Sanches. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso (Vice-Presidente). Plenário, 03.4.99.

Decisão: **Prosseguindo** no julgamento, o Tribunal, tendo em vista as objeções postas no voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, que foram acolhidas, assinou **prazo** de dez dias para, querendo, **aditar-se** a inicial. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 27.10.99.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tomimatsu
p) Luiz Tomimatsu
Coordenador

11/11/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS: PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO

REQUERIDA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Em 8.4.99, no que interessa, relatei o caso nestes termos:

- O Senhor Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Olívio Dutra, propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, dos arts. 7º e 8º das Leis estaduais 10.931/97 e 11.292/98.

Aduz a petição inicial, em suas passagens nucleares:

"A Lei Estadual 10.931, de 9 de janeiro de 1997, criou, por seu art. 1º, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, doravante denominada AGERGS.

Na sua redação originária, os artigos 7º e 8º da Lei em questão tinham a seguinte redação:

"Art. 7º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS terão mandato de 4 (quatro) anos, somente serão empossados após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado, devendo satisfazer, simultaneamente, às seguintes condições:

(...)



Art. 8º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, por decisão da Assembléia Legislativa do Estado".

Através da Lei Estadual 11.292, de 23 de dezembro de 1998, art. 1º, foram procedidas alterações nos artigos 7º e 8º da Lei Estadual 10.931.

Dispõe o art. 7º da Lei Estadual 10.931, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei Estadual 11.292:

"O Conselheiro terá mandato de 4 (quatro) anos, será nomeado e empossado somente após a aprovação do seu nome pela Assembléia Legislativa, devendo satisfazer, simultaneamente, as seguintes condições".

Assim dispõe o art. 8º da Lei Estadual 10.931, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei Estadual 11.292:

"O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa".

(...)

A AGERGS é uma autarquia estadual cuja finalidade, tal como a de suas congêneres federais, é a de manter a continuidade da prestação de serviços públicos que sejam delegados aos particulares, equilibrando o interesse privado na obtenção do lucro com o interesse coletivo na universalidade da prestação do serviço que foi delegado ao particular.

Isto é: insere-se no contexto da função planejadora, prevista no art. 174, *caput*, da Constituição Federal de 1988, como instrumento destinado à racionalização da prestação de serviços de infra-estrutura delegados à iniciativa privada. Constitui, portanto, uma entidade auxiliar do Executivo, que é o responsável, efetivamente, pela deflagração do processo legislativo no tocante à veiculação dos atos que materializarão as medidas de política econômica, não se substituindo, por óbvio, ao Chefe do Executivo, nem se lhe sobrepondo em termos de



hierarquia, a menos que se quisesse considerar como não escrito o art. 84, II, da Constituição Federal de 1988".

(...)

"Por outro lado, se ela se inscreve no âmbito do Executivo, é evidente que, por força do art. 2º da Constituição Federal não pode qualquer outro poder, seja o Legislativo, seja o Judiciário, imiscuir-se naquilo que diz respeito à prática de atos de gestão, porque tais atos somente estão sujeitos a controle no que tange à prestação de contas".

Muito bem: verificado que a AGERGS é parte da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, mister verificar a que título os servidores a ela se vinculam.

Em face da Constituição de 1988, por força do art. 37, II, somente existem duas formas de se prover o cargo público, fora da hipótese de excepcionalidade prevista no art. 37, IX: ou por concurso ou por nomeação para cargo em comissão.

Claro que, em princípio, surgiria uma dificuldade: os Conselheiros têm mandato definido.

O art. 8º da Lei 10.931, ao condicionar a exoneração dos Conselheiros da AGERGS no curso dos respectivos mandatos à decisão da Assembléia Legislativa, em realidade, torna sem qualquer efeito a livre exonerabilidade dos ocupantes de cargo de provimento em comissão pelo Chefe do Poder Executivo, prevista na parte final do art. 37, II, da Constituição Federal.

Não impressiona a previsão de mandato para os Conselheiros, porquanto tal previsão visa apenas a garantir a rotatividade no cargo e não a conferir um **bill** de permanência a quem não se submeteu a qualquer certame para ingressar no serviço público e cujo vínculo com o Estado decorre de uma relação pessoal de confiança com o Chefe do Executivo".



Cita-se o voto do em. Ministro Thompson Flores, no MS 19.493 e prossegue-se:

"E, se de acordo com o entendimento desta Corte, os Conselheiros de entidades como a AGERGS, cuja tarefa é, eminentemente, a de ser um longo braço na materialização da política econômica estadual, são equiparados a ocupantes de cargos de provimento em comissão, cercear a prerrogativa do Chefe do Executivo na exoneração de quem ocupe tal cargo, precário por sua própria natureza, e não corresponda à sua confiança implica verdadeiro acinte ao art. 37, II, in fine, da Constituição Federal, consoante já asseverou o Excelso Pretório na Ação Direta de Inconstitucionalidade 182, relatada pelo Min. Sydney Sanches, DJU 5 dez 1997, p. 63.902".

(...)

"Usurpa, também, prerrogativa do Executivo a sujeição da exoneração dos ocupantes de cargo em comissão, como o são os Conselheiros da Autarquia em questão, a titulares de outro poder, com inequívoco esbatimento do princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição e da atribuição do Chefe do Executivo na exoneração dos ocupantes de cargo em comissão como contraface do poder de prover os cargos previsto no art. 84, XXV, da Constituição".

Passa o requerente à impugnação da outra norma questionada - a que submete a nomeação e a posse dos conselheiros da mesma autarquia à prévia aprovação da Assembléia Legislativa (...)

Conclui a petição:

"Em face do exposto, negar não há que os dispositivos questionados traduzem

veramente um desafio ao sentido sempre imprimido pelo Supremo Tribunal Federal aos dispositivos constitucionais concernentes às prerrogativas do Executivo, ao livre provimento e à livre exonerabilidade de pessoas em cargos em comissão, à caracterização dos cargos de provimento em comissão, à separação de poderes, com o que deve a presente ação direta de inconstitucionalidade ser julgada procedente, sob pena de se manter, no seio da Administração gaúcha, um corpo de Diretores de uma entidade da Administração indireta que se possa rebelar contra as diretrizes definidas pelo próprio Governador e, assim, tornar o Estado do Rio Grande do Sul ingovernável. E foi justamente o perigo de ingovernabilidade que conduziu o Supremo Tribunal Federal a conceder a liminar rogada pelo Governador do Estado de Alagoas na ADIN 127.

Com efeito, se a AGERGS deve, sem usurpar as funções de Governo, ser um órgão técnico auxiliar na formulação e execução de sua política econômica, não pode ser dirigida por quem não se identifique com o Governo legitimamente eleito. Nem o Governo atual pode pretender impor a seu sucessor a adoção de seu próprio programa, nem o Governo anterior pode pretender a continuidade do seu programa, através de pessoas que mereciam a sua confiança, mas não a merecem do Governo atual.

Bem observado por WASHINGTON PELUSO
ALBINO DE SOUZA:

"A periodicidade do plano constitui um dos temas principais da institucionalização e da legalização desta técnica de atividade econômica governamental, não só porque depende das condições estruturais de cada país, como de situação conjuntural interna e externa. Acima disto, porém, em termos jurídicos, trata-se das responsabilidades assumidas por um governo com a aprovação do plano, e que devem por ele ser



cumpridas, e não passadas como imposição ao governo seguinte.

Realmente, a própria elaboração do plano já consome uma parte do período de um governo eleito. A execução absorveria a outra parte. E os projetos e programas de duração superior ao prazo governamental ficariam como determinações de um governo a outro. Nas democracias representativas, assim como nas formas parlamentares, com os gabinetes que se sucedem é um dos mais delicados temas" (Direito Econômico do planejamento. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 25, n. 18, p. 101, maio 1977 - grifos lançados pelos signatários.

Por outra visada, a suspensão da eficácia dos dispositivos inquinados de inconstitucionais se mostra relevante e imperiosa, na medida em que se faz mister acatar, seja na esfera do Legislativo, seja na esfera do Executivo, a exegese que o Supremo Tribunal Federal imprime aos comandos constitucionais, dada a missão que lhe foi confiada, de guardião da Constituição, evitando-se, assim, a sobrecarga desnecessária desta Corte".

Meu voto indeferia a cautelar no tocante ao art. 7º de ambas as redações da lei — mas a deferia para suspender a vigência do art. 8º da L. est. 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da L. 11.292/98, assim como na sua redação original.

Pediu vista o Ministro Jobim. Em seu voto, observou S. a. com razão que, quanto ao art. 8º, o pedido se restringira ao advérbio "só" e à frase "por decisão da Assembléia Legislativa": sucede que, concluiu, nesses termos, o acolhimento da arguição é



ADIN 1949-0 - RS

inadmissível, porque a preservação do remanescente do dispositivo – “O Conselheiro (...) poderá ser destituído no curso do seu mandato” – emprestaria à decisão da ADIn força de legislação positiva que não tem.

Rendi-me, como todo o Tribunal, à preliminar do Ministro **Jobim**, conforme à nossa jurisprudência (ADIn 896, 28.10.93, Moreira, RTJ 154/111; ADIn 1.754, 12.3.98, Sanches, Inf. STF 102; ADInMC 1.822, Moreira, Inf. STF).

Em seguida, entendeu, porém, o Plenário – malgrado já iniciado o julgamento – que o caso era excepcional, pois a preliminar só fora aventada no voto-vista e, de logo, acolhida pelo Relator: por isso, facultou-se ao Requerente emendar a inicial.

Fê-lo o Governador do Rio Grande do Sul para ampliar o objeto da ação, de modo a compreender a integralidade do art. 8º da L. 10.931/97, seja na redação original, seja na da L. 11.292.

Nestes termos, reponho em Mesa o pedido cautelar faltante.

É o relatório.



11/11/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):

I

Em meu voto, na primeira chamada do caso, a parte inicial foi dedicada à impugnação do art. 7º, que subordina a nomeação dos conselheiros da AGERGS à prévia aprovação do indicado pela Assembléia Legislativa.

Fundado especialmente no art. 52, III, f, da Constituição, no ponto, neguei à arguição plausibilidade bastante a lastrear a suspensão cautelar do preceito: acompanhou-me o Tribunal, salvo o em. Ministro Marco Aurélio.

Em seguida, manifestei-me, ao contrário, pela suspensão cautelar da vigência do art. 8º - tema do pedido de vista do Ministro **Jobim** e que volta à Mesa, por força do aditamento.

Deduzi o meu voto como segue.

II

O contrário (do que concluiu com relação ao art. 7º) sucede no tocante à outra regra discutida - a que subordina à decisão da Assembléia Legislativa a exoneração



dos conselheiros da AGERGS, antes do termo final do período para o qual nomeados.

A relevância da argüição, no ponto, 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".

Não desconheço a profundidade da discussão subjacente às decisões – particularmente às do início dos anos 60 – que lastrearam a Súmula 25, nas quais, contra a orientação prevalecente, são impressionantes os votos vencidos de Victor Nunes Leal.

A subsistência da Súmula aos embates bastaria, contudo, para lastrear o juízo liminar da plausibilidade da impugnação.

Certo, na mesma década da consolidação da Súm. 25, na Súm. 47 o Tribunal excluiu do seu alcance – por força da hierarquia constitucional da autonomia universitária – a demissibilidade dos reitores, no prazo de sua investidura.

E a Constituição de 1988, no tocante à chefia do Ministério Público, no plano da União, como no dos Estados, instituiu forma inédita de subordinação da ruptura da nomeação a termo à autorização do Senado ou do Legislativo dos Estados.

Tais exceções à regra geral da Súm. 25, no entanto, além de emprestar-lhe a força do argumento a **contrario sensu**, dizem respeito a setores – quais, a Universidade e o Ministério Público – que a Constituição claramente pretendeu subtrair ao guante da verticalidade hierárquica da estrutura do Poder Executivo: não é o caso, evidentemente, das agências regulatórias, em que ganha eloqüente pertinência a observação de Washington Albino, recordada na inicial, sobre a dimensão democrática da periodicidade dos planos, que repelem a imposição por um governo do seu projeto ao governo seguinte.



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, sob outro prisma, que, na prática da separação dos poderes sob o presidencialismo é freqüente e salutar, e já não causa espécie, a associação do Legislativo à investidura de altos funcionários da administração, limitando o poder de escolha do Chefe do Executivo; não admissível, contudo, é que a ele se imponha entregar setores do governo, sob sua direta responsabilidade, a auxiliares que não gozem ou hajam perdido a sua confiança.

No ponto, assim, o caso é de deferimento da cautelar.

III

A espécie propõe questão interessante à construção processual da ação direta de inconstitucionalidade.

De regra, assim como a declaração definitiva da inconstitucionalidade elide a sua revogação, a suspensão cautelar da vigência da norma argüida de inconstitucional faz retornar, posto que provisoriamente, ao ordenamento positivo, o preceito anterior.

Quando esse, pois, é substancialmente idêntico àquele cuja vigência se suspende, o seu retorno a vigência subtrairia toda a eficácia da decisão cautelar.

É o que sucederia na espécie, onde, malgrado a diferença de redação, no que é objeto da ação direta, os dispositivos referidos da lei primitiva e da lei posterior sobre a AGERGS são substancialmente equivalentes.

Esse o quadro, entendo de atender, no que me parece procedente, o pedido de suspensão não apenas dos tópicos vigentes dos arts. 7º e 8º, conforme redação da L. est. 11.292/98, mas também a redação primitiva, da L. 10.931, de modo a impedir que, com a suspensão cautelar daquela, tudo continuasse "como dantes no quartel de Abrantes".

De tudo, defiro em parte a liminar, para suspender a vigência do art. 8º da L. est. 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da L. 11.292/98, assim como na sua redação original.

No interregno, além dos diversos memoriais oferecidos pelo autor, também distribuíram memoriais a Assembléia Legislativa do Estado e a própria AGERGS: li-os com a maior atenção, mas as objeções não me convenceram à retratação do meu voto.

Dos últimos, em defesa da norma impugnada, ficou-me a impressão de que se pretende extrair-lhe a constitucionalidade, não da Constituição, mas de descrições doutrinárias e exemplos estrangeiros do que deveriam ser as agências regulatórias.

O texto constitucional originário sequer lhes fazia referência.

O atual, resultante do esquitejamento neoliberal da constituição econômica de 1988, ao admitir a delegação a particulares, nacionais ou estrangeiros, da prestação do serviço de telecomunicações, limitou-se a prever a sua criação por lei:

"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".

A essa primeira referência, seguiu-se a da EC 9/95 que – ao permitir, na mesma linha, a concessão da exploração do petróleo – estatuiu:

"Art. 177. A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

(...)

III. a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União".

Nenhuma das duas previsões constitucionais deixa dúvida de que, nelas, não se pretendeu admitir a comissão a organizações sociais não estatais da função de fiscalização das referidas concessões, permissões ou autorizações.

Não foi a nova constituição econômica, neoliberal e globalizante, ao ponto de elidir a essencial a estatalidade da função, que inclui poder de polícia, este, até aqui imune, no plano constitucional, à idéia força da desestatização, malgrado algumas tentativas ilegais, que o Tribunal tem repellido (ADInMC 1.966, Velloso, 17.3.99, Inf. STF 142, DJ 7.5.99; ADInMC 1.972, 16.6.99, Galvão, Inf. STF 153).

Certo, nos dois preceitos novos referidos não se definiu a forma do órgão regulatório a criar, se apenas uma repartição da administração direta, se uma entidade personalizada.



Mas, o sistema administrativo brasileiro, para o exercício de função estatal típica, só faculta à lei a opção entre a gestão direta e a criação de autarquias (nelas compreendidas as fundações autárquicas): **tertius non datur**.

Certo, de limitar-se a Constituição a prever a criação de órgão regulador para setores de telecomunicações e de exploração petrolífera, não se segue que a lei ordinária, federal ou estadual, não possa igualmente criá-los para regulação e fiscalização de outros tipos de serviços públicos delegados.

Mas aí, com mais razão, sem fugir à alternativa, derivada da Constituição, entre a administração direta e a autarquia.

