

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULIANA MENGARDA**

**A DEMISSÃO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

**FLORIANÓPOLIS  
OUTUBRO 2009**

**Juliana Mengarda**

**A Demissão dos Dirigentes das Agências Reguladoras**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Professor Luis Carlos Cancellier de Olivo**

**Florianópolis  
Outubro 2009**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Leda e Venancio, por todo amor, dedicação e esforços a mim dispensados durante os meus anos de estudo e, em especial, durante esses anos da faculdade.

Agradeço aos meus irmãos, Jackson e Janice, por serem exemplos de exímios e dedicados profissionais da área da saúde.

Agradeço às minhas amigas do curso de Direito pelo auxílio na busca do conhecimento e por tornarem esses anos da graduação muito mais agradáveis.

Agradeço ao meu namorado, Gabriel, por toda atenção, carinho e companheirismo.

## RESUMO

As agências reguladoras foram introduzidas no ordenamento brasileiro em meados da década de 90, como elementos do novo modelo de intervenção estatal na atividade econômica: a regulação. São classificadas como autarquias especiais, cujas principais características revelam-se na autonomia financeira, poder normativo e independência administrativa. Essa última peculiaridade é refletida pela investidura a prazo determinado, conhecida também por mandato fixo, dos seus dirigentes (Presidente, Diretor-Geral, Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria), os quais não podem ser destituídos do cargo pelo Chefe do Poder Executivo sem a ocorrência de motivo legal – condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar e/ou outras condições que a lei de criação da agência possa prever. Essa disciplina encontra previsão não só na Lei n. 9.986/00, que trata da gestão de recursos humanos das agências reguladoras, como também nas leis criadoras das agências em âmbito federal. No entanto, é imprescindível o estudo acerca das características do referido cargo, se o mesmo enquadra-se na hipótese constitucional do artigo 37, II, que trata do cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, para os quais não seria necessário motivar a demissão, podendo ser destituídos *ad nutum*.

**Palavras-chave:** Agência Reguladora. Dirigente. Cargo em Comissão. Mandato Fixo. Investidura a Prazo Certo. Demissão. *Ad nutum*. Direito Regulatório.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
<u>1. ESTADO REGULADOR E AGÊNCIAS REGULADORAS.....</u>	<u>10</u>
<u>1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO REGULADOR.....</u>	<u>10</u>
<u>1.2 SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</u>	<u>12</u>
<u>1.2.1 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA.....</u>	<u>12</u>
<u>1.2.2 OUTRAS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS.....</u>	<u>15</u>
<u>1.2.3 EXPERIÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....</u>	<u>15</u>
<u>1.2.3.1 AS LEIS CRIADORAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....</u>	<u>18</u>
<u>1.2.3.2 CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....</u>	<u>21</u>
<u>1.2.3.2.1 AUTONOMIA FINANCEIRA.....</u>	<u>22</u>
<u>1.2.3.2.2 PODER NORMATIVO.....</u>	<u>23</u>
<u>1.2.3.2.3 INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA.....</u>	<u>27</u>
<u>2. ACESSO COM BASE NA CONSTITUIÇÃO.....</u>	<u>29</u>
<u>2.1 AGENTES PÚBLICOS.....</u>	<u>29</u>
<u>2.1.1 AGENTES POLÍTICOS.....</u>	<u>30</u>
<u>2.1.2 MILITARES.....</u>	<u>30</u>
<u>2.1.3 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM O PODER PÚBLICO.....</u>	<u>31</u>
<u>2.1.4 SERVIDORES PÚBLICOS.....</u>	<u>31</u>
<u>2.2 CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES.....</u>	<u>33</u>
<u>2.3 PROVIMENTO.....</u>	<u>35</u>
<u>2.3.1 COMPETÊNCIA PARA O PROVIMENTO.....</u>	<u>35</u>
<u>2.3.2 CLASSIFICAÇÃO: PROVIMENTO ORIGINÁRIO E DERIVADO.....</u>	<u>37</u>
<u>2.3.3 CARGOS DE PROVIMENTO VITALÍCIO.....</u>	<u>39</u>
<u>2.3.4 CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO.....</u>	<u>40</u>
<u>2.3.5 CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO.....</u>	<u>42</u>

<u>3. A DEMISSÃO.....</u>	<u>47</u>
<u>3.1 REGIME CELETISTA.....</u>	<u>48</u>
<u>3.2 REGIME ESTATUTÁRIO.....</u>	<u>51</u>
<u>3.3 VINCULAÇÃO ENTRE O PROVIMENTO E O DESPROVIMENTO.....</u>	<u>53</u>
<u>3. 4 A PERDA DO MANDATO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</u>	<u>54</u>
<u>3.4.1 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....</u>	<u>54</u>
<u>3.4.2 POSICIONAMENTO DA DOUTRINA.....</u>	<u>57</u>
<u>3.4.3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</u>	<u>60</u>
<u>3.3.4 PROJETO DE LEI N. 413/2003.....</u>	<u>67</u>
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	73

## INTRODUÇÃO

O dirigente de uma agência reguladora, seja o Presidente, o Diretor-Geral, o Diretor-Presidente ou qualquer membro do Conselho Diretor ou da Diretoria, é responsável por exercer as atribuições conferidas por lei às agências, ou seja, por meio de conhecimentos técnicos e independência decisória, deve organizar a regulamentação, fiscalização e o controle da prestação de serviços públicos essenciais prestados pelos particulares e também por órgãos estatais. Dessa forma, lhes foi atribuído um regime jurídico diferenciado em relação a outros ocupantes de cargos de provimento em comissão, cuja definição e contornos restaram à legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 37, II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A Lei n. 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, bem como as leis instituidoras de cada uma das agências em âmbito federal, passaram a dispor que os seus dirigentes ocupam mandato por prazo determinado, com impossibilidade de demissão a qualquer tempo e sem motivação (*ad nutum*) pelo Chefe do Poder Executivo. Assim, somente perderiam o mandato nas hipóteses de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, de processo administrativo disciplinar e em outros casos determinados pela lei de criação da agência, regime jurídico que não possui simetria com a referida norma constitucional.

Em vista disso, o objetivo da presente monografia é verificar, mediante estudo da legislação, doutrina e jurisprudência, a natureza do cargo ocupado pelos dirigentes das agências reguladoras, se resta ou não caracterizado como cargo em comissão, de modo a constatar se a vedação à demissão *ad nutum* dos dirigentes daquelas agências violaria a referida disposição constitucional.

Por seu turno, entre os objetivos específicos expostos no decorrer dos três capítulos deste trabalho, encontram-se o de analisar a inserção e atuação das agências reguladoras no ordenamento nacional, os tipos de agentes públicos existentes e quais as formas de provimento possíveis para a investidura nos cargos, empregos e funções da Administração Pública, o de verificar, também, se a

demissibilidade do dirigente pode ser condicionada à decisão do Poder Legislativo ou seria prerrogativa apenas do Chefe do Poder Executivo.

No primeiro capítulo será objeto de estudo a atividade regulatória estatal, seus primórdios e o seu desenvolvimento no decorrer dos séculos, até o surgimento das agências reguladoras, primeiro no cenário internacional e posteriormente no ordenamento nacional. Será demonstrado, ainda, o panorama atual das agências reguladoras brasileiras mediante a análise de suas características, as quais são pretextos para muitas discussões, críticas e controvérsias, dando-se ênfase às agências do âmbito federal (em ordem cronológica de criação: ANEEL, ANATEL, ANP, ANVISA, ANS, ANA, ANTAQ, ANTT, ANCINE ANAC).

No segundo capítulo haverá uma explicação acerca da classificação dos agentes públicos e quais funções exercem na Administração Pública, da distinção entre cargo, emprego e função pública, das formas de provimento para os cargos públicos, seja ela original ou derivada, bem como os regimes jurídicos que os norteiam. Além disso, com o intuito de enquadrar o regime jurídico dos dirigentes das agências serão analisados os cargos de provimento vitalícios, os de provimento efetivo e os de provimento em comissão.

O terceiro capítulo inicia com o estudo de um tipo específico de desprovisionamento do serviço público: a demissão, como ela ocorre no regime celetista e no regime estatutário. A dedicação principal desse capítulo estará voltada para o instituto da demissão no que diz respeito aos dirigentes das agências reguladoras, com o estudo do tema sob o enfoque da legislação, doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo posicionamento sufragado, outrora, na Súmula 25 – A nomeação a termo não impede livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia – foi alterado, conforme se observará no julgamento da ADIn n. 1949-0 proveniente do Estado do Rio Grande do Sul, última manifestação daquela Corte sobre a matéria.

Para a elaboração desta monografia é de extrema importância a leitura de livros concernentes ao Direito Administrativo, com ênfase também no Direito Constitucional Administrativo, ao Direito do Trabalho e ao Direito Regulatório, bem como o estudo da legislação inerente ao tema e a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.



A fim de concretizar o presente trabalho, o método utilizado é o indutivo de procedimento monográfico e a temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

## 1. ESTADO REGULADOR E AGÊNCIAS REGULADORAS

### 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO REGULADOR

A atividade regulatória estatal remonta ao período entre os séculos X e XIII, época do feudalismo, na qual os aspectos da regulação da economia poderiam ser verificados na produção agrícola fundada na relação de vassalagem, com amplos poderes do senhor feudal, bem como na atividade econômica urbana baseada nas corporações, instituições que estabeleciam normas de ingresso e de exercício de cada atividade (ARAGÃO, 2005, p. 43).

No Estado Absolutista, emergente no final do século XVI, por motivo da perda de poder dos senhores feudais para os burgueses, as políticas econômicas não se ocupavam apenas dos problemas de gestão orçamentária, mas também dos meios e instrumentos para prover o Reino de metais preciosos necessários para o desenvolvimento da indústria e comércio (ARAGÃO, 2005, p. 46).

A concepção liberal de Estado, que preponderou ao longo dos Séculos XVIII e XIX, produzia seus efeitos sobre o modo de conformação do Direito. O Estado que se propunha a atuar como protetor da liberdade e da propriedade se valia de instrumentos jurídicos preponderantemente repressivos. A finalidade a que se orientava a atuação política estatal era evitar condutas infringentes da autonomia individual. Assim, o Direito se externava como um conjunto de sanções orientadas a prevenir e punir a infração da liberdade e da propriedade (JUSTEN FILHO, 2007, p. 20).

No Estado de Bem-Estar social<sup>1</sup> o desempenho das atividades econômicas era atribuído diretamente às organizações estatais, de forma que a competência estatal podia manifestar-se, de modo eventual e acessório, como uma atuação normativa, com a edição de atos normativos a fim de disciplinar o

---

<sup>1</sup> Iniciado na segunda década do século que se encerrou, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico. Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores (BARROSO, 2006, p. 60).

desempenho da atuação privada. Essa regulação estatal destinava-se a limitar manifestações excessivas do individualismo, pois havia a concepção de que as atividades privadas eram voltadas para a realização de objetivos individuais, de modo que a atuação capaz de modificar o universo econômico e social dependeria da participação de organismos estatais. (JUSTEN FILHO, 2007, p. 24)

A fase final do século XX, no entanto, depara-se com um Estado onipotente, que não conseguiu desempenhar seu papel – o de regular a economia visando o interesse público – e assim, surgiriam falhas no modo de regulação, as quais, aliadas a ideia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção, levariam ao discurso da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais<sup>2</sup> (BARROSO, 2006, p. 60).

Com a redução da atuação estatal no domínio econômico, o Estado passa a ter papel regulador, cujo objetivo é a modificação da realidade social, principalmente com a promoção da dignidade da pessoa humana, porquanto é ele, juntamente com o Direito, o instrumento capaz de alterar as relações estabelecidas entre os agentes sociais. (JUSTEN FILHO, 2007, p. 20)

Para o doutrinador:

*A regulação* consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste **não** no exercício direto e imediato pelo Estado de **todas** as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 564 – grifo do autor).

E na lição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO

Regular significa, no caso, organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor. Nas palavras de Calixto Salomão Filho (2001:15), a regulação, em sentido amplo, ‘engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia’. A seu ver, ‘a concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços,

---

<sup>2</sup> A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia de realização dos direitos fundamentais, mas apenas à modificação do instrumental para tanto. Somente se admite a *privatização* na medida em que existam instrumentos que garantam que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão realizados por meio da atuação da iniciativa privada (JUSTEN FILHO, 2009, p. 567 – grifo do autor).

quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo’ (2007, p. 534).

É nesse contexto que, em meados dos anos 1990, surgiria, na América Latina, a moderna teoria da regulação, explicada por Marçal JUSTEN FILHO (2007, p. 24)

No modelo desenvolvido ao longo dos últimos 30 anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente, a contrapartida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. A assunção de um modelo regulatório torna desnecessária a atuação interventiva repressiva, como concebida originariamente. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção de bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado de bem-estar permanece vigente, integrando irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos.

## 1.2 SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### 1.2.1 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

O Estado Regulador tem origem nos Estados Unidos, em 1887<sup>3</sup>, com a instituição da *Interstate Commerce Commision*<sup>4</sup>, tendo sido criadas, a partir de então, as *independent administrative agencies* ou *regulatory agencies*, com o intuito de regularem atividades, impor deveres e aplicarem sanções (CUÉLLAR, 2001, p. 66).

O conceito desses entes é oferecido pela lei editada com o intuito de controlar os procedimentos e homogeneizar o funcionamento desses órgãos, a Lei de Procedimentos Administrativos – *Administrative Procedure Act* (APA) –, “Agência é qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao

<sup>3</sup> Na Inglaterra, a partir de 1834, floresceram entes autônomos, criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei. Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e desde 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, tem início a proliferação de *agencies* para a regulação de atividades, imposição de deveres e aplicação de sanções (MEDAUAR, 2009, p. 77 – grifo no original).

<sup>4</sup> Destinada a regular os serviços ferroviários alvos de disputa entre as empresas que buscavam o lucro máximo e os fazendeiros do oeste, que desejavam a regulação dos preços.

controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais” (FIGUEIREDO, 2008, p. 152).

Leila CUÉLLAR (2001, p. 68-69) traz as características desses órgãos:

As agências administrativas norte-americanas são classificadas sob vários critérios, dentre os quais se destacam aqueles relativos à natureza dos poderes que lhe são conferidos e à independência face ao Poder Executivo. O primeiro critério divide as agências em reguladoras (regulatory agencies) e não reguladoras (non regulatory agencies, social welfare agencies ou benefactary agencies).<sup>5</sup>

As agências podem ser qualificadas como independentes (independent regulatory agencies ou commissions) ou executivas (executive agencies), dependendo da previsão ou não de limites para a destituição de seus diretores por parte do chefe do poder executivo.

As agências independentes possuem uma autonomia estrutural em relação ao Poder Executivo, porque a destituição de seus diretores por parte do Presidente dos Estados Unidos se condiciona à decisão do Congresso e somente será admissível se concorrerem causas previstas na norma de criação da agência. Embora os diretores das agências independentes sejam indicados pelo Presidente dos Estados Unidos, com a aprovação do Senado Federal, eles somente poderão ser destituídos com justa causa, consistente em ação danosa ou ilegal ou em omissão. Ou seja: razões políticas não são suficientes para acarretar a remoção de diretor de agência administrativa independente. Não possuindo cargos vinculados à vontade do Chefe do Poder Executivo, os diretores detêm estabilidade e uma maior liberdade de atuação.

Em relação aos três Poderes do Estado, as agências reguladoras norte-americanas possuem certa margem de independência: quanto ao Legislativo, em virtude da função normativa, que justifica o nome; quanto ao Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; e quanto ao Judiciário, porque possuem autorização para elaborar regras jurídicas a fim de decidir litígios entre os delegatários que exercem serviço público ou entre esses e os usuários dos serviços (DI PIETRO, 2007, p. 436-437).

Dessa forma, as referidas agências são independentes e não se submetem ao controle hierárquico do Poder Executivo, detendo poderes para fiscalizar, investigar, punir e decidir controvérsias. Dispõem, portanto, de poderes “quasi-legislative” e “quasi-judicial”, os quais são outorgados pelo Poder Legislativo, órgão criador das agências (CUÉLLAR, 2001, p. 71).

Na função “quase-legislativa” ocorre a edição de normas regulamentares das atividades incluídas no respectivo campo da especialidade<sup>6</sup>, as quais passam a

<sup>5</sup> As agências reguladoras são entes que estabelecem regras para setores econômicos privados, condicionam os direitos e liberdades dos particulares e têm competência para resolver conflitos intersubjetivos, enquanto que as agências não reguladoras desempenham funções relativas à prestação de serviços de assistência social aos indivíduos, cujas atividades têm o intuito de promover o bem-estar econômico e social.

