Título	**A autonomia assegurada às agências reguladoras pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. O caso da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS)**
Autor	*Luciane de Arruda Miranda Siviero*
Ano	
Orientador	Diogo Rosenthal Coutinho
Resumo da Monografia	

INTRODUÇÃO

Em virtude da globalização da economia, o governo brasileiro, pressionado pelas exigências de uma competitividade econômica internacional e, ao mesmo tempo, impossibilitado de fomentar, por seus próprios meios, o fortalecimento de setores importantes da máquina estatal, rende-se, em meados da década de 1990, às políticas de privatização com o objetivo de obter nestes setores o investimento da iniciativa privada .

A privatização, contudo, deflagra no país uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a ordem econômica, ensejando o redimensionamento das funções do Estado. A intervenção direta do Estado, pela exploração direta e exclusiva dos serviços públicos, abre espaço a uma nova espécie de intervenção, de natureza regulatória, cujas funções resumem-se à fiscalização, incentivo e planejamento dos serviços públicos.

Nestes termos, explica Floriano de Azevedo Marques Neto :

"As transformações ocorridas nos últimos anos apontam para uma redução da intervenção direta e do incremento de uma nova forma de intervenção. Tem lugar entre nós o fortalecimento do papel regulador em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços, de modo que o que é relevante para o advento da atividade regulatória estatal não é, pois, a supressão da intervenção estatal direta na ordem econômica mas basicamente i) a separação entre o operador estatal e o ente encarregado de regulação do respectivo setor e ii) a admissão do setor regulado da existência de operadores privados competindo com o operador público (introdução do conceito de competição em setores sujeitos à intervenção estatal direta);"

Consoante a observação acima, percebe-se que o implemento desta nova forma de atuação estatal na economia passa a exigir outras configurações de Estado, até então desconhecidas no cenário nacional, tais como a delegação da atividade regulatória do Estado a um órgão regulador autônomo, voltado a estabelecer o equilíbrio necessário entre os interesses do operador público, titular do serviço, e operador privado, prestador do serviço.
Destarte, inspirando tendência mundial de regulação, foram inseridas no país as agências reguladoras, órgãos de atuação independente no mercado, cuja finalidade consiste, entre outras, consiste em racionalizar a atividade econômica, de forma a viabilizar um ambiente propício ao investimento privado.

A pretexto de conferir-lhes a autoridade necessária para atuar com eficiência no mercado, as agências reguladoras foram inseridas no âmbito da Administração indireta sob o modelo de autarquias em regime especial. Assim, além das prerrogativas inerentes ao modelo autárquico, tais como a personalidade pública e o poder de polícia, estes órgãos recebem outras prerrogativas próprias conferidas por leis ordinárias, correspondentes ao mencionado regime especial, tais como independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e estabilidade dos seus dirigentes.

A recepção destas autarquias em regime especial pela Constituição Federal de 1988, contudo, ainda é uma questão problemática, facilmente visualizada quando suscitada em ações diretas de inconstitucionalidade. A dificuldade consiste, sobretudo, em encontrar no bojo da Constituição parâmetros conformadores com este novo modelo de atuação estatal.

Nesta questão, nota-se considerável esforço do Poder Legislativo ordinário em adaptar este novo modelo ao aparato constitucional vigente. A pretexto de atribuir às agências reguladoras um regime especial, o legislador ordinário, no exercício de sua competência constitucional, cria por meio de leis ordinárias um modelo nunca antes observado no cenário nacional. Isto porque, ao mesmo tempo em que se pretende atribui às agências uma autoridade típica do Estado, correspondente ao poder de polícia, pretende-se também subtraí-la à verticalidade de mando do Chefe do Poder Executivo.

É neste debate que se insere as hipóteses deste trabalho. A primeira delas consiste em saber se: no controle de constitucionalidade das leis, o Supremo Tribunal Federal recepciona a instituição das agências reguladoras, tal como apresentadas, à Constituição Federal de 1988, ou se, pelo contrário, o STF adapta a Carta Constitucional ao novo modelo. Em outras palavras, saber se: ao decidir sobre as leis que criam as agências reguladoras, o STF tende a controlá-las à luz da Constituição Federal, cumprindo com o seu papel de guardião da Constituição, ou se, do contrário, controla-as à luz da própria legislação ordinária, inserindo a qualquer custo o novo modelo no sistema, ainda que em detrimento do próprio texto constitucional e da função típica do Tribunal de legislador negativo em abstrato.

A segunda hipótese refere-se a competência do Poder Legislativo no que tange a criação das agências reguladoras. Assim, sob o enfoque do entendimento proferido pelos Ministros do STF, dispõe-se a analisar, as seguintes questões: quais seriam os limites da competência do Poder Legislativo na organização do novo modelo regulador? Quais as restrições que as leis produzidas por este Poder podem impor à competência do Poder Executivo, sem, contudo incorrer em inconstitucionalidade?

E por fim, analisa-se a última hipótese, no que se refere a autonomia atribuída às agências: O STF, ao se pronunciar sobre as leis que criam as agências reguladoras, contribui de alguma forma com a autonomia assegurada a estes órgãos?

Para o desenvolvimento desta questão pretende-se analisar o caso da Agência Reguladora do Estado do Rio Grande do Sul (AGERGS) , na qual o então Governador do Estado, Olívio Dutra, inconformado com a autonomia assegurada ao órgão regulador, por leis produzidas pela gestão anterior, trava perante o STF uma disputa com a Assembléia Legislativa do Estado, pela obtenção de controle da agência reguladora.

Neste embate político, confrontam-se de um lado, o interesse por uma autonomia maior do órgão regulador, defendida pelo Poder Legislativo, e de outro, o interesse pela preservação de controle hierárquico da administração, defendida pelo Chefe do Poder Executivo.