De resto, no caso, a discussão é quase ociosa: o art. 1º da lei estadual de criação da AGERGS, expressamente lhe confere natureza autárquica, dotada de autonomia financeira, funcional e administrativa.

À incidência, no caso, de tais noções elementares de nossa organização administrativa, opõe o bem elaborado memorial da Assembléia Legislativa que se estaria a partir de uma visão superada de "submissão hierárquica de todos os órgãos do Poder Executivo à sua chefia", ao passo que, é certo, "há instituições que, embora integrando a estrutura do Poder Executivo, são autônomas em relação chefia do Poder".



Não o desconhecia. E já o afirmara no Tribunal (voto no Ms 21.239, n. 76, RTJ 147/104, 133), ao comentar a eterna questão acerca da localização constitucional do Ministério Público.

"Dizia uma das inteligências mais lúcidas da magistratura brasileira dos últimos tempos, o Ministro Rodrigues Alckmin - continuei -, e, ao meu ver, com razão, que a questão da colocação constitucional do Ministério Público entre os Poderes é uma "questão de somenos", pois o verdadeiro problema é o da sua independência. O mal é que partimos de um preconceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo, que o Estado moderno não conhece mais e que está desmentido pelos fatos, de que o direito comparado dá exemplos significativos. Recordava a propósito os da Justiça Administrativa da França que - integrada, embora, organicamente, no Poder Executivo -, é um organismo cuja independência propiciou o florescimento de algumas das construções mais preciosas do Direito Administrativo moderno; as autarquias universitárias, quando se lhes assegura verdadeira autonomia e, no Brasil, o das autarquias profissionais, a partir do exemplo marcante da OAB, da qual ninguém contestará que exerce funções administrativas, e que, no entanto, ganhou o reconhecimento de um **status** de completa independência em relação ao Governo. Hoje, seria imperativa a inclusão, na mesma chave, do caso dos bancos centrais, cuja plena autonomia se reivindica, aqui e alhures, sem pôr em dúvida, não obstante, que exerce funções típicas de administração, na implementação da política monetária, assim como no exercício do poder de polícia sobre o sistema financeiro".

Não obstante, na dogmática da Lei Fundamental, que põe, como caracteres típicos do cargo em comissão, a "**livre nomeação e oneração**" (art. 37, XI), as hipóteses atípicas de restrições à liberdade de nomeação ou de exoneração de ocupantes de cargos de direção não efetivos só podem ser estabelecidas diretamente pela

Constituição, ou por leis nela autorizadas, a exemplo do que sucede, no que toca à investidura, com as previstas no art. 52, III, f, já invocado na primeira parte do meu voto inicial.

Por isso, o exemplo trazido pelo memorial é infeliz, orque prova demais: o Ministério Público, cuja autonomia – qual a da Universidade, objeto da **Súmula** 47, como também já recordado – tem fonte constitucional e, com relação ao Ministério Público, é explícito na Constituição o condicionamento da exoneração, de seu chefe, no curso da investidura a termo, à deliberação de órgão do Poder Legislativo (art. 128, §§ 1º e 4º).

É verdade que, ao lado do Ministério Público, sob esse aspecto, o memorial incluiu, como coisa provada as agências regulatórias: aí, porém, é manifesta a petição de princípio, pois é isso precisamente o que se tratava de provar.

Apela ainda o memorial da Assembléia Legislativa, é verdade, que a respeito do outro tema da ação, a sujeição ao Legislativo da nomeação dos conselheiros da agência – as subseqüentes leis da União que instituíram as diversas agências regulatórias federais.

No que toca à destituição dos seus dirigentes, é certo, todas elas prevêem a nomeação a termo, dita com mandato, dos seus dirigentes (ANEEL, L. 9.427/96, art. 5º; ANATEL, L. 9.472/97, art. ; ANP, L. 9.478/97, art. 11. § 3º; Vigilância Sanitária, L. 9.782/99, art. 10, parág. único).



E também é verdade que nenhuma delas autoriza genericamente a exoneração *ad nutum* deles, mas, ao contrário — salvo a da ANATEL, que acabou omissa a respeito — a vinculam, além da hipótese da condenação criminal, à da prática de falta grave (ANEEL, art. 8º e parág. único; ANATEL, art. 26 e § 1º; ANVS, art. 12).

A constitucionalidade de tais dispositivos não é objeto desta ação e, é claro, a existência de leis ordinárias eventualmente similares não prova a validade da outra, se à respeito das primeiras jamais se pronunciou o Tribunal.

Mas, nem isso ocorre.

Nas leis federais, subordinou-se a exoneração antes do termo do mandato à ocorrência de motivo legal e, numa delas, a da ANATEL, a processo administrativo (art. 26, § 2º).

Sempre, porém, por ato do Poder Executivo em cuja estrutura se inserem as autarquias referidas.

Em nenhuma das leis federais, por isso, sujeitou-se a perda do cargo à anuência de órgão legislativo.

Disso, é certo, se cogitou no art. 12, III, da L. 9.478, que criou a ANP.

Dispunha o projeto aprovado pelo Congresso Nacional:

"Art. 12. Os membros da Diretoria da ANP somente poderão ser exonerados em razão de:



- I - condenação penal, transitada em julgado;
- II - prática de ato de improbidade apurado em processo administrativo;
- III- violação administrativa grave ou descumprimento manifesto de suas atribuições, reconhecidos em decisão fundamentada do Senado Federal, por provocação do Presidente da República.

Parágrafo único. Nas hipóteses deste artigo, o Presidente da República poderá afastar temporariamente do cargo o Diretor sob investigação, até decisão final do Senado Federal".

Vetou-o integralmente o Presidente da República, com esta justificativa - DO4, Seção I, 7.8.97:

"Razões do veto

Por inconstitucional, pois o inciso III do art. 12 condiciona a exoneração de membros da Diretoria da ANP pelo Presidente da República ao reconhecimento pelo Senado Federal, em decisão fundamentada, numa flagrante ingerência em área de competência privativa do Presidente da República, qual seja a de dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal (CF art. 84, VI), configurando-se assim infringência ao princípio da independência dos poderes reconhecido pela Constituição Federal em seu art. 2º".

A legislação federal, como se vê, efetivamente, não aproveita à defesa da lei gaúcha.

O mesmo memorial da Assembléia traz ainda um outro argumento justificador da independência que postula para a direção das agências regulatórias, **verbis**:



"Conforme sublinhado anteriormente, há órgãos que, mesmo inseridos no âmbito do Poder Executivo, guardam autonomia em relação à chefia deste. Entre eles, ressaltam as agências regulatórias, menos por uma opção ideológica que por necessidade - ou, no mínimo, por economicidade. Com efeito, seria perfeitamente possível proceder-se à regulação dos serviços públicos delegados a particulares pela Administração Direta, dispensado o concurso das agências regulatórias. Existe, contudo, um grave risco, já assinalado: os responsáveis pela regulação, desprovidos da autonomia decorrente da estabilidade no exercício da função, não terão como oferecer grande resistência a interesses (escusos ou não) decorrentes, por exemplo, do financiamento da campanha do chefe do Poder Executivo por parte de concessionários de serviços públicos."

O raciocínio trai o preconceito da tecnoburocracia contra os mandatários políticos do regime democrático: o que não é novidade, no catecismo do pensamento neoliberal hegemônico: o que espanta é vê-lo utilizado em nome de uma Casa Legislativa, composta deputados eleitos...

Preferia não comentar o tópico.

Mas, se o problema é prevenir suborno, quiçá poderia alguém redarguir, invocando lições da lógica e da experiência, que mais fácil e saboroso é o suborno recebido por burocratas livres de controle e sem necessidade de utilizar o seu produto em campanhas eleitorais...

Finalmente, tanto no memorial da Assembléia Legislativa, quanto no da AGERGS, há, como pano de fundo, explícito ou não, um argumento, de igual viés anti-democrático: é aquele que - para sustentar a total independência postulada à direção das agências



reguladoras nega devam elas ajustar sua à política geral do Governo, no setor de que se cuide.

Ora, no presidencialismo, é essencialmente do Chefe do Executivo "exercer (...) a direção superior da administração" (CF, rt. 84, II), o que envolver o poder de traçar-lhe, sob sua responsabilidade institucional, as linhas básicas da política de governo.

E a ninguém ocorreria contestar, sem paixão, que a regulação e a fiscalização dos serviços públicos concedidos – de cuja titularidade não se despe o Estado ao delegar-lhe o exercício a particulares – são funções típicas da administração pública, sob as diretivas do Chefe do Poder Executivo.

Lê-se a respeito em trabalho de Arnold Wald e Luiza Rangel de Moraes – **Agências Reguladoras**, Rev. Inf. Legislativa, Senado Federal, 1999, v. 141/143, 157:

"O poder concedente dos serviços públicos - sejam de competência da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município -, enquanto titular de tal competência, outorgada constitucionalmente, responde pela efetiva prestação desse serviço público, realizando-o diretamente, por meio dos órgãos da administração pública, ou indiretamente, delegando-o a empresas particulares, por meio dos institutos da concessão, permissão ou autorização.

Delegando a prestação de serviço de sua competência à empresa privada, incumbe ao poder concedente, por intermédio dos órgãos que compõem a sua estrutura administrativa, zelar pelo controle da qualidade do serviço e da sua regularidade, mediante mecanismos



fiscalizatórios, além de assegurar aos usuários o atendimento a seus direitos ao serviço adequado a uma tarifa módica (ou no mínimo razoáveis).

Buscando tal fim, são constituídas as agências reguladoras, dotadas de estrutura funcional independente - autarquias especiais -, entidades integrantes da administração indireta do titular da competência, legitimadas, na forma da lei, para o desempenho das funções reguladoras, de controle e de fiscalização dos serviços concedidos".

Sem sentido, assim, contestar a vinculação da agência reguladora às diretrizes da política do Governo.

Certo, as agências reguladoras são autarquias, dotadas como tal do grau de autonomia que lhes outorgue a lei criadora.

Por mais, no entanto, que a lei lhes haja traçado âmbito largo de autonomia, não as poderá subtrair das diretrizes gerais da administração do ente de estatal de que é instrumento, cuja fixação é de responsabilidade política do Chefe do Poder Executivo.

Não cabe discutir aqui - como já ficou dito - se a autonomia das agências reguladoras pode, à exemplo das leis referidas, ir ao ponto de excluir os seus dirigentes da demissibilidade **ad nutum** típica dos cargos em comissão, para subordiná-la à existência de motivo legal e até ao processo administrativo.

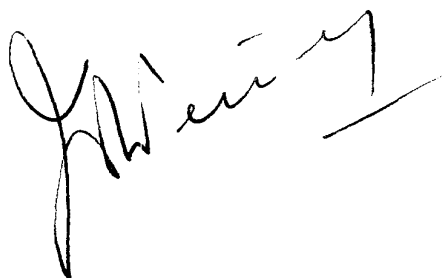
Mas, ainda quando se admita - como sustentou Victor Nunes contra a maioria formadora da **Súmula** 25 - a mim me parece certo que não poderá ir além e - afora negar ao Chefe do Executivo a

discrecionariedade na dispensa — transferir a outro Poder não só a competência de exonerar, mas a discrecionariedade para fazê-lo: é o que sucede na norma questionada.

Certo, os "**freios e contrapesos**" são próprios dos regimes de divisão e independência dos Poderes, que jamais foi absoluto: o que tenho por inadmissível é que possam ser criados pela lei ordinária, quando sequer indiretamente autorizada pela Constituição.

De tudo, ratifico o meu pronunciamento anterior, e, nos termos do aditamento ao pedido, defiro a medida cautelar suspensiva da vigência do art. 8º da L. est. 10.931/97, do Rio Grande do Sul, na redação que lhe deu o art. 1º da L. 11.292/98, assim como na sua redação original: é o meu voto.

EBS/



11/11/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

(MEDIDA LIMINAR)

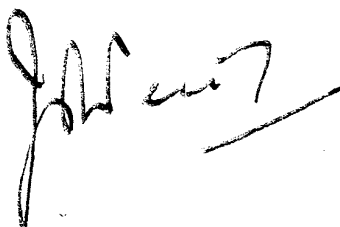
ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Sr. Presidente, tanto no memorial da Assembléia quanto no da AGERGS há como pano de fundo, explícito ou não, o argumento de igual viés antidemocrático, aquele que, para sustentar a total independência postulada à direção das agências regulatórias, tenta justificá-la como necessidade imposta pela própria função regulatória e fiscalizadora, que implicaria a sua indenidade à política do governo e, conseqüentemente, à ingerência do próprio Governador.

É evidente que o argumento, com todas as vênias, é falso. função essencial das agências reguladoras - quem o diz é Arnaldo Wald em artigo na Revista de Informação Legislativa nº 64 - é a de assumir, nas concessões, aquele papel de que não se despe o Estado - e o aprendemos nos primeiros manuais de Direito Administrativo - quando delega a prestação de um serviço: o controle permanente da boa prestação desse serviço, a política tarifária e outros pontos de interesse público. Querer dizer que uma agência que recebe, por lei, essa delegação, em relação a todos os serviços de um grande Estado, não deve nenhum esforço de harmonização à política do Governo eleito, é reafirmação do que chamei de "pano de fundo anti-democrático" de todo o raciocínio dos brilhantes memoriais de fesa.

Defiro a cautelar quanto ao art. 8º.

CR/



11/11/1999


TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SULMEDIDA LIMINARRETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, inicialmente, desejo reajustar o meu voto quanto ao artigo 7º. Faço-o porque estou convencido de que a Constituição Federal abre margem ao legislador ordinário à inclusão de outros cargos, em que o preenchimento fique jungido à aprovação do Poder Legislativo.

Acompanho, portanto, no tocante ao artigo 7º, o Ministro-Relator. Surge, Senhor Presidente, a problemática alusiva ao artigo 8º, consoante o qual o Conselheiro só poderá ser destituído no curso de seu mandato por decisão - friso bem o vocábulo decisão - da Assembléia Legislativa.

Senhor Presidente, no caso, precisamos considerar que, relativamente à destituição, o que a Carta da República prevê, em relação ao Ministério Público, diz respeito a um ato complexo. O parágrafo do artigo 128, ao versar sobre a destituição do Chefe do



ADI 1.949-0 RS

Ministério Público, não prevê, em si, a exoneração, a demissão, a destituição pelo Senado, mas simples autorização pelo Legislativo.

Ora, o preceito da Carta do Estado foi bem além, ao afastar até mesmo a atuação do Chefe do Poder Executivo. Por quê? Porque, ao invés de contemplar apenas o que seria um ato complexo - e não admitiria sequer esse ato complexo, porquanto não temos idêntica regência, em vista da indicação e da aprovação do nome, em que se deixou ao legislador ordinário uma via, aí, aberta -, afastou, a meu ver, em bom português, em bom vernáculo, a própria atuação do Chefe do Poder Executivo. Vou repetir: abandonou-se a expressão "autorização da Assembléia" para prever-se, isto sim, a decisão da Assembléia. Vale dizer, a persistir o dispositivo legal, só poderá ocorrer o afastamento daquele que foi nomeado pelo Chefe do Poder Executivo por decisão da própria Assembléia.

Acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence, deferindo a liminar.

É o meu voto.



11/11/1999

TRIBUNAL PLENO

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

V O T O V I S T A

PERTENCE, no primeiro momento deste julgamento, quanto à destituição, no curso do mandato de Conselheiro, depender de decisão da Assembléia (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 freqüente 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 Assembléia 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, caput¹).

O Presidente Jânio Quadros, logo após a posse, o exonerou funções.

Impetrou a segurança.

1.2. O VOTO DE RIBEIRO DA COSTA.

¹ L. 3.807, 26.08.1960:

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.

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, n.º V:

'Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

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.

n.º V - prover os cargos civis e militares de carácter 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 previstas 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, ab-rogado, por ato do

Presidente da República. Ele não tinha, a esse tempo, a 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 mandato³). Mas a atual Constituição voltou ao princípio estatuído na Constituição de 1891, prescrevendo que compete 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.

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 primeiros 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).

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 setores 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.

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).