<sup>6</sup> As normas podem ser de natureza substantiva (própria delegação de competência normativa do Legislativo), interpretativa (objeto de reexame judicial mais frequente) e procedimental (diz respeito ao

ter força de lei, tanto para os agentes econômicos envolvidos quanto para os usuários dos respectivos serviços. Assemelham-se às características das leis, vez que, por um lado, o infrator se sujeita às mesmas consequências jurídicas previstas para a não-observância das leis votadas pelo Congresso, como por exemplo, o pagamento de multas. E, por outro lado, essas normas têm baixa vulnerabilidade a injunções judiciais, pois é tradição do direito público jurisprudencial norte-americano o amplo respeito à “expertise” desses entes especializados (GOMES, 2006, p. 34-35).

E prossegue Joaquim B. Barbosa GOMES (2006, p. 36):

Quanto à chamada função ‘quase-judicial’, ela repousa, primeiramente, no fato de que muitas agências reguladoras americanas adotam um procedimento decisório de tipo judicialiforme. Tal procedimento se ilustra por dois aspectos distintos. Em primeiro lugar, pelo fato de que, em vez de se decidirem as questões administrativas pelo método clássico do exame burocrático através de diversos e sucessivos órgãos e agentes hierarquizados de forma mais ou menos lógica, elas são submetidas a um procedimento muito parecido com o que antecede as decisões judiciais (‘trial-like procedure’), envolvendo audiências públicas (‘hearings’), colheitas de depoimentos, intervenção de advogados representantes das partes envolvidas e final decisão por parte de um órgão colegiado.

Em segundo lugar, a “quase judicialidade” decorre do especialíssimo regime jurídico reservado às agências, que possibilita ao Poder Judiciário rever as decisões das agências reguladoras, desde que haja previsão legal expressa. No entanto, muitas vezes, essa revisão acaba por não ocorrer em virtude da lei instituidora da agência excluir o reexame judicial, em razão de a questão pertencer à alçada discricionária da agência, bem como porque se trata de especialização técnica das agências, atuando, assim, como agentes das Cortes de Justiça, de modo que os órgãos do Judiciário apenas confirmam as decisões e escolhas técnicas desses entes (GOMES, 2006, p. 36-37).

A situação que justificaria a proibição do Presidente em destituir o pessoal das agências independentes (*independent regulatory agencies ou commissions*), salvo nos casos de deslize administrativo ou falta grave (*for cause shown*) é a imprescindível permanência dos seus membros para que se possa concretizar o exercício dos dois poderes anteriormente descritos, não podendo, portanto, ficarem à mercê da dependência presidencial.

Discute-se a constitucionalidade dessas delegações, sobretudo a legislativa, vez que na judiciária há participação, mediante o *due process of law*,

---

regimento interno das agências).

daquele que sofrer os efeitos da decisão, sujeitando-se futuramente ao controle jurisdicional, o qual deve ser razoável, limitando-se aos aspectos procedimentais que asseguram o devido processo legal e à participação dos interessados na matéria objeto da regulação.

Quanto ao poder normativo, desde que haja uma diretriz legislativa estabelecida pelo Congresso norte-americano, a delegação é constitucional, devendo a agência atuar dentro dos limites fixados pelo legislador (*standards*) (CUÉLLAR, 2001, p. 73).

### 1.2.2 OUTRAS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS

Além da experiência norte-americana, cabe mencionar, na França, a *Commission des Opérations de Bourse* (equivalente à CVM brasileira), entidade independente, composta por dirigentes nomeados com mandato fixo, com atribuições para regulamentar e fiscalizar o mercado de títulos imobiliários e às atividades inerentes ao mercado de capitais (GOMES, 2006, p. 55-56).

Essas autoridades administrativas francesas têm a função de regulação social em determinados setores, o que justifica a estrutura e os poderes de, inclusive, fixar regras jurídicas, pois não são subordinadas ao Poder Executivo, tampouco são prolongamentos do Poder Legislativo ou Judiciário, dotadas, ainda, de poderes que lhes permite exercer de forma independente o objetivo de regulação setorial (ARAGÃO, 2002, p. 119).

Na Inglaterra, cita-se, a título exemplificativo, a *National Rivers Authority* que atua na regulação do sistema de saneamento mediante a fiscalização de produtos, como organismo normativo e orientador da ação das empresas de saneamento. No México existe a *Comisión Federal de Competencia (CFC)*, responsável pela área do petróleo e telecomunicação (SOUTO, 1999, p. 159).

### 1.2.3 EXPERIÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

É de longa data a existência do ordenamento brasileiro de entidades com função reguladora, as quais foram instituídas como autarquias econômicas com o objetivo de regular a produção e o comércio, mas sem a denominação de agências. Pode-se citar, no início do século passado, a título exemplificativo, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941) e o Instituto Nacional do Sal (1940). Além desses, há também órgãos com funções normativas e de fiscalização, como o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional (DI PIETRO, 2007, p. 434).

Acerca do tema, a lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO (2008, p. 172):

Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal 'Reforma Administrativa', provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana ('agência'). A autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL, tanto que o art. 31 da lei transfere à nova pessoa todo o acervo técnico, patrimonial, obrigações, direitos e receitas do DNAEE.

Assim, a inovação diz respeito ao vocábulo *agência*, vez que a função normativa sempre esteve presente em inúmeros órgãos. As agências reguladoras criadas até o momento possuem a natureza de autarquias especiais<sup>7</sup>, integram a Administração indireta, são vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade e são dotadas de personalidade jurídica de direito público (MEDAUAR, 2009, p. 77-78).

Diferenciam-se das agências executivas, porquanto, embora as duas sejam consideradas autarquias, a agência executiva é identificada por um critério negativo, vez que, destituída de competências regulatórias, é dedicada a desenvolver atividades administrativas clássicas, inclusive prestando serviços públicos (JUSTEN FILHO, 2009, p. 583).

Na doutrina de Leila CUÉLLAR (2001, p. 76)

a expressão 'agência executiva' foi inicialmente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto nº 2.487, de 02/02/98. Trata-se de qualificação concedida a autarquias e fundações que tenham 'celebrado

<sup>7</sup> De acordo com Marçal JUSTEN FILHO "Trata-se de autarquia especial, o que significa que a lei instituidora prevê algumas peculiaridades no regime jurídico aplicável à entidade, propiciando uma margem de autonomia jurídica que não se encontra na maior parte das entidades autárquicas. Isso envolve a redução do grau de subordinação da entidade em face da Administração direta" (2009, p. 584).



contrato de gestão com o respectivo Ministério Supervisor' e possuam 'plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional'.

Com a adoção de um modelo estrangeiro de agência pelo ordenamento brasileiro, exige-se a adaptação do mesmo aos princípios e regras norteadores do direito nacional, não podendo as agências nacionais ser iguais às norte-americanas.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2007, p. 434-435) aborda a existência de dois tipos de agências reguladoras no direito brasileiro

- a) as que exercem, com base em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão; é o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), criada pela Lei nº 9.782, de 26-1-99, da Agência Nacional de Saúde Pública Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28-1-2000, da Agência Nacional de Águas, criada pela Lei nº 9.984, de 17-7-2000;
- b) as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes etc.) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas mineiras, rodovias, etc.).

As primeiras são semelhantes a entidades já existentes, como o Banco Central e a Secretaria da Receita Federal. As segundas que seriam novidades, pois começaram a desempenhar competências que, na concessão, permissão e na autorização, eram anteriormente atribuídas à Administração Pública Direta, a qual atuava como poder concedente. Essas competências vêm sendo assumidas quando o objeto da concessão é um serviço público (hipóteses do artigo 21, XI e XII, da Constituição) ou é a exploração de atividade econômica monopolizada (hipóteses do artigo 177) (DI PIETRO, 2007, p. 435).

A Constituição de 1988 não traz a definição de agência, empregando a expressão somente para se referir às agências financeiras do fomento (artigo 165, § 2º) e às agências de instituições financeiras (artigo 52, I, do ADCT), dispondo sobre o desempenho das funções regulatórias no artigo 174<sup>8</sup>.

O texto constitucional faz referência unicamente a órgão regulador, dispondo no artigo 21, XI, que cabe à lei criar órgão regulador dos serviços de telecomunicações, e no artigo 177, § 2º, III, prevê a edição de lei que disciplinará a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União sobre as atividades relacionadas ao petróleo. Ambos os artigos não discriminam

---

<sup>8</sup> "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".

competências, tampouco dispõem sobre a estrutura dos órgãos reguladores (FIGUEIREDO, 2008, p. 153-154).

Não há que se falar, todavia, que as referidas agências, por serem as únicas constitucionalmente previstas, seriam as únicas permitidas no ordenamento brasileiro. Isto porque, ao se considerar a referida situação, haveria a equiparação das referidas agências a órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, possuindo, dessa forma, privilégios bem distintos daqueles característicos das autarquias. Ademais, a Constituição faz ampla referência das competências, estrutura e composição do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o que afastaria o status constitucional conferido aos órgãos reguladores.

A expressão “agência reguladora” é tratada somente na doutrina, jurisprudência e nas leis criadoras de cada um desses órgãos reguladores, pois não há lei infraconstitucional específica que defina o que seja agência e que trate de sua disciplina.

Na ausência de lei genérica, torna-se necessário o estudo da legislação nacional (leis instituidoras das agências) e da teoria doutrinária, a fim de se traçar um perfil dessas entidades que não possuem um modelo consolidado, pois estão em fase de formação e transformação, haja vista as alterações propostas por projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, dos quais um será analisado no terceiro capítulo do presente trabalho.

#### 1.2.3.1 AS LEIS CRIADORAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS<sup>9</sup>

Pelo artigo 1º, da Lei n. 9.427, de 26.12.1996, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, cujo objetivo é regular e fiscalizar a produção, transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

O artigo 8º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações.

---

<sup>9</sup> Dados retirados das leis criadoras de cada agência reguladora, disponíveis no endereço eletrônico da respectiva lei, conforme as referências ao final do presente trabalho.

Já o artigo 7º, da Lei n. 9.478, de 06.08.1997, com alterações posteriores, inclusive da Lei n. 11.097/2005, criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, também vinculada ao Ministério de Minas e Energia, atuando como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis.

No âmbito do Ministério da Saúde, foram criadas duas agências: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei n. 9.782, de 26.01.1999), cuja finalidade é promover a proteção da saúde da população mediante o controle sanitário da produção e comercialização de produtos submetidos à vigilância sanitária; e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei n. 9.961, de 28.01.2000), destinada a regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades garantidoras da assistência suplementar à saúde e zelar para que as operadoras setoriais de assistência cumpram os contratos.

Por sua vez, a Lei n. 9.984, de 17.07.2000, constituiu a Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de organização da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente.

Em 05.06.2001, pela Lei n. 10.233, foi criado o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes e instituídas duas agências reguladoras vinculadas ao Ministério dos Transportes: a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com a finalidade de regular o transporte ferroviário de passageiros e cargas, a exploração da infra-estrutura ferroviária e rodoviária, o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, rodoviário de cargas, multimodal e o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias; e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, com o objetivo de regular a infra-estrutura aquaviária, os portos, terminais portuários privativos, o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas, a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso.

Mediante Medida Provisória (n. 2.228-1, de 06.09.2001), instituiu-se a Agência Nacional do Cinema – ANCINE<sup>10</sup>, vinculada ao Ministério da Cultura, como

---

<sup>10</sup> Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2003, p.192) entende que a ANCINE não apresenta características suficientes para ser enquadrada como uma agência reguladora, além de ser discutível a idoneidade constitucional da Medida Provisória para instituir uma autêntica agência, vez que a competência é do Poder Legislativo (art. 48 da CF).

autarquia de regime especial fomentadora, reguladora e fiscalizadora da indústria cinematográfica e videofonográfica.

A Lei n. 11.182, de 27.09.2005, criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, vinculada ao Ministério da Defesa, destinada a implementar a política de aviação civil, bem como regular e fiscalizar as atividades da aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

Tendo em vista que a constituição das agências reguladoras resulta do processo de descentralização administrativa,

é lícito aos Estados, Distrito Federal e Municípios criar suas próprias agências autárquicas quando se tratar de serviço público de sua respectiva competência, cuja execução tenha sido delegada a pessoas do setor privado, inclusive e principalmente concessionários e permissionários. O que se exige, obviamente, é que a entidade seja instituída *por lei*, como impõe o art. 37, XIX, da CF, nela sendo definida a organização, as competências e a devida função controladora (CARVALHO FILHO, 2009, p. 467 – grifo do autor).

Encontram-se agências reguladoras também nas esferas estaduais e municipais<sup>11</sup>, as quais não serão objetos de uma análise exaustiva, pois o intuito é de mencionar a existência desse fenômeno também na Administração indireta dos Estados e Municípios.

Entre as experiências estaduais podem ser citadas<sup>12</sup>: no Distrito Federal, a Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal – ADASA (Lei estadual n. 3.365/04); em Goiás, a Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – AGR (Lei estadual n. 13.550/99); no Rio Grande do Sul, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei estadual n. 10.931/97); no Espírito Santo, a Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo – AGES (Lei estadual n. 5.721/98); em Santa Catarina, a Agência Catarinense de Regulação e Controle – SC/ARCO (Lei estadual n. 11.355/00) e Agência Reguladora de Serviços Públicos

<sup>11</sup> Dados retirados do endereço da internet da Associação Brasileira de Agências de Regulação. Disponível em: <<http://www.abar.org.br>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

<sup>12</sup> Na Bahia, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA (Lei estadual n. 7.314/98); no Rio de Janeiro a Agência Reguladora de Serviços Públicos – ASEP/RJ (Lei estadual n. 2.686/97); no Ceará, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE (Lei estadual n. 12.786/97) no Mato Grosso, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso – AGER (Lei estadual n. 7.101/99); no Mato Grosso do Sul, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul – AGEPAN (Lei estadual n. 2.363/01); em Minas Gerais, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais – ARSEMG (Lei estadual n. 12.999/98); na Paraíba, a Agência de Regulação do Estado da Paraíba – ARPB (Lei Complementar n. 67, de 07.07.2005); no Rio Grande do Norte, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte – ARSEP (Lei estadual n. 7.463/99).

de Santa Catarina – AGESC (Lei Estadual n. 13.533/05); em São Paulo, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP (Lei Complementar n. 914/2002).

No âmbito municipal citam-se como exemplos: em Joinville/SC, a Agência Municipal de Água e Esgoto – AMAE (Lei municipal n. 4.341/01), em Natal/RN, a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal – ARSBAN (Lei municipal n. 5.346/01); em São Paulo, a Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos do Município de Mauá/SP – ARSAE (Lei municipal n. 3.263/00) e a Agência Reguladora do Serviço de Água, Esgotos e Resíduos do Município de Guaratinguetá/ SP (Lei municipal n. 3.933/07); a Agência Reguladora de Águas e Saneamento Básico do Município de Ponta Grossa (Lei municipal n. 8.428/06).

### 1.2.3.2 CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

Em virtude da relevância dos serviços públicos regulados e fiscalizados pelas agências reguladoras e tendo em vista a suscetibilidade dos referidos entes a poderosos grupos econômicos (nacionais e estrangeiros) tornou-se necessária a outorga de amplos poderes a essas autarquias de tal modo que as leis de criação atribuíram determinadas peculiaridades, as quais são caracterizadas basicamente<sup>13</sup> pela **autonomia financeira** (orçamento próprio e liberdade de sua aplicação), pelo **poder normativo** (edição de normas para regulamentar as matérias de sua competência) e pela **independência administrativa**, baseada na estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo) (MEIRELLES, 2009, p. 357).

Essas peculiaridades caracterizam o regime especial das agências reguladoras, podendo ser encontradas também na legislação infraconstitucional:

(...) quatro das leis supra-referidas propõem-se a esclarecer o que tipificaria os 'regimes especiais' a que aludem. Assim, a lei da ANATEL, em seu art. 8º, § 2º, apresenta como seus traços especificadores 'independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira'. A lei da ANS, no art. 1º, parágrafo único, aponta como caracterizadores de tal regime 'autonomia administrativa, financeira patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes'; a lei da ANVISA (dantes denominada ANVS), no art. 3º, parágrafo único, aponta como caracterizadores de tal regime 'independência administrativa,

<sup>13</sup> José dos Santos CARVALHO FILHO (2007, p. 51) acrescenta mais uma peculiaridade: a autonomia decisória, visto que a solução de conflitos exaure-se no próprio âmbito da autarquia.

a estabilidade de seus dirigentes e a autonomia financeira' e a lei criadora da ANTT e da ANTAQ indicam, no art. 21, § 2º, que o regime autárquico especial é caracterizado pela 'independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes' (MELLO, 2008, p. 173-174).

A independência é necessária a fim de se evitar o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura (*capture theory*, na doutrina americana), a qual é caracterizada pela influência das entidades privadas na atuação das agências reguladoras, de modo a preterir os usuários dos serviços em benefício das empresas. A referida circunstância leva a uma relação duvidosa entre a agência, de um lado, e o governo ou os entes regulados, de outro, comprometendo a independência<sup>14</sup> do órgão regulador (CARVALHO FILHO, 2009, p. 467).