CAPÍTULO 1 - DA REGULAÇÃO

A Constituição Federal, no que tange a intervenção do Estado na economia, dispõe no 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"

Por este dispositivo, o legislador constituinte outorga ao Estado o poder de intervenção na atividade econômica, ressalvando, contudo, que esta intervenção ocorra sob a orientação de lei, isto é, sob uma futura decisão de conveniência parlamentar.

Deste modo, delega-se ao Poder Legislativo a competência discricionária de definir, entre as inúmeras possibilidades de intervenção estatal na economia, aquela que, de acordo com o seu juízo de conveniência, melhor responda ao interesse público.

Face a esta previsão constitucional, surge a questão: o Poder Legislativo, ao definir a intervenção do Estado na atividade econômica, poderia escolher livremente por qualquer modelo de intervenção? Este poder de escolha defronta com algum limite constitucional?

A princípio, adianta-se que os principais limites constitucionais encontram-se nos dispositivos: art.84, inciso II e art. 87, parágrafo único, inciso I , que dispõem, respectivamente, da competência privativa do Chefe do Poder Executivo de exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção da administração federal, e da competência do Ministro de Estado de exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência.

Sendo assim, infere-se que a competência do Poder Legislativo para delimitar a forma de intervenção do Estado encontra seus limites na competência de um outro Poder, qual seja , o Poder Executivo, instituído do dever de direção da administração.

A dificuldade, no entanto, está em delimitar a extensão de uma e outra competência. Isto é, determinar até onde a competência do Poder Legislativo pode ser exercida de modo a não invadir a competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

Capítulo 2 - AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Instituídas por leis ordinárias, as agências reguladoras inserem-se dentro da Administração indireta, sob o modelo de autarquias em regime especial. Com o propósito de constituírem o braço do Estado Regulador, as agências objetivam, sobretudo, a eficácia da política de concessões e permissão, deflagradas pelo fenômeno da privatização. Inserem-se no contexto da função reguladora, prevista no art.174, caput, da Constituição Federal, como instrumento destinado a racionalizar a prestação de serviços de infra-estrutura delegados à iniciativa privada.

Sobre estes órgãos, discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro :

“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.”

No que se refere ao modelo autárquico em regime especial, estas agências recebem, além do regime

jurídico estabelecido na Constituição sob o capítulo VII, título III, complementado pelo Decreto-lei 200, de 1967 , a disciplina especial estabelecida pelas leis ordinárias criadoras destas agências, que resumem-se, basicamente, aos poderes: a) independência administrativa; b) ausência de subordinação hierárquica ; c) mandato fixo ; d) estabilidade de seus dirigentes ; e) autonomia financeira

2.1 A AGERGS

Seguindo o modelo tradicional de agências reguladoras federais, o Estado do Rio Grande do Sul criou pela lei estadual nº 10.931/97 uma autarquia estadual, denominada Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul (AGERGS).

A referida lei com as alterações supervenientes da Lei 11.292/98 atribuíram à agência um regime especial que , segundo alegações do Governador do Estado, ampliava demasiadamente a autonomia deste órgão, tornando-o indene às políticas do Governo. Assim, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, ADI nº 1949 , onde figuram, como requerente, o então Governador do Estado, Olívio Dutra, e como requeridos, a Assembléia Legislativa e o Governador do Estado sucedido.

CAPÍTULO 3 . Nomeação e Exoneração dos conselheiros da AGERGS

No que tange à nomeação e exoneração dos membros que compõem o Conselho Diretor, ou órgão deliberativo equivalente, tornou-se costumeiro na legislação criadora das agências reguladoras, a definição de um cargo público com as seguintes condições: nomeação sujeita a aprovação do Poder Legislativo, exoneração condicionada e previsão de mandato fixo dos dirigentes.

Tais condições impostas por lei ao cargo presumem-se com base nos artigos 48, inciso IX e 84, inciso XXV da Constituição Federal, que dispõem sobre a competência do Poder Legislativo de dispor sobre a criação, provimento, transformação e extinção dos cargos públicos .

Logo, o legislador ordinário, ao dispor sobre as particularidades de um determinado cargo público, age conforme a competência atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição. Sendo a este delegada a decisão sobre as condições e pressupostos a serem impostos aos cargos públicos, não cabe, no que diz respeito ao estabelecimento legal de condições do cargo, falar em em intromissão às atribuições do Poder Executivo

Neste assunto, cabe expormos as considerações do Ex-Ministro Victor Nunes Leal na MS8692 , citadas pelo Ministro Nelson Jobim na ADIn 1949:

"... o Congresso não invade as atribuições do Executivo, quando disciplina as nomeações, as demissões, 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. Em segundo lugar, deriva essa competência de outra mais ampla, que a Constituição confere ao Poder Legislativo, para organizar os serviços públicos.....

Assim, uma vez delegada ao Poder Legislativo a competência de organização dos serviços públicos, caberia única e exclusivamente a este Poder decidir, da maneira que melhor convier, sobre a forma de organização destes serviços, podendo este, inclusive, inovar na matéria até o limite do que dispuserem os demais artigos da Constituição, como expressa o Ex- Ministro Victor Nunes:

...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 demitir do Presidente da República. Aliás, que irrisória competência para organização do serviço público teria o legislativo, se não pudesse disciplinar a investidura de 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 discrição do Chefe do Poder Executivo: o poder de organizar o serviço público pertenceria, em tal hipótese, ao executivo, e não ao legislador...

Destarte, o exercício de competência do Poder Executivo, de nomeação e exoneração de pessoas aos cargos públicos, deve, segundo a Constituição (art.48, IX e art.8, XXV) observar os pressupostos de provimento estabelecidos em lei a cada espécie de cargo público.