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 do 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 entregava 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 o 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 bem 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, o 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, VILLAS 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) O 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 1889."



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, ressalvando 'as exceções previstas na Constituição e nas leis' (respectivamente, art. 56, n.º 14, e art. 74, letra 1). 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, n.º 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 correntio, 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, n.º 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, 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.

A fórmula da Constituição atual é 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 'estabelece 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 à 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, n.º 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 incomensurável, de que há muito já estávamos desacostumados, com a evolução doutrinária, em todo mundo, em favor do sistema do mérito e das garantias funcionais no 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. 36⁵). 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. 184⁽⁶⁾ -

⁵ Art. 3º da CF 1988.

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

são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer'.

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 único⁷), 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:

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

".....

... se argüi que o poder de demitir deriva do de nomear, e concluiu-se que são ambos co-extensivos; 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 co-extensivo 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 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, em 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, segundo a qual o poder de demitir deriva do de nomear, conseqüências 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 à 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,
 XVIII⁸).

O tema perdeu o relevo.

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

Instituição do RGS:
 Art. 82. Compete ao Governador, privativamente:

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

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, 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 freqüente em outras nações, e freqüentíssimo nos Estados Unidos, cujo regime copiamos. Numerosos são os cargos, especialmente nas independent regulatory commissions, 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 Financiamento 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

Comission), 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 conseqüências. 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, mas não impede o Chefe de Governo de exonerar o funcionário antes desse termo. Esta foi a doutrina de um julgamento famoso, o Myers Case (272 U.S 52), de 1926⁹). Foi relator o Chief Justice William Taft,

⁹ Tratava-se do caso de um "postmaster of the first class at Portland", nomeado pelo Presidente e aprovado pelo Senado, para um mandato 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. Suprewe Court - 'oyez oyez oyez').

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, 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 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 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 de 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 entidade 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. Concluimos 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 1958¹⁰, relatado pelo eminente Felix Frankfurter, fez-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

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

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

conselheiros, não tem o presidente autoridade para demitir um conselheiro somente para ter, na Comissão, pessoal de sua própria escolha".

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 inequivocamente 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 VITOR NUNES.

É admirável a sua percepção e antecipação.

(3) Estabilidade temporária.

VITOR 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, equívale 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 vedar 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.

Respondo a esse argumento, data venia, em primeiro lugar, com as mesmas considerações já aduzidas a respeito da

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

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 único¹²) os cargos de confiança, mas não os define. Essa atribuição, ficou portanto, delegada ao legislador ordinário (artigo 184¹³) 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

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.

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).

(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. Pelo artigo 1.203 do Código Civil, tem-se o 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 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 diretamente. 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 1.238 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 de 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 se 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 pesar as vantagens e inconvenientes de cada uma das duas soluções, não é o judiciário, que não faz lei, mas o Legislativo. E esse manifestou a sua opção nitidamente, quando instituiu a investidura de prazo certo.

O argumento, que ora examinamos, por mais valioso que seja no plano da ciência da administração, constitui, do ponto

de vista jurídico, uma razão exatamente contrária à que terá inspirado o legislador. Para bem interpretar a lei, são as razões do legislador, e não as que a elas se opuserem, que o aplicador deve levar em conta. São muito adequadas as palavras de Brandeis, 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 Têrmo, 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, 4.ª ed., § 93).

E o legislador, certamente, teve por menos pernicioso esse eventual desvio do que o poder incontrastável 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 escolhas superiores, representantes das congregações nos conselhos universitários, juizes 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 face 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 coisa 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 173¹⁴), assim como a de 1946 (artigo 190¹⁵), são expressas no determinar que, invalidada por

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

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).

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.

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.

Em 1963, no MS 8929 (CUNHA MELO).

Em 1965, no MS 8787 (PEDRO CHAVES).

Em 1966, 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 Diretora 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 Universidades, 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 VII¹⁷)" (RTJ 27/14-15).

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

O Tribunal reconheceu as especificidades das Universidades.

¹⁶ L. 4.024, 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.

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. 207¹⁸).

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.

Volto ao caso.

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.

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.

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

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 AGERGS, 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. 11.292/98¹⁹)

Parágrafo único. A atividade reguladora da AGERGS será exercida, em especial, nas seguintes áreas:

¹⁹ Redação anterior (L. 10.931/97):

rt. 3º Compete à AGERGS, 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 ..."

- 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. 11.292/98²⁰)
- h) aeroportos;
- i) distribuição de gás canalizado;
- j) inspeção de segurança veicular." (art. 3º, parágrafo único).

Art. 4º Compete ainda à AGERGS:

I - garantir a aplicação do princípio da isonomia no acesso e uso dos serviços públicos por ela regulados; (redação da L. 12.292/98²¹)

II - buscar a modicidade das tarifas e o justo retorno dos investimentos; (redação da L. 12.292/98²²)

III - cumprir e fazer cumprir, no Estado do Rio Grande do Sul, a legislação específica relacionada aos serviços públicos delegados; (redação da L. 12.292/98²³)

IV - homologar os contratos e demais instrumentos celebrados, assim como seus aditamentos ou extinções, nas áreas

²⁰ Redação anterior:

Art. 3º.

.....

g) transportes intermunicipais de passageiros;

.....

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;

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. 12.292/98²⁴)

V - fixar, reajustar, revisar, homologar ou encaminhar, ao ente delegante, tarifas, seus valores e estruturas; (redação da L. 12.292/98²⁵)

VI - orientar a confecção dos editais de licitação e homologá-los, objetivando a delegação de serviços públicos no Estado do Rio Grande do Sul; (redação da L. 12.292/98²⁶)

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. 12.292/98²⁷)

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. 12.292/98²⁸)

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;

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 autorizatários;

IX - moderar, dirimir ou arbitrar conflitos de interesse, no limite das atribuições previstas nesta Lei, relativos aos serviços sob sua regulação; (redação da L. 12.292/98²⁹)

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. 12.292/98³⁰)

XIII - fiscalizar a execução do Programa Estadual de Concessão Rodoviária no Rio Grande do Sul, compreendendo os seguintes Pólos Rodoviários constituídos de rodovias federais e estaduais agrupadas por região: (redação da L. 12.292/98³¹)

.....

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).

.....

Trata-se de uma autarquia de "... regulação ..." (art. 3º, caput).

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 orizações;

³⁰ Acrescido pela L. 10.931/97.

³¹ Acrescido pela L. 10.931/97.

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 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 ARIÑO⁽³³⁾, 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.

Digo eu.

Esse modelo "*administrativo-burocrático*" deu origem a um sem número de empresas públicas e sociedades geridas pelo Estado e ele 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.

³⁴ GASPAR ARIÑO, in *Economia y Estado*, p. 33, Marcial Pons, Madrid.

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.

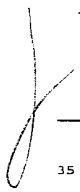
Por esse novo modelo, organizações não governamentais e empresas privadas passaram a "... assumir a gestão de serviços com autoridade delegada do Estado".

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 privadamente 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.



³⁵ Ob. Cit. p. 33.

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

³⁶ ARIÑO. Ob. Cit. p. 260.

³⁷ ARIÑO. Ob. Cit. p. 260.

Supremo Tribunal Federal
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquélla" ⁽³⁸⁾.

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 puedan diseñar sus propias políticas de actuación, a la vista de ellas" ⁽³⁹⁾.

E conclui ARIÑO:

"Condición sine qua non para assegurar ésto, es

(a) separar la autoridad reguladora de las unidades operadoras del sistema y, al mismo tiempo,

³⁸ Ob. Cit. p. 272/3.

(b) independizar aquélla de toda posible manipulación del poder político.

Este puede fácilmente incurrir en la tentación de utilizar los sectores regulados para el logro de otros fines ajenos a éstos: por ejemplo, utilizar las tarifas como elemento deflactor de la economía en un momento dado; o instrumentar una vía de canalización de subvenciones ocultas a otros sectores ... o a determinados territorios; también se puede intentar canalizar ayudas financieras hacia el sector empresarial público; y así otros fines, muy legítimos si se quiere, pero que deben obtenerse a través de medios 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 sistem", referido por VICTOR NUNES.

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

6. AS AGÊNCIAS NO BRASIL.

³⁹ idem, p. 273.

⁴⁰ Idem, p. 273.

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 à 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.

Repercute 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. 8, parágrafo único).

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

(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. XI⁴¹).

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

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.

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 Transporte - 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 hipótese da ANT (renúncia, condenação criminal transitada em julgado e decisão definitiva em processo disciplinar - art. 5º, §1º).

6.1.2. Com demissão imotivada.

O legislador, em outros 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 - SUMOC - 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 tem 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:

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;

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 as suas agências:

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).

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

BAHIA: Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA; (L. 7.314, 19.05.1998: 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, entidades 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, 19.08.1998: os Diretores são nomeados pelo Governador, para um mandato de 3 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 Assembléia 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 Assembléia 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 Assembléia; 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, 13.02.1997, alterada pela L. 2.752, 02.07.1997: os membros do Conselho Diretor serão nomeados pelo Governador, uma vez aprovados pela Assembléia Legislativa, para mandato de quatro anos arts. 7º e art. 11; a perda do mandato só se dará por decisão judicial irrecorrível, 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 Assembléia 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, 02.03.1999: os membros do Conselho e o Diretor-Geral serão nomeados pelo Governador do Estado, com mandato de 04 (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, Art. 15 e 18, § 2º);

SANTA CATARINA: Agência Catarinense de Regulação e Controle - SC/ARCO (PL. 5/99: os Conselheiros, 4 deles indicados por órgão da sociedade civil, serão nomeados pelo Governador do Estado após homologação da Assembléia Legislativa, para mandato com prazo certo; a exoneração somente poderá ocorrer após competente processo administrativo e manifestação da Assembléia 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 de 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 Assembléia 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 Assembléia 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 AGERGS, indicado pelo Governador do Estado, a partir de listas tripliques 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 de Sul. (art. 6º).

Todos os membros do Conselho, com exceção do representante do quadro funcional⁽⁴³⁾, foram aprovados pela Assembléia 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.

⁴³ Ainda não foram empossados os servidores aprovados por concurso.

⁴⁴ Decretos de julho e novembro de 1997.

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.

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 por que desaparecido, ou, como gosta PERTENCE, decaído o texto de 1946:

"... O que transluz, portanto, do art. 87, n° 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 - constituição aprovada pela Assembléia 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 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. ..."
(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 maior autonomia em relação à Administração direta; 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 revistos 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:

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.

⁴⁵ In Parcerias na Administração Pública, p. 131 e 132, Atlas, 3ª ed.

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. 6°. 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.

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

§2°. 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 a modernidade de técnicas utilizadas.

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

O objetivo 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, nsisto, 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, afim 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

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).

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.

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

Todos esses 7 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 diretamente. 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 AHA, 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 vênica 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, com 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 liminar 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 liminar 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 liminar.



11/11/1999

TRIBUNAL PLENO

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

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Marco Aurélio e Moreira
Alves.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.949

(MEDIDA LIMINAR)

INCIDÊNCIAS AO V O T O

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente,
quando do início da apreciação dessa matéria, em relação ao art. 8º,
de fazer depender de decisão da Assembleia Legislativa a
destituição, "no curso do mandato de Conselheiro," disse o Sr.
Ministro Pertence e reiterou nesta sessão:

"A relevância da arguição, ... (lê voto fls. 1 a 2)
... a sua confiança."

Portanto, são dois os fundamentos do Ministro Pertence
para a concessão da liminar: primeiro, a Súmula 25, e segundo, o que
S. Exa. chama de "lógica do regime presidencial e a separação de
Poderes".

Nessa sessão, o voto do Sr. Ministro Pertence
circunscreveu-se, na sua complementação, a responder os argumentos

ADI 1.949-MC / RS

expendidos no memorial da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul: em relação a exemplos de situações estrangeiras, a questão relativa à Emenda Constitucional nº 9/95 referente à Agência Reguladora do Petróleo, e também reitera, na resposta aos argumentos da Assembléia Legislativa, a tese da independência dos Poderes. E termina, corretamente, quanto a uma série de argumentos expendidos pela Assembléia Legislativa, dizendo que se constituem, em parte, preconceitos da tecnoburocracia em relação ao regime democrático.

Sr. Presidente, examino os fundamentos do voto do Ministro PERTENCE. Em relação ao primeiro, a Súmula 25, digo eu:

"A Súmula 25 tem como precedente básico ... (lê voto fls. 3 a 4) ... fundamentou sua posição em dois argumentos."

O primeiro, de natureza jurídica, e o outro de natureza política.

"O primeiro, jurídico... (lê voto fls. 4 a 7) ... soluções e medidas de amparo. (RTJ 25/57)."

Ou seja, é uma manifestação de RIBEIRO DA COSTA de nítida simpatia ao governo JÂNIO QUADROS, e também de restrições aos governos de JUSCELINO e JANGO GOULART.

Disse RIBEIRO, neste argumento de natureza política:

"Penso, ... , que devemos ter em vista o lado político da questão... (lê voto fls. 7 a 13) ...no que se refere às respectivas secretarias."

ADI 1.949-MC / RS

Quero fazer uma observação que surge no interregno num debate entre RIBEIRO DA COSTA e LUIS GALLOTTI, sobre o problema da nomeação do secretário do Supremo Tribunal, que não era demissível - porque isolado e de provimento efetivo - e RIBEIRO dizia que só não demitia porque era um homem de grande descortino, mas se tivesse que demitir, demitia.

"Esta observação desloca o debate ... (lê voto fls. 13 a 15) ... Themístocles Cavalcanti (Tratado, vol. IV, pp. 187 e 182)." - citando ambos no sentido de que a lei poderia estabelecer restrições.

E continua:

"Por outro lado, o texto constitucional ... (lê voto fls. 15 a 16) ... ao que dispuser a lei."

"Idêntico argumento se pode extrair do art. 188, parágrafo único (7), da Constituição de 1946, que declara não aplicável a estabilidade aos cargos que a lei declare de livre nomeação e demissão (lê voto fl. 16)."

Hoje é o nosso art. 41, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19.

Diz VICTOR NUNES:

"Se a lei, ao definir cargos de livre nomeação e demissão não pode contrariar ... (lê voto fls. 16 a 17) ... VICTOR NUNES, mais adiante:"

Entendi que era importante reproduzir este debate, porque na leitura desse mandado de segurança impressionou-me

ADI 1.949-MC / RS

enormemente o nível do debate; creio que era importante que a Casa viesse a reouvir as palavras de VICTOR NUNES e também de RIBEIRO DA COSTA. Prossegue VICTOR NUNES:

".....
... se argüi que o poder de demitir deriva do de nomear, e conclui-se que ... (lê voto fls. 17 a 20) ... com a Constituição Gaúcha (art. 82, XVIII)."

Essa Constituição tem redação similar:

"Art. 82. Compete ao governador, privativamente:
XVIII - prover os cargos do Poder Executivo, na forma da lei."

"O tema perdeu o relevo. Aliás, o próprio RIBEIRO DA COSTA ... (lê voto fl. 20)... A lei pode criar restrições quer à nomeação, quer à destituição."

E a redação da Carta de 1988 resolve, definitivamente, o problema.

Prossigo, então, na leitura do voto de VICTOR NUNES, onde ele, numa antevisão incrível, em 1961, fazendo uma análise de Direito Comparado extraordinária - e tive a oportunidade de checar todo o voto de VICTOR NUNES, recentemente, quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal me designou para uma viagem aos Estados Unidos da América, onde fiz toda a checagem da situação que incide, realmente, com o que estava posto aqui - faz as seguintes considerações sobre as entidades autônomas:

Diz ele:

ADI 1.949-MC / RS

".....
Cuidando-se, em especial, da investidura de servidor público por prazo ... (lê voto fl. 21) ... cuja investidura se faz a prazo certo."

Aqui, cita aquelas existentes à época, ou seja, uma série que ainda hoje remanescem várias delas, por exemplo, o Board do Federal Reserve, e ainda todas as agências relativas ao controle de mercado de capitais. Algumas delas desapareceram posteriormente, mas foram repostas por outros tipos. Depois de citar as treze agências que até em 1961 existiam nos Estados Unidos da América, diz ele:

.....
... ali, depois de muito estudado e debatido o assunto, pelos ... (lê voto fl. 22) ... a depender da natureza de cargo ou função."