#### 1.2.3.2.1 AUTONOMIA FINANCEIRA

A autonomia financeira dessas entidades, consoante assevera Marcos Juruena Villela SOUTO (1999, p. 142-143), estabeleceu-se mediante “mecanismo de atribuição de receitas sem que os recursos tenham que transitar pelo Erário”<sup>15</sup>, no qual é possível haver, além das dotações orçamentárias gerais, receitas provenientes da própria atividade regulatória, mediante a instituição de taxas de regulação ou fiscalização<sup>16</sup> dos serviços concedidos ou permitidos, devidas pelo concessionário ou permissionário de serviços diretamente à agência, por meio de participações em convênios, contratos ou acordos celebrados, como, por exemplo, nos setores de energia elétrica e petróleo, recursos provenientes de doações ou legados, bem como valores decorrentes da venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de propriedade das agências.

---

<sup>14</sup> Alexandre dos Santos ARAGÃO (2005, p. 10) observa que as principais notas de autonomia/independência das agências reguladoras são a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, competências regulatórias e a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios; sendo que apenas a conjunção destes elementos resultará na conceituação de uma entidade como agência reguladora independente.

<sup>15</sup> Isso significa a possibilidade de manutenção de sua estrutura e de seu funcionamento sem dependência de disputas políticas sobre a distribuição de verbas orçamentárias (JUSTEN FILHO, 2009, p. 590)

<sup>16</sup> Apesar de prevista nas leis criadoras das agências, essa forma de arrecadação vem sendo questionada judicialmente pela justificativa de que teria natureza jurídica de tributo, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia, tendo como base de cálculo a receita recebida pela concessionária/permissionária, o que seria vedado, pois as taxas não podem ter base de cálculo típica de imposto, devendo sujeitar-se, assim, às limitações constitucionais ao poder de tributar, especialmente, as estabelecidas nos artigos 145, 150, 151 e 152 da Constituição Federal (SOUTO, 1999, p. 145).

### 1.2.3.2.2 PODER NORMATIVO

O poder normativo das agências reguladoras desponta da incapacidade do legislador de lidar com a complexidade e o pluralismo de interesses sociais da realidade pós-moderna, haja vista atuar mediante processos lentos e essencialmente políticos. Essa situação agrava-se, ainda, pela expansão das atividades dotadas de grandes particularidades técnicas, as quais, quando não prestadas diretamente pelo Estado, são por ele reguladas (ARAGÃO, 2005, p. 379-380).

Não obstante a competência legislativa pertencer principalmente ao Poder Legislativo, a própria Constituição Federal dispõe acerca da atuação normativa autônoma, ou em caráter de colaboração, dos demais poderes (CUÈLLAR, 2001, p. 111).

Sérgio GUERRA (2005, p. 5) discorre que a função normativa não se confunde com o poder regulamentar de competência do Chefe do Poder Executivo, nem usurpa a função legiferante do Poder Legislativo, pois

Diante dessa realidade pós-moderna, havia que se repensar os postulados da legalidade e da separação de poderes, não para aboli-los ou combatê-los (pois sobre eles assenta-se a própria idéia de um Estado Democrático de Direito), mas podá-los do excesso de sua sacralização positiva, que levaram ao legalismo, isto é, ao formalismo excessivo, com a predominância da letra dos textos sobre seu espírito ou sobre o dinamismo da vida. Em suma, havia, pois que se enfrentar a chamada '*crise de legalidade*' que se instaurou nos países de constitucionalismo avançado (grifo do autor).

Essa nova configuração resultou no surgimento de regimes jurídicos específicos desenvolvidos por entidades reguladoras – encarregadas da regulação de matérias específicas dotadas de grande conteúdo técnico – de determinado setor econômico a partir das normas constitucionais e legais pertinentes (ARAGÃO, 2005, p. 380).

O doutrinador observa, ainda, que

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação (2005, p. 380).

A competência normativa dos entes reguladores, no entanto, trouxe uma gama de discussões quanto à sua natureza, se seria exercida mediante delegação, deslegalização, função regulatória ou função regulamentar<sup>17</sup>.

A delegação de poderes é a outorga, específica e precária, de poder titularizado por órgão estranho ao delegatário. Em se tratando de delegação legislativa, o legislador permite, dentro das diretrizes por ele traçadas, que outro órgão exerça a atividade legiferante, mas não renuncia à sua competência (CUÉLLAR, 2001, p. 111-112).

A referida característica de atuação normativa, no entanto, não condiz com os órgãos reguladores, pois, conforme conclui a doutrinadora

Na medida em que a delegação é sempre precária e excepcional, caso o poder normativo das agências derivasse de delegação, poderia em tese, ser cassado, o que acarretaria extinção das agências – ou frustração de sua natureza jurídica essencial.

[...]

A delegação deve ser controlada *pari passu* pelo delegante – o que é inviável no sistema brasileiro.

Assim, parece-nos que o óbice para justificação da atribuição de poder normativo às agências como delegação de poderes não é o 'princípio da separação dos poderes', mas a própria natureza jurídica do ato de delegar (2001, p. 116).

Para Luis Roberto BARROSO (2006, p. 83), a delegação de poderes legislativos para qualquer poder não é permitida pela Constituição Federal atual, pois o Constituinte teria determinado a revogação das normas delegadoras de competência normativa mediante a edição do artigo 25 da ADCT:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I. ação normativa; [...].

No que diz respeito ao poder regulamentar<sup>18</sup>, previsto no artigo 84, IV, da CF, para Marcos Juruena Villela SOUTO (2002, p. 24) ele é exercido exclusivamente pelo chefe do Poder Executivo<sup>19</sup> por meio de decretos de forma a orientar a Administração e os administradores a cumprir os comandos estabelecidos na lei. O

<sup>17</sup> Enquanto a regulação é técnica, a regulamentação é política (havendo legitimidade eleitoral para tanto, o que não ocorre na regulação, que se limita a implementar a decisão política); a regulação atende a interesses coletivos (setoriais), a regulamentação a interesses públicos (gerais) (SOUTO, 2002, p. 233).

<sup>18</sup> Regulamento é o ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública (MELLO, 2008, p., 337 – grifo do autor).

<sup>19</sup> Nessa mesma linha, é o entendimento de Paulo Magalhães da Costa COELHO (2004, p. 94).



comando constitucional, portanto, afasta a edição de regulamentos por agentes reguladores, pois a norma regulatória é mais ampla que o simples detalhamento da lei.

Por outro lado, Marçal JUSTEN FILHO (2009, p. 587) entende que o referido artigo não significa uma reserva constitucional privativa do Presidente da República para editar regulamentos, podendo essa competência ser distribuída entre as diversas entidades integrantes da Administração Pública, a fim de se evitar um caos para a atividade administrativa, face à impossibilidade do chefe do Poder Executivo concentrar apenas em suas mãos a competência para regulamentar as leis.

A tarefa relativa ao poder normativo das agências reguladoras independentes, a qual deve ser abordada na perspectiva do Estado democrático de Direito, é dificultada pelo conservadorismo de parte da doutrina e também pela abundância e confusão da nomenclatura existente na matéria: regulamentos meramente executivos, executivos, interpretativos, autônomos, autorizados, habilitados, independentes, delegados, organizativos, livres, integrativos, de necessidade, etc (ARAGÃO, 2005, p. 405).

#### O doutrinador adota

Um conceito amplo de 'execução', consistente no desenvolvimento de normas preestabelecidas, pelo qual os regulamentos das agências reguladoras acima analisados, calcados em *standards*, serão 'de execução', etendendo [sic] ao disposto nos arts. 5º, II e 84, IV, *in fine* da Constituição Federal ('decretos e regulamentos para a fiel *execução* da lei') (2005, p. 414).

#### Acrescenta, ainda, o posicionamento jurisprudencial sobre o tema:

O Supremo Tribunal Federal – STF em diversas ocasiões já fixou a legitimidade da atribuição de poder normativo através de *standards* e finalidades genéricas estabelecidas em lei. Em recente decisão liminar (ADIN nº 1.668/DF, Relator MINISTRO MARCO AURÉLIO), o STF considerou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT em favor da ANATEL, desde que esta subordine-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes (2005, p. 416-417).

Nessa decisão o Supremo Tribunal Federal afirmou que a competência normativa da ANATEL apresenta natureza regulamentar, devendo observar assim, os limites legais. A dúvida do julgamento era sobre a possibilidade da agência de editar resoluções que viessem a derrogar a Lei de Licitações, por exemplo, o que levaria a adoção da tese da deslegalização. O STF afastou a referida possibilidade,

decidindo que a competência da ANATEL, na matéria, era infralegal, sujeitando-se, portanto, às normas da Lei de Licitações (BINENBJOIM, 2006, p. 99).

Celso Antônio Bandeira de MELLO (2008, p. 339) anota que não se tolera nenhum tipo de regulamento no direito brasileiro, a não ser o regulamento denominado pela doutrina estrangeira de executivo, vez que a função regulamentar se limitaria exclusivamente à produção de atos normativos – decretos e regulamentos – requeridos para a fiel execução da lei, em harmonia com o princípio da reserva legal – artigo 5º, II, da CF<sup>20</sup>.

Por outro lado, os regulamentos autônomos não devem ser entendidos como um fenômeno jurídico estanque e exclusivo de países estrangeiros, sendo válida a sua existência no direito brasileiro, haja vista a necessidade de se dotar o Executivo de competência indispensável para consecução dos fins do Estado. Dessa forma, ao se considerar a existência de competência regulamentar para as agências reguladoras brasileiras, até mesmo para editar regulamentos autônomos, deve-se ter em vista que o exercício do referido poder regulamentar jamais seria ilimitado, devendo ser impostas restrições<sup>21</sup> (CUÉLLAR, 2001, p 123-125).

Para José dos Santos CARVALHO FILHO (2007, p.54) a função exercida pelas agências seria reflexo do poder regulamentar – prerrogativa da Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação – caracterizado pela aptidão jurídica de produção de normas de estatura inferior à das leis, que se preordenem à complementação e execução destas. Corrobora o autor com o entendimento da doutrina majoritária acerca da impossibilidade dos atos regulamentares criarem obrigações, sob pena de violação ao princípio da reserva legal, alhures citado.

Quanto à deslegalização<sup>22</sup>, estaria ela implícita no amplo poder normativo, amparado em *standards* gerais, conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras para desempenhar as suas competências regulando determinado setor da economia, principalmente no que diz respeito aos aspectos técnicos, observada a

---

<sup>20</sup> “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>21</sup> Tais como subordinação hierárquica à lei, impossibilidade de inovação – não pode estabelecer direitos, obrigações ou deveres novos sem respaldo em lei, tampouco restringir ou modificar direitos ou obrigações legais –, respeito à repartição das competências entre os entes federativos, submissão ao controle do Judiciário, quanto à possibilidade de sua emanção, bem como em relação ao seu conteúdo.

<sup>22</sup> Eduardo García ENTERRÍA (*apud* ARAGÃO, 2005, p. 419-420) chama deslegalização a operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, disponibiliza aludido tema ao poder regulamentar da Administração.

política pública fixada pela Lei e pela Administração Central (ARAGÃO, 2005, p. 424).

É essa limitação que confere legitimidade à deslegalização, porquanto considerada específica, diferente da genérica, cuja característica é a deslegalização geral de toda a reserva de legalidade que acarretaria na vulneração do princípio constitucional da reserva legal. Dessa forma, em se tratando das agências reguladoras, a deslegalização legítima é aquela que oferta maior densidade regulamentadora no que diz respeito à matéria de ordem técnica a que esteja direcionada (CARVALHO FILHO, 2007, p. 57-58).

O objetivo principal, no entanto, não reside na aceitação ou não do poder regulamentar autônomo, mas sim na elaboração de regras hermenêuticas que legitimem a existência de regulamentos autônomos, tornando aptos seu controle e regulação pelo sistema jurídico (CUÉLLAR, 2001, p. 123).

O que devemos ter realmente em mira, independentemente de qual seja o Poder ou a entidade emanadora, é que as normas jurídicas devem, em qualquer hipótese, atender ao devido processo legal, em suas dimensões adjetivas e substantivas, e visar a realização dos valores constitucionais (ARAGÃO, 2005, p. 404).

#### 1.2.3.2.3 INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA

A independência administrativa corresponde à ausência de vínculo hierárquico formal entre a agência e a Administração Central, principalmente no que diz respeito à estabilidade outorgada aos dirigentes das agências, a fim de se evitar que sofram influências políticas e sejam capturados por interesse políticos e econômicos, situação verificada na maior parte das entidades da Administração Indireta, nas quais os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por acatar interferências, mesmo que ilícitas (DI PIETRO, 2007, p. 437).

Na lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO (2008, p. 174)

Assim, o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas, e que se contém nos arts. 5º e parágrafo único, 6º e 9º da precitada Lei 9.986, de 18.7.2000 (que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras).

Essa conjuntura é assegurada por procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem a nomeação de dirigentes com lastro político, mandato fixo de três<sup>23</sup> ou quatro anos e impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal (BARROSO, 2006, p. 71).

E Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2007, p. 436) analisa as principais características do mandato dos dirigentes, cujas considerações serão tratadas nos capítulos seguintes:

Com relação aos dirigentes, a Lei nº 9.986, de 18-7-2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, veio uniformizar as normas sobre seu provimento, ao determinar que os mesmos serão escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, porém dependendo, a escolha, de aprovação pelo Senado Federal. De acordo com o artigo 4º, 'as Agências serão dirigidas em regime de Colegiado, por um conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles seu Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente'. Por sua vez, o artigo 5º estabelece que o 'Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do artigo 52 da Constituição Federal'. De acordo com o artigo 6º, o mandato dos Diretores será o estabelecido pela lei instituidora de cada agência. O artigo 8º previu a chamada 'quarentena', de conteúdo moralizador, ao proibir o ex-dirigente de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato, no período de impedimento, o ex-dirigente continua vinculado à Agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu.

Adverta-se, contudo, que não basta conferir estabilidade aos dirigentes para caracterizar uma agência como independente. Com efeito, até mesmo nos EUA, onde o Congresso exerce a fiscalização e controle com zelo implacável e que o sistema de freios e contrapesos funciona de modo eficiente, há muitas críticas de que as agências, preterindo o interesse público, procuram atender seus próprios interesses e os de *lobbies* atuantes tanto nos comitês do Congresso incumbidos de supervisioná-las, quanto no âmbito das atividades privadas que lhes incumbe regulamentar e fiscalizar (GOMES, 2006, p. 40).

---

<sup>23</sup> Previsto para os diretores da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, conforme redação do artigo 6º da Lei n. 9.961/00.

## 2. ACESSO COM BASE NA CONSTITUIÇÃO

### 2.1 AGENTES PÚBLICOS

O dirigente de uma agência reguladora é um agente público<sup>24</sup>. Essa distinção, no entanto, não é suficiente para caracterizá-lo em virtude das diversas categorias de agentes públicos existentes e também pelas peculiaridades que envolvem o seu mandato, o que remete para um estudo no âmbito constitucional e infraconstitucional a fim de definir os seus contornos.

A Constituição Federal utiliza cinco expressões diversas para indicar as categorias de agentes estatais: agentes políticos (artigo 37, XI); militar (artigo 42); servidores públicos (título III, capítulo VII, seção II); titular de emprego público (artigo 37, I) e contratado por tempo determinado (artigo 37, XI) (JUSTEN FILHO, 2009, p. 708).

O denominador comum desses agentes é o fato de serem, ainda que alguns apenas episodicamente, agentes que exprimem manifestação estatal, possuindo referida qualidade apenas porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem, de modo que

Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas do governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos (MELLO, 2008, p. 243).

---

<sup>24</sup> Esta expressão é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente (MELLO, 2008, p. 242).

Marçal JUSTEN FILHO (2009, p. 708) refere-se à expressão agente estatal, a qual teria utilidade limitada, porque indica a condição de órgão do estado e a submissão a um regime jurídico genérico. Para o artigo 2º da Lei n. 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, "Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

A classificação abaixo segue a doutrina de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2007, p. 476), a qual considera quatro categorias de agentes públicos. São elas: agentes políticos, militares, particulares em colaboração com o Poder Público e os servidores públicos.

### 2.1.1 AGENTES POLÍTICOS

Os agentes políticos são os formadores da vontade superior do Estado, titulares dos cargos estruturais à organização política do País, do que decorre a natureza política, e não profissional, do vínculo estabelecido com o Estado, e cuja relação jurídica é de natureza estatutária, pois seus direitos e deveres descendem diretamente da Constituição e das leis. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices e auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados federais e estaduais e os Vereadores (MELLO, 2008, p. 245-246).

“A forma de investidura é a eleição, salvo para os Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação” (DI PIETRO, 2007, p. 478).