"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 de provimento dos cargos públicos"

Contudo, o exercício de competência do Poder Legislativo de normatizar o exercício do Poder Executivo, no provimento e extinção de cargos públicos, conforme explicado pelo Ministro, encontra limites nos demais artigos constitucionais, que no entender deste trabalho, teria como principal contorno o disposto no artigo 37, inciso II da Constituição, que dispõe sobre as espécies constitucionais de investidura em cargo público:

"Art. 37, II. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso 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".

Quanto a este dispositivo, o STF já teve a oportunidade de se manifestar , prevalecendo o entendimento de que a Constituição Federal prevê, como regra, a investidura em cargo ou emprego via concurso público, comportando apenas duas exceções: a nomeação para cargo em comissão e a contratação por tempo determinado, prevista no art. 37, inciso IX .

Face a todo o exposto, conclui-se que a definição legal do cargo ocupado pelos dirigentes das agências reguladoras, para atender aos pressupostos constitucionais, poderá sim ser inovada, mas desde que conforme os limites traçados pelos dispositivos constitucionais, dos quais, o disposto no art. 37, inciso II, que limita as espécies constitucionais de investidura em cargo público.

Para prosseguir a análise do cargo público em questão, criado pelas agências reguladoras, toma-se por base a decisão proferida pelo STF, em medida liminar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949 que têm por objeto o cargo público tal como caracterizado pela Lei Estadual nº11.292/98, ao definir o cargo de conselheiro da AGERGS.

Assim, para analisar a questão referente a natureza jurídica do cargo de conselheiro, comum a todas as agências reguladoras, toma-se como modelo o cargo tal como definido na lei criadora da AGERGS, a qual determina as seguintes condições: a nomeação e exoneração mediante aprovação do Legislativo e o estabelecimento de mandato.

3.1 DA NOMEAÇÃO MEDIANTE APROVAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

O art. 7º da Lei Estadual nº 11.292 dispõe como condição à investidura de cargo diretivo da AGERGS, a aprovação pela Assembléia Legislativa das pessoas nomeadas pelo Governador do Estado.

Nesta questão, percebe-se uma restrição clara da lei em competência constitucional do Poder Executivo, condicionando o poder de livre nomeação do Governador a prévia aprovação da Assembléia Legislativa.

Ao decidir liminarmente sobre a constitucionalidade deste artigo na ADIN 1949, o STF entendeu que, no caso em questão a interferência do Poder Legislativo é constitucional, uma vez que expressamente permitida pela Constituição Federal no art. 52, III, "f" . O referido artigo, segundo o STF, dispõe em seu texto de uma cláusula aberta permissiva admitindo a interferência parlamentar nas decisões do Chefe do Poder Executivo.
Ao comentar este artigo, o Ministro Marco Aurélio se pronuncia:

" 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.

Em consonância a esta decisão, outros precedentes do Tribunal consolidam o entendimento pelo provimento da anuência prévia do Poder Legislativo às escolhas do Poder Executivo para funções relevantes, havendo censura, apenas à aprovação de cargos relativos às empresas estatais, dado o regime privado a que se sujeitam , ou de cargos que têm na Constituição Federal disciplina completa de seu provimento, a excluir a intervenção do Legislativo

No que diz respeito a cargos diretivos de autarquias ou fundações autárquicas, a tendência revelada pelas decisões ulteriores é no sentido da constitucionalidade da anuência prévia.

3.2 DA EXONERAÇÃO MEDIANTE APROVAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

No tocante à exoneração, o art. 8º da referida lei condiciona a destituição do Conselheiro da AGERGS à decisão da Assembléia Legislativa.

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

Deste dispositivo, retira-se, no entanto, duas premissas: possibilidade do Conselheiro ser exonerado no curso do mandato e delegação do poder de exoneração à Assembléia Legislativa.

No que diz respeito a primeira premissa, percebe-se a possibilidade de exoneração ad nutum do conselheiro. Isto é, havendo decisão parlamentar, que entenda pela exoneração de conselheiro da agência, este será destituído do cargo, independentemente de qualquer outra formalidade ou condição. Esta premissa, cabe ressaltar, não foi objeto de impugnação pela ADI nº 1949, mas, pelo contrário, objeto da pretensão do postulante, como ficará explicado mais adiante.

No que diz respeito a segunda premissa, nota-se que o legislador utiliza-se do termo "decisão", ao invés de "aprovação". Pela interpretação dos Ministros, esta premissa mostra-se flagrantemente inconstitucional, uma vez que pela utilização do termo decisão a lei subtrai a competência do Poder Executivo de sequer participar do ato de exoneração. Neste sentido, observa o Min. Sepúlveda Pertence:

"O dispositivo 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 de sua investidura."

3.2.1 DO ATO COMPLEXO

A posição majoritária do Tribunal entende que sequer o ato complexo, nomeação do Executivo seguida de aprovação do Poder Legislativo, seria permitido pela Constituição de 1998, conforme manifesta o Min. Sepúlveda Pertence:

"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."

Por não encontrar respaldo na Constituição ou em lei autorizada por esta, a exoneração mediante aprovação do Poder Legislativo é refutada pelo entendimento majoritário do Tribunal, seguindo-se o entendimento do Min. Sepúlveda:

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

Destarte, o Ministro, ao discorrer sobre o entendimento majoritário do Tribunal, expressa a sua discordância a tese de que o poder de demitir seria co-extensivo ao de nomear, isto é, que os dois poderes tenham as mesmas dimensões ou se desenvolvam dentro da mesma superfície.

No caso da lei gaúcha, o poder de demitir adquiriria extensão muito maior do que o de nomear, uma vez que a lei nega ao Executivo o poder de manter o Conselheiro nomeado a termo até o final de sua investidura, dado que, por decisão da Assembléia Legislativa, este poderá ser destituído sem sequer, o submissão à sua anuência.