Cita essas agências e, depois, passa a examinar as discussões que se travaram nos Estados Unidos em relação ao que VICTOR NUNES se nega a chamar mandato. Ele chama de investidura a prazo certo e faz uma análise interessantíssima em relação a esse tema.

"No tocante aos que se situam estritamente na linha ... (lê voto fls. 22 a 24) ... segundo a publicação da Lawer's Edition (55 S.Ct.869):"

E aqui leio a reprodução feita por VICTOR NUNES da Ementa americana:

ADI 1.949-MC / RS

"O Congresso tem competência para ... (lê voto fls. 24 a 26) ... das quais é invocada neste caso (...)."

E prossegue:

"Note-se que na lei ... (lê voto fls. 26 a 27) ... para ter, na Comissão, pessoal de sua própria escolha."

Essa comissão apurava os prejuízos que foram causados, no período da guerra, pelo Exército Americano, em relação a determinados cidadãos.

Diz VICTOR NUNES:

"E no contexto da decisão lemos o seguinte: ... (lê voto fls. 27 a 29) ... do prazo certo de alguns ou de quase todos os seus dirigentes."

Lembro-me que no caso da direção do IPI, uma era indicada por um representante da União e as demais eram indicadas por associação de consumidores. Lá Jânio Quadros só queria demitir o representante do Governo, os outros ele não pretendeu demitir. Aqui se pretende que se estenda inclusive para essas hipóteses.

"Digo eu.

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

É admirável a sua percepção e antecipação." (Lê voto fl.30)

E Vitor Nunes examina, no aspecto jurídico, outro aspecto do tema que diz respeito à estabilidade temporária.

ADI 1.949-MC / RS

Diz ele:

"Ponderou-se, por outro lado, que a pretensão do impetrante, de não ver reduzido, sem justa causa, o prazo de sua investidura ... (lê voto fls. 30 a 31 do voto) ... Essa garantia foi estabelecida, pelo legislador, não em benefício do trabalhador, individualmente considerado, mas no superior interesse da função, que, por sua natureza, há de ser desempenhada com independência."

Prossegue Victor Nunes num outro argumento, que se aduziu à época, sobre o critério da função de confiança, que foi repetido em algumas passagens da inicial e em alguns memoriais.

"VITOR NUNES examina o argumento de ser função de confiança... (lê voto fls. 31 a 35) ... se marca prazo para a investidura de alguns, é porque não quer permitir a livre demissão."

Agora vem o ponto nodal do argumento de Victor Nunes quanto em relação à questão do mandato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas serve ao caso dos autos?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Serve, e V. Exa. verá adiante.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Esse voto parece que foi proferido para este caso.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Parece exatamente. É brilhante o voto. Prossigo, e veja V. Exa. o argumento de Victor Nunes, que é translúcido sobre a questão do mandato:

"... Tais funções são criadas em lei, e esta as institui ... (lê voto fl. 35) ... que, pelo ... artigo 1.288 do Código Civil é o instrumento do mandato'. (RTJ 25/68 a 69)."

Ou seja, ele mostra que os poderes do nomeado decorrem da lei e não da vontade de quem o delega, porque aqueles poderes são da função e não daquele que nomeia. Prossigo:

"Examina Vitor Nunes o argumento quanto à delegação de poderes. Leio ... (lê voto fls. 35 a 36) ... Retira-se a delegação quando a autoridade superior que a conferiu não quer mais que o delegado a exerça."

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

Ou seja, entendo que Victor Nunes afasta os argumentos jurídicos de Ribeiro da Costa que deram origem à Sumula 25.

Agora rebate também Victor Nunes, com lucidez, o fundamento político de Ribeiro da Costa.

Leio:

"...Ponderou-se que não seria justo ficar o novo Presidente vinculado às nomeações do antecessor...(lê voto fls. 37 a 41)...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

ADI 1.949-MC / RS

processo se pretende reimplantar nas áreas reduzidas que a lei procurou cerceá-lo."

Essas foram as parte do voto de Victor Nunes que entendi, Excelências, de reproduzir. Entendi que tinha dever de fazê-lo, tendo em vista, digamos, a precisão dos conceitos.

O Ministro Luiz Gallotti acompanhou Victor Nunes. Examinou a questão da estabilidade relativa. Entendo relevante que o Tribunal volte a ouvi-lo. Leio parte do voto de S. Exa.:

"Tem o Supremo Tribunal jurisprudência, firmada há muitos anos, no sentido de admitir a estabilidade relativa concedida por lei aos servidores públicos...(lê voto fls. 42 a 45)...quem lhe houver ocupado o lugar ficará destituído de plano ou será reconduzido ao cargo anterior, mas sem direito à indenização".

Excelências, o Tribunal voltou ao tema depois desse mandado de segurança:

"A maioria do "caso IAPI- Gondin Coutinho" reproduziu-se também...(lê voto fls. 45 a 46)...Em 1966, 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.(lê voto fl. 46)...A Lei estadual que fixava prazo para a investidura fora revogada."

Então, no último caso de Luiz Gallotti, tinha havido revogação da lei que fixava o tempo certo.

ADI 1.949-MC / RS

"Durante esse período...(lê voto fls. 47 a 51)...V - fixar, reajustar, revisar, homologar ou encaminhar, ao ente delegante, tarifas, seus valores e estruturas;(redação da L. 12.292/98) "

E aqui, então, vem uma série, que eu reproduzo e volto ler, das competências da AGERGS:

Trata-se, basicamente, de uma autarquia para regulação de serviços públicos delegados, o que é óbvio.

"Exerce, também, função de fiscalização ... (lê voto fls. 53 a 54) ... não de política [de governo, mas da]...política da lei." - onde se fixam os critérios todos em relação ao exercício dessas funções.

Preciso, Sr. Presidente, examinar essas novas autarquias, nominadas de Agências, que é o núcleo desta discussão.

"As agências de regulação passaram...(lê voto fl. 55)...Informa GASPAR ARIÑO" - Professor catedrático, na Espanha - " que, "...do ponto de vista organizacional e... (lê voto fls. 55 a 56)...eletricidade, petróleo, gás, etc.)."

"A estas se acrescentou, nas comunidades locais," - isto sempre ficava a nível nacional - ... (lê voto fls. 56 57) "...passaram a abarcar ações econômicas de mercado" como política de governo, tendo em vista a natureza estabelecida.

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

Tudo isso se 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, ... (lê voto fl. 57)". Essa observação é interessante em termos históricos.

"O Estado-produtor e o Estado- financiador passam por uma redução ... (lê voto fl. 58) ... Cresce a função reguladora

ADI 1.949-MC / RS

do Estado," - aqui vem a contrapartida - "sem excluir sua intervenção direta ..." (lê voto fl. 58)

"Todo esse processo torna necessário, no dizer de ARIÑO, ..." (lê voto fl. 59).

"É fundamental," - digo eu - "tento em vista esses objetivos, que a regulação: ... (lê voto fl. 60)... por ejemplo," - e os exemplo no Brasil ficaram claros em relação às empresas públicas - "utilizar las tarifas como elemento deflactor de la economía en un momento dado;" - ou seja, retém a tarifa, quebra a empresa mas não aumenta o processo inflacionário - "o instrumentar una vía de canalización de subvenciones ocultas a otros sectores ..." - e assim outros fins muitos legítimos, se se quer - "... y legalmente aprobados" - ou seja, o financiamento, via orçamento.

Afora isso, Victor Nunes faz referência ao "spoil sistem", ou seja, o uso político partidário do sistema.

"Lembro a partilha dos cargos entre a militância partidária: o "spoil sistem", referido por VICTOR NUNES. (lê voto fl. 61)

"Por tudo isso e em razão de novas funções do Estado, a opção por autarquias com autonomia." - para exatamente estabelecer essa situação.

"Esse é o desenho adotado, ... (lê voto fls .61 a 63).

"Só um Conselho, com autonomia, pode assegurar a chamada "política da lei", que não, necessariamente, a política econômica ou fiscal de determinado momento." (lê voto fl. 64)

Eu, por exemplo, quando Ministro da Justiça, tive a tentação de intervir em decisões do CADE no que diz respeito a casos que aconteceram aqui, em relação à concentração COLGATE/KOLYNOS,

c., e o CADE repelia completamente o conflito que se estabeleceu naquele momento entre a política econômica do Governo, ou seja, a Secretaria de Assuntos Econômicos do Poder Executivo e a Secretaria

ADI 1.949-MC / RS

de Defesa Econômica do Ministério da Justiça. E ele trancou a possibilidade dessa concentração na perspectiva da política macro-econômica estar altamente interessante, mas que iria em detrimento da concorrência, que era o objetivo da lei. O CADE não era para instrumentar política de Governo, mas sim a política da lei de proteção da concorrência.

Cito a Lei 9. 427.

"A L. 9.4237/96 instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL ..." (lê voto fl. 64)

"A exoneração imotivada do dirigente pode "... ser promovida" - e aqui vem uma situação curiosa na regulamentação da ANEEL. A técnica da ANEEL foi distinta da técnica do CADE - "nos quatro meses iniciais do mandato, findo os quais é assegurado o seu pleno e integral exercício."

Veja aqui, Sr. Ministro Moreira Alves, que no caso da ANEEL a política da lei é diferente. Nomeia por quatro anos, mas nos quatro primeiros meses ele pode ser demitido por motivar uma espécie de estágio probatório. Passando os quatro primeiros meses, não pode, a não ser pelas motivações legais: prática de crime, etc.

"Após o prazo inicial, a destituição só poderá ser pela prática ... (lê voto fl. 64) ...quanto à empresas do setor (art. 9^a)."

Há ainda uma quarentena de doze meses após o afastamento, ou seja, quando as empresas do setor afastam-se, ficam doze meses sem ter qualquer tipo de possibilidade de ingressar em atividades nas empresas do setor.

ADI 1.949-MC / RS

"A Lei 9.472/97 ... (lê voto fl. 65) ... no texto constitucional."

O Ministro Sepúlveda Pertence referiu o inciso XI do art. 21, redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

"Os seus diretores... (lê voto fl. 65) ... quarentena de um ano."

Discute-se, ainda, creio que estejam em tramitação, em fase de sanção, as outras agências: Agência Nacional de Transportes e Agência Nacional de Águas; todas elas também, montado este princípio de quarentena e o princípio da decisão motivada.

"O legislador, em outros casos, admitiu (lê voto fl. 66 a 67) ... eles demissíveis."

Esta é uma discussão que vem, desde 1988, definir a autonomia da autoridade monetária.

"Deve-se ou não... (lê voto fl. 67) ... autoridade fiscal."

Que é a discussão que está posta e esta sendo discutida na questão do sistema financeiro nacional, do problema do mandato do Presidente do Banco Central para separar a autoridade fiscal da autoridade monetária, o modelo do Federal reserve ou do Business Banco Germânico.

ADI 1.949-MC / RS

"Em momento algum ... (lê voto fls. 67 a 69)...diretores da ANP."

Foi inclusive vetado pelo Presidente da República, conforme leitura feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence. O veto do Presidente da República entendeu que a ANP não deveria ter o tipo de situação que tinha a ANEL, nem as telecomunicações e o juiz estava em relação à situação da Petrobrás.

"Vários estados federados ... (lê voto fl.69)...definidos na lei, art. 17)."

É o governador que nomeia e não participa da Assembléia Legislativa, modelo baiano, mas a destituição pelo governador só motivada.

"CEARÁ: Agência Reguladora ... (lê voto fl. 69 a 70)...após aprovação da Assembléia,"

Ou seja, há um misto de modelos de estabilidade, ou digamos, de permanência no cargo.

"PARÁ: Agência Estadual de ... (lê fl.70/71/72/73 e "quarentena". Ou seja, o Governador recebe indicação e tem que nomear, não participa do processo porque a lei outorgou a uma entidade representativa de setores vinculados à regulamentação.

RIO GRANDE DO SUL ... (lê voto fl.73)...indica três membros."

"Os demais, que compõem a maioria," que são quatro, "têm ... (lê voto fl.73)...servidores efetivos da Agência....;"

ADI 1.949-MC / RS

Ou seja, os servidores da Agência fazem uma lista tríplice em eleição secreta, o Governador escolhe um e submete à assembléia.

"(b) "2 (dois) [são] representantes dos consumidores, indicados, respectivamente, ... (lê voto f. 73)... de serviços públicos, no Estado do Rio Grande do Sul;"

Então, nós temos aqui dois representantes: um do lado dos consumidores, e outro do lado dos concessionários, permissionários e autorizatários. E ainda dois do lado dos consumidores. A indicação desses dois tem duas origens distintas: um deles vem do chamado "órgão gestor do sistema estadual de proteção ao consumidor"; e o outro, o segundo, vem pelos Conselhos de consumidores dos Concessionários, Permissionários e Autorizatários do serviço público.

"(c)e, "1(um) [é] representante dos concessionários, permissionários e autorizatários ... (lê voto fls. 73 a 74)... pela Assembléia Legislativa e nomeados no ano de 1997."

E aí, Sr. Presidente, encaminho à conclusão.

"De tudo que disse, ... (lê voto fl. 74) ... se aplica ao presente caso."

Estamos tratando de um caso completamente distinto, situação completamente nova, antevista por Victor Nunes, mas não era o caso do IAPI à época.

ADI 1.949-MC / RS

"Primeiro Fundamento.

No MS 8.693, precedente da Súmula 25, ficou claro...(lê voto fls. 74 a 75)...por esta Constituição, os cargos públicos federais."

A Constituição de 1988 não tem essa distinção.

"Hoje, a competência do Presidente de prover os cargos públicos, deve ser ...(lê voto fls. 75 a 78)...definiu a expressão "serviço adequado": "...

"Art. 6. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação ...(lê voto fls. 78 a 79)... e no respectivo contrato.

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

Digo eu:

"Às agências compete assegurar o pleno atendimento ...(lê voto fl. 79)... e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos."

Está tudo no art. 1º da Lei 8.987/95, que é a que rege a prestação de serviço.

"As concessões e permissões outorgadas não se regem por políticas de governo ...(lê voto fls. 79 a 80)... como previsto no §3º do art. 25."

Leio o § 3º do art. 25:

"A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da

ADI 1.949-MC / RS

modalidade do serviço concedido" - que é elaborar pela própria agência.

"Está na L. 8.987/95:" - ela fiscaliza o serviço a fim de assegurar a satisfação do direito do usuário -

Art. 30 ...(lê voto fls. 80 a 81)... esses 7 membros estão sujeitos à aprovação da Assembléia Legislativa."

Observe que o governador não intervém na indicação dos dois representantes dos consumidores e do representante das empresas prestadoras. As entidades respectivas a indicam e esse nome é encaminhado ou submetido à assembléia.

"A própria composição da agência demonstra que ela não se destina ...(lê voto fl. 81)... como se de servidores da administração direta se tratassem."

Os representantes do Poder Executivo do quadro funcional, dos consumidores e das empresas exercem, em Conselho, uma função de "conservação", de entendimento, já que se estabelece com a minoria do governo, então, a forma da indicação do governo, a forma de decisão.

"Sua função" a da agência - "é garantir a prestação de serviços adequados e atuais...(lê voto fl. 82)... em mandato outorgado pelo chefe do Poder Executivo:"

E, aqui, reproduzo que a função, a competência e a capacidade nascem da lei, não da vontade do governador, porque não compete a ele essa função e, sim, da própria função criada pela lei.

"Não vou repetir, porque já li Victor Nunes ...(lê voto fl.83)... não tem origem no país que o criou."

Não é o caso da regra de Ribeiro da Costa, do "eu quero, eu mando".

ADI 1.949-MC / RS

"Por outro lado, observo que a solução gaúcha ... (lê voto fl. 83)... desde que aprovada pelo legislativo."