Para Marcos Juruena Villela SOUTO (2002, p. 237) os dirigentes das agências reguladoras não são considerados agentes administrativos, e, sim, agentes políticos, não pelo fato de formular políticas públicas, mas

por serem encarregados de implementá-las com independência técnica e autonomia administrativa, sujeitos a critérios especiais de investidura e responsabilização. As classificações, no entanto, variam de autor para autor; poder-se-ia acrescer, por exemplo, a categoria de agentes especiais ou de autoridades independentes (mantendo os termos da lei que criaram tais cargos e entidades); procurou-se, no entanto (não livre de críticas) usar os parâmetros acolhidos na doutrina, que tratam da investidura e da responsabilização, para situar os dirigentes com poder regulador de implementação de políticas.

### 2.1.2 MILITARES

Os militares abrangem as pessoas naturais prestadoras de serviços às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e

dos Territórios (artigo 42 da CF) e às Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica (artigo 142, *caput* e § 3º, da CF), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio – estatutário, pois submetidos à lei, independentemente de contrato (DI PIETRO, 2007, p. 482).

Eram considerados servidores públicos até a Emenda Constitucional n. 18/98, a partir da qual foram excluídos dessa categoria, só lhes aplicando as normas relativas aos servidores públicos quando houver previsão expressa, como a contida no artigo 142, § 3º, VIII, da CF, ou seja, teto salarial, limitações, forma de cálculo dos acréscimos salariais e irredutibilidade dos vencimentos. Além dessas, têm direito a algumas vantagens próprias do trabalhador privado: décimo terceiro salário, salário-família, férias anuais remuneradas, licença à gestante, entre outras previstas no artigo 7º da Constituição (DI PIETRO, 2007, p. 482).

### 2.1.3 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

Os agentes particulares colaboradores executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas, sempre como resultado do vínculo jurídico que os prende ao Estado. Alguns se sujeitam a encargos em favor da coletividade a que pertencem, cujas funções são transitória, exercem, portanto, um *munus* público. Em determinados casos não recebem remuneração, pois são compensados com benefícios colaterais, como a concessão de período de descanso remunerado após o cumprimento da tarefa (CARVALHO FILHO, 2009, p. 561).

Exemplos desses agentes são os jurados, os mesários de eleições e os comissários de menores voluntários, os titulares de ofícios e notas e registros não oficializados e os concessionários e permissionários de serviços públicos.

### 2.1.4 SERVIDORES PÚBLICOS

Os servidores públicos são pessoas naturais prestadoras de serviço ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e

mediante remuneração proveniente dos cofres públicos, os quais compreendem<sup>25</sup> os servidores estatutários (sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos), os empregados públicos (contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público) e os servidores temporários (contratados para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, exercendo função, pois não há vinculação à cargo ou emprego público) (DI PIETRO, 2007, p. 478-479).

No que se refere à segunda espécie,

Não se ignora que foram admitidas levas de servidores sob regime de emprego para funções diversas das indicadas e que não comportariam dito regime. É que, a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, foi alterado o art. 39 da Constituição, que previa o chamado regime jurídico único (o qual – presumia-se, então – deveria ser o de cargo público).

Assim, suprimida que foi a referência a tal regime, surgiu o entendimento de que, quando a lei o desejasse, poderia criar empregos públicos. Anote-se que, *hoje*, por força da medida liminar deferida na ADIn 2.135-4, em 2.8.2007, publicada no *DOU* de 14 do mesmo mês, foi suspensa a eficácia do art. 39, *caput*, na redação nova dada pela referida EC 19, até julgamento final desta ação, voltando dessarte a vigorar, conquanto com efeitos *ex nunc*, a redação anterior impositiva de regime jurídico único.

Cite-se, a guisa de exemplo, a Lei 9.986, de 18.7.2000, que inconstitucionalmente estabeleceu o regime de emprego público para o pessoal das “agências reguladoras”, entidades nas quais justamente seria indispensável que seus servidores desfrutassem das garantias próprias do regime de cargo, estatutário. Foi este mesmo o entendimento do eminente Min. Marco Aurélio ao suspender liminarmente, em despacho lapidário proferido na ADIn 2.310-1-DF, em 19.12.2000, o art. 1º da citada lei (entre outros), precisamente por entender que, em razão da natureza das atividades que lhe são afetas, dito regime só poderia ser o estatutário (MELLO, 2008, p. 247-248 – grifo do autor).

A incompatibilidade resulta das funções fiscalizadoras realizadas pelas agências reguladoras, de modo que a Lei n. 10.871/2004<sup>26</sup> cessou a referida inconstitucionalidade ao revogar, dentre outros, o art. 1º da Lei 9.986, e alterar a natureza de grande quantidade de empregos, passando a caracterizá-los como cargos, entre eles, os de encarregado de regulação e fiscalização, de nível superior, em diversas Agências, e aqueles de suporte a referidas regulações e fiscalizações, incumbência dos técnicos de nível intermediário, bem como os de analista e técnico

<sup>25</sup> José dos Santos CARVALHO FILHO (2009, p. 566) classifica os servidores em comuns e especiais, em decorrência da natureza das funções exercidas. Aos servidores comuns incumbe as funções administrativas em geral e o desempenho das atividades de apoio aos objetivos do Estado, podendo ser trabalhistas ou estatutários, esses últimos divididos em regime geral (estatuto funcional básico) e regime especial (estatuto instituído por lei específica). Os servidores especiais seriam aqueles sujeitos a regime jurídico funcional diferenciado, sempre estatutário, haja vista as funções de especial relevância para o Estado, entre eles, os membros do Ministério Público e os Magistrados.

<sup>26</sup> A Lei 10.871/04 ao prever a criação de cargos públicos e respectivas carreiras nas agências reguladoras ensejou, ainda, a extinção da ADIn 2.310-1, por perda superveniente de seu objeto.



administrativo, de níveis superior e intermediário, respectivamente (MELLO, 2008, p. 168).

Os servidores públicos estatutários são investidos em cargo público e submetem-se a um regime jurídico próprio e diferenciado, disciplinado em lei por cada uma das esferas de governo e subordinado a modificações unilaterais, desde que respeitados os direitos adquiridos do servidor.

A Constituição anterior utilizava-se da expressão funcionário público para denominar o atual servidor público estatutário, categoria que só existia na estrutura da pessoa federativa – Administração Direta –, pois os servidores autárquicos ou tinham regime estatutário próprio ou se submetiam à CLT, com cargos criados pelo Poder Executivo (CARVALHO FILHO, 2009, p. 567).

Já os empregados públicos, também denominados celetistas, são agentes contratados sob relação trabalhista, cujas regras disciplinadoras estão previstas na Consolidação das Leis de Trabalho e também nas normas constitucionais no que diz respeito aos requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras, não podendo os Estados e Municípios derogar outras normas da legislação trabalhista, pois se trata de matéria privativa da União (artigo 22, I, da CF) (DI PIETRO, 2007, p. 479).

A última categoria é a dos servidores públicos temporários, com previsão constitucional no artigo 37, IX, da CF, cuja contratação é admitida “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” de modo que não mais se tolera a admissão de servidores em caráter temporário ou a contratação para serviços de natureza técnica especializada, conforme previsto na Constituição de 1967, com a redação dada pela EC n. 1/1969 (DI PIETRO, 2007, p. 479).

## 2.2 CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES

Os servidores estatais podem tanto ser titulares de cargo (servidores públicos civis) como ocupantes de emprego e ainda podem exercer funções. Isto porque o texto constitucional faz referência a essas três expressões para designar realidades coexistentes na Administração.

A função pública, nas palavras de Odete MEDAUAR (2009, p. 270), é “o exercício de atividades de competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades desta, ou seja, para atender ao interesse público”, podendo ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo, pois nem toda função pública pressupõe o exercício de cargo.

Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público (MELLO, 2008, p. 251).

A função pública exercida com base num contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho caracteriza o vínculo de emprego público. É o caso dos empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas. No âmbito federal, a Lei n. 9.962/2000 disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração direta, das autarquias e fundações, sob o regime da CLT e legislação trabalhista correlata. Já nos Estados e Municípios que não adotaram regime jurídico único estatutário, os celetistas da Administração direta e indireta detêm emprego público (MEDAUAR, 2009, p. 271).

Celso Antônio Bandeira de MELLO (2008, p. 255) discute a convivência do artigo 39 da Constituição, o qual prevê regime jurídico único<sup>27</sup>, com as disposições dos artigos constitucionais 51, IV, 52, XIII, 61, § 1º, II, "a", e 114, as quais admitem a existência de emprego nas pessoas de direito público.

A conciliação destes dispositivos é possível desde que se entende que o pretendido pelo art. 39 não foi estabelecer obrigatoriamente um único regime para todos os servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas, mas impor que a União e suas entidades da Administração indireta, Estados e suas entidades da Administração indireta e Municípios e suas entidades da Administração indireta tenham, nas respectivas esferas, uma uniformidade de regime para seus servidores (MELLO, 2008, p. 255).

A adoção do regime de cargo público para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações de Direito Público, isto é, os servidores das pessoas jurídicas de direito público, justifica-se pelas peculiaridades de um vínculo que, além de interesses empregatícios, avultam interesses públicos, pois são esses servidores públicos os próprios instrumentos do Estado. Dessa forma, a fim

---

<sup>27</sup> A redação do *caput* introduzida pela EC 19/98 – que não menciona nada sobre a adoção de um regime único – foi suspensa por vício de tramitação no julgamento da ADIn 2.135-4. Dessa forma, está restaurada a redação original que prevê o regime jurídico único para os entes federativos, com efeitos *ex nunc*.

de garantir uma atuação impessoal do Poder Público, o referido regime almeja propiciar aos servidores condições para um desempenho técnico, isento, imparcial e obediente a diretrizes político-administrativas baseadas no interesse público (MELLO, 2008, p. 257).

O doutrinador conclui o pensamento citando as atividades que comportariam o regime trabalhista, haja vista que o âmbito de atuação não comprometeria a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados. Seriam, portanto, as correspondentes à prestação de serviços materiais subalternos, próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo de digitadores, etc. (MELLO, 2008, p. 260).

O cargo público é definido, pelo artigo 3º da Lei n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos), como o “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

Na definição de Diógenes GASPARINI (2009, p. 265), cargo público “é o menor centro hierarquizado de competências da Administração direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei ou resolução, com denominação própria e número certo”. O titular do cargo se caracteriza, portanto, como servidor público estatutário.

O preenchimento do cargo público ocorre mediante um fato administrativo denominado provimento.

## 2.3 PROVIMENTO

Marçal JUSTEN FILHO (2009, p. 763) define provimento com “o ato administrativo unilateral, por meio do qual o Estado atribui a determinado particular a condição de titular de um cargo, de provimento efetivo ou discricionário”.

### 2.3.1 COMPETÊNCIA PARA O PROVIMENTO

O artigo 84, XXXV, da Constituição Federal, determina que a competência para prover os cargos públicos federais é do Presidente da República, na forma da

lei. No entanto, essa disposição deve ser interpretada em termos, haja vista que a autonomia de cada Poder pressupõe o provimento dos cargos que o integram. Para corroborar esse argumento o artigo 6º da Lei n. 8.112/90 estabelece que “O provimento dos cargos públicos far-se-á mediante ato da autoridade competente de cada Poder” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 763).

De sorte que a nomeação há de atender ao que prescreve a lei ou a Carta Magna, como ocorre com a nomeação do Procurador-Geral da República e dos diretores do Banco Central do Brasil, entre outros, que exige prévia aprovação do Senado Federal (art. 84, XIV, da CF) [...]. Também lhe toca a nomeação dos dirigentes das autarquias, empresas públicas e fundações (GASPARINI, 2009, p. 285).

Algumas leis municipais e estaduais têm restringindo a competência do Executivo, obrigando-o a submeter ao Legislativo a aprovação do futuro ocupante de cargo, emprego ou função em comissão que deseja prover, situação essa que não encontra fundamento constitucional, nem mesmo análogo com a regra do artigo 52, III, da CF, que diz respeito à competência privativa do Senado Federal, pois referida atribuição é inerente ao Chefe do Poder Executivo. De outro modo haveria desrespeito ao princípio da separação dos Poderes (GASPARINI, 2009, p. 287).

O provimento é veiculado por decreto. Nas entidades da Administração Pública indireta de qualquer nível cabe aos seus dirigentes a nomeação, conforme o caso, dos servidores e empregados, mediante portaria ou anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social e na Ficha de Empregado (GASPARINI, 2009, p. 285).

O Poder Judiciário tem autonomia para o provimento dos cargos integrantes de sua estrutura (artigo 96, I, “e”, da CF), assim como o Ministério Público e o Tribunal de Contas são titulares da competência para prover os cargos que compõem suas estruturas, conforme previsão respectiva dos artigos 127, § 2º, da CF e 96, I, “e”, da CF, aplicado por força do disposto no artigo 73 da CF (JUSTEN FILHO, 2009, p. 764).

Os cargos dos serviços auxiliares da Câmara ou do Senado são providos pelos Presidentes da Câmara ou do Senado, conforme se liguem a uma ou outra destas Casas (artigos 51, IV, e 52, XIII, da CF) (MELLO, 2008, p. 303).

### 2.3.2 CLASSIFICAÇÃO: PROVIMENTO ORIGINÁRIO E DERIVADO

O provimento é classificado pela doutrina tradicional em originário e derivado. É originário ou inicial, quando inexistente vinculação entre o futuro ocupante a ser nomeado e a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional.

“Assim, tanto é provimento inicial a nomeação de pessoa estranha aos quadros do serviço público quando a de outra que já exercia função pública como ocupante de cargo não vinculado àquele para o qual foi nomeada” (MEIRELLES, 2009, p. 428). É efetuado mediante nomeação, ato administrativo pelo qual se atribui um cargo a alguém, devendo ser precedida de aprovação prévia em concurso público, quando se tratar de cargo vitalício ou efetivo. Em se tratando de cargo em comissão, o concurso é prescindível (CARVALHO FILHO, 2009, p. 588).

Não obstante o preenchimento do cargo com a nomeação, são necessários outros dois requisitos para que se aperfeiçoe o vínculo e o nomeado possa iniciar as atividades do cargo: a posse e o início de exercício.

A posse é a aceitação das atribuições, responsabilidades e direitos do cargo, pelo nomeado, efetuando-se por assinatura de um termo. Em geral, é concedido um prazo de trinta dias, contados da publicação do ato de provimento, para o nomeado tomar posse. Prazo esse que pode ser prorrogado a pedido do interessado e a critério da Administração. Essa prorrogação do prazo de posse foi abolida no âmbito federal (artigo 13 § 1º, da Lei n. 8.112/90, alterado pela Lei n. 9.527/97) (MEDAUAR, 2009, p. 276).

O início do exercício representa o efetivo desempenho das atribuições do cargo. É ele que confere ao servidor o direito à retribuição pecuniária, contando-se os dias trabalhados para fins de tempo de serviço. O artigo 15, § 1º, da Lei n. 8.112/90 dá o prazo de quinze dias, a partir da posse, para que se inicie o exercício, sem possibilidade de prorrogação. Outros estatutos dão prazo de trinta dias, possibilitada a prorrogação. Caso o servidor empossado não inicie o exercício no prazo legal, é exonerado (MEDAUAR, 2009, p. 276).

O provimento derivado decorre de liame anterior do servidor com a Administração, o qual pode ser por promoção, readaptação e reingresso, esse último tendo como formas: a reintegração, o aproveitamento, a reversão e a recondução.

A promoção é provimento derivado vertical, pela qual o servidor público passa a ocupar outro cargo mais elevado, da mesma natureza de trabalho, com

elevação de classe, função e de vencimento. Poderá ocorrer por merecimento ou por antiguidade e pode ser exigido concurso interno apenas para garantir o princípio da isonomia se o número de candidatos é superior ao de cargos vagos. Em outras legislações a promoção denomina-se acesso (GASPARINI, 2009, p. 281).

A readaptação<sup>28</sup> é provimento horizontal e ocorre quando o servidor é provido em outro cargo cujo exercício é mais compatível com sua superveniente limitação física<sup>29</sup>.

O reingresso é o retorno do servidor que se encontrava desligado da Administração. São formas de reingresso: a reintegração, o aproveitamento, a reversão e a recondução.

A reintegração<sup>30</sup> é o retorno ao cargo, mediante decisão judicial ou administrativa, do servidor que fora desligado ilegalmente, com o ressarcimento da remuneração e das vantagens não percebidas e dos prejuízos sofridos. Se o cargo foi extinto e não houver interesse no seu restabelecimento, o servidor reintegrado será posto em disponibilidade, com proventos proporcionais (GASPARINI, 2009, p. 282).