Em contrapartida, o entendimento minoritário, de autoria do Min. Nelson Jobim, defende que a exoneração mediante ato complexo se alinha perfeitamente com o modelo de autarquia em questão. Para defender este entendimento, o Ministro utiliza em seu voto apenas o argumento de que a exigência de aprovação do legislativo é consoante a autonomia reclamada pelas agências reguladoras, sem sequer apontar na Constituição dispositivo que autorize o ato.

3.3 DO MANDATO

A previsão de mandato fixo aos membros que compõem o órgão diretivo das agências reguladoras é comum a todas as leis que disciplinam o regime especial destas autarquias. Embora esta figura jurídica cause uma certa incompatibilidade com o modelo de cargo em comissão, previsto no art. 37, inciso II da Constituição Federal, os ministros do Supremo não discutem nos acórdãos em análise a constitucionalidade desta inovação.

A despeito da petição inicial, na ADIn 1949, ter feito referências à questão , e os dispositivos, objeto desta ação, disporem em seu texto o vocábulo, os ministros não apreciam a sua constitucionalidade, tendo o Min. Relator Sepúlveda Pertence assim manifestado:

"No que toca à destituição dos seus dirigentes, é certo, todas elas (leis da União que instituíram as agências reguladoras federais) prevêem a nomeação a termo, dita com mandato, dos seus dirigentes… A constitucionalidade de tais dispositivos não é objeto desta ação e, é claro, a existência de leis ordinárias eventualmente similares não prova a validez da outra, se a respeito das primeiras jamais se pronunciou o Tribunal"

Assim, não sendo o termo "mandato" o objeto de repugnação da petição inicial, os ministros não se manifestam a respeito da constitucionalidade em si do mandato, apenas o presumem como constitucional, para a seguir inferir as implicações trazidas por sua utilização.

3.3.1 DO PEDIDO DA ADIN 1949

O pedido tal como formulado na petição inicial da ADIN 1949 solicitava, em relação ao art.8º da Lei Estadual, a subtração dos termos: "só" e "por decisão da Assembléia Legislativa", restando do referido dispositivo a seguinte norma: “O conselheiro poderá ser destituído no curso do seu mandato”

Logo, o objeto do pedido abrangeria não apenas o afastamento da ingerência do Poder Legislativo, mas também a formulação de uma permissão legal de exoneração ad nutum pelo Chefe do Poder Executivo.

Tendo assim percebido, o Ministro Nelson Jobim, manifesta-se:

"o pedido, tal como formulado, importa na alteração substancial, do sentido da regra aprovada pelo legislador estadual. Pretende obter uma regra, não aprovada pelo legislador, que possa autorizar a destituição no curso do mandato.

A despeito da constitucionalidade ou não da exoneração ad nutum, os Ministros entenderam que não poderiam atuar como legislador positivo, alterando substancialmente a norma aprovada pelo legislador. Embora, como mencionado, o dispositivo fizesse referência a duas premissas, quais sejam, exoneração no curso do mandato e exoneração mediante decisão da Assembléia, não se poderia imputar que o legislador teria aprovado a exoneração ad nutum feita pelo Executivo.

Assim, a pretexto de não poderem atuar no controle abstrato das leis como legislador positivo, os Ministros abstêm-se de decidir a constitucionalidade do artigo tal como foi requerida pela petição inicial. Neste sentido, cabe expor as ponderações do Min. Nelson Jobim, citando o Min. Moreira Alves na ADIN 896-DF :

"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.... 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....Em conseqüência, 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,"

Face a este entrave de origem processual, os ministros abrem uma exceção ao caso e solicitam o aditamento da petição inicial.. Aditada a petição inicial, alterando o pedido para impugnação de todo o artigo 8º, a questão se transforma em outro problema: como declarar a inconstitucionalidade do artigo sem, contudo, deixar a questão sobre a incidência da súmula nº25, já que a referida lei não tratava de qualquer outra restrição em matéria de exoneração.

3.4 A SÚMULA 25

Em 1961, o Supremo Tribunal, ao julgar o Mandado de Segurança, nº8693, impetrado por membro do Conselho Administrativo de um extinto instituto autárquico, exonerado de suas funções por ato do Presidente da República , trouxe em relevo a discussão: o poder de exonerar estaria implícito no de nomear? . Em sua defesa, o autor alega a impossibilidade de sua demissibilidade ad nutum, uma vez existente previsão legal de mandato para a função exercida. A decisão, no entanto julgou improcedente a ação, tendo como vencido o voto proferido pelo ex Ministro Victor Nunes Leal, originando o entendimento da súmula de nº 25:

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

O caso em questão tinha como pano de fundo a concepção da unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo. Conceito, segundo o qual, todos os poderes de direção se concentravam na pessoa do Presidente da República, tendo todas as áreas da administração submetidas à verticalidade de seu mando.

Retirar do Presidente o poder de livre exoneração de cargos importantes da administração pela imposição legal de mandato seria, de acordo com a decisão proferida, atribuir a estes setores autonomia suficiente para subtrair-lhes a verticalidade do mando, transformando o Presidente no que o Ministro relator da ação, Ribeiro da Costa, classificou como “um verdadeiro pau mandado”. Tendo liderado o entendimento majoritário do Tribunal, o Ministro relator manifesta a concepção de um Executivo unipessoal:

"Estamos examinando o problema de natureza política, mas, com os 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 responsabilidade, mas eu mesmo! Em certos setores, só poderiam agir por mim pessoas em que eu confiasse. Seria, então, o administrador. Eu quero e mando! Só assim o entendo, e admito."