Ou seja, o grau de autonomia da AGERGS é menor do que o grau de autonomia das outras entidades que, nomeadas e aprovadas pelo Senado, só podem ser demitidos por condenação ou por processo administrativo. Aqui, viabiliza o juízo político, desde de que esse juízo político seja o entendimento do Executivo com o Legislativo, ou seja, pressupõe as questões de maioria e entendimento de maioria, já que a demissão pode ser aprovada pela Assembléia.

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

Ou seja, a participação da demissão imotivada com o juízo político dúplice.

"Os membros do CADE, da ANEEL, da ANATEL, das agências da BAHIA, do CEARÁ ... (lê voto fls. 83 a 84)... essa questão quando da decisão de mérito"

Tendo em vista que estou sustentando a sua não-aplicabilidade.

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

Não vejo plausibilidade no direito alegado.

Entendo, inclusive, que "a concessão de liminar autorizará, desde logo, o Sr. Governador a ... (lê voto fl. 85)... os membros da AGERGS"

ADI 1.949-MC / RS

O que poderá determinar uma situação de insegurança quanto aos serviços já delegados no Rio Grande do Sul, principalmente considerando o conflito político que foi posto aqui da tribuna.

O risco decorre da concessão da liminar e não na sua preservação até a decisão de mérito da situação atual.

Assim, Sr. Presidente, com vênias ao Ministro Sepúlveda Pertence e pedindo escusas a Casa pela extensão do voto, indefiro a liminar.

11/11/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL**RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS: PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO

PEQUERIDA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

V O T O

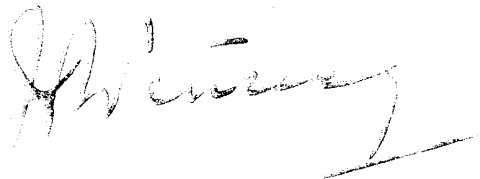
(MEDIDA LIMINAR)

ADIAMENTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Sr. Presidente, sendo esta a única forma regimental, indico o adiamento, anunciando, desde logo, que não será uma réplica a altura das duas contestações que surgiram, até porque estou quase inteiramente de acordo com que ambos disseram. Apenas acho que elas tem pouco a ver com o caso.

De qualquer modo, tenho esperança de que essa discussão será relevante, quando voltarmos a discutir eleições ou nomeações a termo, dos diretores das escolas primárias, cuja legitimidade — embora repetidamente negada pela maioria do Tribunal — tem um gancho constitucional, que é a previsão da gestão democrática do ensino público ...

CR/



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 - medida liminar

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVDS. : PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO

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

REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão : O Tribunal, por maioria, **vencido** o Sr. Ministro Marco Aurélio, **indeferiu** o pedido de medida cautelar, no que toca à expressão "**após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado**", contida no art. 7º, da Lei nº 10.931, de 09/01/1997, 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. Votou o Presidente. **Prosseguindo** no julgamento, e após o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), **deferindo** o pedido de medida cautelar, para **suspender**, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 8º, da Lei estadual nº 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual nº 11.292/98, assim como na sua redação original, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** do Sr. Ministro Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente), e, neste julgamento, o Sr. Ministro Sydney Sanches. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso (Vice-Presidente). Plenário, 08.4.99.

Decisão: **Prosseguindo** no julgamento, o Tribunal, tendo em vista as objeções postas no voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, que foram acolhidas, assinou **prazo** de dez dias para, querendo, **aditar-se** a inicial. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 27.10.99.

Decisão: **Prosseguindo** no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, **indeferiu** o pedido de medida liminar, no que toca à expressão "**após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado**", contida no art. 7º, da Lei nº 10.931, de 09/01/1997, 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. Votou o Presidente. Retificou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Marco Aurélio. **Em seguida**, após os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence (Relator) e Marco Aurélio, **deferindo** o pedido de medida liminar,



para **suspender**, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 8º, da Lei estadual nº 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual nº 11.292/98, assim como na sua redação original, e do voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, **indeferindo** a liminar, o julgamento foi **suspenso** por indicação do Senhor Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 11.11.99.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

18/11/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SULV O T O

(MEDIDA LIMINAR)

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Sr. Presidente, apresento escusas prévias ao Tribunal se, por condições pessoais que não me permitiram o voto escrito não lograr dar ao raciocínio a precisão que o caso merece.

Como disse ao pedir vista, devo sinceramente agradecer ao Ministro Nelson Jobim a sensação de reencontro de tempos perdidos, pela recordação que o seu voto me trouxe do voto magistral de Victor Nunes Leal: faz quase quarenta anos que, jovem advogado, o assisti, admirado, nesta mesma sala.

Não devo esconder que a lembrança da discussão então travada no Mandado de Segurança 8.693, em 17/11/62, pode vir a abalar, tão denso é o voto então vencido de Victor Nunes, as bases da Súmula 25, mormente analisada à luz da Constituição vigente. Não obstante, como também pareceu ao Ministro Nelson Jobim, não creio seja este o momento, quando estamos numa mera decisão liminar de uma ação direta, de pensar em cancelar ou alterar a Súmula 25. Até porque se, além da revivescência da força do voto vencido de então, a outra base para rever a Súmula fosse a diferença entre o art. 87, V, da Constituição de 46 (fonte normativa, pelo menos do voto vencedor recordado do saudoso Ministro Ribeiro da Costa) e o art. 84, XXV, da atual Constituição, não levaria ela à revogação ou ao cancelamento, como diz o Regimento Interno, da Súmula 25: apenas lhe



reduziria o alcance aos casos residuais a que aplicáveis, porque anteriores à Constituição.

De todo modo, a nova reflexão sobre a Súmula 25, a que o minucioso e brilhante voto do Ministro Nelson Jobim me levou, não me induz a alterar minha conclusão.

Note-se que a minha invocação à Súmula 25, posta no início do meu voto e sem maior desenvolvimento, foi apenas adequada – cuidando-se de uma decisão liminar – a dizer que uma vetusta Súmula prova, por si só, a plausibilidade ou a relevância jurídica da arguição de inconstitucionalidade que com base nela se veicule. A releitura do meu voto, de que poupo o Tribunal, demonstraria exaustivamente que não foi esse o único nem o principal fundamento da convicção pessoal da relevância e da plausibilidade desta arguição de inconstitucionalidade da norma da lei gaúcha relativa à agência reguladora dos seus serviços públicos delegados. Ao contrário, posso afastar, sem dúvida, a Súmula 25 sem afetar as premissas bastantes a sustentar a conclusão do meu voto.

A mim, para tanto, é mais que suficiente o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes, cuja pertinência não ilidem nem o voto de Victor Nunes Leal, nem os exemplos extraídos – diria S. Exa. “extratados” – pelo Ministro Nelson Jobim, da legislação brasileira.

Começo por recordar, e acho muito importante que se tenha freqüentemente à vista, o teor do dispositivo impugnado da legislação gaúcha. É o art. 8º da Lei 10.931, com a redação substancialmente idêntica, aliás, que lhe deu a Lei 11.292 daquele Estado: o Conselheiro da AGERGS “só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa”. Essa é a norma solitária existente em toda a lei, a respeito da destituição,



demissão ou exoneração (como se queira chamar) do Conselheiro da agência, no curso de sua investidura a termo.

A admirável pesquisa de Victor Nunes, recordada pelo Ministro Nelson Jobim, da jurisprudência americana, levou-nos a novas reflexões sobre o tema. Mostrou então meu velho Mestre que, nos Estados Unidos, a jurisprudência, depois de algumas idas, vindas e vacilações, parecia à época consolidada em dois tópicos: **primeiro**, a inadmissibilidade de restrições legais à livre demissibilidade, pelo Presidente da República, de funcionários da Administração Direta – “executive establishment”, ainda que investidos com termo certo; **segundo**, ser admissível, porém, essa restrição legal à demissão, se se tratar de funcionário de entidades assimiláveis, no nosso sistema, às autarquias, como as “executive commissions” ou similares, particularmente daquelas dotadas de poderes, na terminologia americana, quase-judiciárias ou quase-legislativas.

É preciso notar e frisar que em todos os numerosos casos relacionados e analisados por Victor Nunes, cuidou-se da possibilidade ou não de restrição, por lei ordinária, à livre demissibilidade do servidor nomeado a termo, para condicionar ou não, conforme a distinção antes recordada, a sua destituição no prazo da investidura à existência de motivos legais.

Em nenhum desses casos, porém, se pôs a questão da possibilidade de chegar a lei ordinária a transferir do Poder Executivo ao Poder Legislativo o próprio poder de demissão; sequer, de subordinar – a sua destituição pelo Presidente da República à anuência prévia de órgão do Poder Legislativo – especificamente do Senado, do qual, nos Estados Unidos, depende muito mais do que entre nós, o provimento do cargo. Coincide com essa linha da jurisprudência americana, que analisou e resumiu, a conclusão do Mestre Victor Nunes, lembrada no voto do Ministro Jobim.



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 co-extensivo ao 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 do que o de nomear, quando se dispensa, por exemplo, a concordância do Senado para o afastamento de titulares cuja investidura depende de sua aprovação.

A recíproca também é verdadeira, segundo a nossa reiterada prática legislativa, judiciária e administrativa, coincidente com a de outros países, no sentido da legitimidade das restrições legais ao poder de demitir.

O próprio Ministro Nelson Jobim mostrou que, efetivamente, no Direito brasileiro, este é no momento o caso notório do Banco Central, em relação ao qual a Constituição passou a subordinar a nomeação dos diretores à prévia aprovação do Senado, mas nem a Constituição nem a lei opuseram quaisquer restrições à sua livre demissibilidade. E assim se tem praticado.

Recordo um exemplo igualmente expressivo, porque passa por todas as Constituições, desde a de 1934 até a de 1988: refiro-me ao cargo eminentíssimo de Procurador-Geral da República. Se se faz abstração das duas Cartas que e "**pour cause**" — fizeram do cargo um posto de livre nomeação e demissão do Presidente da República — todas as demais subordinaram a nomeação à aprovação prévia do nome



indicado, pelo Senado Federal. Mas nenhuma condicionou a sua demissão à manifestação do órgão legislativo. Assim a de 1934, esta expressa no estipular a livre demissibilidade; a de 1946, no art. 126; e a de 1967, no art. 138.

Agora, abstração feita dos intervalos mais autoritários, de 1937 e de 1969, chega-se à Constituição de 1988, que também é expressiva para a discussão deste caso, à medida que é um caso excepcional na Constituição, o único no qual a Constituição não apenas subordinou a investidura à aprovação do Senado, mas condicionou à autorização do Senado a exoneração do Procurador-Geral, no curso do prazo da sua investidura (art. 128, § 2º).

Por isso, creio se poder concluir que, quer nos Estados Unidos da América, conforme documentado no voto de Victor Nunes Leal, quer no Brasil, jamais se extraiu da competência do Senado para aprovar a nomeação o poder de autorizar previamente a demissão.

Há um único exemplo: é, na Constituição atual, o do Procurador-Geral da República, expresso no art. 128, assinalando um caso típico, que, todos observam, não tem paralelo no Direito brasileiro.

O mesmo sucede no Brasil, ao menos no plano federal, com as autarquias. Há uma única exceção. No meu segundo voto, depois do aditamento na inicial, já me referira ao caso da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, em que, passados os primeiros quatro meses de livre demissibilidade, só por motivos legais se pode dar a demissão no curso do prazo da investidura; e ao caso da ANATEL em que, desde o início, a destituição ficou condicionada à existência de motivos legalmente determinados (Lei 9.472/97). Idêntica a situação na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Lei 9.792/99.



A nomeação a termo condicionada à aprovação prévia do nome pelo Senado Federal é o regime comum a todas essas modernas agências reguladoras, como também é comum a todas elas a exigência, para a destituição no prazo, do motivo legal, com ou sem previsão de processo administrativo para apurar a existência desse motivo. Em nenhuma delas, entretanto, a demissão, antes do termo do prazo da investidura, ficou subordinada à aprovação, autorização e muito menos à decisão do Senado Federal.

O mesmo ocorre, segundo informação do Ministro Nelson Jobim, nos projetos que tramitam no Congresso relativos à Agência Nacional dos Transportes e à Agência Nacional de Águas - ANT e ANA.

Só num caso, nas novas agências reguladoras, se cogitou disso, como também já informei no meu segundo voto nesta causa: aludo à ANP, Agência Nacional do Petróleo. O projeto aprovado pelo Congresso, sim, subordinara à decisão do Senado a demissão. Num caso, sem motivação, nos outros, com motivação. É curioso o artigo. Em síntese, relacionam-se primeiro uma hipótese de destituição, que parece discricionária, por decisão do Senado, provocada pelo Presidente da República; duas outras, por faltas graves: descumprimento do contrato de gestão, improbidade administrativa etc. E o parágrafo esclarece que não só a primeira, mas todas as três hipóteses estão condicionadas à decisão do Senado, porque nele se dá ao Presidente da República a possibilidade de suspender preventivamente o funcionário do exercício do cargo até a decisão do Senado.

Pois bem. Sucede que esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, fundado exatamente em que, ao subordinar à aprovação do Poder Legislativo a destituição de dirigente de uma autarquia federal, de uma agência reguladora federal, há intromissão indevida no Poder Executivo.



A única exceção positivada no Direito vigente é, pois - recordou o Ministro Nelson Jobim - a do CADE - Conselho Administrativo da Defesa Econômica. Diz o Ministro Jobim em seu voto (fls. 62/63):

"Os membros do CADE são nomeados, pelo Presidente da República, para mandato de dois anos, depois de aprovados pelo Senado Federal (art. 4).

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)."

E conclui S. Exa.:

"A lei não permite a demissão imotivada."

É certo também que, ao menos na hipótese de destituição discricionária da primeira alínea, subordinou-a à decisão do Senado Federal, mas ficou reservada a iniciativa - isso é importante - ao Presidente da República. Donde se conclui, que - além de obviamente não estar em causa e de se tratar, pelas próprias funções do CADE, de um caso extremo de exigência essencial de independência da agência, dotada do que nos Estados Unidos se chamaria, **mutatis mutandis**, de poderes quase-judiciais ou quase-jurisditionais - de qualquer modo, repito e enfatizo: nem a lei do CADE levou o problema aos extremos da lei gaúcha questionada.

Recorde-se, uma vez mais, o dispositivo rio-grandense: "o Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa". Nada mais.



Não se trata, assim, de aprovação prévia a uma destituição de um cargo integrante da estrutura do Poder Executivo pelo Chefe do Poder Executivo, como ocorreria, se se tratasse do Procurador-Geral da República. Sequer se cuida — como, esse sim, é o caso do CADE — a destituição por decisão da Assembléia Legislativa, mas por provocação do Poder Executivo, de tal modo que o órgão legislativo anuiria a uma vontade de destituir previamente manifestada pelo Chefe do Poder a que pertence — seja qual for o grau da sua autonomia administrativa — a entidade autárquica.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Parece a V. Exa. que está implícita essa faculdade do Governador?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Sim, a de provocar, mas também está expressa a possibilidade da Assembléia de destituir.

Quero assinalar que o dispositivo não tem paralelo, nem nos precedentes americanos recordados, nem na legislação similar brasileira. Ele não apenas subtrai do Chefe do Poder Executivo o poder de destituir um dirigente de autarquia integrante do próprio Executivo, com submissão ou não à anuência da Assembléia Legislativa: a lei gaúcha vai ao ponto de negar ao Executivo até o poder de manter o Conselheiro nomeado a termo até o final da sua investidura, dado que a **decisão** da Assembléia Legislativa, que, ela própria, destitui o conselheiro, é a norma absolutamente explícita e inequívoca da lei, e não está sequer submetida à provocação do Governador. É mais, **data venia**, que violência à separação e independência dos Poderes. O que se instituiu nessa lei é uma técnica típica do parlamentarismo. Daí a pertinência da recordação,



ção memorial da Procuradoria Geral do Estado, tirada da arqueologia da nossa jurisprudência, de outra decisão célebre, a da Representação 94, relator Castro Nunes, quando se conteve, em nome do princípio da independência dos Poderes, a renitente e respeitabilíssima atração de parte da elite política gaúcha pelo parlamentarismo.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Ministro, apenas para contribuir com as reflexões de V. Exa. e trazendo elementos para o debate, porque a meu ver essa matéria é realmente muito importante e são aspectos do debate. A mesma Constituição de 1947, do Rio Grande do Sul, tinha um dispositivo, o art. 217, que criara o Departamento de Serviço Público e dava às decisões desse Departamento uma força vinculante. O Governador Walter Jobim, na Representação nº 94, a que fez referência V. Exa., trouxe ao Supremo Tribunal Federal dispositivos da Constituição estadual, então promulgada, e, dentre outros, argüiu a inconstitucionalidade do art. 217. O Supremo Tribunal Federal não deu pela inconstitucionalidade, mas conferiu uma interpretação conforme, quer dizer, eram vinculativas, decisões do DSP, mas não ao Governador. Era notadamente quanto às nomeações. O Governador nomeava alguém e o ato não era publicado antes de passar pelo registro do Departamento de Serviço Público, que poderia dizer que a nomeação se fazia inviável de acordo com a lei.

