

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.949 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S) : PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO
INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul em face de expressões contidas nos arts. 7º e 8º da Lei estadual nº 10.931/97, tanto em sua redação original, quanto naquela decorrente da alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, as quais reproduzo abaixo, em destaque:

Redação original

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

(...)

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

Redação posterior

“Art. 7º - O Conselheiro terá mandato de 4 (quatro) anos, será nomeado e empossado somente **após a aprovação de seu nome pela Assembléia Legislativa do Estado**, devendo

ADI 1.949 / RS

satisfazer, simultaneamente, as seguintes condições:

(...)

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

Sustenta o requerente que a AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul) é entidade que se inscreve no âmbito do Poder Executivo, devendo obediência ao Chefe do Poder Executivo e ao Secretariado estadual correspondente.

Aduz que, por força do art. 2º da Constituição Federal, não é dado a outro Poder, “seja o Legislativo, seja o Judiciário, imiscuir-se naquilo que diz respeito à prática de atos de gestão, porque tais atos estão sujeitos a controle no que tange à prestação de contas” (fl. 4).

Diante disso, argumenta o requerente que

“[o] art. 8º da Lei nº 10.931, ao condicionar a exoneração dos Conselheiros da AGERGS no curso dos respectivos mandatos à decisão da Assembléia Legislativa, em realidade, torna sem qualquer efeito a livre exonerabilidade dos ocupantes de cargo de provimento em comissão pelo Chefe do Poder Executivo, prevista na parte final do art. 37, II, da Constituição Federal” (fls. 4/5).

De igual modo, sustenta que padece, em parte, do mesmo vício o art. 7º da lei estadual,

“porquanto submete a nomeação e a posse dos Conselheiros à prévia aprovação da Assembléia, o que agrediria o art. 84, XXV, da Constituição Federal, aplicável ao Executivo Estadual por força do art. 25 da Constituição Federal” (fl. 6).

Durante o curso do processo, houve pedido de aditamento da petição inicial para que a íntegra do art. 8º da lei estadual fosse incluída no objeto da impugnação.

ADI 1.949 / RS

Em sessão plenária de 18/11/99, este Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente a medida cautelar, em acórdão assim condensado:

“EMENTA: I. Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta.

II. Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembléia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro.

1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 - à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III -, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal.

2. Carece, pois, de plausibilidade a argüição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembléia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada.

3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8º das leis locais, que outorga à Assembléia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo.

4. A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão **ad nutum** pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a

ADI 1.949 / RS

destituição por decisão da Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida.

III. Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma argüida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico.

IV. Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido” (fl. 346).

A Assembleia Legislativa prestou informações (fls. 39/54) no sentido da constitucionalidade das disposições questionadas, tendo em vista a necessidade de se garantir à Agência o exercício tecnicamente independente de suas funções.

A Advocacia-Geral da União (fls. 97/112), por seu turno, manifestou-se pela constitucionalidade do art. 7º do ato questionado - em razão da possibilidade de fixação de prazo para o exercício do cargo - e pela inconstitucionalidade do art. 8º do mesmo diploma, nos termos da cautelar.

A Procuradoria-Geral da República (fls. 120/125) pronunciou-se pela procedência do pedido em relação ao art. 8º.

A Assembleia Legislativa Riograndense e a então Governadora do Estado atestaram a vigência da legislação, com alterações ulteriores.

É o relatório.

Distribuem-se cópias aos Senhores Ministros (art. 9º da Lei nº 9.868/99 e art. 172 do RISTF).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.949 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade formulada contra dispositivos de legislação do Estado do Rio Grande do Sul por meio dos quais se fixou mandato para dirigentes de agência reguladora estadual, bem como se submeteram suas admissões e demissões ao crivo do Poder Legislativo local.

A liminar foi conferida, em parte, para **i)** firmar a falta de densidade da tese de que o art. 7º da lei impugnada, ao prever a necessidade de prévia aprovação do Conselheiro da AGERGS pela Assembleia Legislativa, ofenderia a Constituição Federal; **ii)** atestar a plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, por meio do qual se condicionou a demissão do dirigente à manifestação favorável do órgão legislativo.