Em contrapartida a este entendimento, o ex Ministro Victor Nunes suscita que à autarquia em questão se aplicava o que afirmou o Juiz “Sutherland”, no “Humphrey’s case” , em relação às “commissions” norte-americanas. A nova doutrina deflagrada pela Suprema Corte norte-americana, no início da década de 30, que defende a existência de limites ao poder de controle do Chefe do Poder Executivo, no tocante aos órgãos que, por determinação do Congresso, tenham sido dotados de autonomia administrativa. Nestes termos, o poder de livre exoneração de ocupante de cargo da administração, outorgado ao Presidente da República, não incidiria sobre órgãos da administração cujo controle teria sido subtraído por decisão do Congresso.

Embora vencido o voto do Ministro, e consagrada súmula no sentido contrário, o Tribunal voltou a apreciar a questão do Executivo unipessoal em outras oportunidades, abrindo exceções ao entendimento aplicado ao referido Mandado de Segurança.

O primeiro refere-se à decisão estabelecida na súmula nº47 do Tribunal que proíbe a livre demissão de Reitor de universidade pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura, em razão da autonomia universitária, e o segundo, ao caso “Roboredo”, que admite o estabelecimento de condições ao poder de destituição da Chefia do Ministério Público.

Neste segundo caso (MS 21239), o Ministro Relator Nelson Jobim, ao proferir o seu voto, traz em relevo o ponto problemático, citando o ex Ministro Rodrigues Alckmin:

“... a questão da colocação constitucional do Ministério Público entre os Poderes é uma “questão de somenos”, pois o verdadeiro problema é o de 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”.

Em ambos os casos, nota-se que a exceção à regra estabelecida pela súmula 25, como observa o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADIn 1949, diz 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.

Quarenta anos após a formulação da súmula 25, o STF ao analisar o caso AGERGS retoma a discussão a cerca da validade e aplicabilidade do entendimento sumulado aos cargos diretivos das agências reguladoras. Assim, a previsão legal de nomeação a termo para ocupantes de cargos diretivos de

autarquias passa a ser reavaliada pelo Tribunal à luz da Constituição Federal de 1988.

Nestes termos, o STF retoma o debate travado no MS nº8693, trazendo em relevo a atual relação existente entre Estado e agências reguladoras. Do antigo debate travado entre os ex Ministros Victor Nunes Leal e Ribeiro da Costa, sucede-se o debate entre os Ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, trazendo desta vez como pano de fundo, a separação de competências entre Poder Executivo e Poder Legislativo.

Em defesa da aplicação da súmula 25, o Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado pelo Ministro Moreira Alves, defende a não recepção pela Constituição de qualquer empecilho que se erija pelo Poder Legislativo no sentido de reduzir a competência de controle da Administração pelo Chefe do Poder Executivo, que não esteja previsto pela própria Constituição. Sendo ilustrativo o seu entendimento no seguinte parágrafo:

Não obstante, na dogmática da Lei Fundamental, que põe como caracteres típicos do cargo em comissão, a “livre nomeação e exoneração”(art.37, XI), as hipóteses atípicas de restrições a 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, como as previstas no art.52,III, f”

Logo, segundo o entendimento destes Ministros, sob a égide da Constituição de 1988, não caberia à lei ordinária subtrair as agências reguladoras ao guante da verticalidade hierárquica da estrutura do Poder Executivo, ainda que a autonomia reclamada pelas fosse essencial ao êxito do novo modelo. E assim, prossegue o Min.

" por mais que a lei lhes haja traçado ampla autonomia, não as poderá subtrair das diretrizes gerais da administração do ente estatal de que é instrumento, cuja fixação é de responsabilidade política do Chefe do Poder Executivo".

Em contrapartida aos argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Nelson Jobim, acompanhado pelo Ministro Néri da Silveira, defende a não aplicação da súmula visto que, segundo o seu entendimento, não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Justifica que o embasamento legal utilizado para a construção da súmula, o art. 87, V, da CF de 1946 , foi substancialmente alterado pelo art. 84, XXV da CF de 1988. O Ministro mostra que o principal argumento jurídico utilizado pelos então Ministros para sustentação da súmula não mais se aplicava face ao exposto no art.84, inciso XXV da atual Carta Constitucional.

Segundo o Ministro, a Constituição de 1946, no art. 87, V, "Compete privativamente ao Presidente da República prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais", de acordo com a decisão que sustentou a súmula 25, não permitia, em relação a investidura de cargo público, a possibilidade de lei ordinária criar restrição à exoneração dos cargos públicos, o que não mais ocorre com a atual Carta, visto que o art.84, XVV, "Compete privativamente ao Presidente da República prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei", permite que lei ordinária crie restrição, tanto a nomeação, quanto a exoneração.

Assim, encerra-se o entendimento de que, havendo na lei gaúcha a previsão de restrição a poder do Executivo, no que diz respeito à destituição de cargo público, esta seria constitucional uma vez que prevista pelo art. 84, XXV, cabendo ao Chefe do Poder Executivo a sua observância.

Logo a autonomia atribuída à AGERGS, pela sua não submissão à livre exoneração pelo Governador do Estado, ainda que prevista por lei ordinária, seria suficiente para afastar o controle do Chefe do Poder Executivo sobre órgão de sua administração.

Pela exposição dos argumentos contrapostos, conclui-se que: a aplicação ou não da súmula 25

pressupõe o entendimento anterior sobre a atividade do legislador ordinário no que se refere a sua competência de organização dos cargos públicos.

Partindo do ponto em comum de que o legislador ordinário tem o poder de inovar sobre a matéria, surge a divergência quanto aos limites desta inovação: se extensiva, a ponto de erigir restrições à dispositivos constitucionais, ou; se restritiva, no sentido de não permitir restrições que não previstas pela Constituição.