Então, o parecer era devolvido ao Governador que, se aprovasse, tornava insubsistente o ato, mas ele tinha o poder - proclamou o Supremo - de, como chefe do Poder Executivo, discordar do parecer e determinar o registro. Isso não estava escrito na forma.



O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Mas o parecer, ainda que para ser decidido na conformidade dele, era submetido ao Governador.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Cuidava-se de parecer afirmando que o ato do Governador era ilegal e a nomeação não podia efetuar-se. No entanto, a interpretação que se deu estava correta dentro do sistema presidencial. Parece o mesmo problema aqui; o Governador não ficará impedido de propor à Assembléia Legislativa a destituição.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Isso também seria o máximo: creio que qualquer cidadão gaúcho pode...

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Então, com isso, os dois Poderes, que concorreram para a nomeação, concorrerão para a destituição.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - O exemplo, **data venia**, não me convence de nenhuma similaridade com o caso. Nem discuto, Excelência, que, competindo à Assembléia Legislativa destituir o Conselheiro, qualquer cidadão gaúcho, quiçá brasileiro, poderá provocá-la a tanto. Que dizer do Governador do Estado...

O que disse é que ao Governador se subtraiu, até, o poder de manter os Conselheiros que nomeou mediante aprovação prévia da Assembléia. Porque a Assembléia é o juiz soberano da decisão. Ela não autoriza simplesmente a destituição, nem está subordinada à provocação do Chefe do Poder Executivo. Ela destitui. Isso é parlamentarismo, **data venia**.



Daí, Sr. Presidente, independente de saber - questão que me reservo para rediscutir, com profundidade, quando for necessária, à luz de toda a argumentação do Ministro Nelson Jobim e dos argumentos do Victor Nunes - se a lei pode criar restrições à comissão de funcionários, esta questão pode ser decidida.

Algo que me impressionava, já na Constituição anterior e, mais claramente agora, na Emenda Constitucional 20, é que a alternativa entre cargo **efetivo**, ou cargo em comissão **de livre nomeação e demissão**, não é exaustivo: basta ver a referência do art. 40, § 13 da Constituição, conforme a Emenda Constitucional 20, a submeter ao regime geral da Previdência Social, não apenas os detentores de cargos em comissão de "livre nomeação e exoneração", mas, também, outros cargos temporários. É apenas uma achega para futura discussão.

Mas digo, independentemente dela, a verdadeira questão desta causa, com todas as vênias, me parece outra: é saber se, ao estipular, admitida a sua constitucionalidade, tais restrições ao poder de demitir, pode a lei ordinária violar os alicerces do princípio da separação dos Poderes, como positivado na própria Constituição.

Já que homenageei o Ministro Nelson Jobim com o "extratado", homenagearia agora o Ministro Marco Aurélio ao dizer que a resposta é tão "desenganadamente negativa", que dispensa divagações. Certo, não desconheço, a separação de Poderes não é divisão sem restos. Faz parte da sua formulação histórica, e cada vez se positiva mais nas suas concretizações constitucionais, a complexidade do jogo de pesos e contrapesos, por meio do qual se prevê a interferência de um Poder na função típica do outro.



Mas esses pesos e contrapesos, a meu ver, só os pode criar a própria Constituição ou a lei por ela autorizada. De qualquer modo, não cabe extraí-la, com todas as vênias, pretendo ter mostrado, Direito brasileiro - e, conforme o testemunho de Victor Nunes, na longa prática americana - não cabe extraí-la da simples restrição constitucional ou legal ao poder de nomear, quando subordinado esse poder de nomear, à prévia aprovação do Senado Federal ou do órgão legislativo correspondente.

Mas, a lei gaúcha foi muito além, repito, da mera subordinação da demissão àquela anuência prévia a que subordinada a nomeação, que esta, sequer vincula o Governador a consumá-la. Trata-se de mera indicação, cuja aprovação é pressuposto da nomeação, mas sequer vincula o Executivo a efetivá-la. Mas não foi isso o que fez a lei gaúcha: ela confiou à Assembléia o inédito poder de instaurar **ex officio** e julgar processos administrativos de destituição de dignitários das agências, das autarquias do Estado. Para mim, é mais que parlamentarismo: parece um "borgismo" às avessas, é demais.

Defiro a cautelar.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Ministro Sepúlveda Pertence, o borgismo não encheu todo o espaço da história política do Rio Grande.

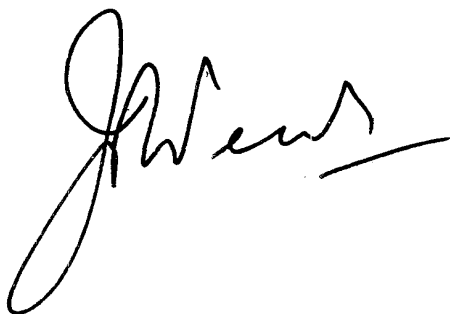
O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Quem era um homem só para preencher, sequer, um átimo da história gaúcha?



O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - A meu ver, entretanto, há um saldo, que não é censurável e continua até hoje. É a preocupação com a moralidade no exercício da coisa pública que existe entre os homens públicos do Rio Grande do Sul. Penso que esse saldo veio até hoje e foi, sem dúvida, uma criação do sistema do início da República no Rio Grande do Sul. Decerto, não é um saldo desprezível para os nossos costumes políticos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Rendo minha homenagem, só não renuncio à possibilidade de dar um pouco de sal às nossas discussões tão áridas. V. Exa. me perdoe, ou sairei antes, ou compulsoriamente, pela morte ou não, mas sairei deste Tribunal irreverente.

Sr. Presidente, peço vênias para manter o meu voto dizendo não tomar, com ele, posição contra as questões decorrentes. Mas penso que, como está esse dispositivo, tudo indica afronta à separação dos Poderes.



18/11/1999

TRIBUNAL PLENO

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

RETIFICAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente ao início do primeiro voto trazido pelo Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, tínhamos a aplicação "tout court" da Súmula nº 25 e, ao mesmo tempo, um argumento em relação à separação de Poderes atacando a lei gaúcha desta agência reguladora. Naquele momento, tendo em vista estarmos iniciando a questão, o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence trouxe a Súmula como um dos pontos de relevância, não o exclusivo, e eu disse isso nitidamente na leitura do meu voto.

Procurei, então, fazer uma análise, considerando o mandado de segurança onde houve aquele grande debate de Ribeiro da Costa e Victor Nunes. Trouxe a demonstração, que pretendo ter feito, da desatualidade da Súmula, mas me reservei, como fez o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, para examiná-la em outro momento. A desatualidade da Súmula tendo em vista a evolução das concepções do Direito Administrativo e, principalmente, aquilo que - e, aqui, o Ministro Sepúlveda Pertence provavelmente achará curioso - podemos ler, num trabalho extraordinário do Professor Almir Régis do Couto e Silva, quando ele analisa toda a história dos procedimentos administrativos, da estrutura administrativa brasileira e mundial, mostrando que, num determinado momento, o Estado se jogou para o direito privado, na cópia de um administrativista alemão, para exercer funções privadas.

ADI 1.949-MC / RS

E, aí, surgiu o grande momento das empresas públicas tratadas de direito privado. Depois, superada essa fase, parte da metade do século, começou a voltar o Estado para fugir do direito privado, tentando estabelecer o que o Professor Almir Régis do Couto Silva chama "*um procedimento de consertação*", copiando a expressão forjada principalmente a partir do Pacto de Moncloa, na Espanha.

O início daquele debate preocupou-me sobremaneira, porque a Súmula, a meu ver, estava em dissonância com o que havia se passado nesses 40 anos depois do debate de Ribeiro da Costa e Victor Nunes. Daí porque procurei fazer aquela longa análise no voto que 'maceteei' os Colegas, no sentido de discutir essa temática.

Mostrei que as agências ditas "quase-legislativas" ou "quase-judiciárias" tinham absoluta necessidade, na estrutura do Estado moderno, de terem um nível de independência quanto à sua direção, porque elas não eram e não são executoras de política de governo, mas, sim, de política da lei, de concessões e do próprio edital em que se estabelece a consertação entre o setor público e o setor privado. E mais, do desenho de algumas delas, não de todas, observa-se que esta consertação referida por Almir do Couto e Silva se consubstancia na composição do próprio Conselho, que é um dos casos da agência gaúcha em que os membros integrantes do Conselho não são necessariamente funcionários públicos.

No caso, se não me engano, são sete membros, três deles de livre indicação do Governador do Estado e os demais oriundos dos consumidores, das empresas concessionárias e, também, do quadro funcional. Esse era o sentido dessa agência. E aquela leitura inicial do seu voto, Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, me levava à possibilidade de que o Tribunal pudesse se manifestar, de forma rápida, sobre aquela que se lia na Súmula nº 25, qual seja, que a investidura a termo poderia, "tout court", ser interrompida

ADI 1.949-MC / RS

pelo Governador do Estado, pelo Presidente da República ou pelo Chefe do Poder Executivo. Por isso, pedi vista e fiz essa análise.

No entanto, o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence mostra, agora, outra faceta que não estava explícita naquele momento e emergiu da leitura do voto.

Veja, Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, no seu voto inicial, V. Exa. referiu-se ao problema do presidencialismo e à possibilidade da admissão. Isso estava posto diante da discussão que se colocava.

Fiz essa análise e mostrei que todas as agências se caracterizavam, fundamentalmente, pela participação, na maioria delas, não todas, nos Estados; algumas, no legislativo, no ato de nomeação. E a investidura a termo se consolidava pela impossibilidade do Governador, imotivadamente, destituí-las; as mais antigas viabilizam a destituição imotivada, que é o caso do Banco Central. Hoje, se discute o problema do mandato do Banco Central. São anteriores a esse sistema.

Agora, o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que suspendeu o juízo possível que se poderia fazer da possibilidade do Governador ou do Presidente demitir, "tout court", mesmo imotivadamente, não obedecendo às restrições da lei, mostra um outro aspecto do problema, já não mais em juízo de delibação, mostra a circunstância relevante de que, neste caso, a demissibilidade imotivada não está estabelecida na lei gaúcha, que determinou pura e simplesmente o mandato e estabeleceu que a demissibilidade só poderia ser por meio desta decisão da Assembléia.

Efetivamente, Sr. Presidente, essa circunstância é relevante.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E os fundamentos lançados por V. Exa. no voto primitivo servem à conclusão para a glosa do preceito.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Veja, V. Exa., que o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence pontua o problema dizendo que, no caso, há, na lei gaúcha, a submissão da eventual vontade do Governador à decisão imotivada, também, da Assembléia Legislativa Aqui, faço uma restrição em relação ao CADE. A sua natureza é diversa da natureza dessas agências. O CADE tem duas funções importantes, uma delas são as infrações de mercado que estão definidas, todas elas, na legislação correspondente e que viabilizam a instalação do que a lei chama "das infrações da ordem econômica". Dessas decisões sobre infração da ordem econômica o CADE é insuscetível de recurso na ordem administrativa. Não são insuscetíveis de recurso na ordem administrativa, pela legislação do CADE, as decisões deste em relação às consultas.

Curiosamente, recebi um memorial da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul com notícias de uma conduta que eu havia tido, à época do Ministério da Justiça, suspendendo uma decisão do CADE em processo de consulta. Nesses cabia recurso; apenas é vedado, a teor do art. 50 da lei respectiva, das decisões quanto às infrações administrativas.

Daí porque no caso do CADE, por provocação do Presidente da República, poderá haver uma cons^{er}tação de vontades entre o Executivo e o Legislativo no sentido de destituir imotivadamente algum membro desse Conselho, tendo em vista a natureza da função por ele desempenhada, que não é regulatória e fiscalizatória, mas tem natureza quase legislativa. Tanto que as decisões do CADE são executáveis, pela lei, na área do Poder Judiciário. É claro que também podem ser revistas por ações.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Não temos uma agência nessa área econômica. O CADE vem realizando esse tipo de função própria das agências regulatórias.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - O CADE opera na área da proteção da concorrência, que é o modelo internacional. Outras agências internacionais também funcionam dessa forma.

Mas, no caso do CADE - e o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou muito claramente - exige-se para destituição imotivada a consertação de vontades da iniciativa privativa do Presidente da República na destituição e a necessidade da aprovação. Tira-se do Presidente a vontade unilateral, a suficiência da sua vontade unilateral e se exige a suficiência da vontade consertada com o Senado Federal.

Assim, o raciocínio em relação ao CADE, o juízo que o Ministro Sepúlveda Pertence faz em relação à lei gaúcha, a meu entender, em princípio, não se aplica ao artigo correspondente da Lei nº 8.884/94.

Mas creio, Sr. Presidente, que tem razão o Ministro Sepúlveda Pertence pelos fundamentos agora aduzidos e pelas observações feitas. Neste caso, de acordo com a leitura, a lei gaúcha atribuiu unilateralmente uma vontade que eu não havia percebido na leitura anterior, qual seja, a possibilidade de destituir unilateralmente quem o Governador de Estado não deseja.

Lembro que acompanharei, em princípio, segundo essas considerações, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, com a alteração das suas fundamentações que agora preservam toda a estrutura das agências no modelo posto, para especificamente examinar um tipo de composição realizada na lei gaúcha que é o objeto de julgamento. E não se poderá, desse voto do Ministro

ADI 1.949-MC / RS

Sepúlveda Pertence ou da eventual decisão do Tribunal, concluir que se estaria, também, viabilizando a possibilidade dos Governadores e do Presidente da República de destituir, não obstante a falta de motivação, qualquer agência dessa natureza, porque aí desvirtuaria todo o modelo.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Mas, suspendendo o art. 8º, ficaremos na mesma situação, não se resolve. Porque se há um mandato, pergunta-se: Como se resolve esse mandato? Diríamos que só a Assembléia Legislativa não pode. É o que resultaria da suspensão da norma, porque a norma confere poder. Pergunta-se: Entretanto, pode só o Governador? Aí não terá assento legal. Não somos legisladores positivos, não podemos criar uma norma.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Concordo, absolutamente, com o Ministro Sepúlveda Pertence nas suas observações em relação ao art. 8º isoladamente. A lei gaúcha não tem a possibilidade, pelo menos pela leitura que fiz, de destituição do membro dessa agência fundado em faltas disciplinares ou processos administrativos, ou mesmo pela prática de crime. Ela é omissa nesse sentido.