Somente o servidor público estável poderá ser colocado em disponibilidade, que, uma vez finda, acarretará no aproveitamento, caracterizado como o retorno obrigatório do servidor público estável à atividade na entidade que o colocou na situação de inatividade. Sendo possível, o aproveitamento ocorrerá no mesmo cargo, caso contrário, em outro com correspondente termos de atribuições e vencimentos. Se o aproveitando não tomar posse e entrar no exercício nos prazos legais, o aproveitamento será tornado sem efeito e cassada a disponibilidade (GASPARINI, 2009, p. 283).

A reversão<sup>31</sup> é o retorno do servidor público aposentado, seja pela insubsistência dos motivos da aposentadoria, pela ilegalidade na concessão ou se por ele solicitado. As primeiras hipóteses são determinadas pela Administração (*ex officio*) e na última hipótese, cabe à entidade requerida deferir ou não o pedido, mediante cautelas de estilo (exame médico, existência de vaga) (GASPARINI, 2009, p. 283).

---

<sup>28</sup> Art. 24 da Lei n. 8.112/90.

<sup>29</sup> Se o indivíduo for julgado incapaz de exercer qualquer atividade administrativa, será aposentado (JUSTEN FILHO, 2009, p. 765).

<sup>30</sup> Art. 28, *caput* e § 1º e 2º, da Lei n. 8.112/90.

<sup>31</sup> Arts. 25 e 27, da Lei n. 8.112/90.

A recondução é o retorno do servidor estável ao cargo que ocupava quando for desprovido do cargo que ocupa em virtude reintegração do seu então titular. A Lei n. 8.112/90 prevê ainda, no seu artigo 29, que a inabilitação do servidor em estágio probatório relativo a outro cargo é motivo para recondução (GASPARIN, 2009, p. 284).

O provimento também pode ser classificado quanto à sua durabilidade, em vitalício, efetivo, e em comissão, conforme a regra contemplada no artigo 37, II, da Constituição Federal<sup>32</sup>. (DI PIETRO, 2007, p. 562).

### 2.3.3 CARGOS DE PROVIMENTO VITALÍCIO

Os cargos vitalícios são aqueles destinados à permanência definitiva de seus titulares, salvo processo judicial para sua perda. Não basta o mero processo administrativo para desfazer a relação jurídica com a Administração Pública, mesmo que o vitalício tenha cometido infração penalizada com demissão e tenha sido assegurado o direito à ampla defesa. A vitaliciedade é uma segurança concedida ao agente público para agir com a liberdade e a independência necessárias a fim de possa cumprir as funções inerentes ao cargo (GASPARINI, 2009, p. 276).

São expressamente previstos na Constituição os cargos de: magistrados, (artigo 95, I, da CF<sup>33</sup>), membros do Ministério Público (artigo 128, § 5º, I, “a” da CF<sup>34</sup>)

---

<sup>32</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I – [...];

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.

<sup>33</sup> Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado.

<sup>34</sup> Art. 128. O Ministério Público abrange:

[...]

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

e Ministros dos Tribunais de Contas (artigo 73, § 3º, da CR<sup>35</sup>). Por se tratar de prerrogativa constitucional não podem Constituições estaduais, nem lei de qualquer esfera criar outros cargos com a garantia de vitaliciedade, apenas Emenda à Constituição Federal poderá o fazer, pois incumbe ao Constituinte aferir a natureza do cargo e da função para atribuir a referida garantia (CARVALHO FILHO, 2009, p. 582).

Em sentido contrário, Diógenes GASPARINI (2009, p. 276) pondera que as Constituições estaduais e as leis orgânicas têm estendido esse benefício aos conselheiros dos seus Tribunais de Contas, em virtude da autorização do artigo 75 da Constituição Federal<sup>36</sup>.

A vitaliciedade não garante a titularidade do cargo por toda a vida, pois o servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória e também à extinção do cargo.

#### 2.3.4 CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO

O cargo efetivo traduz a ideia de continuidade e permanência do seu ocupante. Pressupõe-se que alguém nomeado para ocupar esse cargo permanecerá no desempenho das atribuições. A aquisição da estabilidade ordinária ou comum prevista no artigo 41 da CF é decorrente do modo como o cargo é provido, ou seja, da nomeação para o cargo efetivo e não do concurso público (MEDAUAR, 2009, p. 272).

[...] a Constituição condicionou a investidura em cargo efetivo ao pressuposto do concurso público, composto por provas ou por provas e títulos. O concurso público objetiva assegurar que a seleção dos titulares de cargos de provimento efetivo oriente-se pelo princípio da impessoalidade. A escolha refletirá as virtudes e capacidades individuais revelados na avaliação objetiva, segundo critérios predeterminados de virtuosidade física e (ou) capacidade intelectual (JUSTEN FILHO, 2009, p. 741).

---

<sup>35</sup> Art. 73 [...]

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

<sup>36</sup> “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.



A Constituição Federal admite provimento efetivo sem sujeição à regra do concurso público para determinados cargos de grande relevo e importância, a exemplo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados pelo presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, conforme estabelece o artigo 101 daquela Constituição (JUSTEN FILHO, 2009, p. 741).

Os cargos efetivos existem na Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de qualquer esfera do governo, cujas atribuições caracterizam-se como serviços comuns (não exigem habilitação especial), como são os serviços de limpeza, datilografia e como serviços técnicos profissionais (só podem ser executados por profissionais legalmente habilitados), como os de engenharia, os de medicina. Seus titulares, portanto, não exercem chefia, comando, assessoramento, nem precisam para a nomeação ou permanência da confiança da autoridade nomeante. (GASPARINI, 2009, p. 275).

Não se deve confundir efetividade com estabilidade. A primeira é modo de preenchimento de cargo combinada à possibilidade da pessoa permanecer no exercício de suas atribuições respectivas, possibilitando, após três anos de exercício<sup>37</sup>, a aquisição da estabilidade ordinária. Por sua vez, a estabilidade exprime o direito ao cargo pelo modo como poderá ser perdido (MEDAUAR, 2009, p. 274).

A aquisição da estabilidade decorre de quatro condições constitucionais: da nomeação para cargo de provimento efetivo, que essa nomeação decorra de concurso público, de estágio probatório pelo período de três anos e da obrigatoriedade de avaliação especial de desempenho durante esse estágio por comissão instituída para essa finalidade (artigo 41, § 4º, da CF) (MEIRELLES, 2009, p. 450-451).

Por ter satisfeito essas quatro condições constitucionais, o servidor estável (estabilizado) não pode ser exonerado *ad nutum*, nem demitido sem que a infração tenha sido apurada por processo administrativo ou judicial, que sirva como fundamento para aplicação da pena demissória (artigo 41, § 1º, da CF) (MEIRELLES, 2009, p. 454).

Além dessas hipóteses, poderá perder o cargo para possibilitar que as despesas com pessoal não excedam os limites previstos em lei complementar,

---

<sup>37</sup> O chamado estágio probatório, no qual se verifica a capacidade do titular do cargo para a permanência.

segundo o artigo 169, § 4º, da CR, bem como por força do artigo 198, § 6º, da CR, que serão analisados no próximo capítulo.

### 2.3.5 CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

O cargo em comissão é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade, pois em termos de permanência no cargo, é o que confere menos segurança ao seu titular. É qualificado pela Constituição como cargo de livre nomeação e livre exoneração, prescinde, por isso, de concurso público.

Os cargos em comissão, sendo cargos públicos, são criados por lei, em número certo; a própria lei menciona o modo de provimento e indica a autoridade competente para nomear, usando, por exemplo, a expressão seguinte: de livre provimento em comissão pelo Presidente da República. Por vezes a lei fixa alguma condição, limitando o âmbito da escolha – por exemplo: livre provimento, em comissão, dentre portadores de diploma de curso superior. Segundo o art. 37, II, da CF [acima transcrito], os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, não exigem concurso público. Com a mesma facilidade com que é nomeado o titular de cargo em comissão, ele o perde, sem garantia alguma, pois é de livre exoneração – daí dizer-se que seus ocupantes são demissíveis *ad nutum*, pois esta expressão significa literalmente “um movimento de cabeça” (MEDAUAR, 2009, p. 274).

É também denominado de cargo de confiança<sup>38</sup>, pois é preenchido por pessoa de confiança da autoridade competente para nomear ou propor a nomeação, de modo que o cargo permanecerá ocupado pelo titular enquanto subsistir o vínculo de confiança (MEDAUAR, 2009, p. 274).

Assim, são cargos próprios para direção, comando ou chefia de determinados órgãos, para os quais é necessário um agente de confiança da autoridade nomeante disposto a seguir sua orientação, auxiliando-a a promover a direção superior da Administração (GASPARINI, 2009, p. 274).

Com relação aos direitos, os que ocupam cargos em comissão são tão funcionários quanto os efetivos. A única diferença é a precariedade da permanência no cargo. Porém, têm direito às férias, aos adicionais por tempo de serviço (quando existentes) e às licenças. Naturalmente, não à licença de dois anos para tratar de interesses pessoais, porque esta *não prescinde da estabilidade*, e efetividade, da qual não gozam os ocupantes dos cargos em comissão (FIGUEIREDO, 2008, p. 612 – grifo da autora).

---

<sup>38</sup> “O cargo em comissão, também denominado cargo de confiança, não se confunde com a chamada ‘função de confiança’, que consiste na assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma remuneração adicional”, a qual não se admite ao ocupante de cargo em comissão, pois a remuneração correspondente inclui todas as responsabilidades e encargos (JUSTEN FILHO, 2009, p. 756).

Pior que a criação desmesurada de cargos em comissão é o mau uso feito por algumas autoridades com poder de nomeação, cujo interesse é apenas beneficiar pessoas próximas, o chamado nepotismo, que acarretou na edição da Resolução n. 7/2005 pelo Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de disciplinar a nomeação para o exercício de cargos, empregos e funções no âmbito do Poder Judiciário, de modo que o artigo 1º veda o nepotismo e declara nulos os atos assim caracterizados (GASPARINI, 2009, p. 274-275).

Marçal JUSTEN FILHO (2009, p. 737) propõe que a regra contemplada no artigo 37, II, da Constituição Federal, distingue os cargos de provimento efetivo e os de provimento em comissão, com fundamento no regime jurídico da investidura do indivíduo.

Além dessas duas espécies, a Constituição autorizou outras soluções

para a criação de cargos em comissão com restrições à autonomia para provimento e exoneração, atribuindo garantias em favor de seus ocupantes. O art. 52, III, prevê incumbir ao Senado Federal *“aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de ... d) presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar”*. No inciso XI, o mesmo art. 52 prevê que a exoneração do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato depende da aprovação do Senado Federal, por maioria absoluta e voto secreto. Evidencia-se, portanto, que existem cargos públicos em comissão com regime jurídico diferenciado (JUSTEN FILHO, 2009, p. 737 – grifo do autor).

Com efeito, o texto constitucional não exclui a possibilidade de que a lei subordine a decisão de investidura e exoneração a restrições e limites, quando instituir cargos em comissão relacionados com competências especiais e habilidades específicas. É constitucional o estabelecimento, por lei, de prazos determinados de investidura em cargos em comissão – investidura a termo –, para os quais não se admite a exoneração livre e imotivada por parte da Administração Pública, sujeitando-se a demissão do titular do cargo à comprovação de motivos determinados (JUSTEN FILHO, 2009, p. 759).

Dessa forma, a Constituição prevê no artigo 84, XIV<sup>39</sup>, da Constituição, um regime especial para alguns cargos em comissão, cuja regra encontra ratificação na disciplina da competência do Senado Federal, estabelecida no artigo 52, III, “a” a “f”, acima transcrito. Nesses casos

<sup>39</sup> “Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”.

a Constituição subordina a escolha do Chefe do Executivo não apenas à presença de certos requisitos, mas à aprovação do Senado Federal. Nas hipóteses em que participar do procedimento de investidura em cargo público, o Senado Federal disporá de competência para verificar o preenchimento de requisitos adequados e, inclusive, **rejeitar** a indicação produzida pelo Presidente da República, o que tornaria juridicamente impossível o aperfeiçoamento da designação presidencial (JUSTEN FILHO, 2009, p. 760 – grifo do autor).

São os chamados cargos ocupados por mandato, existentes em número pequeno e com duração previamente fixada, que só poderão ser cassados por razões de suma gravidade e segundo processo fixado em normas. Para alguns autores, trata-se de investidura a termo. Por exemplo: para os cargos de reitor e diretor em universidades públicas, os colegiados universitários elegem três ou mais nomes para integrar uma lista, a ser apresentada à autoridade competente para nomear, que escolherá um dos nomes (MEDAUAR, 2009, p. 275).

Esse ato administrativo é caracterizado quanto à composição da vontade produtora como ato complexo, pois resulta da conjugação de vontade de órgãos, poderes ou entes diferentes. Vale lembrar outro caso no qual são necessárias duas manifestações de vontades para a produção de um ato único: a nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, a qual cabe ao Presidente da República, depois que o Senado aprovou o nome indicado por maioria absoluta, nos termos do artigo 101, § 1º, da CF.

Para Hely Lopes MEIRELLES (2009, p. 428), o exercício de funções por prazo determinado, constitui

uma investidura a termo, impropriamente denominada mandato. A investidura a termo ou a prazo certo, entretanto, não se confunde com o mandato do Direito Privado, nem com o mandato legislativo, e muito menos com a nomeação em comissão e com a delegação de competência (espécie de mandato administrativo), porque todos esses atos decorrem de uma relação de confiança entre o mandante e o mandatário, o nomeante e o nomeado ou o delegante e o delegado, e, salvo quanto ao mandato legislativo, caracterizam-se pela precariedade. No campo do Direito Público, verifica-se que mandato só possui o exercente de função eletiva. Muito ao contrário, a investidura a termo 'é apenas uma, dentre várias técnicas admissíveis, para proteger o serviço público das demissões arbitrárias, ou imotivadas, e visa a um objetivo que transcende dessa consequência imediata, o de garantir a continuidade de orientação e independência dos órgãos administrativos que o legislador dotou com autonomia', como já observou o Min. Nunes Leal, acrescentando que 'o objetivo do legislador, com a investidura a prazo certo, é justamente tornar o titular do cargo independente das injunções do Chefe do Poder Executivo' (voto in RDA 71/218 e ss.). Têm investiduras a termo, por exemplo, o Procurador-Geral a República e o Procurador-Geral de Justiça.

Na lição de De PLÁCIDO E SILVA (1959, p. 93), "a investidura do mandato ou representação do poder público decorre de eleição ou de nomeação,

segundo os princípios que o próprio Direito instituir”. Em referência aos funcionários, a investidura do mandato lhes atribui uma parcela do poder público para que atuem em defesa de seus interesses ou em desempenho de atividades integradas nos objetivos da Administração Pública, em contato com os particulares ou com as entidades privadas.

A fim de que, satisfatoriamente, se possam atender a tôdas as necessidades dessa ordem, é a êle [chefe do Executivo] que se atribui o poder de transmitir aos *funcionários públicos* ou *delegados do govêrno* a outorga indispensável à prática de atos e execução de negócios em nome e por conta do Estado.

Por essa forma o govêrno, nomeando os funcionários ou empregados públicos, que irão exercitar uma parcela dos poderes que lhe são conferidos por lei, substabelece parte dos poderes de seu mandato.

Os funcionários públicos, assim, exercem a representação legal, em razão do cargo, ofício ou função, em que foram investidos e de que tomaram posse. *E ficam, por êsse motivo, autorizados a executar todos os atos jurídicos e a promover todos os negócios* que sejam atribuições do próprio cargo ou função, em nome e por conta do Estado (PLÁCIDO E SILVA, 1959, p. 93 – acentos e grifos do autor).

E é esse peculiar cargo que os dirigentes das agências reguladoras ocupam. São, portanto, titulares de cargo em comissão, porém a investidura se faz por prazo determinado e o procedimento de nomeação comporta a participação de diversos órgãos ou autoridades. Uma vez empossados, os dirigentes têm garantia contra a exoneração por critério de conveniência e a qualquer tempo, admitindo-se a demissão somente com a comprovação de um elenco específico de causas – ações ou omissões incompatíveis com os deveres inerentes à função (JUSTEN FILHO, 2009, p. 588-589).

Daí porque foi editada a Lei n. 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, cujo artigo 6º estabelece que “O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência”, exigindo, ainda, no artigo 5º, que esses dirigentes (o Presidente, o Diretor-Geral, o Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria) sejam

brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, 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.

Em vista disso, as leis criadoras das agências reguladoras federais instituíram mandatos fixos de três (ANVISA E ANS), quatro (ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ, ANA e ANCINE) ou cinco anos (ANATEL e ANAC).

Como alhures aludido, a Lei n. 10.871/04 alterou a natureza de determinados empregos das agências, passando a caracterizá-los como cargos, pois não pode haver regime regido puramente pela CLT, haja vista a natureza jurídica de autarquia, a qual deve se submeter aos princípios de direito público, e a natureza das atividades desempenhadas pelas agências, a qual demandava o regime de cargo público.

### 3. A DEMISSÃO

Cumpra analisar, preliminarmente, o instituto da demissão, identificada como um tipo de desprovemento do serviço público, o qual tem por objeto a destituição do servidor de cargo, emprego ou função e conseqüentemente a vacância desses, caracterizada como a situação do cargo, emprego ou função sem ocupante.

Além da demissão, os estatutos costumam arrolar mais três tipos básicos de desprovemento em que ocorre a extinção do vínculo: a exoneração, a aposentadoria e o falecimento<sup>40</sup>.

A aposentadoria “é a cessação do exercício das funções públicas desempenhadas sob vínculo funcional estatutário, em razão do implemento de idade limite de permanência em atividade e pelos demais motivos constitucionalmente previstos (art. 40)” (MOREIRA NETO, 2002, p. 305).

Com o falecimento do servidor público, ocorre a extinção da relação funcional estatutária.

A demissão, por sua vez, é definida por Lúcia Valle FIGUEIREDO (2008, p. 654-655) como “o ato administrativo constitutivo, cuja finalidade é o desligamento do funcionário estável, após regular inquérito administrativo ou processo judicial, tendo por motivo o cometimento de infrações tipificadas como grave”.

Trata-se, pois, de sanção, e assim é considerada pelo Estatuto Federal no art. 127. É aplicável, segundo essa lei [artigo 132], nos casos de: crime contra a Administração Pública; abandono de cargo; inassiduidade habitual; improbidade administrativa; incontinência pública e conduta escandalosa na repartição; insubordinação grave em serviço; ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; aplicação irregular de dinheiros públicos; revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; corrupção; acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117 do Estatuto federal (GASPARINI, 2009, p. 289).

Não se confunde com a exoneração, na qual o desligamento não possui caráter sancionador e pode ser a pedido do servidor e também *ex officio*, por determinação da Administração, nos seguintes casos:

(I) quando se tratar de desinvestir alguém de um cargo em comissão; (II) quando, em cargo de provimento efetivo e antes de contemplado o triênio para estabilidade, o servidor se revela inadequado ao cargo e a

---

<sup>40</sup> A Lei n. 8.112/90, no artigo 33, faz referência, ainda, à promoção, à readaptação e à posse em outro cargo inacumulável, tipos de vacância nos quais não ocorre a extinção do vínculo.

Administração o desliga depois de regular aferição de sua ausência de capacidade para permanecer; (III) quando, na avaliação periódica de desempenho, este haja sido considerado satisfatório; (IV) quando o servidor, depois de nomeado e empossado, não entrar em exercício no prazo legal; (V) quando o servidor incorrer, de boa fé, em acumulação proibida, sendo-lhe permitido optar pelo cargo em que deseja persistir (MELLO, 2008, p. 301).

### 3.1 REGIME CELETISTA

No regime celetista o contrato de trabalho pode cessar, desde que assegurado os direitos previstos no artigo 7º da Constituição, conforme a classificação de Sérgio Pinto MARTINS (2007, p. 351) por decisão do empregador, compreendendo a dispensa sem justa causa e com justa causa; por decisão do empregado, a qual comporta a demissão, a rescisão indireta ou aposentadoria; por desaparecimento de uma das partes; por mútuo consentimento entre as partes; por advento do termo do contrato; por força maior e por fato do príncipe (*factum principis*).

Se o empregador exercer seu direito potestativo e dispensar o empregado sem justa causa deverá pagar aviso prévio, décimo terceiro salário proporcional, férias vencidas e proporcionais, saldo de salários, FGTS, indenização de 40% e seguro-desemprego, conforme disposição do artigo 477 da CLT. No entanto, os empregados contratados pela União por prazo indeterminado e regidos pela CLT possuem garantia de emprego, não podendo o contrato de trabalho ser rescindido por ato unilateral da Administração Pública, a não ser nas hipóteses de falta grave enumeradas no artigo 482 da CLT, acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, necessidade de redução do quadro de pessoal por excesso de despesa e por insuficiência de desempenho. (MARTINS, 2007, p. 352).

Na demissão por justa causa, o empregado que cometer falta grave prevista em lei poderá ser dispensado pelo empregador. A CLT, no artigo 482, tipifica as hipóteses de falta grave num rol taxativo.

Na decisão do empregado de cessar o contrato de trabalho, pode ocorrer o “pedido de demissão”, ato unilateral que a doutrina entende como comunicação do empregado ao empregador de que não mais comparecerá ao trabalho. O empregado deverá avisar o empregador com antecedência mínima de 30 dias, não



tendo direito à indenização (artigo 477 da CLT), ao saque do FGTS e ao seguro-desemprego, fazendo jus apenas ao décimo terceiro salário proporcional, a férias vencidas e férias proporcionais (MARTINS, 2007, p. 369).

Pode também por decisão do empregado ocorrer a rescisão (dispensa) indireta em virtude da justa causa praticada pelo empregador, segundo as hipóteses arroladas nas alíneas do artigo 483 da CLT. A única maneira de se verificar essa justa causa é o ajuizamento, pelo empregado, de ação na Justiça do Trabalho postulando a rescisão indireta de seu contrato de trabalho (MARTINS, 2007, p. 370).

A última causa de cessação do contrato de trabalho, pelo empregado, ocorre em virtude da aposentadoria.

Quanto ao desaparecimento de uma das partes, o contrato de trabalho será cessado se houver a morte do empregado, a morte do empregador pessoa física (artigo 483, § 2º, da CLT) ou a extinção da empresa.

Na cessação do contrato por mútuo acordo, empregado e empregador, estabelecerão, mediante negociação, quais as formas e conseqüências do rompimento do vínculo de emprego. Não poderão, todavia, transacionar sobre salários e férias vencidas.

Em virtude do advento do termo do contrato, o empregado poderá levantar o FGTS, décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais. Se antes do termo o empregador rescindir sem justa causa o contrato de trabalho deverá indenizar o empregado (artigo 479 da CLT). Da mesma forma, cabe indenização ao empregador por parte do empregado se resultar prejuízos pelo seu desligamento sem justa causa (artigo 480 da CLT) (MARTINS, 2007, p. 380).

A força maior, que poderá encerrar o contrato de trabalho, segundo o artigo 501 da CLT, é o “acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para realização do qual não concorreu, direta ou indiretamente”. Se a força maior não afetar a situação econômica e financeira da empresa, as verbas pertinentes deverão ser pagas por inteiro. Pode-se exemplificar como força maior o incêndio, a inundação, o terremoto e tantos outros fenômenos naturais (MARTINS, 2007, p. 381).

Por derradeiro, o fato do príncipe é causado pela Administração Pública, o que provoca o encerramento da empresa e a dispensa de seus empregados. O artigo 486 da CLT estabelece que o governo pagará a indenização por tempo de serviço no caso de “paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por

ato da autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade”. Nesse caso, as verbas rescisórias ficarão por conta da empresa.

No que concerne aos servidores públicos do regime celetista, os mesmos devem observar, principalmente, os direitos e deveres previstos na CLT, razão pela qual recebem a denominação de empregados públicos, numa analogia com o setor privado, no qual se utilizam os termos empregado-empregador. Em âmbito federal, a Lei n. 9.962/00 disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, sob o regime da CLT e legislação trabalhista correlata. Nos Estados e Municípios que não adotaram regime único estatutário, há servidores contratados pela CLT na Administração direta, autarquias e fundações públicas (MEDAUAR, 2009, p. 279).

Nas sociedades de economia mista e empresas públicas, as normas sobre acessibilidade e concurso público coexistem juntamente com o regime das empresas privadas, em que há liberdade para contratar diretamente seus empregados. Aplica-se essa última hipótese às pessoas estatais constituídas para exploração da atividade econômica, conforme o disposto no artigo 173, § 1º, II, da CF, pois a exigência de concurso dificultaria a contratação, quando necessária, de profissionais especializados e ainda bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades (MELLO, 2008, p. 279).

Dessa forma.

também não é livre o desligamento de seus empregados. Cumpre que haja razões prestantes e demonstráveis para efetuar-lo, já que seus administradores não gerem negócio particular, onde prepondera o princípio da autonomia da vontade, mas conduzem assunto de interesse de toda a coletividade, cuja gestão sempre reclama adscrição à finalidade legal preestabelecida, exigindo, pois, transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados. Daí que a despedida de empregado demanda apuração regular de suas insuficiências ou faltas, com direito à defesa e, no caso de providências amplas de enxugamento de pessoal, prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que se possa conferir a impessoalidade das medidas concretamente tomadas (MELLO, 2008, p. 280).

Quando o empregado for dispensado ilegalmente terá direito não apenas à mera indenização, mas à reintegração no emprego, vez que não estão em pauta interesses simplesmente privados, mas sobretudo o princípio da legalidade da Administração, ao qual todos fazem jus (MELLO, 2008, p. 280).

### 3.2 REGIME ESTATUTÁRIO

Para os servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, o artigo 41 da CF, com redação dada pela EC 19/98, possibilita a aquisição de estabilidade, após três anos de exercício – estabilidade ordinária. A estabilidade extraordinária é atribuída a servidores que não ocupam cargo efetivo, mas possuíam cinco anos de serviço público na data em que foi promulgada a Constituição Federal, regra essa prevista no artigo 19 do ADCT (MEDAUAR, 2009, p. 285-286).

Adquirida a estabilidade, o servidor somente perderá o cargo (estabilidade ordinária) ou o vínculo de trabalho com a Administração (estabilidade extraordinária) nos casos previstos nos incisos do artigo 41, § 1º, da CF<sup>41</sup>; no artigo 169, § 4º, da CF, para garantir o cumprimento do limite de despesa com pessoal ativo e inativo, determinado de lei complementar; e no artigo 198, § 6º, da CF, cujo teor dispõe que “o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício” (MEDAUAR, 2009, p. 286).

No que concerne ao servidor em estágio probatório, a avaliação desfavorável realizada nesse período não implica na exoneração automática, pois conforme entendimento sumular número 21 do STF: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. A par disso, antes de se editar o ato de exoneração ou demissão, deve ser assegurado ao servidor o exercício do contraditório e da ampla defesa durante o processo administrativo, ainda que simplificado (MEDAUAR, 2009, p. 286-287).

A Lei n. 8.112/90 prevê a demissão como hipótese de penalidade disciplinar<sup>42</sup> ao servidor público estatutário que transgredir os seus deveres previstos

<sup>41</sup> “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

<sup>42</sup> Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

no artigo 116 e inobservar as proibições enumeradas no artigo 117 da lei ou em outros estatutos. Incidindo em qualquer hipótese dá-se margem à responsabilidade administrativa, apenada com sanções de natureza administrativa (penalidades) apuradas no âmbito da própria Administração.

Em razão disso, a demissão

é aplicável pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas Legislativas, dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, conforme a esfera a que esteja sujeito o servidor (art. 141, I), e terá lugar na ocorrência das infrações graves, arroladas no art. 132 [da Lei n. 8.112/90] (MELLO, 2008, p. 318).

São as seguintes hipóteses: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

A demissão poderá acarretar na inabilitação do servidor por cinco anos para cargo público federal (artigo 137) ou, em outros casos, a inabilitação será definitiva (artigo 137, parágrafo único)<sup>43</sup>.

Em se tratando de ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, a destituição

é de competência da mesma autoridade que fez a nomeação (art. 141, IV), e, quando incidente sobre quem não seja titular de cargo efetivo, dar-se-á nas mesmas hipóteses que ensejam as penalidades de suspensão ou demissão (arts. 136 e 137). É óbvio que, se se tratar de titular de cargo efetivo, sofrerá, ademais, as sanções correspondentes à gravidade da falta em que incidiu, com os correlatos efeitos (MELLO, 2008, p. 319).

O direito à permanência no cargo é aferido pelo modo com que se perde o cargo. No caso de servidores que ocupam cargos, funções ou empregos em comissão, inexistente direito à permanência, porque são demissíveis ou dispensáveis

---

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

<sup>43</sup> “A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI”.

*ad nutum* – tais postos são de livre exoneração ou dispensa, pela autoridade competente.

### 3.3 VINCULAÇÃO ENTRE O PROVIMENTO E O DESPROVIMENTO

Mister se faz ressaltar que uma mesma forma de provimento pode gerar diferentes graus de estabilidade, e por isso o desprovimento de determinado cargo não está vinculado ao modo como foi realizado o provimento, pois é a estabilidade que exprime o direito ao cargo pelo modo como poderá ser perdido, conforme aludido anteriormente.

É o que se depreende, por exemplo, do ato complexo de nomeação quando há participação do Presidente da República e do Senado Federal, cujo procedimento para o desprovimento pode, ou não, prescindir de um ato complexo.

A primeira situação diz respeito à vitaliciedade dos Ministros do STF, os quais poderão ser destituídos do cargo mediante sentença judicial transitada em julgado (artigo 95 da CF).

A segunda hipótese é a estabilidade temporária na função de Procurador-Geral da República, de modo que o ato complexo da nomeação (artigo 52 da CF), entre Presidente e Senado, ocorre também na destituição, segundo o artigo 128, § 2º, da CF.

Da mesma forma, a perda do cargo para os membros da Diretoria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, deverá decorrer de decisão do Senado Federal por provocação do Presidente da República, conforme a regra do artigo 4º do Decreto 1.952/96.

A terceira hipótese é a possibilidade da demissão *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras nos primeiros meses de mandato. As legislações da ANA (artigo 10 da Lei n. 9.984/00), da ANS (artigo 8º da Lei n. 9.961/00) e da ANVISA (artigo 12 da Lei n. 9.782/99), permitem a exoneração desmotivada nos quatro primeiros meses de mandato.

### 3. 4 A PERDA DO MANDATO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

#### 3.4.1 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Dispõe o artigo 9º da Lei n. 9.986/00 que os dirigentes das agências reguladoras “somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”, dispondo o parágrafo único do referido artigo que as leis criadoras de cada agência poderão prever outras condições para a perda do mandato.

No que diz respeito à ANEEL, o artigo 8º que dispunha acerca da perda do mandato de seus dirigentes foi revogado<sup>44</sup> pelas disposições da Lei n. 9.986/00 referentes a essa matéria, acima expostas.

Além dessa agência, as demissões dos dirigentes da ANATEL e da ANCINE também são reguladas pelas determinações da Lei n. 9.986/00.

A Lei n. 9.782/99, criadora da ANVISA, determina no seu artigo 12, que

A exoneração imotivada de Diretor da Agência somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais será assegurado seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia.

Já a lei instituidora da ANS, Lei n. 9.961/00, estabelece no seu artigo 8º que

Após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de:  
I - condenação penal transitada em julgado;  
II - condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, assegurados o contraditório e a ampla defesa;  
III - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; e  
IV - descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão de que trata o Capítulo III desta Lei.

A ANA prevê, no artigo 10º da lei que a instituiu, Lei n. 9.984/00, que nos primeiros quatro meses de mandato poderá ser promovida a exoneração imotivada de seus dirigentes e após esse prazo

---

<sup>44</sup> Art. 8º (revogado) “A exoneração imotivada de dirigente da ANEEL somente poderá ser promovida nos quatros meses iniciais do mandato, findos os quais é assegurado seu pleno e integral exercício. Parágrafo único. Constituem motivos para a exoneração de dirigente da ANEEL, em qualquer época, a prática de ato de improbidade administrativa, a condenação penal transitada em julgado e o descumprimento injustificado do contrato de gestão”.

§ 1º [...] os dirigentes da ANA somente perderão o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar.

§ 2º Sem prejuízo do que prevêem as legislações penal e relativa à punição de atos de improbidade administrativa no serviço público, será causa da perda do mandato a inobservância, por qualquer um dos dirigentes da ANA, dos deveres e proibições inerentes ao cargo que ocupa.

No que diz respeito à perda do mandato dos dirigentes da ANTT e da ANTAQ, ambas criadas pela Lei n. 10.233/01, verifica-se, no artigo 56, as mesmas hipóteses previstas na Lei n. 9.986/00 – renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar – tendo sido acrescentado ao referido dispositivo a hipótese de perda do cargo caso haja o descumprimento manifesto de suas atribuições.

O artigo 60 da Lei n. 10.233/01 estabelece que “compete à Diretoria exercer as atribuições e responder pelos deveres que são conferidos por esta Lei à respectiva Agência”. Entre as atribuições da ANTT, previstas nos incisos do artigo 24 da referida lei, encontram-se as de

- III – propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre;
- IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;
- V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;
- VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;
- VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;
- VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

Já as atribuições da ANTAQ estão previstas nos incisos do artigo 27 da mesma lei, entre elas:

- IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;
- V – celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos art. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes;

VII - aprovar as propostas de revisão e de reajuste de tarifas encaminhadas pelas Administrações Portuárias, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda.