Enquanto os Ministros contrários a aplicação da súmula admitem a possibilidade do legislador ordinário, no exercício de sua competência de organização dos cargos públicos, criar restrições à livre exoneração de cargo em comissão, mitigando dispositivos constitucionais (art. 84, II); os favoráveis à súmula, refutam a construção legal de qualquer empecilho que não permitido pela Constituição.

CAPÍTULO 4 - DAS CONTRIBUIÇÕES DO STF A UMA NOVA ESPÉCIE DE CARGO PÚBLICO

Retomando-se o impasse processual, anteriormente citado, deflagrado pela ADIN 1949, os Ministros do STF perceberam que, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 8º, da Lei Estadual 11.292, a atuação autônoma da agência reguladora em questão correria o risco de ser prejudicada pelo Governador do Estado dado o conflito político em jogo, implicando no desvirtuamento das funções da AGERGS, como observa o Min. Nelson Jobim:

"A concessão de liminar autorizará, desde logo, o Sr. Governador a destituir, de forma precária, os membros do Conselho da AGERGS... 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 situação revela-se ainda pior com a constatação do Min. Moreira Alves:

“Com essa declaração (demissibilidade ad nutum) acaba a agência, e fica ao arbítrio do Governador não apenas destituir, mas não nomear mais ninguém”

Não havendo outro dispositivo na lei que condicionasse a exoneração dos conselheiros, os Ministros do STF defrontam com o que o Min. Moreira Alves, remetendo à jurisprudência alemã, chama como o “buraco negro”. Ou seja, uma situação em que, retirando um texto normativo do ordenamento jurídico, gera-se um vazio que é tão ou mais inconstitucional do que ele.. Se mantivesse o art. 8º no ordenamento, o Tribunal admitiria violação ao disposto no art. 2º da Constituição; se retirasse, permitiria a acefalia de um órgão administrativo, que por divergências políticas de momento, acarretaria a própria falência do órgão regulador.

Assim, os Ministros viram se defrontados com os seguintes dilemas: sucumbir a Constituição ou um órgão da administração? Como achar uma solução que ao mesmo tempo suspenda liminarmente a vigência do art.8º e resguarde a impossibilidade da exoneração ad nutum?

Após um intenso debate, os Ministros vêem no termo “mandato”, utilizado no art. 7º sobre o qual haviam decidido liminarmente pela constitucionalidade, a solução do impasse processual.

4.1 DO CONCEITO DE MANDATO

A despeito do pedido inicial da ADIN 1949, cumulado com o aditamento requisitado pelo Tribunal, não ter impugnado isoladamente o termo "mandato", mas sim as normas jurídicas constantes nos artigos 7º e 8º da lei gaúcha, os Ministros com o fim de afastar o referido “buraco negro”, passam a “vasculhar”no termo uma solução que resolvesse com o problema processual. Assim, presumindo a constitucionalidade desta

figura jurídica, passa-se a discorrer sobre os efeitos que, segundo a avaliação dos Ministros, teriam sido pretendidos pelo legislador ordinário.

Não obstante a impropriedade do termo, já tivesse sido alertada, há 40 anos pelo Ex-Min. Victor Nunes, no mencionado MS nº 8693 , a Corte abstém-se de analisar a natureza jurídica do mandato e volta novamente ao debate que deu origem a súmula 25, tornando predominante o que, na época, ficou como voto vencido. Assim, passa a ser majoritário o entendimento explicitado pelo ex-Ministro:

“O objetivo do legislador, com a investidura de 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? ”.

Os Ministros, com base na necessidade de atribuir independência às agências, e com mais vigor, proteger o caso em concreto da AGERGS, atribuem ao termo “mandato” uma conotação de garantia contra o exercício da livre exoneração pelo Chefe do Poder Executivo, como se observa das seguintes passagens:

“O mandato tem implícita a cláusula “enquanto bem servir”, que não se confunde, na sua origem conceitual aqui presente, com a cláusula da “demissibilidade ad nutum”. (Min. Néri da Silveira)

“Sinalizo, em meu voto, que o mandato tem uma efetividade, uma eficácia, um balizamento temporal, e é intangível, considerada a livre discrição do Governador”(Min. Marco Aurélio)

Logo, com base numa suposta relação conflituosa entre agências reguladoras e Chefe do Poder Executivo, o Tribunal retira da própria lei impugnada a base jurídica para fundamentar a sua decisão. Note-se: os efeitos atribuídos ao mandato não são extraídos da Constituição de 1988, mas sim de uma interpretação sistemática das leis que inserem o modelo regulador no ordenamento, tal como pode ser observado pela colocação do Min. Moreira Alves:
“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.”

Por fim, os Ministros estabelecem o entendimento segundo o qual a previsão de mandato importa em restrição estabelecida pelo legislador ordinário à competência de livre exoneração do Poder Executivo, estando este condicionado à existência de justo motivo.

Destarte, os Ministros adotam a proposta do Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de suspender a vigência do art.8º da Lei estadual nº 10.932, de 1997, com a redação dada pela Lei Estadual nº11292, sem prejuízo das restrições à sua demissibilidade, pelo Governador do Estado, sem justo motivo, conseqüentes da investidura a termo dos Conselheiros da AGERGS, conforme o art.7º da mesma lei, e também sem prejuízo da superveniência de legislação diversa.