Friso, de início, que o pedido é feito de maneira ampla e suficiente, de forma a englobar tanto a redação original dos dispositivos como aquela decorrente de alteração legislativa.

Por essa razão, não há prejuízo para a apreciação do pleito de inconstitucionalidade. A impugnação dirige-se contra todo o complexo normativo, evitando, assim, a indesejada repriminção de preceito incompatível com a Carta Magna.

Ademais, houve modificação do **caput** do art. 7º da Lei estadual nº 10.931/97 pela Lei nº 13.696/2011, mantendo-se, porém, praticamente a mesma redação conferida pela Lei nº 11.292/98, já tratada na petição inicial. **Vide:**

“Art. 7º - O Conselheiro terá mandato de 4 (quatro) anos, e será nomeado e empossado somente após aprovação de seu nome pela Assembleia Legislativa, devendo satisfazer, simultaneamente as seguintes condições”.

ADI 1949 / RS

Não há, portanto, prejuízo para o julgamento, diante da ausência de modificação substancial do contexto normativo.

Friso, ainda, a premissa de que a discussão sobre a constitucionalidade, em si, da figura das agências reguladoras passa ao largo do objeto de impugnação desta ação direta, uma vez que direcionada especificamente ao **regime de ingresso e de saída dos seus dirigentes**.

Apesar da falta de manifestação definitiva da Corte sobre o tema, colhe-se da sua jurisprudência a presunção de constitucionalidade desse modelo jurídico (ADI nº 1.668/DF, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 13/04/04), daí porque sua aplicação em âmbito estadual, por analogia com o âmbito federal, goza do mesmo beneplácito.

No caso específico da AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul), tal presunção se robustece, na medida em que foi indeferida a liminar pleiteada na ADI nº 2.095/RS, que ataca o ato de criação da referida agência, em acórdão condensado da seguinte forma:

“Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (AGERGS). Insuficiência de relevo jurídico da oposição que se faz à sua autonomia perante o Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, II), dado que não se inclui na competência da Autarquia função política decisória ou planejadora sobre até onde e a que serviços estender a delegação do Estado, mas o encargo de prevenir e arbitrar segundo a lei os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente. Serviço de saneamento. Competência da Agência para regulá-los, em decorrência de convênio com os Municípios” (Relator o Ministro **Octavio Gallotti**, DJ de 19/09/03).

Feitas tais considerações, entendo que o entendimento esposado no juízo cautelar deve ser ratificado por esta Corte.

ADI 1949 / RS

O art. 7º da Lei estadual nº 10.931/97, quer em sua redação originária, quer naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, determina que a nomeação e a posse do dirigente da autarquia somente ocorra **após a aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.**

O modelo federal de agências reguladoras comporta sistema semelhante, **vide**, por exemplo, a necessidade de prévia aprovação dos dirigentes da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) pelo Senado Federal (art. 23 da Lei nº 9.472/97).

A Constituição Federal permite que a legislação condicione a nomeação de determinados titulares de cargos públicos à prévia aprovação do Senado Federal, a teor do art. 52, III, **in verbis**:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

(...)

f) titulares de outros cargos que a lei determinar”.

Da jurisprudência do STF, colhem-se os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL. DERROGAÇÃO. CONSEQÜÊNCIA: PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA AÇÃO. AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. NOMEAÇÃO DE DIRIGENTES. OCUPAÇÃO DE CARGOS A TÍTULO INTERINO. SIMETRIA AOS PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Constituição Estadual. Superveniência de Emenda Constitucional que suprimiu a referência a ‘empresas públicas’. Derrogação da disciplina. Conseqüência: prejudicialidade parcial da ação. 2. **Nomeação de dirigentes de autarquias e fundações públicas pelo Governador do Estado, após aprovação das indicações pela Assembléia Legislativa. Observância ao modelo federal, que**

prevê a participação legislativa na nomeação de dirigentes de autarquias ou fundações públicas (CF, artigo 51, III, f). Vício de inconstitucionalidade. Inexistência. Precedentes. 3. Exercício de cargo de direção nas autarquias e fundações públicas estaduais, a título interino, por prazo superior a sessenta dias. Hipótese em que é exigida a aprovação pela Assembléia Legislativa. Vedação. Ofensa ao princípio da livre iniciativa do Chefe do Executivo para proceder às nomeações. Alegação improcedente. A exemplo do que sucede no plano federal, o estabelecimento de prazo suficiente e razoável para que o Governador escolha os seus auxiliares não vulnera preceitos da Constituição Federal. Ação julgada prejudicada, em parte. Na parte remanescente, julgada improcedente” (ADI nº 1.281/PA, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 23/04/04).

“I - Crime de responsabilidade: tipificação: competência legislativa da União mediante lei ordinária: inconstitucionalidade de sua definição em constituição estadual. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (malgrado a reserva pessoal do relator) está sedimentada no sentido de que é da competência legislativa exclusiva da União a definição de crimes de responsabilidade de quaisquer agentes políticos, incluídos os dos Estados e Municípios. 2. De qualquer sorte, a Constituição da República reserva a tipificação dos crimes de responsabilidade à lei ordinária: é regra de processo legislativo que, dada a sua implicação com o regime constitucional de separação e independência dos poderes, se imporia à observância do Estado-membro, ainda quando detivesse competência para legislar na matéria. **II - Assembléia Legislativa: sujeição à sua prévia aprovação, pela Constituição do Estado, da escolha pelo Governador dos ‘administradores dos municípios criados e não instalados’ e de ‘titulares de outros cargos que a lei determinar’:** constitucionalidade. III - Ministério Público: atribuição para ‘adquirir bens e serviços e efetuar a respectiva contabilização’: constitucionalidade, dado

cuidar-se de corolário de sua autonomia administrativa (e financeira), não obstante sua integração na estrutura do Poder Executivo. IV - Ministério Público: constitucionalidade da outorga de 'eficácia plena e executoriedade imediata' às decisões 'fundadas em sua autonomia', se, no contexto, o dispositivo tem por objeto exclusivo atos administrativos da instituição. V - Polícias estaduais: regra constitucional local que subordina diretamente ao Governador a Polícia Civil e a Polícia Militar do Estado: inconstitucionalidade na medida em que, invadindo a autonomia dos Estados para dispor sobre sua organização administrativa, impõe dar a cada uma das duas corporações policiais a hierarquia de Secretarias e aos seus dirigentes o status de secretários. VI - Polícia Civil: direção: inconstitucionalidade da regra impositiva não só de que a escolha recaia em Delegado de carreira - como determinado pela Constituição da República -, mas também de que seja o escolhido integrante da sua classe mais elevada. VII - Polícia Militar: atribuição de 'radiopatrulha aérea': constitucionalidade. O âmbito material da polícia aeroportuária, privativa da União, não se confunde com o do policiamento ostensivo do espaço aéreo, que - respeitados os limites das áreas constitucionais das Polícias Federal e Aeronáutica Militar - se inclui no poder residual da Polícia dos Estados". (ADI nº 132/RO, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 30/05/03).

"Separação e independência dos poderes: submissão à Assembléia Legislativa, por lei estadual, da escolha de diretores e membros do conselho de administração de autarquias, fundações públicas e empresas estatais: jurisprudência do Supremo Tribunal.

1. À vista da cláusula final de abertura do art. 52, III, f da Constituição Federal, consolidou-se a jurisprudência do STF no sentido da validade de normas locais que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação da Assembléia Legislativa.

2. Diversamente, contudo, atento ao art. 173 da

ADI 1949 / RS

Constituição, propende o Tribunal a reputar ilegítima a mesma intervenção parlamentar no processo de provimento da direção das entidades privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista da administração indireta dos Estados” (ADI nº 2.225/SC-MC, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 29/09/2000).

Nesse sentido, atendendo à simetria constitucional, a lei gaúcha não se mostra, nesse ponto, incompatível com a Carta Federal.

Por outro lado, reconheço a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97 quando **amarra a destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual somente à decisão da Assembleia Legislativa.**

A Lei Fundamental estabeleceu um rijo modelo de Estado, no qual a interferência de um Poder sobre outro é exclusivamente autorizada nas hipóteses nela previstas.

O voluntarismo do legislador infraconstitucional não está apto a interferir em tal construção, criando ou ampliando os campos de intersecção entres os Poderes estatais constituídos, sem autorização constitucional. Percebe-se isso quando se condiciona a destituição de dirigente de autarquia de caráter especial à decisão exclusiva do Poder Legislativo.

A questão foi intensamente debatida no juízo cautelar, em sede do qual se assentou a agressão ao princípio da separação dos poderes levada a efeito pelo dispositivo ora atacado.

É relevante destacar que, **muito embora haja no modelo das agências reguladoras hipóteses de demissão motivada dos dirigentes, a participação do chefe do Poder Executivo no processo de tomada de decisão não pode ser ilidida.**

Aqui se encontra a inconstitucionalidade apontada no julgamento da medida cautelar relativa à previsão normativa ora questionada, na medida em que **se extirpa a possibilidade de qualquer participação do governador do estado na destituição do dirigente da agência**

reguladora, transferindo, de maneira ilegítima, a totalidade da atribuição ao Poder Legislativo local.

Eis o texto da norma impugnada, em suas duas versões:

Redação original:

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

Redação posterior:

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

Por oportuno, trago excerto do voto do Ministro **Sepúlveda Pertence** proferido no julgamento da medida cautelar, no qual Sua Excelência delineou a discussão com percuciência:

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

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

Só num caso, nas novas agências reguladoras, se cogitou disso, como também já informei no meu segundo voto nesta causa: aludo à ANP, Agência Nacional do Petróleo. O projeto aprovado pelo Congresso, sim, subordinara à decisão do Senado a demissão. Num item, sem motivação, nos outros, com motivação. É curioso o artigo. Em síntese, relacionam-se

primeiro uma hipótese de destituição, que parece discricionária, por decisão do Senado, provocada pelo Presidente da República; duas outras, por faltas graves: descumprimento do contrato de gestão, improbidade administrativa etc. E o parágrafo esclarece que não só a primeira, mas todas as três hipóteses estão condicionadas à decisão do Senado, porque nele se dá ao Presidente da República a possibilidade de suspender preventivamente o funcionário do exercício do cargo até a decisão do Senado.

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

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

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

A perda do mandato só poderá ocorrer:

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

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

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

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

E conclui S. Exa.:

‘A lei não permite a demissão imotivada.’

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

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

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

(...)

Quero assinalar que o dispositivo não tem paralelo, nem nos precedentes americanos recordados, nem na legislação similar brasileira. Ele não apenas subtrai do Chefe do Poder Executivo o poder de destituir um dirigente de autarquia integrante do próprio Executivo, com submissão ou não à anuência da Assembléia Legislativa: a lei gaúcha vai ao ponto de negar ao Executivo até o poder de manter o Conselheiro nomeado a termo até o final da sua investidura, dado que a decisão da Assembléia Legislativa, que, ela própria, destitui o conselheiro, é a norma absolutamente explícita e inequívoca da lei, e não está sequer submetida à provocação do Governador. É

ADI 1949 / RS

mais, **data venia**, que violência à separação e independência dos Poderes. O que se instituiu nessa lei é uma técnica típica do parlamentarismo.”

Verifica-se, pois, que se está, na hipótese, diante de previsão normativa inconstitucional que perpetra **violação à cláusula da separação dos poderes, haja vista que exclui, em absoluto, a atuação do chefe do Poder Executivo no processo de destituição do dirigente da agência reguladora estadual.**

Ressalte-se, ademais, que, conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, **a exoneração dos cargos de dirigentes dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder.** Tal fato poderia **subverter a própria natureza da autarquia especial**, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido **certo grau de autonomia.**

Sobre o tema, vale reprisar a importância deste julgamento ao superar, em relação às agências independentes, o entendimento firmado por esta Corte, em 1962, no histórico julgamento do MS nº 8.693/DF, de relatoria do Ministro **Ribeiro da Costa**, quando se discutiu exatamente a investidura administrativa de prazo certo e o poder de livre exoneração pelo chefe do Poder Executivo, cujo aresto trago abaixo, e que resultou na edição da Súmula nº 25 desta Corte, a seguir reproduzida:

“INSTITUTOS AUTÁRQUICOS. NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO DE MEMBROS DE SUAS DIRETORIAS, PRESIDENTES E CONSELHEIROS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE, ART. 87, Nº V; DISPOSITIVOS EQUIVALENTES DA CARTA DE 1937 E DA CONSTITUIÇÃO DE 1934. INTELIGÊNCIA. PODER DE EXONERAR IMPLÍCITO NO DE NOMEAR. MANDATO POR TEMPO CERTO. INOCORRÊNCIA. CARGOS EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA. DEMISSIBILIDADE **AD NUTUM**. PROGRAMA POLÍTICO, SOCIAL E ECONÔMICO DO GOVÊRNO. EXECUÇÃO E CONTRÔLE DO PODER EXECUTIVO.

ADI 1949 / RS

DENEGAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA” (MS nº 8.693/DF, Pleno, Relator o Ministro **Ribeiro da Costa**, RTJ 25/55).

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

Tendo em vista o atual contexto constitucional, verifica-se que, para o presente caso não importa analisar, simplesmente, os limites de demissibilidade **ad nutum** conferidos ao chefe do Poder Executivo pelo art. 37, II, da Constituição Federal, sem se cogitar da necessidade de se conferir certo grau de estabilidade e garantia aos dirigentes de autarquia reguladora que exercem mandato com prazo certo.

Isso foi, aliás, o que salientou o Ministro **Victor Nunes Leal**, ao firmar posição, à época minoritária, em lapidar voto proferido no referido MS 8.693/DF:

“Visa a investidura de prazo certo garantir a *continuidade de orientação* e a *independência* de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e definir-lhe as atribuições.” (RTJ 25/63).

Quando do exame da medida cautelar, na presente ação, ponderou-se exatamente sobre a natureza da investidura a termo no referido cargo, bem assim sobre a incompatibilidade da demissão **ad nutum** com esse regime, haja vista que **o art. 7º da legislação gaúcha prevê o mandato de quatro anos para os conselheiros da agência**.

Com efeito, é traço comum às chamadas agências reguladoras, inclusive no direito comparado, a independência – ou “autonomia reforçada”, na expressão de Alexandre Santos Aragão – em relação à Administração Pública. Como bem destaca o autor, “não é qualquer autonomia que caracteriza as agências reguladoras, mas apenas aquela

ADI 1949 / RS

reforçada, sobretudo, pela vedação de exoneração **ad nutum** dos seus dirigentes” (**Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013).

Em igual sentido, Carlos Ari Sunfeld adverte que “o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes” (Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. Malheiros: São Paulo, 2000. p. 88). Exatamente por isso, tem-se a fixação de **mandato com prazo certo**, não podendo seus dirigentes ser exonerados discricionariamente pelo chefe do Poder Executivo, **sendo necessária a motivação e a existência de processo formal**.

Ademais, outra ponderação realizada no juízo cautelar foi o possível vácuo normativo decorrente da eliminação do art. 8º, ora em comento, uma vez que **o diploma legal não prevê qualquer outro procedimento ou garantia contra a destituição imotivada do Conselheiro da AGERGS**.

Na cautelar, sagrou-se vencedora a formulação de decisão proposta pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**, constante do dispositivo do julgado, **in verbis**:

“[O] Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de medida liminar, para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 8º da Lei estadual nº 10.931, de 09/01/97, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual nº 11.292, de 23/12/98, assim como na sua redação original, **sem prejuízo de restrições à demissibilidade, pelo Governador do Estado, sem justo motivo, conseqüentes da investidura a termo dos Conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS, conforme o art. 7º da mesma lei, e também sem prejuízo da superveniência de legislação válida.**”

Foi salutar a cautela deste Tribunal no sentido de evitar a quebra do sistema de estabilidade dos cargos de direção da autarquia.

Contudo, entendo que seja necessário avançar ainda mais em relação ao julgamento da medida cautelar. No meu sentir, o critério utilizado do **“justo motivo”** não é suficiente para garantir a necessária autonomia político-institucional das agências reguladoras. Para tanto, mostra-se imprescindível a **fixação de balizas mais precisas quanto às restrições de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades.**

Ressalte-se que, na legislação federal, de forma semelhante ao que previsto em relação ao CADE, já mencionado no julgamento da cautelar, as hipóteses de perda do mandato dos dirigentes de autarquias reguladoras são reguladas mediante previsão de hipóteses específicas, presentes na maioria das leis instituidoras das agências reguladoras. Pode-se citar:

Lei Geral das Agências (Lei nº 9.986/2000)

“Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.”

ANA – Agência Nacional de Águas (Lei nº 9.984/2000)

“Art. 10. A exoneração imotivada de dirigentes da ANA só poderá ocorrer nos quatro meses iniciais dos respectivos mandatos.

§ 1º Após o prazo a que se refere o **caput**, 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 prevêm 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.

§ 3º Para os fins do disposto no § 2º, cabe ao Ministro de Estado do Meio Ambiente instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento.”

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil (Lei nº 11.182/2005)

“Art. 14. 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.**

(...)

§ 2º Cabe ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial constituída por servidores públicos federais estáveis, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir julgamento.”

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782/99)

“Art. 12. 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.**”

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº

9.961/2000)

“Art. 8º 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.**

§ 1º Instaurado processo administrativo para apuração de irregularidades, poderá o Presidente da República, por solicitação do Ministro de Estado da Saúde, no interesse da Administração, determinar o afastamento provisório do dirigente, até a conclusão.

§ 2º O afastamento de que trata o § 1º não implica prorrogação ou permanência no cargo além da data inicialmente prevista para o término do mandato.”

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres e ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei nº 10.233/2001)

“Art. 56. Os membros da Diretoria perderão o mandato em virtude de **renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar, ou descumprimento manifesto de suas atribuições.**

Parágrafo único. Cabe ao Ministro de Estado dos Transportes instaurar o processo administrativo disciplinar, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento.”

ADI 1949 / RS

Conforme se verifica, a teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, pode-se destacar como **hipóteses gerais de perda do mandato**: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras **hipóteses legais**, as quais devem sempre observar a **necessidade de motivação e de processo formal**, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.

Assim sendo, em razão do **vácuo normativo resultante da declaração de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97** e tendo em vista que o diploma legal não prevê qualquer outro procedimento ou garantia contra a exoneração imotivada dos conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), entendo pertinente e relevante que esta Corte estabeleça, desde já, enquanto perdurar a omissão normativa, as hipóteses específicas de demissibilidade dos dirigentes dessa entidade.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.

É como voto.

17/09/2014

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.949 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S) : PGE-RS - PAULO PERETTI TORELLY E OUTRO
INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente.

1. O art. 7º da Lei estadual nº 10.931/97, quer em sua redação originária, quer naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, determina que a nomeação e a posse dos dirigentes da autarquia reguladora somente ocorra após a aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. A Constituição Federal permite que a legislação condicione a nomeação de determinados titulares de cargos públicos à prévia aprovação do Senado Federal, a teor do art. 52, III. A lei gaúcha, nessa parte, é, portanto, constitucional, uma vez que observa a simetria constitucional. Precedentes.

2. São inconstitucionais as disposições que amarram a destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual somente à decisão da Assembleia Legislativa. O voluntarismo do legislador infraconstitucional não está apto a criar ou ampliar os campos de intersecção entres os

ADI 1949 / RS

poderes estatais constituídos, sem autorização constitucional, como no caso em que se extirpa a possibilidade de qualquer participação do governador do estado na destituição do dirigente da agência reguladora, transferindo, de maneira ilegítima, a totalidade da atribuição ao Poder Legislativo local. Violação do princípio da separação dos poderes.

3. Ressalte-se, ademais, que conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos cargos de dirigentes dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia.

4. A natureza da investidura a termo no cargo de dirigente de agência reguladora, bem como a incompatibilidade da demissão **ad nutum** com esse regime, haja vista que o art. 7º da legislação gaúcha prevê o mandato de quatro anos para o Conselheiro da agência, exigem a fixação de balizas precisas quanto às hipóteses de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades. Em razão do vácuo normativo resultante da inconstitucionalidade do 8º da Lei estadual nº 10.931/97 e tendo em vista que o diploma legal não prevê qualquer outro procedimento ou garantia contra a exoneração imotivada dos Conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), deve a Corte estabelecer, enquanto perdurar a omissão normativa, as hipóteses específicas de demissibilidade dos dirigentes dessa entidade.

5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, pode-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.

ADI 1949 / RS

6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.