Não me recordo, neste caso específico, de nenhuma disposição. Aplicar-se-ia nessa hipótese a regra geral do Estatuto dos Servidores Públicos, no sentido da destituição.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Por isso eu chegava a uma solução de conferir-se interpretação conforme dessa norma. É a melhor solução.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Vamos tirar o artigo. Isto significa que o Tribunal está autorizando unilateralmente o

ADI 1.949-MC / RS

Governador a destituir ou só poderá destituir motivadamente? Esse é o problema.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Motivadamente não e pode retirar do Governador essa decisão. O poder de afastar quem não esteja mais bem servindo, corresponde à expressão "enquanto bem servir". Sabemos que a cláusula "enquanto bem servir" não significa demissibilidade **ad nutum**. Realmente, o que se dá na espécie é a configuração dessa cláusula. O titular tem direito a ficar no mandato por quatro anos, mas se praticar ato censurável, ou que corresponda ao que se chamaria justa causa de afastamento, é evidente que as autoridade superiores poderão afastá-lo.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Aqui há um problema sério. Na Alemanha, por exemplo, não se declara a inconstitucionalidade quando se cria um chamado buraco negro, porque consideram que isso é mais inconstitucional do que a inconstitucionalidade da lei. É o que estamos criando aqui. Com essa declaração acaba a agência, e fica ao arbítrio do Governador não apenas destituir, mas não nomear mais ninguém.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Como também a Assembléia pode resolver destituir todos e não aprovar os nomes indicados para substituí-los.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas se cria um buraco negro.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - A norma que estabelece uma nomeação a termo para uma autarquia admite

ADI 1.949-MC / RS

a. demissão **ad nutum**? Aí, sim, vamos rever, independentemente da mudança da fonte dogmática concreta, toda a discussão da Súmula 25.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Não estou dizendo que esse dispositivo é constitucional. Estou dizendo que é inconstitucional. Porém, criar-se o vazio negro também será.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A ilação não é perfeita, porque persistirá o mandato.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Não é possível dar interpretação conforme a uma norma dessa clareza inequívoca.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Também não podemos substituir a norma por uma proibição ao Governador.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Alguém porá em dúvida que o Governador de um Estado possa dirigir-se à Assembléia instando-a a exercer alguma função de sua competência? É possível dar interpretação razoável a essa norma no sentido de que a Assembléia perde, na sua redação, a iniciativa?

Foi necessária à Suprema Corte americana uma norma expressa para extrair da nomeação a termo para as autarquias a não demissibilidade **ad nutum**?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - A mim não importa se foi necessário ou não. A Corte Americana nunca tratou de vazio legislativo; nunca tratou de problema de inconstitucionalidade gerado também por essa situação. Até porque a Suprema Corte americana só decide caso concreto, e não in abstracto, como nós.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas não haverá o vazio legislativo. Permanecerá a previsão de mandato, com as consequências próprias. Eu, por exemplo, adiro às colocações do Ministro Nelson Jobim. Faço uma distinção, considerado o texto do inciso II, parte final, do artigo 37, e a existência de mandato. A referência, no inciso II, a "ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" junte esse preceito que autoriza, realmente, a demissão àquela nomeação por prazo indeterminado. Se há um mandato, esse mandato tem consequências jurídicas.

J O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - V. Exa. só admitiria o rompimento do mandato motivadamente?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Exato. Imotivadamente, eu não admito. Não admito, de início.

J O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - O problema é o seguinte: não obstante prever o mandato, a lei gaúcha não criou condições motivadas de demissão. Criou só uma condição imotivada de demissão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas não importa. Implicitamente, considerado o instituto do mandato, tenho a base necessária: a exigência da necessária motivação.

✓ O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Qual é a situação, com clareza? A lei gaúcha não tem motivação.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas também não revela que o Governador, imotivadamente, pode fazer cessar o mandato.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Foi essa a pretensão do Governador, na primeira versão da petição inicial. A inicial dizia exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Isso conduziu o início do debate à Súmula 25.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Vincula ao conceito de mandato essa garantia do "enquanto bem servir".

Como destaquei inicialmente, entendo que ao mandato faz-se aderir a cláusula do "enquanto bem servir". Quer dizer, quem detém o mandato tem direito a exercê-lo pelo prazo de sua duração. Agora, se praticar uma falta grave, aí temos a invocação da cláusula do "enquanto bem servir".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Considerada a natureza e os objetivos dessas agências. Senão, acabamos com elas.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Por uma razão motivada, ele pode ser afastado, mas não pode **ad nutum**.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Satisfaz-me que pouco a pouco se vai rompendo um dogma, cujo absolutismo cada vez me convence menos: a do caráter de pura legislação negativa da jurisdição constitucional abstrata. Ao contrário, estou a convencer-me de que não é possível exercer jurisdição constitucional concentrada - já não digo sem editar novos

ADI 1.949-MC / RS

artigos, alíneas e parágrafos, mas sem — como se está construindo neste diálogo, aqui — começar a indicar rumos para a construção de soluções não expressas.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas isso não é construção nossa. A Corte Constitucional Alemã faz isso e marca prazo, ainda, para o Congresso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Porque já perdeu inteiramente o preconceito da legislação exclusivamente negativa ...

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Porque isso é controle concentrado. São as dificuldades do controle **in abstracto**. Por isso começam essas construções, o que não é necessário para o controle difuso.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Caminho na solução do Ministro Sepúlveda Pertence. Convenci-me, em relação à questão da inconstitucionalidade do art. 8º, por razões estritas. Agora, a situação que tem de ser posta é a seguinte: temos a suspensão da eficácia do art. 8º. E aqui vem o que o Ministro Sepúlveda Pertence referiu como um certo nível de construção, que é a preocupação do Ministro Néri da Silveira, e também a minha. Entendo que não se tire, não se conclua, não se siga, não se extrate da suspensão da eficácia do art. 8º que com isto o mandato de cinco anos pode ser interrompido, imotivadamente, pelo senhor Governador; não se pode tirar daí a demissão **ad nutum**.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas como isso se justificaria? Cair-se-ia justamente no vazio legislativo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Concordo com V. Exa. Agora, manter o art. 8º como está posto cria esse problema.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas veja V. Exa., lá, eles adotam essa orientação, mas isso não quer dizer que, necessariamente, tenhamos de adotá-la. Até porque, lá, eles comunicam ao Congresso e marcam prazo, e nós não podemos fazer isso. Então, temos que construir algo de acordo com nosso sistema.

Eu estava, inclusive, caminhando para concordar nesse sentido, que evidentemente não é o ortodoxo, mas dentro da heterodoxia daquilo que já temos adotado em matéria de controle concentrado, que não pode sofrer o que é insito ao controle difuso, é o hábito mental do controle difuso, porque estamos jungidos a isso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Estamos julgando, aqui, como se fosse um mandado de segurança do Governador contra uma eventual demissão ou recusa de demissão...

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Aqui não, porque não estamos, justamente, examinando como foi feita a demissão. Por isso, temos de construir, e uma forma de construir seria justamente estabelecer, pelo menos, os limites, enquanto não viesse uma lei; estabelecer uma forma de limite mínimo compatível.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - A meu ver a melhor sugestão, aí, foi a expressão clássica trazida pelo Ministro Néri da Silveira, de que podemos aplicar, analogicamente, a

ADI 1.949-MC / RS

Lei da **Anatel**, fazendo depender de justo motivo, a demissão no curso do prazo de investidura.

Isto é: suspender liminarmente a vigência do art. 8º, por violação do art. 2º da Constituição Federal, sem prejuízo, porém, da impossibilidade de demissão **ad nutum**, sem justa causa, impossibilidade que decorre da investidura a termo dos concedentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas isso é atuar como legislador positivo. Estamos rompendo com a nossa tradição.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - O art. 37, II, da Constituição, prevê a nomeação, em regra geral, por concurso; não há concurso para os cargos em comissão. Então, nós estamos afirmando que nessa nomeação a termo não cabe a demissão **ad nutum**. Investidura em mandato significa uma certa efetividade. E que efetividade é essa? É aquela do "enquanto bem servir". Pode ser afastado em razão de falta grave, se houver uma justa causa para isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, penso que não posso potencializar uma causa remota desta ação direta de inconstitucionalidade. Não se trata, aqui, de norma que verse sobre atividade do Governador; está em questão preceito que, simplesmente, consigna que a demissão do agente titular de um mandato fica a cargo da Assembléia. Enfrento essa norma tal como ela se apresenta. Agora, no meu voto posso sinalizar, como já o fiz, não aplicando a segunda parte do inciso II do artigo 37 à espécie. O que não posso é fazer inserir como dispositivo, e já se sugeriu isso, algo que transformará o Supremo Tribunal Federal em legislador positivo, substituindo a própria norma atacada.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro, a lei gaúcha estabeleceu mandato de demissibilidade dessa fórmula, digamos, heterodoxa, e, a nosso juízo, legitimada a suspensão. Mas deste mandato da regra da lei gaúcha se extrata o quê?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Há o pedido de declaração de inconstitucionalidade do mandato?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Já foi votado e V. Exa. ficou vencido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, até aqui não estou vencido, evolui. Veja, eu não estaria longe de chegar à solução preconizada - aí pergunto ao Relator se está em jogo esse preceito - se me defrontasse com uma impugnação, em si, à norma que prevê o mandato. Há essa impugnação?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Houve essa impugnação, tanto é que foi admitida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então vamos voltar, como preconizado pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, à apreciação dessa matéria.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas não podemos dar outra interpretação, pois aqui se diz apenas que os membros têm mandato. Então não se tem que interpretar mais nada.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA - Mas por que não pode dar a interpretação de que o mandato existe?

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - O problema que invoquei é este: dentro de uma lei dessa natureza deve haver uma estrutura uniforme com a natureza jurídica da agência. Se consideramos que é possível o mandato, que isso está de acordo com a natureza jurídica de uma agência, obviamente se retirarmos aquela cláusula que diz respeito à admissibilidade, pergunta-se: O que fica? Por isso, os alemães consideram o vazio legislativo mais inconstitucional, ou tão inconstitucional quanto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Fica o mandato, Ministro, com as consequências que lhe são próprias.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Então a solução que eles dão lá é a de manter o texto inconstitucional provisoriamente, mas marcam o prazo; e, aqui, não podemos marcar prazo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas por que o texto seria inconstitucional?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Esse texto é inconstitucional porque é a Assembléia que pode admitir **ad nutum**.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quanto a isso estamos de acordo, penso que há unanimidade. O vazio seria inconstitucional por quê?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Por ficar sem norma que é absolutamente necessária.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Necessariamente, não chegamos a essa conclusão.

ADI 1.949-MC / RS

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - No caso concreto, essa solução, que é inovadora, efetivamente não cabe na rigidez do dogma do "legislador negativo", que está francamente balada. Os teóricos e sistematizadores da jurisprudência da Corte Constitucional italiana, por exemplo, enumeram cinco ou seis tipos diversos das chamadas decisões manipulativas - aditivas ou supressivas - destoantes da regra de que a norma ou é constitucional ou inconstitucional.

Declaramos, em princípio constitucional, porque negamos a cautelar, o art. 7º. E nele está consagrada a investidura a termo.

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI - Não, porque, ela não está impugnada. Só está impugnada, no art. 7º, a audiência da Assembléia.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - O que está confirmado é realmente o sistema da investidura a termo. Não cabe demissão **ad nutum**. Os diretores permanecerão durante o respectivo mandato, "enquanto bem servirem".

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI - Não, porque não se impugnou o mandato. A impugnação consiste só na audiência da Assembléia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Só impugnou o ato complexo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Nem se impugnou o mandato. Assim, o mandato, ou melhor, a

ADI 1.949-MC / RS

investidura a termo, não está causa. Ora, para conciliar a persistência do mandato com a suspensão da única forma de demissão prevista — aquela por decisão da Assembléia — é preciso explicitar que daí não se segue a livre demissibilidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Porque essa única forma implicou transferência de uma atividade que seria do Executivo. Não posso é substituir esse preceito por uma vedação ao Governador, porque isso não está em jogo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — (Relator): — Não estou procurando a causa, estou dizendo que a falta de impugnação ao mandato a que se somou, enfim, o acolhimento pelo Tribunal da constitucionalidade da aprovação prévia, para sobreviverem com a extração do art. 8º, reclamam uma harmonização expressa.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM — Vai a uma situação inferior à vontade do legislador gaúcho, o qual queria um mandato de permanência imotivada, ou seja, reduz o espaço, estava contido, porque, com a inicial, quando se ajuizou a ação, o que queria o Governador gaúcho era a produção de uma regra inversa. Lembro quais eram as normas impugnadas, em relação ao art. 8º: "*O Conselheiro poderá ser demitido no curso do mandato*"; era isso que restaria se tivéssemos conhecido o pedido, que, depois, foi emendado, tendo em vista aquelas observações. Temos que caminhar para uma solução que o Ministro Sepúlveda Pertence parece ter anunciado.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — (Relator): — Creio que facilitaria o encaminhamento da votação se propusesse ao Tribunal o dispositivo que proponho: "suspender, até a decisão final

ADI 1.949-MC / RS

da ação direta, a eficácia do art. 8º da Lei estadual nº 10.931, de 09/01/97, 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 das restrições à sua demissibilidade, pelo Governador do Estado, sem justo motivo, conseqüentes 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 diversa."

J O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Estou absolutamente de acordo com essa forma.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Aliás, já temos construído muito.

J O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - São os casos que produzem as modalidades de decisões, não são as decisões que produzem os casos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Como falava, ontem, aos professores alemães, **data venia** da persistência do nosso complexo colonial, não sinto vergonha de nenhuma outra egrégia Corte Constitucional.

J O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Faço a retificação do voto na sua parte final, para aderir a essa forma de enunciação do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, Relator.

18/11/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL
(MEDIDA LIMINAR)VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, é preciso rememorar os dois pronunciamentos proferidos anteriormente, na sua primeira versão. Não tive o privilégio de ouvir o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio porque, por motivo de força maior, retirei-me do Plenário, mas quero dizer que os que ouvi estão muito bem estruturados e me deixaram a meditar sobre os seus eruditos fundamentos.

Hoje, todavia, o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence traz uma complementação ao seu voto original, invocando a imotivação do dispositivo, com relação ao poder no qual se investe a Assembléia Legislativa do Estado gaúcho pela regra do artigo 8º da Lei nº 11.292. E o Sr. Ministro Nelson Jobim adere a essa tese, porque S. Exa. viu que, realmente, a norma está solta no texto, impondo unilateralidade à prerrogativa da Assembléia gaúcha.

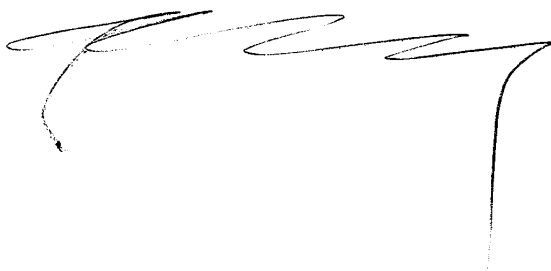
Penso que todos estamos de acordo. Todavia, quanto à solução de dar tal conotação no voto, para que fique bem definida a posição do Supremo, confesso ser a primeira vez que a vejo e não sinto, nela, a ortodoxia dos julgamentos realizados pela Corte. Entretanto, como resultaria num vazio, estaríamos diante de um preceito inexistente, porém sem uma regra, sem um parâmetro de



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL

temperamento. Considero correta a advertência colocada no voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence para dar condições de procedibilidade ao Estado gaúcho.

Com tais considerações, acompanho o e. Relator e o Ministro Nelson Jobim, que acaba de segui-lo.



18/11/1999

TRIBUNAL PLENO

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

V O T O

(MEDIDA LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente,
examinamos o pedido formulado quanto ao artigo 7º, que é explícito
ao revelar:


"Art. 7º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS
terão mandato de 4 (quatro) anos" - aí vem o ato complexo - "e
somente serão empossados após terem seus nomes aprovados pela
Assembléia Legislativa do Estado, devendo satisfazer,
simultaneamente, às seguintes condições:"

Esse dispositivo foi mantido, e houve unanimidade no
tocante a tal manutenção.

Apreciamos, a esta altura, um outro dispositivo, o artigo
8º, no que preceitua:

"Art. 8º - Os membros do Conselho Superior da AGERGS
somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, por
decisão da Assembléia Legislativa do Estado."

Já tive oportunidade de exteriorizar o convencimento
sobre o alcance do Verbete nº 25 da Súmula desta Corte, considerada
a cláusula final do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal,
revelando que as nomeações para cargo em comissão declarado em lei
de livre nomeação e exoneração podem ser implementadas



ADI 1.949-0 RS

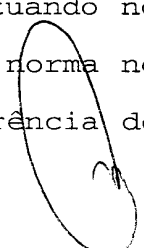
imotivadamente, ou seja, o ato de exoneração pode ocorrer sem que haja um motivo aceitável.