4.2 LEGISLADOR POSITIVO

A pretexto de preservar a natureza das funções das agências reguladoras, o STF rompe com o dogma segundo o qual a jurisdição constitucional abstrata possui caráter de pura legislação negativa .
Ao estabelecer cláusula segundo a qual o conselheiro da AGERGS só poderá ser demitido por motivo justo, o Tribunal, exerce uma função atípica do Poder Judiciário ao vincular uma conotação a utilização do termo, que não necessariamente corresponde com a preocupação do legislador ordinário. Como demonstrado pela petição inicial, o termo comportaria outra conotação que muito mais singela e que não

implica qualquer restrição a competência do Poder Executivo, qual seja, a interpretação segundo a qual o mandato visa única e exclusivamente manter a rotatividade do cargo.
Com isso, o Tribunal ao vincular a utilização do termo com a conotação de uma garantia legal do cargo que se opõe às ingerências do Chefe do Poder Executivo, o próprio Tribunal estaria contribuindo para a autonomia dessas agências, chancelando a construção legislativa de um modelo autárquico independente que não está previsto na Constituição e, por conseqüência, estabelecendo uma restrição a direção superior da administração pelo Chefe do Poder Executivo (art.84, II, da CF)
Considerando que a organização dos cargos públicos compete ao Poder Legislativo, artigos 48, inciso IX e 84,inciso XXV, da Constituição, não caberia ao Tribunal dispor, de acordo com o seu juízo de conveniência administrativa, das condições necessárias a proteção da natureza do cargo em questão.
O que torna a atuação do Tribunal ainda mais surpreendente é que, para extrair a interpretação obtida do termo "mandato", os Ministros não se utilizam do modelo constitucional vigente, mas da construção legislativa ordinária do modelo regulador e do receio de uma iminente falência da agência reguladora em questão, decorrente de um conflito político existente no caso concreto entre Governador do Estado e Assembléia Legislativa . A conveniência, portanto, da atuação independente de um determinado cargo público, torna-se aos Ministros mais problemática que a necessidade de conformar o cargo público em questão com os parâmetros constitucionais vigentes.
Embora a solução dada ao caso, não fosse de todo o agrado dos Ministros, visto, como dito, estarem inovando no seu exercício de controle constitucional abstrato, a adoção desta implica a existência de uma incoerência no modo de decidir do Tribunal .
Isto porque, quando defrontados, anteriormente, com a hipótese de atuar como legisladores positivos para fazer valer uma norma que admitia a exoneração ad nutum , dos conselheiros, estes escusam-se de julgar o caso, a pretexto de não admitir-se a legislação positiva em controle abstrato; mas, quando defrontados com a hipótese de fazer valer norma, em sentido contrário, ou seja, inviabilizando a exoneração ad nutum, à exceção dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio , não se levantam empecilhos. Se na primeira hipótese, acolhia-se a pretensão do Governador, tal como formulada na petição inicial; na segunda hipótese, acolhe-se pretensão exatamente contrária aos propósitos do postulante, substituindo a norma por uma proibição ao governador. Retomando a questão do pedido, tal como formulado na petição inicial, faz-se importante trazer os argumentos utilizado pelo Min. Nelson Jobim:

"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.... 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....Em conseqüência, 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 argumento do Min. Nelson Jobim não se aplica face a decisão tomada pela Corte nesta segunda questão, seja porque os Ministros põe-se a examinar dispositivo, qual seja o termo "mandato", cuja constitucionalidade não foi argüida no pedido da ação, seja porque, o Tribunal exorbita de suas funções de legislador negativo, impondo a sua decisão norma jurídica, não expressa na legislação, qual seja, a impossibilidade de exoneração sem justo motivo pelo Poder Executivo.

4.3 UMA NOVA ESPÉCIE DE CARGO PÚBLICO

Por todo o exposto, percebe-se que o Poder Legislativo, em conivência com o Supremo Tribunal Federal, cria uma nova espécie de cargo público, não prevista pelo art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988. Trata-se de um cargo público de investidura por ato complexo, nomeação do Executivo e a aprovação pelo Poder Legislativo, e de exoneração, por ato condicionado.

A menos que se admita que a alternativa estabelecida no art.37, inciso II da Constituição, entre cargo público efetivo, ou cargo público em comissão de livre nomeação e demissão, não seja exaustiva, a nova espécie criada pelo Poder Legislativo e chancelada pelo Tribunal não encontra respaldo na Constituição de 1988.

Se na Constituição de 1946, Carta sobre a qual se erige o voto vencido do Ex- Min. Victor Nunes, admitia-se a que o legislador ordinário pudesse criar um nova espécie de cargo público, tal possibilidade não encontra guarida na atual Carta Constitucional.

Senão vejamos: o art.188, parágrafo único, da CF de 1946, ao dispor "O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão", presumia que o cargo de confiança e o cargo de livre nomeação e exoneração tratava-se, segundo a própria Constituição, de espécies distintas de cargo público. O que permitia o Ex-Min. Victor Nunes Leal, deduzir:

"..... menciona a Constituição (art.188, parágrafo único) os cargos de confiança, mas não os define. Essa atribuição, ficou portanto, delegada ao legislador ordinário, quando a lei cria um cargo com investidura de prazo certo, evidentemente o exclui da categoria dos de confiança, que pressupõem, por definição, demissibilidade ad nutum.
.....
O cargo que a lei dotou com a investidura de prazo certo não pode ser tido como função de confiança, porque justamente o oposto dela, sendo antinômicos os propósitos do legislador num e noutro caso."

Estas deduções, no entanto, não seriam admitidas pela atual Constituição, tal como pretendido pelo Min. Nelson Jobim ao reproduzir estes trechos em sua argumentação. Isto porque em nenhum dispositivo trazido por esta Carta admite-se a dedução de que cargo em confiança e cargo de livre nomeação e demissão correspondem a espécies distintas. Mas, do contrário, a distinção anteriormente prevista funde-se com o cargo em comissão, tal como previsto no art. 37, inciso II:
"Art. 37, II. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso 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".

