



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

AÇÃO POPULAR. AUTARQUIA. AGENCIA
REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.
NOMEAÇÃO. PRESIDENTE. PERÍODO ELEITORAL.
NULIDADE.

A nomeação de Presidente de autarquia em período eleitoral não viola o art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, porquanto se cuida de cargo em comissão. A investidura a termo não afeta a natureza do cargo, que continua sendo em comissão.
Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL	VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
Nº 70050114677	COMARCA DE CANOAS
MARCOS AURELIO CHEDID	APELANTE
MARCOS ANTONIO RONCHETTI	APELANTE
MUNICIPIO DE CANOAS	APELADO
CARLOS ALBERTO DA SILVEIRA	APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO E DES.^a DENISE OLIVEIRA CEZAR.**

Porto Alegre, 25 de outubro de 2012.



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

CARLOS ALBERTO DA SILVEIRA ajuizou ação popular para contra MARCOS ANTONIO RONCHETTI e MARCOS AURELIO CHEDID para desconstituir o ato administrativo de nomeação para o cargo de Presidente da Agência de Regulação dos Serviços de Saneamento e demais serviços delegados de Canoas – AGR Canoas. Nos dizeres da inicial, o Prefeito MARCOS ANTONIO RONCHETTI nomeou, em 29 de agosto de 2008, MARCOS AURELIO CHEDID para o cargo de Presidente da referida autarquia em violação ao art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997 por se tratar de período eleitoral, já que as eleições estavam aprezadas para 05 de outubro de 2008 (fl. 1214). A medida liminar foi deferida em 21 de novembro de 2008 (fl. 65). Inconformado, os Réus interpuseram agravo de instrumento que não foi conhecido pela perda do objeto, porquanto extinta a Agência pelo advento da Lei nº Lei 5.362, de 29 de dezembro de 2008. Os Réus contestaram a ação. Citado, o Município de Canoas pediu a procedência da ação (fl. 869/871). O Ministério Público opinou pela procedência da ação. Na sentença de fls., a MM. Juíza a quo julgou procedente a ação para *“condenar os corréus MARCOS ANTÔNIO RONCHETTI e MARCOS AURÉLIO CHEDID, a restituírem ao erário municipal os valores devidos, na medida de suas respectivas culpabilidades, cujos montantes deverão ser apurados em liquidação de sentença. Diante da sucumbência, condeno os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao(s) procurador(es) da parte autora, os quais fixo em R\$ 6.000,00, a ser suportado em 50% para cada um dos réus, considerando o tempo decorrido,*



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

bem como os atos praticados, forte no art. 20, § 4º do CPC". Inconformados, apelam os Réus. MARCOS ANTONIO CHEDID argui, em preliminar, a incompetência da Justiça Estadual para apreciar a alegada violação do art. 73, inciso V, alínea a, da Lei nº 9.504, de 1997, e a nulidade da sentença por falta de fundamentação. Pediu a extinção do processo sem resolução de mérito ante a litispendência superveniente relativamente a outra ação popular (008/1080020317-6). No mérito, pediu a improcedência da ação. MARCOS AURELIO CHEDID pede a modificação do julgado, porquanto não era vedada sua nomeação no período eleitoral. Apresentadas as contrarrazões, os autos foram remetidos a este tribunal. Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça opinou pelo provimento do recurso. É o relatório.

VOTOS

DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (PRESIDENTE E RELATORA)

1. Preliminares. Rejeitam-se as preliminares. A um, porque compete à Justiça Estadual apreciar a legalidade do ato administrativo de Prefeito, no exercício da atividade que lhe é própria. A dois, porque a sentença está suficientemente fundamentada. A adoção do parecer do Ministério Público não é causa de nulidade. A três, porque a continência entre a presente ação e a ação popular 1.08.0020317, como bem registrou o Dr. Anízio Pires Gavião, ilustrado Procurador de Justiça, não leva à reunião dos processos, porque já foram julgados (Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça) nem à extinção da presente que foi despachada anteriormente. Registre-se que há apelação (70050219534) interposta na outra ação



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

popular distribuída à Quarta Câmara Cível em 30 de julho de 2012, à Em. Des. Des. Agathe Elsa Schimidt Silva.

2. Mérito. Discute-se, no presente processo, a legalidade da nomeação do Apelante MARCOS AURELIO CHEDID pelo então Prefeito de Canoas, MARCOS ANTONIO RONCHETTI, para o cargo de Presidente da autarquia Agência Estadual de Regulação dos Serviços de Saneamento e demais serviços públicos de delegados de Canoas AGR – Canoas, criada pela Lei nº 5.213, de 03 de outubro de 2007. Alega o Apelado que o ato é nulo por violação ao art. 73, inciso V, da Lei nº 9.504, de 1997, que veda a nomeação de agentes públicos no período eleitoral, *verbis*:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;

b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;

c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;

e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários”.

Ao desate da lide, há de se determinar a natureza do cargo de Presidente de autarquias.