Para a ANAC, a matéria encontra-se no artigo 14 da Lei n. 11.182/05, de cuja redação consta que “Os diretores somente perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de pena demissória decorrente de processo administrativo disciplinar”, sendo que o parágrafo primeiro desse artigo foi vetado<sup>45</sup>, pois

Esse dispositivo trás em si, como inconveniente, a não-indicação, expressa e prévia, de quais ‘deveres e proibições inerentes ao cargo’ ensejariam a perda do cargo, parecendo deixar tal providência para decreto do Poder Executivo.

Essa vaguidade gera insegurança que pode ameaçar a autonomia desta agência reguladora. E talvez até mesmo contrarie o princípio da legalidade em matéria punitiva, que exige sejam fixadas em lei as condutas proibidas e as respectivas penas, como se depreende do art. 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição.

Observe-se que, apesar do veto, aos diretores aplicar-se-ão a Lei de Improbidade Administrativa, o Código Penal e, no que for cabível, o Regime Jurídico Único. Logo, não parece haver a possibilidade de conduta eticamente condenável de Diretor ficar impune por falta de previsão em lei.<sup>46</sup>

O veto acabou por ocorrer também no artigo 12 da Lei n. 9.478/97, lei instituidora da ANP, mas por razões diversas, pois se promulgado configuraria violação ao princípio da separação de poderes encontrado no artigo 2º da CF, conforme justificativa apresentada nas razões do veto extraídas da Mensagem n. 870, de 6 de agosto de 1997:

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).

O artigo vetado continha a seguinte redação:

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;

<sup>45</sup> § 1º (vetado): “Sem prejuízo do que prevêm a lei penal e a lei de improbidade administrativa, será causa da perda do mandato a inobservância por Diretor dos deveres e proibições inerentes ao cargo, inclusive no que se refere ao cumprimento das políticas estabelecidas para a aviação civil pelos Poderes Executivo e Legislativo”.

<sup>46</sup> São as razões do veto extraídas da Mensagem n. 632, de 27 de setembro de 2005, encaminhada ao Congresso Nacional.



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 a decisão final do Senado Federal.

O veto foi mantido, e, em vista disso, os mandatos dos membros da Diretoria da ANP poderiam ser revogados *ad nutum* pelo Presidente da República, circunstância que se manteve até a promulgação da Lei n. 9.986/00, cujo artigo 9º, alíneas citadas, não foi objeto de veto presidencial, não obstante tenha condicionado a demissão a certos requisitos, impossibilitando a demissão sem motivação dos dirigentes pelo Presidente da República.

#### 3.4.2 POSICIONAMENTO DA DOUTRINA

As duas hipóteses de provimento previstas no artigo 37, II, da CF, não são aplicáveis aos processos peculiares de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, pois, para o dirigente nomeado sem concurso para o cargo, estaria prevista uma estabilidade temporária, não podendo ser afastado durante a vigência de seu mandato. Dessa forma não havendo nem concurso público, nem livre exoneração, o mandato com prazo fixo impediria o livre-arbítrio do chefe do Poder Executivo na exoneração, a qualquer tempo, do dirigente (SOUTO, 2002, p. 236).

Pode-se defender a constitucionalidade da norma invocando o art. 37, I, da CF, (acessibilidade dos cargos públicos àqueles que preencham os requisitos previstos em lei e sua permanência no cargo enquanto se mantiver atendido o requisito exigido); destarte, os dirigentes só deveriam perder seus cargos pelo cometimento de falta grave, apurada em processo administrativo ou judicial em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório (SOUTO, 2002, p. 236).

Alexandre Santos de ARAGÃO (2006, p. 9-10) em artigo próprio sobre as agências reguladoras demonstra que as questões mais debatidas são as que dizem respeito ao seu poder normativo, se seria uma delegação do poder legislativo, e as relacionadas à fixação de mandato a termo para seus dirigentes, se essa hipótese sobrestaria a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de dirigir toda a Administração Pública, pois “a possibilidade de livre nomeação e exoneração dos ocupantes de cargos de confiança seria condição *sine qua non* para que pudesse efetivamente comandar a administração”.

As inconstitucionalidades dessas duas controvérsias têm sido refutadas pelas Cortes Constitucionais dos países que possuem órgãos análogos às agências reguladoras brasileiras, entre eles Estados Unidos, França, Itália, Espanha e Argentina, de forma que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado nas mesmas linhas adotadas pelas Cortes estrangeiras, sob o fundamento, quanto ao segundo argumento, de que

tais entidades não afetariam o princípio da direção da administração pelo Chefe do Poder Executivo, mas apenas a idéia de uma administração napoleônica, de direção uma hierarquizada pelo Chefe do Poder Executivo, que constitui somente uma das possíveis modalidades de direção. [...] o Chefe do Poder Executivo pode dirigir a administração, só que não uma administração napoleônica, mas a administração de um Estado pluriclasse, onde os interesses são muito complexos e díspares, não podendo estes múltiplos interesses públicos serem atendidos por uma administração institucionalizada em monobloco. Se a sociedade é complexa, a administração pública também tem que ser. Nestas circunstâncias, o Chefe do Poder Executivo vai dirigir, mas vai dirigir na forma da lei, e a lei pode estabelecer diferentes matizes para essa direção (ARAGÃO, 2006, p. 10).

Com efeito, a própria lei, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, limitou a liberdade de demitir os dirigentes dessas autarquias especiais, assegurando-lhes uma independência que lhes permite julgar contra interesses políticos ou econômicos, o que é da essência da política regulatória. Assim, se a referida segurança puder vir a ser afastada pela possibilidade de se extinguir o direito dos dirigentes, é evidente que desaparecerão os investimentos para o desenvolvimento econômico e a adequada prestação dos serviços públicos (SOUTO, 1999, p. 141-142).

A inconstitucionalidade desse instituto, no entanto, é reconhecida por alguns autores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de MELLO (2008, p. 175), para o qual a garantia do mandato não pode ir além de um mesmo período governamental, pois

seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente. Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia [...] e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo.

E na mesma linha desse entendimento, o posicionamento de Leila CUÉLLAR (2001, p. 100):

Embora se pretenda garantir a autonomia das agências também através da limitação das hipóteses de exoneração de seus dirigentes, parece-nos que a impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o Princípio da República, ao possibilitar que pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior.

A doutrina de Marçal JUSTEN FILHO (2009, p. 758) refuta a alegada afronta ao princípio republicano<sup>47</sup>, pois afirmar que os cargos em comissão são acessórios ao do Presidente da República, seria dizer que o pleno e adequado exercício das atribuições presidenciais pressupõe a disponibilidade de todos os cargos em comissão para indicação de pessoa de confiança do Presidente. Referida situação, portanto, “seria decorrência do regime republicano, uma vez que a vitória de certo candidato, em virtude do sufrágio popular, imporá a necessidade de que os ocupantes dos cargos em comissão estivessem politicamente alinhados com ele”.

Para o doutrinador essa tese não se afigura procedente, pois não há indicação constitucional de que com a mudança do Presidente da República devam ser substituídos todos os membros de cargos em comissão, nem a tese de que a condição de Presidente demanda a faculdade de preenchimento de inúmeros cargos, à livre e incondicionada escolha do governante, tampouco há que se generalizar que todos os possíveis cargos em comissão deveriam ser investidos sob um critério de simpatia pessoal do novo governante (JUSTEN FILHO, 2009, p. 758-759).

O princípio da democracia republicana significa não apenas a temporariedade dos mandatos eletivos, mas também a proteção do corpo administrativo contra a variação da identidade do governante. Um Estado Democrático tem de assegurar que a condição de agente estatal não dependa da filiação política do sujeito, nem que a temporariedade dos mandatos se reflita na composição dos exercentes das atividades administrativas (JUSTEN FILHO, 2009, p. 759).

A democracia exige que o Chefe do Poder Executivo não seja investido de poderes imperiais. Isso se traduz, inclusive, em garantias aos servidores públicos contra a destituição imotivada e a qualquer tempo. É indispensável assegurar aos servidores investidos de competências relevantes a proteção em face das autoridades políticas. Tal como se reconhece em relação à

<sup>47</sup> Na definição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2002, p. 78), a república é um regime político em que se define um espaço público, distinto do privado, no qual são identificados e caracterizados certos interesses, também ditos públicos, que transcendem os interesses individuais e coletivos dos membros da sociedade e, por isso, passam a ter sua satisfação submetidas a decisões, normativas e concretas, de agentes também públicos.

magistratura, tais garantias são instituídas não em favor do ocupante do cargo ou função, mas em defesa da sociedade (JUSTEN FILHO, 2009, p. 589-590).

Lúcia Valle FIGUEIREDO (2008, p. 158) acredita que

se não houver empeco constitucional, tal seja, a atribuição à agência de competências que não lhe possam ser outorgadas, não parece que seja atentatório à independência dos poderes limitar a atuação do Chefe do Executivo, obstando-lhe a possibilidade de fazer e desfazer a seu talante. Até seria muito salutar para que não houvesse troca de favores, mas, sim, total independência.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2003, p. 213-214) caracteriza como falsa independência a subordinação política a qual são submetidas às agências reguladoras, seja de direito, mediante a

criação de tutelas políticas indevidas sobre os dirigentes colegiados ou pela supressão das garantias de seus mandatos, seja de fato, pressionando-os indiretamente, resulta na criação de simulacros abastardados do instituto que apenas desservem à administração pública, que perde eficiência, e à cidadania, que perde em garantias.

### 3.4.3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A matéria relativa à restrição para a demissão de membro da diretoria de um instituto autárquico<sup>48</sup> pelo Presidente da República, foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal, mediante o Mandado de Segurança n. 8.693, julgado em 17 de novembro de 1961, no qual se decidiu pela prerrogativa do Presidente para exonerar os membros do referido Conselho, porquanto haveria somente dois tipos de cargos: os efetivos que possuem direito à estabilidade ou os de livre provimento, para os quais há o poder de livre exoneração, sem estabilidade dos dirigentes.

No voto vencedor, do relator Ministro Ribeiro da Costa, foi enfatizada a natureza política do cargo exercido, bem como a liberdade de ação do Chefe do Poder Executivo, vez que havia sido ele quem nomeou referido membro. Acentuou, ainda, que por se tratar de mandato a prazo certo, a sua revogabilidade não encontraria empecos na Constituição vigente à época, a de 1946, pois o artigo 87, V, estabelecia a competência privativa do Presidente da República para “prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos

---

<sup>48</sup> No caso, membro do Conselho Administrativo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, cujo cargo teria mandato fixo.

federais”, podendo o Presidente livremente desnomear e investir pessoas de sua exclusiva confiança.

Extraem-se as seguintes fundamentações do voto do relator:

A Constituição de 1891 dizia, no art. 48, nº V: “Compete privativamente ao Presidente da República: N. V – prover os cargos civis e militares de caráter federal, salvo as restrições expressas na Constituição.”

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

As Constituições de 34 e 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.”

A de 37 repetiu:

“Compete privativamente ao Presidente da República prover os cargos federais, salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis.”

O que se 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 em lei.

Foi este o caso do Dr. Demócrito Barreto Dantas, que, nomeado sob o 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 mandato. 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. E entendo que êsse dispositivo da Constituição é sábio, merece meu aplauso.

E prossegue o relator:

O impetrante exercia o cargo de membro do Conselho do I.A.P.I, na qualidade de mandatário do Presidente da República. Posta a questão nestes termos, não teríamos de indagar se, como mandatário do Presidente da República, não estaria o impetrante garantido por algum dos casos de estabilidade previstos na Constituição. Os casos previstos não se aplicam à função por ele exercida. Não ingressou por concurso, não era funcionário efetivo cuja estabilidade galgasse após cinco anos de exercício, não era interino. Exercia, a meu ver, uma comissão, era demissível ad nutum, não tinha garantia de permanência no cargo. A Constituição Federal [de 1946], o Estatuto dos Funcionários Públicos, o nosso Direito Administrativo, desconhecem caso de estabilidade a tempo determinado, salvo caso de contrato de trabalho.

Em sentido contrário, parte do voto do Ministro Victor Nunes Leal, cuja divergência foi acompanhada pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Villas Boas e Luiz Gallotti:

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.

[...]

Cuidando-se, em especial, da investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura a 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.

[...]

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 independência dos órgãos administrativos que o legislador dotou com a autonomia.

[...]

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.

Além disso, o Ministro Victor Nunes Leal assinala que os institutos da estabilidade e da investidura por prazo certo não se confundem, pois a estabilidade visa à proteção da pessoa do servidor, já a investidura de prazo certo protege, mediante a permanência do servidor no cargo, interesse mais alto, a continuidade e independência da função por ele exercida num órgão dotado de autonomia.

Ressalva importante foi feita pelo Ministro Paulo Gallotti, em seu voto, ao mostrar que a forma de desprovimento não estaria vinculada àquela realizada para o provimento, pois

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) [a Constituição de 1946].

A Constituição de 1946, no artigo 188, parágrafo único, estabelecia a regra de que caberia à legislação infraconstitucional a diferenciação dos cargos em comissão e daqueles declarados de livre nomeação e demissão. A Constituição atual, no entanto, não recepcionou referida regra, de forma que os cargos em

comissão hão de ser de livre nomeação e exoneração, conforme dicção do inciso II do artigo 37 da Constituição.

Assim, apesar da atual Constituição pressupor que todos os cargos em confiança existentes implicam na demissão *ad nutum*, não há vedação, no texto constitucional, para a criação de cargos públicos em comissão por prazo determinado, cujo regime jurídico diferenciado protege referido cargo de injunções externas haja vista a relevância de suas atribuições.

Em decorrência do voto vencedor desse julgamento, o do Relator, a posição jurisprudencial restou consolidada na Súmula n. 25: “A nomeação a termo não impede livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia”.

Essa súmula, no entanto, nunca foi recepcionada em termos absolutos, pois, na mesma década, o STF editou a Súmula 47, que excepciona a regra aos reitores das Universidades públicas, por força de hierarquia constitucional da autonomia universitária. Assim dispõe o mencionado entendimento sumular: “Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura”.

Outra exceção à regra prevista na Súmula 25 diz respeito à autonomia administrativa do Ministério Público quanto ao cargo de Procurador-Geral da República, cujo rompimento da nomeação a termo pelo Presidente da República é subordinado à autorização do Senado Federal ou, no caso dos Procuradores-Gerais dos Estados, pela maioria absoluta do Poder Legislativo de cada Estado, conforme o disposto no artigo 128, § 2º, da CF<sup>49</sup>, única previsão constitucional para a demissão por ato complexo.

Ambas as circunstâncias, bem como o alcance da Súmula 25, foram discutidas no julgamento da ADIn n. 1.949/RS, em 18 de abril de 1999, com publicação em 25 de novembro de 2005, tendo sido relator o ministro Sepúlveda Pertence, de cujo voto extrai-se:

Tais exceções à regra geral da Súm. 25, no entanto, além de emprestar-lhe a força de 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,

---

<sup>49</sup> Art. 128 [...]

§ 2º - A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

recordada na inicial, sobre a dimensão democrática da periodicidade dos planos, que repelem a imposição por um governo do seu projeto ao governo seguinte.

Essa ação direta de inconstitucionalidade teve como objeto a suspensão dos artigos 7º e 8º, das Leis estaduais n. 10.931/97 e 11.292/98, do Rio Grande do Sul, as quais dizem respeito, respectivamente, à criação da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul e às alterações procedidas, aos teores daqueles artigos<sup>50</sup>, os quais passaram a conter os seguintes teores, artigo 7º: “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 [...]” e artigo 8º: “O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa”.

O argumento contrário ao teor do artigo 7º, ao considerar que a submissão da nomeação e posse dos conselheiros da agência à previa aprovação da Assembleia Legislativa violaria não só as prerrogativas do Chefe do Executivo, como também o princípio da separação de poderes, não foi acolhido pela Corte Superior.

Isto porque, foi julgada carente de plausibilidade a referida argumentação, vez que é entendimento consolidado no STF a possibilidade da subordinação da nomeação dos dirigentes das autarquias e fundações à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembleia Legislativa, haja vista a recepção da referida situação pela atual Constituição, no artigo 52, III, conforme alhures mencionado, o que não ocorria nas Constituições anteriores.

Situação delicada diz respeito ao artigo 8º, contra o qual o Governador do Estado do Rio Grande do Sul se insurgiu alegando que esse dispositivo tornava sem qualquer efeito a livre exoneração dos ocupantes de cargo de provimento em comissão pelo Chefe do Poder Executivo, prevista na parte final do artigo 37, II, da CF, pois, a não ser a hipótese de contratação temporária do artigo 37, IX, haveria somente duas formas de se prover o cargo público: ou por concurso ou por nomeação.

---

<sup>50</sup> Redação originária do artigo 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 [...]”. Já o artigo 8º determinava que “Os membros do Conselho Superior da AGERGS somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, por decisão da Assembléia Legislativa do Estado”.



Depreende-se da argumentação do voto do relator, Ministro Sepúlveda

Pertence:

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 á 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.

E mais adiante continua:

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 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 se sucede, no que toca à investidura, com as previstas no art. 52, III, f [...]

Ora, no presidencialismo, é essencialmente do Chefe do Executivo “exercer (...) a direção superior da administração” (CF, art. 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 particulares – são funções típicas da administração pública, sob as diretivas do Chefe do Poder Executivo.

No que diz respeito à autonomia das agências reguladoras, o relator enfatiza que

Por mais, no entanto, que a lei lhes haja traçado âmbito cargo de 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.

E, ao finalizar o voto, argumenta como certo que

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.

Por outro lado, o Ministro Nelson Jobim demonstra que o fundamento jurídico-constitucional da Súmula 25 desapareceu, pois a atual Constituição determina que a competência do Presidente da República para prover os cargos deve ser exercida nos termos fixados em lei, segundo o artigo 84, XXV, em evidente discordância com o artigo 87, V, da Constituição de 1946, anteriormente citado, que legitimava o voto da época.

E transcreve a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a fim de fundamentar a autonomia das agências reguladoras, entendendo que reside no exame dessas novas autarquias o núcleo da discussão, pois

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.

Além disso, trouxe ao debate o papel dessas agências, caracterizadas como braço do Estado-regulador para exercer funções e atingir os objetivos definidos em lei, competindo a elas assegurar o pleno atendimento dos usuários quanto à adequação dos serviços prestados sob o regime de concessão e permissão, sendo regidas, portanto, por política de lei e não por políticas de governo.

E, dessa forma, o voto foi pelo indeferimento da liminar, vez 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”.

A discussão, no entanto, não foi encerrada nesses termos, pois se constatou que a pretensão da inicial<sup>51</sup> era possibilitar ao Governador a demissão *ad nutum* dos dirigentes daquela autarquia.

Em virtude dessa consideração ocorreu a suspensão da eficácia do artigo 8º por violação ao princípio da separação de poderes disposto no artigo 2º da Constituição, sem prejuízo da demissão motivada, impossibilitando-se a demissão *ad nutum*, óbice que decorre da investidura a termo do Conselheiro da agência.

O Ministro Marco Aurélio, embora não tenha seguido o voto dos outros Ministros por entender que a Corte não poderia atuar como legislador positivo ao modificar o preceito do artigo 8º e possibilitar a demissão motivada pelo Chefe do Executivo, fez importante ressalva no seu voto final:

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 imotivadamente, ou seja, o ato de exoneração pode ocorrer sem que haja um motivo aceitável.  
[...] não estendo este preceito às situações concretas em que a lei preveja o mandato. Exijo, relativamente ao ato de cessação de 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.

<sup>51</sup> O pedido, quanto ao artigo 8º, consistia em suprimir as expressões “só” e “por decisão da Assembléia Legislativa”, o que acarretaria na seguinte redação: “O Conselheiro poderá ser destituído no curso de seu mandato”.

No que concerne ao Ministro Néri da Silveira, cujo voto foi pela possibilidade de, no controle concentrado de constitucionalidade, analisar a norma no contexto do diploma onde estaria prevista a investidura a termo, extrai-se pertinente observação:

Não só nos casos de reitores, respeita-se, entre nós, o prazo de investidura, mas, também, quanto a membro de diversos órgãos aos quais a lei confere autonomia e prevê investidura a prazo certo. Assim sucede, *ad exempla*, com os membros do CADE, do Conselho Federal de Educação. Nessa mesma linha, a situação das agências reguladoras de serviços públicos, no âmbito federal.

A decisão final, proferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, embora não tenha revogado o entendimento sumular n. 25, suspendeu a eficácia do artigo 8º da Lei estadual n. 10.931/97, com redação conferida pela Lei n. 11.292/98,

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.

### 3.3.4 PROJETO DE LEI N. 413/2003

Tramita, na Câmara dos Deputados<sup>52</sup>, o PL n. 413/2003, de autoria da Deputada Telma de Souza, cujo propósito é criar mecanismos de controle para as agências reguladoras.

Entre as alterações propostas<sup>53</sup>, importante mencionar, para o presente estudo, aquela que concede poderes ao Presidente da República para exonerar Conselheiros e Diretores, conforme se constata na explicação da ementa: “Restringe a autonomia das Agências Reguladoras, dando poderes ao Presidente da República para exonerar Conselheiros e Diretores”.

O referido projeto, no entanto, não restabelece a possibilidade do Chefe do Poder Executivo exonerar *ad nutum* os dirigentes das agências reguladoras.

Com efeito, estatui o artigo 3º desse projeto:

<sup>52</sup> Encontra-se, atualmente, na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, conforme o último andamento, na data de 05.09.2007.

<sup>53</sup> Altera a redação do inciso VI do art. 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, do § 2º do art. 8º, inclui inciso ao art. 18 e altera a redação do art. 24 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, do art. 9º e seu parágrafo único, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

Art. 3º – O art. 9º, da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 9º – A exoneração dos Conselheiros e dos Diretores poderá ser promovida pelo Chefe do Poder Executivo em qualquer época, observado o disposto neste artigo.

§ 1º – Constituem motivos para a exoneração de dirigentes das Agências, em qualquer época a prática de ato de improbidade administrativa; a condenação penal transitada em julgado, o descumprimento injustificado do contrato de gestão, e a não observância das políticas determinadas pelo Ministério ou Órgão Superior.

§ 2º – A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

Oportuno se faz transcrever os seguintes excertos, extraídos da justificativa apresentada nesse Projeto de Lei:

Sua qualificação como autarquias sob regime especial decorreria da circunstância de lhes ser assegurada [i] ausência de subordinação hierárquica, [ii] independência ou autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e técnica e [iii] mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes.

Ocorre que todas essas características são próprias e peculiares às autarquias, salvo as duas últimas [mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes].

Mas essas inovações são franca e irremediavelmente inconstitucionais.

A suposição de que auxiliares menores do chefe do Poder Executivo, dirigentes de autarquias, não possam ser por ele livremente nomeados e exonerados é incompatível com o regime presidencialista.

O artigo 84, II da Constituição do Brasil afirma ser da competência privativa do Presidente da República o exercício da direção superior da administração federal. Daí ser absurda a idéia de que os dirigentes de autarquias seriam titulares de direito a serem mantidos em seus cargos além de um mesmo período governamental.

Dir-se-á, eventualmente, que o Supremo Tribunal Federal, apreciando medida cautelar na ADIN 1.949-0 Rio Grande do Sul, caso da AGERS, decidiu no sentido de que os seus dirigentes não são demissíveis pelo Governador do Estado sem justo motivo.

Ocorre que não se discutiu, nessa ADIN, o texto do artigo 84, II da Constituição de 1.988, circunstância que deve ser enfaticamente sublinhada.

[...]

O artigo 9º da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, define que os Conselheiros e Diretores (das Agências) somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação penal transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. E o parágrafo único desse artigo 9º estabelece que a lei de criação da Agência poderá prever outras condições para perda do mandato.

A breve exposição acima desenvolvida torna evidente a inconstitucionalidade dos preceitos que restringem a faculdade, do Presidente da República, de exoneração dos Diretores das Agências. Esses preceitos afrontam a disposição veiculada pelo artigo 84, II da Constituição de 1.988.

Este Projeto de Lei objetiva adequar a legislação à regra constitucional, estabelecendo que, embora mantida a autonomia administrativa, financeira, patrimonial etc, as agências não podem constituir-se em administrações paralelas, desgarradas da competência privativa do Presidente da República que é o exercício da direção superior da administração federal.

Como se observa de toda exposição realizada, esse Projeto Lei vai na contramão da jurisprudência e doutrina brasileiras, as quais têm o intuito de viabilizar a atuação das agências reguladoras no direito brasileiro e, sobretudo, têm se posicionado pela constitucionalidade do mandato a prazo determinado dos dirigentes desses órgãos.

Isto porque, enquanto os outros países buscam adaptar as referidas agências ao seu ordenamento, o conservadorismo do direito brasileiro insiste em vê-las como aberrações impostas à Administração Pública, como se o legislador estivesse extrapolando os limites da legalidade e de seu trabalho quando as inseriu na legislação infraconstitucional.

Frente ao analisado, verifica-se que, assim como

as autoridades administrativas independentes foram aclimatadas ao arcabouço constitucional francês graças a um trabalho de interpretação jurisprudencial objetivando aparar as arestas de algumas de suas particularidades e a suavizar algumas de suas asperezas a fim de que fossem compatibilizadas com a arquitetura institucional (Jacques CHEVALIER *apud* ARAGÃO, 2006, p. 11),

cabará a jurisprudência nacional a mesma tarefa, qual seja, ajustar as particularidades e dar contornos às agências reguladoras brasileiras a fim de se enquadrarem ao tradicionalismo do direito constitucional e do direito administrativo.

## CONCLUSÃO

Considerando a natureza especial do cargo ocupado e a independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, alheias ao serviço público, pode-se definir o dirigente de uma agência reguladora como um agente político. Para parte da doutrina, são ocupantes de cargos em comissão, cuja investidura ocorre por prazo determinado, haja vista que a Constituição Federal subordinou à legislação ordinária a criação desses cargos e a incumbência de delinear o modo de provimento. Assim, a Constituição não teria excluído a hipótese de a lei prever um regime jurídico diferenciado para a investidura dos cargos em comissão, como é o caso do cargo ocupado pelo dirigente. Além disso, fica a critério da lei a indicação da autoridade competente para nomear o ocupante de um cargo em comissão.

Para outra doutrina, com enfoque diverso, o fundamento da investidura por prazo determinado de um dirigente encontra-se na disciplina do artigo 37, I, da CF, pois para ocupar o referido cargo, deve o titular preencher os requisitos estabelecidos em lei.

A expressão mandato, vista por esse fundamento, estaria incorreta, porque a investidura em mandato decorre de eleição ou de nomeação, e, no caso da nomeação em comissão, é imprescindível a relação de confiança entre o nomeante e o nomeado.

Tratando-se de investidura a prazo determinado, o Presidente da República não possui escolha discricionária no momento da nomeação, porquanto o nome por ele indicado depende de aprovação pelo Senado Federal, conforme os ditames constitucionais previstos nos artigos 52, III, "F" e 84, XIV. A nomeação do dirigente, portanto, é um ato complexo, pois dela participam dois poderes: o Executivo e o Legislativo.

Resta saber se a forma de desprovimento deve ser a mesma, ou seja, se é possível condicionar a demissão do dirigente ao crivo do Poder Legislativo. Conforme verificado, a forma de desprovimento não precisa estar vinculada àquela realizada para o provimento. Assim sendo, e não havendo fundamento constitucional para a participação do Legislativo, a ingerência desse poder, na decisão de demissão, ofenderia o princípio da separação dos poderes, conforme ressaltado pela doutrina, com base, principalmente, no julgamento da ADIn 1.949-0/RS.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a regra geral para os cargos em comissão, disposta no artigo 37, II, da CF, é a de livre nomeação e exoneração, cabendo somente à Constituição estabelecer as restrições a essa norma, como aquela existente no caso da nomeação.

No que diz respeito à possibilidade da investidura do dirigente extrapolar mais de um período governamental, verifica-se divergências doutrinárias, de um lado, há aqueles que entendem que a referida situação violaria o princípio republicano, pois seria uma forma do governo anterior estender suas orientações políticas e administrativas. Por outro lado, há entendimento de que os interesses públicos não devem estar submetidos a uma administração napoleônica, de modo que os servidores instituídos de competências relevantes devem possuir garantias contra as autoridades políticas.

Assim como é certo que cabe ao Presidente da República estabelecer as diretrizes da política governamental, é certo também que pode a lei, autorizada pela Constituição, criar determinados cargos por prazo determinado e dotá-los de autonomia decisória a fim de protegê-los de injunções políticas. Não está se dizendo que não deve haver um comprometimento do dirigente com o plano de governo, mas das colocações depreende-se que o dirigente somente poderia dar continuação à política governamental se fosse de plena confiança do Presidente, descaracterizando, dessa forma, a autonomia de atuação que, por lei, lhes foi atribuída.

Ademais, em se tratando de agências que foram criadas com o intuito de atender interesses e garantias eminentemente públicos, não podem ficar à mercê de decisões políticas em detrimento das de sua competência e com caráter técnico, sob pena de restar caracterizada uma falsa independência.

Referida situação se reflete na mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, assim como nas Cortes Supremas internacionais, tem buscado conferir legitimidade às peculiaridades das agências reguladoras, principalmente no que diz respeito à investidura a termos dos seus dirigentes, também denominada, para parte da doutrina e para alguns Ministros, de mandato fixo.

Isto porque, na fundamentação do voto vencedor do julgamento do Mandado de Segurança n. 8.693, emanado pelo Relator, restou consignado que o membro do Conselho da autarquia era mandatário do Presidente da República,

situação essa que permitia a livre exoneração, pois além de não ter qualquer garantia de permanência no cargo, a Constituição de 1946 não possuía nenhuma ressalva que impedisse a livre exoneração do cargo, apesar de ter sido nomeado para mandato a prazo determinado.

Por outro lado, o voto vencido desse julgamento, o do Ministro Victor Nunes Leal, reflete o atual entendimento do STF, estabelecido no julgamento da ADIn 1.949, para o qual a investidura a prazo certo protege o dirigente de demissões imotivadas e pretende garantir a continuidade de orientação e independência dos órgãos administrativos dotados de autonomia pelo legislador, ou seja, as agências reguladoras.

Oportuno se torna dizer que muitas discussões jurisprudenciais acerca desse tema ainda ocorrerão, pois a Súmula 25, não obstante seu teor tenha sido preterido pela Corte Suprema no julgamento da ADIn 1.949-0, não foi objeto de revogação, encontrando-se vigente até o presente momento.

Não obstante certa resistência da doutrina em aceitar esses entes importados do direito estrangeiro, os doutrinadores, em sua maioria, e a jurisprudência, têm buscado a adaptação aos princípios e regras constitucionais do direito brasileiro das características e funções atribuídas às agências reguladoras, a fim de dar legitimidade às suas atuações, como órgãos responsáveis pela regulação das condutas de particulares submetidos ao regime de concessão ou permissão, bem como dos sujeitos estatais que se encontram nessa circunstância. Assim, mediante a restrição da intervenção direta estatal, reduziria a utilização dos poderes normativos estatais para fins políticos, de forma que o objetivo primordial seja o bem servir dos usuários de serviços públicos.

Pelo exposto, não havendo vedação constitucional de que a lei condicione a investidura e a demissão de cargos em comissão a determinadas circunstâncias, e considerando que a estabilidade dos dirigentes é o fator fundamental para garantir a autonomia das agências reguladoras, como enfatizado por muitos doutrinadores, e tendo sido criadas com referida característica a fim de obstar sua “captura” por empresas e até mesmo pelo próprio governo, possibilitando sua atuação distante de influências políticas, não há que se falar que a demissão pelo Chefe do Executivo condicionada a motivos legais violaria os princípios constitucionais reguladores da Administração Pública.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação: noções práticas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras: Algumas perplexidades e desmistificações**. Revista IOB de direito administrativo. São Paulo, v. 1, n. 8, p. 7 – 19, agosto de 2006.

\_\_\_\_\_. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. (Coord). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. Disponível em <<http://www.abar.org.br/>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras**. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 59 – 87.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89 – 110.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 413. Autora Deputada Telma de Souza. 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 18 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. In: MiniCódigos. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em 14 set. 2009

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 03 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>> Acesso em: 10 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. [Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005](#). Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2228-1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2228-1.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.949 MC / RS. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento 18 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS 8.693 / DF. Mandado de segurança. Requerente: Murillo Gondim Coutinho. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ribeiro da Costa. 17 nov. 1961. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2009.

BUCHÉB, José Alberto. **A autonomia das agências reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 83-103, abril a junho de 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras**. Interesse Público. Porto Alegre, n. 35, p. 49 – 60, janeiro a fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. **Controle político das agências reguladoras**. Interesse Público. Porto Alegre, n. 18, p. 13 – 20, março a abril de 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado)**. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21 – 57.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. Interesse público. Porto Alegre, n. 22, p. 29 – 55, novembro a dezembro de 2003.

GUERRA, Sérgio. **Normatização por entidades reguladoras independentes: uma contribuição para o desafio da tecnicidade**. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005. p. 1 – 41.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito regulatório**. Interesse público. Porto Alegre, n. 43, p. 19 – 40, maio a junho de 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1993.

\_\_\_\_\_. **Técnicas de pesquisa:** planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1996.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Agências reguladoras:** descentralização e deslegalização. In: Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito regulatório.** São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PLÁCIDO E SILVA, De. **Tratado do mandato e prática das procurações.** 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense. 1959.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

\_\_\_\_\_. **Agências reguladoras.** Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, v. 216, p. 125 – 162, abril a junho de 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.