Neste sentido, explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

" Cargo em comissão, ou provimento em comissão, é aquele predisposto, ou vocacionado, a ser preenchido por um ocupante transitório,da confiança da autoridade que nomeou e que nele permanecerá enquanto dela gozar. Por isso, diz-se que tais cargos são de livre provimento. Isto significa que a autoridade com poderes para preenche-los pode nomear pessoas de sua escolha, não há, pois, concurso para provimento em cargo em comissão. Assim como é livre a nomeação, também é livre a exoneração, isto é, quem tem poder para preencher o cargo, também o possui para, a sua vontade, desligar dele o ocupante "

Em comentário ao art. 97, §2º, da Constituição anterior (EC nº1/69), que continha regra idêntica à do art. 37, II, da Constituição vigente, observava, por igual, Manoel Gonçalves Ferreira Filho

"Constituem cargos em comissão todos aqueles cujo preenchimento deve depender da confiança do nomeante para o bom andamento da administração. São, por isso, ditos também, cargos de confiança. Tais cargos são aqueles pelos quais se transmitem as diretrizes políticas para execução administrativa. Cumpre a seus titulares, levar adiante essas linhas de ação, precisá-las em instruções de for o caso de fiscalizar a sua fiel execução. Conforme é de bom senso, essas funções não serão bem exercidas por que não estiver convencido de seu acerto, não partilhar da mesma visão política. É, pois, essencial para a Democracia, na qual a linha política deve em última análise contar com o beneplácito do povo, que certos postos-chaves na administração sejam ocupados por servidores devotados ao programa posto em prática pelas autoridades eleitas. Por isso, todo cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração,

prescindindo, obviamente, de concurso para o seu preenchimento."

Contudo, observa-se que o Tribunal já havia decidido sobre este assunto, pronunciando-se pela incompatibilidade da nomeação a termo com o disposto no art. 37, inciso II:

"Nomeação a termo, dos auditores do Tribunal de Contas. Disposição incompatível com a norma do art. 37, II, da Constituição Federal. O provimento de cargos públicos tem sua disciplina traçada, com rigor vinculante, pelo constituinte originário, não havendo que se falar, nesse âmbito, em autonomia organizacional dos entes federados, para justificar eventual discrepância com o modelo federal. Entre as garantias estendidas aos Auditores pelo art. 73, § 4º, da Constituição Federal, não se inclui a forma de provimento prevista no § 1º do mesmo dispositivo."

Logo percebe-se que, a pretexto de estabelecer uma organização dos cargos públicos, o legislador ordinário imprime ao cargo de conselheiro das agências reguladoras inovações que o desvirtuam da espécie que lhe dava respaldo constitucional, criando-se no ordenamento, com a contribuição do Supremo Tribunal Federal, uma nova espécie de cargo público.

CONCLUSÃO

1. O Poder Legislativo atua no âmbito de sua competência constitucional quando disciplina as nomeações e demissões dos conselheiros das agências reguladoras. Tal competência deriva de outra mais ampla, que a Constituição confere ao Poder Legislativo, para organizar os serviços públicos. Contudo, o exercício desta não é ilimitado, encontra limites nos demais dispositivos da Constituição de 1988, entre eles, o art. 37, II.

2. No que tange a disciplina das nomeações, o STF entende que a previsão legal de aprovação legislativa às nomeações do Executivo para o cargo de conselheiro da agência mostra-se de acordo com a Constituição, visto o disposto no art. 52, III, f.

3. No que tange a disciplina das demissões, o STF entende que viola a separação de poderes a previsão legal de exoneração do conselheiro por decisão do Poder Legislativo, implicando a inconstitucionalidade do dispositivo. No entanto, há divergência em relação a constitucionalidade do artigo que prevê a exoneração mediante aprovação do Poder Legislativo, tendo alguns Ministros manifestado pela aprovação, e outros, pela reprovação. Os que entendem pela sua aprovação, defendem indiretamente a maior autonomia atribuída por leis ordinárias às agências reguladoras; os que entendem pela sua reprovação, defendem a conservação do regime estatal tal como discipliando pela Constituição de 1988.

4. No que se refere a previsão legal de mandato aos ocupantes do referido cargo, o Tribunal, a despeito de não se pronunciar a cerca de sua constitucionalidade, admitem indiretamente a sua validade no ordenamento jurídico, ao imprimir conseqüências a sua utilização.

5. Contudo, admitindo-se a validade deste instituto, ainda que provisoriamente, o próprio Tribunal incorre em inconstitucionalidade, ao contrariar tanto um princípio constitucional, o princípio da separação de poderes, quanto uma norma jurídica constitucional, exposta no art. 37, inciso II.

6. Nestes termos, conclui-se que a definição legal atribuída ao cargo ocupado pelos dirigentes das agências reguladoras, é recepcionado ao ordenamento não pela Constituição de 1988 , mas pela decisão do Supremo Tribunal federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 9º ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2004.
2. NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências Reguladoras Instrumentos do Fortalecimento do Estado. Texto fornecido pela ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação.
3. SUNFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 1. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2000.
4. Ação Direta de Inconstitucionalidade
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agências reguladoras de serviços públicos, natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por uma entidade personalizada e não, à própria administração direta. Separação e independência dos Poderes: submissão a Assembléia Legislativa, por lei estadual, da escolha e 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. ADIN nº 1949-RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requeridos: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Rio Grande do Sul, 18 de novembro de 1999.

"É inconstitucional o dispositivo da Constituição de Santa Catarina que estabelece o sistema eletivo, mediante voto direto e secreto, para escolha dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino. É que os cargos públicos ou são providos mediante concurso público, ou, tratando-se de cargo em comissão, mediante livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo, se os cargos estão na órbita deste (CF, art. 37, II, art. 84, XXV)." (ADI 123, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 12/09/97)