É inequívoco que o cargo de Presidente da Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento e Demais Serviços Públicos Delegados de Canoas - AGR Canoas, entidade autárquica, se cuida de cargo em comissão, já que não é antecedido de prévia aprovação em concurso público, mas resulta a indicação de livre escolha do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 25 da Lei municipal nº Lei nº 5.213, de 03 de outubro de 2007, *verbis*:

“O Presidente da Agência terá mandato de 04 (quatro) anos, por indicação do Prefeito Municipal, com início no quarto ano do mandato do Executivo Municipal.

§ 1º O Presidente da Agência, poderá ser reconduzido ao cargo de maneira consecutiva, uma única vez”.

Segundo o art. 26,

“Considerada a relevância dos serviços a serem executados pela Agência, o Presidente será inamovível, após o período probatório de 3 (três) meses, até que e encerre seu mandato”.



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

A investidura a termo do cargo de dirigente da autarquia, cuja extinção antecipada está limitada às hipóteses previstas no artigo 27, não afeta, a sua natureza, a qual continua sendo em comissão.

Por isso, a nomeação do Presidente não incide na proibição do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1998.

Por pertinente, transcreve-se o judicioso parecer do ilustrado Procurador de Justiça, Dr. Anízio Pires Gavião, *verbis*:

Portanto, considerando que a lei ressalva a possibilidade de nomear/exonerar os cargos em comissão, a nomeação de Marcos Aurélio Chedid para o cargo de Presidente da AGR não apresenta vícios passíveis de invalidação, tendo em vista que se trata de cargo de provimento em comissão.

Por outro lado, a estabilidade provisória conferida ao Presidente da AGR não desnatura a natureza do cargo em comissão.

O artigo 26 da Lei n.º 5.213/07 estabelece que considerada a relevância dos serviços a serem executados pela Agência, o Presidente será inamovível, após o período probatório de 3 (três) meses, até que se encerre seu mandato. Essa estabilidade provisória conferida ao Presidente da AGR não desnatura a natureza do cargo em comissão, uma vez que o mandato fixo de seus dirigentes é peculiaridade das agências reguladoras e, ainda, encerrado o



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

mandato, não há qualquer vedação de exoneração ad nutum do então Presidente pelo novo Governo.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes escreve que é característica das agências reguladoras, que as diferencia das demais autarquias, o fato de seus dirigentes serem detentores de mandato. Segundo o autor, o sistema de mandato não se presume, pois deve ser estabelecido em lei e, nesse caso, significa que o dirigente não é exonerável ad nutum pelo Chefe do Executivo, o que configura certa independência “política” em relação ao governante.¹

Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, esclarece que a garantia dos mandatos não se estende além de um mesmo período governamental, pois é da essência da República a sua temporariedade. Logo, segundo o autor, é de se concluir que a garantia dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras só opera dentro do período governamental em que foram nomeados. Encerrado tal período governamental, independentemente do tempo restante para conclusão deles, o novo Governo poderá sempre expelir livremente os que os vinham exercendo².

Assim, considerando que a ventilada estabilidade, na verdade consiste em aspecto típico das agências reguladoras, que instituem modo de nomeação dos dirigentes por mandato fixo e, ainda, tendo em vista que, encerrado o mandato, possível a exoneração ad nutum, não há que se falar em desnaturação da natureza do cargo em

¹ MORAES, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p.50 e 51.

² Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, 28ª Ed., p. 175 e 176



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

comissão. Nesse contexto, ressalvada a possibilidade de nomeação de cargos em comissão no período eleitoral, não se verifica ilegalidade no ato de nomeação do Presidente da AGR Canoas. Inexistente ato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público, não se justifica o ressarcimento dos valores recebidos a título de remuneração pelo então Presidente.

Nesse sentido, julgado do Tribunal e Justiça.

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. Ato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público. Não demonstração. Im procedência do pedido inicial da ação popular. Sentença mantida em reexame necessário. (Reexame Necessário Nº 70043069491, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle, Julgado em 13/07/2011)

Ademais, calha ressaltar que é inviável o ressarcimento dos valores recebidos a título de verbas salariais em face da efetiva prestação do serviço. Nesse ponto, o posicionamento jurisprudencial firmou-se no sentido de que em face da percepção dos vencimentos conforme o serviço prestado e da inequívoca boa-fé, não há falar em devolução da quantia percebida aos cofres públicos, ainda que decorrente de contratação ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART.



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

10, VIII, DA LEI 8.429/92. DANO AO ERÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. CONTRADITA. NÃO ACOLHIMENTO. TESTEMUNHA. IMPEDIMENTO NÃO DEMONSTRADO. DEFESA PRÉVIA. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. QUANTIA PAGA A TÍTULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DEVOLUÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS INDEVIDA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...)

5. "Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública" (REsp 728.341/SP).

6. Recursos especiais parcialmente providos tão somente para excluir da condenação a obrigação de devolver ao erário o valor referente à contraprestação de serviços (REsp 1184973 / MG, 1ª t., j. em 16/09/10)³.

Portanto, merece reforma a sentença".

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a DENISE OLIVEIRA CEZAR - De acordo com o(a) Relator(a).

³ No mesmo sentido: REsp 927905 / MG, 2ª T., j. em 02/09/10.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MIAS
Nº 70050114677
2012/CÍVEL

DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA - Presidente - Apelação Cível
nº 70050114677, Comarca de Canoas: "DERAM PROVIMENTO AO
RECURSO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: GIOVANA FARENZENA