Como já adiantei - porque aí seria fulminar até mesmo a independência própria à atividade dessas agências -, não estendo esse preceito às situações concretas em que a lei preveja o mandato. Exijo, relativamente ao ato de cessação do mandato, a indispensável motivação, mesmo porque a regra é a motivação do ato administrativo. A exceção está contemplada na última cláusula do citado inciso II.

Senhor Presidente, esta Corte tem um precedente que, sob meu ponto de vista, conflita com essa visão. Refiro-me ao que decidido no Mandado de Segurança nº 21.100, relatado por Vossa Excelência, no qual, mesmo diante do balizamento temporal estabelecido no § 3º do artigo 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Plenário assentou que o Presidente da República podia, a qualquer momento, destituir o Governador do Estado. Isso ocorreu em relação ao Governador do Amapá, e o preceito, a meu ver, encerra o mandato:

"§ 3º O Presidente da República, até quarenta e cinco dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão" - para mim, aqui há um mandato - "o Poder Executivo até a instalação dos novos Estados com a posse dos governadores eleitos."

Não tornaria a assim votar, porque acompanhei Vossa Excelência no julgamento do mandado de segurança. Agora, atuando no âmbito do controle concentrado, não posso vir a lançar uma norma no cenário jurídico. O artigo 8º versa apenas sobre a transferência de



ADI 1.949-0 RS

um ato que seria do Poder Executivo - e todos concordamos com tal premissa - para a Assembléia.

Peço vênua àqueles que entendem de forma diversa, àqueles que entendem ser preciso atuar-se no campo pragmático para, simplesmente, suspender a eficácia do preceito até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade. Não insiro, no diploma em questão, a norma reveladora de que o Governador do Estado não pode fazer cessar, sem motivação - e caminhamos no sentido de inserir -, o mandato em curso, porque, se o fizer, estarei, na verdade, substituindo-me à Assembléia; estarei, na verdade, introduzindo um preceito que não previsto no diploma aprovado soberanamente pela Assembléia.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Decorrente do conceito de mandato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sinalizo, em meu voto, que o mandato tem uma efetividade, uma eficácia, um balizamento temporal, e é intangível, considerada a livre descrição do Governador.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Exatamente por pensar da mesma forma que V. Ex^a em relação ao chamado "mandato" - e disso me convenci nessa discussão riquíssima - , acabei por acolher essa sugestão, que é uma técnica formalmente

ADI 1.949-0 RS

nova, mas não me parece ser invasiva do extremo que temos de evitar da legislação positiva. Trata-se, é verdade, de suspender uma norma que diz respeito apenas à destituição por decisão da Assembléia Legislativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Podemos substituí-la por outra?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Não estou substituindo por nada. Estou prevenindo, à vista do contexto da lei em que esta norma suspensa está inserida, uma interpretação **a contrario sensu** não autorizada pelos fundamentos da decisão de que, suspensa a única norma atinente à destituição, no curso do prazo, do conselheiro nomeado a termo, seguir-se-ia a sua livre demissibilidade como se se tratasse de simples ocupante de cargo em comissão. Não é criar uma outra norma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vamos deixar que a assessoria jurídica do Governador atue. Não somos, aqui, um órgão consultivo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Respeito-a profundamente, mas comecei por dizer - saudando o Ministro Moreira Alves - que estávamos a romper com a ortodoxia com

ADI 1.949-0 RS


que temos praticado o veto à legislação positiva, de cujo caráter absoluto já me venho despedindo há muito tempo.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Veja V. Ex^a que só temos uma alternativa: ou adotar o sistema da Alemanha, que é aquele de manter a norma inconstitucional e dar prazo para ela ser modificada, ou adotar essa outra técnica de acordo com a nossa tradição, com o nosso sistema jurídico. E não há outra saída, porque não é possível retirar de uma lei aquilo que é necessário: justamente essa forma de demissão para permitir a autonomia das agências.

E há um outro aspecto: em mandato político, não há fiscalização do Governador. Aqui, essas agências fiscalizam parte da atividade do Estado. Por isso mesmo, não pode haver demissão **ad nutum**.

Diante dessa alternativa, qual é a solução melhor para o nosso sistema? É a segunda. A primeira seria a manutenção de uma norma inconstitucional. Não se sabe até quando, uma vez que não temos poder para marcar prazo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não posso emprestar ao artigo 8º uma interpretação conforme, já que ele não subsiste, pelo menos nessa visão preliminar, quando analisamos o pedido de concessão de medida acauteladora.



ADI 1.949-0 RS

Não posso, também, substituir o que previsto no artigo 8º por um outro preceito, que seria mais ou menos este: o mandato do dirigente da agência somente pode cessar se o ato do Executivo for um ato motivado. Presto homenagem a outro ex-integrante da Corte, Orozimbo Nonato, que, conforme memorial distribuído pelo Estado do Rio Grande do Sul, ressaltou:

O que interessa é o padrão adotado pela Constituição Nacional, e não o consagrado em leis políticas de outros povos ou preconizado por este ou aquele doutor. E é o padrão da Lei Maior brasileira que não é permitido ao Estado reduzir a trociscos. (Revista Forense. 116/94)

Senhor Presidente, por maior que seja a minha visão prática, não posso atuar como legislador positivo. Repito: o Estado do Rio Grande do Sul tem um belíssimo corpo de procuradores. A eles caberá interpretar a lei quanto aos atos a serem praticados pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul a partir da nossa decisão.

Por isso, peço vênica para não aderir ao lançamento do alerta ao Governador do Estado do Rio Grande do Sul.



18/11/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LIMINAR)Nº 1.949-0 - RS

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Dir-se-á que, no sistema presidencial, não há dúvida de que ao Presidente, enquanto Chefe do Poder Executivo, compete privativamente exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal (CF, art. 84, II), nomeando e exonerando os Ministros de Estado (art. 84, I), bem assim provendo e extinguindo os cargos públicos federais, na forma da lei (art. 84, XXV), e ainda nomeando os titulares de outros cargos a que se referem os incisos XIV a XVII do mesmo dispositivo da Lei Maior.

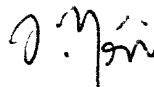
O provimento dos cargos públicos, é certo, em termos gerais, há de fazer-se segundo prevêm a Constituição e as Leis (CF, art. 37, II, IV e V).

Matéria especial, inequivocamente, concerne à investidura por prazo certo, ou as denominadas nomeações para determinado mandato, de ordinário, em entidades criadas como autônomas, com atribuições específicas, quer no âmbito da administração direta, quer no referente à administração indireta.

Cuida-se de entes assim criados em lei, com finalidades específicas, que o Poder Legislativo lhes confere.

Na jurisprudência desta Corte, há julgados em torno dessas investiduras.

Além das Súmulas 25 e 8, a Corte possui, em sua jurisprudência assente, a Súmula 47, verbis: "47. Reitor de



universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura".

Não só nos casos de reitores, respeita-se, entre nós, o prazo de investidura, mas, também, quanto a membros de diversos órgãos aos quais a lei confere autonomia e prevê investidura a prazo certo. Assim sucede, ad exemplum, com os membros do CADE, do Conselho Federal de Educação.

Nessa mesma linha, a situação das agências reguladoras de serviços públicos, no âmbito federal.

Assim é a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, cujo art. 5º tem a seguinte redação:

"O Diretor-Geral e os demais Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos, ressalvado o que dispõe o art. 29.

Parágrafo único. A nomeação dos membros da Diretoria dependerá de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal."

No mesmo sentido, leia-se o art. 23 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL):

"Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos

termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Art. 24. O mandato dos membros do Conselho Diretor será de cinco anos, vedada a recondução."

Por igual, o art. 11 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP), dispõe:

"A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores.

§ 1º (...)

§ 2º Os membros da Diretoria serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

§ 3º Os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução, observado o disposto no art. 75 desta Lei."

Está essa Agência prevista, inclusive, no art. 177, § 2º, III, da Constituição.

E, mais recentemente, o art. 10 da Lei nº 8.782, de 26 de janeiro de 1999, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, seguiu a mesma trilha:

"A gerência e a administração da Agência serão exercidas por uma Diretoria Colegiada, composta por

J. Néri

até cinco membros, sendo um deles o seu Diretor-Presidente.

Parágrafo único. Os Diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia do Senado Federal nos termos do artigo 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução."

Em suma: se o modelo adotado pela AGERGS padece de inconstitucionalidade, o mesmo vício existiria quanto às agências regulatórias federais.

Releva, de outra parte, no exame da espécie, observar que o mandato tem implícita a cláusula do "enquanto bem servir", que não se confunde, na sua origem conceitual aqui presente, com a cláusula da "demissibilidade ad nutum". Tal se há de entender insito na compreensão da Súmula 47, quando se assentou: "Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura". Certo é que, no sistema republicano, ninguém tem direito a permanecer em cargo público, se cometer crime ou falta grave que o torne indigno do exercício do cargo.

Não há dúvida, entretanto, de outra parte, quanto à relevância da arguição de inconstitucionalidade do art. 8º, em face do princípio da separação de poderes, ao estipular que somente a Assembléia Legislativa poderá destituir o conselheiro, o que levaria à compreensão de que o Chefe do Poder Executivo nenhuma interferência poderia ter no afastamento de quem, por justas razões, não mais mereça prosseguir na investidura a termo.

Na técnica do controle concentrado de inconstitucionalidade, tem-se dado interpretação conforme à

Constituição, sem redução do texto, ajustando a norma a certa exegese, à luz da qual sua aplicação não fere a Lei Maior.

No caso, porém, acolhendo-se a relevância dos fundamentos da inicial, quanto ao art. 8º do diploma legal em foco, não seria possível manter-se o dispositivo com o teor dele constante. Não seria possível conservar o art. 8º, sem redução do texto. De fato, estabelece o art. 8º: "O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa". Questionado, de forma relevante, esse comando, em face do princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º), bastante se faz tal ao deferimento da cautelar e suspensão da regra, até o julgamento final da ação.

Penso, entretanto, que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade não impede, em hipótese como a presente, que se veja a norma no contexto do diploma onde se prevê a investidura a termo dos Conselheiros. Se se tem como certo que o mandato implica efetividade, a termo, enquanto o titular do mandato bem servir, cumpre se torne claro que relevantes são os fundamentos a aconselhar a suspensão da vigência do art. 8º, quanto à exclusividade da Assembléia Legislativa. Necessário será explicitar que, com isso, os Conselheiros não se tornam demissíveis ad nutum, conforme está na Súmula 25, não aplicável, ao caso, pelo Chefe do Governo.

Do exposto, acompanho o Relator, na conclusão, para suspender a vigência do art. 8º da Lei estadual nº 10.931, de 1997, com a redação dada pela Lei estadual nº 11.292, de 1998, sem prejuízo da restrição à demissibilidade pelo Chefe do Poder Executivo, sem justo motivo, dos conselheiros, tornando-se explícita, pois, a invocação da garantia de permanência no exercício do mandato, "enquanto bem servir", somente podendo ocorrer afastamento, durante o mandato, por justa causa, assegurados contraditório e ampla defesa.

J. M. A.

18/11/1999

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.949-0 RIO
GRANDE DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, a pouco e pouco, estamos construindo uma doutrina com relação ao controle concentrado que não se encontra nos países que adotam esse controle.

Hoje ocorre isso, pois hipóteses como esta não são absolutamente desconhecidas em matéria de controle concentrado. Eu mesmo, aqui, já salientei que, em casos semelhantes a este, a Corte Constitucional alemã adota uma técnica compatível com o seu sistema jurídico e político, ou seja, quando está diante de um texto inconstitucional cuja retirada do ordenamento jurídico gera um vácuo que é tão ou mais inconstitucional do que ele, mantém o texto inconstitucional, marca prazo para o Congresso legislar corretamente, e este, nesse prazo, tem, em geral, votado a lei necessária para expurgar a inconstitucionalidade.

Não temos, porém, esse poder, primeiro, pelo sistema jurídico e, segundo, pela nossa tradição política.

A meu ver, não há outra saída senão esta, por nos encontramos numa situação que, em países como a Alemanha, é solvida de uma forma, e aqui, diante de uma mesma situação, temos de adequar uma solução ao nosso sistema jurídico e à nossa tradição política.

ADI 1.949-MC / RS

Não se trata, aqui, de interpretação conforme, porque esta só é admitida quando o texto aceita uma interpretação que seja conforme a Constituição e outras com esta desconformes. Aqui todo o texto não é conforme à Constituição, pelo menos nesse exame preliminar. E também não se pode dar ao que não existe uma interpretação conforme, porque, obviamente, não há uma regra explícita com relação à questão de o Governador não poder demitir **ad nutum**. Daí a solução ter sido esta, e, inclusive, ter uma virtude: a de integrar o dispositivo, com a vantagem de evitar interpretações, que, no caso, já sabemos até quais seriam, pois, sem o aditamento, o que se pretendia era justamente a admissibilidade da atuação **ad nutum** por parte do Governador. É claro que isso é um fato concreto que não deixa de ter também o seu relevo, até para essa construção em outros casos em que não ocorra situação concreta dessa natureza.

Por isso não tenho dúvida em acompanhar esta linha que está sendo majoritária. Mas saliento que, indiretamente, cancelamos a Súmula nº 25. O seu cancelamento poderá ocorrer quando tivermos de examinar a constitucionalidade do sistema de adoção dessas agências.

Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, com a devida vênia do Sr. Ministro Marco Aurélio.



18/11/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 RIO GRANDE DO SUL**RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS: PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO

REQUERIDA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

(MEDIDA LIMINAR)

EXPLICAÇÃO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, gostaria de fazer um registro.

Quero deixar claro, e acho importante tendo em vista a natureza da decisão, que se deve muito ao que se procedeu aqui a Victor Nunes. Ou seja, viabilizou a divergência de quarenta anos atrás para que pudéssemos, em cima de um caso concreto, criar uma situação nova em termos de apreciação de inconstitucionalidade. Sepúlveda Pertence, então Procurador da República, descrevendo Victor Nunes, referia-se a ele como um homem de estatura baixa, que era compensada pelo bigodinho bem aparado, de certo ar atrevido, logo desfeito em irresistível simpatia humana. Acho que esse bigode andou por aqui.

Muito Obrigado.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.949-0 - medida liminar

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVDS. : PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO


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

REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão : O Tribunal, por maioria, **vencido** o Sr. Ministro Marco Aurélio, **indeferiu** o pedido de medida cautelar, no que toca à expressão "**após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado**", contida no art. 7º, da Lei nº 10.931, de 09/01/1997, 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. Votou o Presidente. **Prosseguindo** no julgamento, e após o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), **deferindo** o pedido de medida cautelar, para **suspender**, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 8º, da Lei estadual nº 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual nº 11.292/98, assim como na sua redação original, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** do Sr. Ministro Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente), e, neste julgamento, o Sr. Ministro Sydney Sanches. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso (Vice-Presidente). Plenário, 08.4.99.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, tendo em vista as objeções postas no voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, que foram acolhidas, assinou **prazo** de dez dias para, querendo, **aditar-se** a inicial. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 27.10.99.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, **indeferiu** o pedido de medida liminar, no que toca à expressão "**após terem seus nomes aprovados pela Assembléia Legislativa do Estado**", contida no art. 7º, da Lei nº 10.931, de 09/01/1997, 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. Votou o Presidente. Retificou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Marco Aurélio. **Em seguida**, após os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence (Relator) e Marco Aurélio, **deferindo** o pedido de medida liminar,



para **suspender**, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 8º, da Lei estadual nº 10.931/97, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual nº 11.292/98, assim como na sua redação original, e do voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, **indeferindo** a liminar, o julgamento foi **suspenso** por indicação do Senhor Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 11.11.99.

Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria, **deferiu** o pedido de medida liminar, para **suspender**, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 8º da Lei estadual nº 10.931, de 09/01/97, 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, conseqüentes 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; **vencido**, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que se limitava a suspensão da eficácia do art. 8º. Votou o Presidente. **Retificou** o voto anteriormente proferido o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 18.11.99.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador