

Previsão de membros do Poder Legislativo em conselho de agência reguladora: afronta à separação dos poderes

Forecast of members of the Legislative Power on the board of a regulatory agency: affront to the separation of powers

Supremo Tribunal Federal (STF)

Voto

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Como visto, trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo então **Governador do Estado de São Paulo** em face dos **arts. 16, §9º, 22, X, e 23, X**, todos da **Lei Complementar nº 1.025, de 07.12.2007, do Estado de São Paulo**, que “*Transforma a Comissão de Serviços Públicos de Energia — CSPE em Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo — ARSESP, dispõe sobre os serviços públicos de saneamento básico e de gás canalizado no Estado, e dá outras providências*”.

2. Presente a legitimidade ativa *ad causam* do Governador do Estado de São Paulo, forte nos arts. 103, V, da Constituição da República e 2º, V, da Lei 9.868/1999.

Verifico, também, a pertinência temática por se tratar de Lei Complementar estadual que versa sobre diretoria e conselhos de agência reguladora do Estado de São Paulo.

3. Atendidos os demais pressupostos de admissibilidade, conheço da ação direta e passo ao **exame do mérito**.

4. Para melhor compreensão da controvérsia constitucional, transcrevo os dispositivos impugnados na presente ação direta:

Artigo 16 — A Diretoria será composta por 5 (cinco) Diretores escolhidos pelo Governador do Estado e por ele nomeados após aprovação pela Assembleia Legislativa. (NR)

[...]

§9º — Confirmadas as respectivas nomeações, fica vedado o remanejamento dos membros da Diretoria no curso de seus mandatos, salvo expressa autorização da Assembleia, na forma do que dispõem os §§7º e 8º. (NR) [...]

Artigo 22 — O Conselho de Orientação de Energia terá a seguinte composição:

[...]

X — 2 (dois) membros do Poder Legislativo. (NR)

Artigo 23 — O Conselho de Orientação do Saneamento Básico terá a seguinte composição:

[...]

X — 1 (um) membro do Poder Legislativo. (NR)''

5. Indicados como **parâmetros de controle** os artigos 2º e 52, III, *f*, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

[...]

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.

6. Quanto à primeira insurgência, referente à vedação do remanejamento dos membros da Diretoria no curso de seus mandatos, salvo expressa autorização da Assembleia, **não merece guarida** a pretensão autoral.

Sustenta o demandante que “*só caberia condicionar à prévia aprovação assemblear o remanejamento de diretores da ARSESP se a estes fosse reservada área de atuação específica dentro da diretoria da agência, o que não é o caso*”.

Entendo ausente a alegada ofensa à razoabilidade e ao devido processo legal em sua dimensão substantiva. A norma impugnada **prestigia** a manutenção da **Diretoria nos termos em que aprovada pela Assembleia Legislativa**. Almeja-se, dessa forma, evitar alterações e ingerências no quadro diretor da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP.

Ressalto, no plano federal, a disciplina da **Lei nº 9.986/2000**, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras:

Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados 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, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos 1 (um) dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, o inciso II: (Redação dada pela Lei nº 13.848, de 2019)

[...]

§5º **A indicação, pelo Presidente da República, dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada a serem submetidos à aprovação do Senado Federal especificará, em cada caso, se a indicação é para Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Diretor ou Conselheiro.** (Incluído pela Lei nº 13.848, de 2019)

§6º (VETADO).

§7º Ocorrendo vacância no cargo de Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Diretor ou Conselheiro no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no caput e exercido pelo prazo remanescente, admitida a recondução se tal prazo for igual ou inferior a 2 (dois) anos. [destaquei]

A legislação federal estabelece a específica aprovação do Senado para **cada cargo** de composição do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada. Assim, uma vez indicado e aprovado o nome para Presidente, não há a possibilidade de o Poder Executivo efetuar unilateralmente o remanejamento para que o membro passe a ser Conselheiro, por exemplo. Essa foi a *ratio* adotada pela Lei Complementar estadual em exame.

Cabe lembrar que o caso em tela versa também sobre uma agência reguladora, espécie que se diferencia das demais autarquias e fundações públicas cujos dirigentes não estão sujeitos à prévia aprovação da Assembleia Legislativa.

Em se tratando de agências reguladoras, o desenho constitucional do **modelo federal** admite prévia aprovação de seus dirigentes pelo Poder Legislativo. A norma impugnada, em prestígio à **simetria**, permite igualmente aos Estados a submissão das suas agências reguladoras ao **mesmo regime**.

Colho precedente nesse sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL. DERROGAÇÃO. CONSEQUÊNCIA: 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. Consequência: prejudicialidade parcial da ação. 2. Nomeação de dirigentes de autarquias e fundações públicas pelo Governador do Estado, após aprovação das indicações pela Assembleia 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 Assembleia 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 1.281/PA, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 23/04/04].

Perante esta Suprema Corte, tramitou a **ADI 1949**, na qual foram impugnados os artigos 7º e 8º da Lei 10.931/97, do Rio Grande do Sul. As normas objeto do controle abstrato de constitucionalidade referiam-se à necessidade de aprovação de conselheiro somente após o crivo da Assembleia Legislativa, bem como à impossibilidade de demissão dos membros do Conselho Superior, exceto pela Assembleia Legislativa. Esta Casa julgou, por unanimidade, parcialmente procedente o pedido deduzido na referida ação direta, nos termos do voto do relator, Ministro Dias Toffoli, em julgamento assim ementado:

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 entre os 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-se, 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 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 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), 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, podem-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. 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. [ADI 1949, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 14.11.2014, destaquei]

Dentro dessa moldura, pode-se concluir que, embora com vinculação ao Executivo, a criação das agências reguladoras, como autarquias dotadas de regime jurídico especial, expressa a vontade de criar entes independentes do poder central, cujo objetivo é executar de modo autônomo a atividade de regulação de determinadas atividades econômicas.

Elucidativo o excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes ao julgamento da ADI 2095/RS, com referência expressa ao precedente da ADI 1949, acima citada:

[...] Característica relevante dessa independência consiste, ademais, no mandato temporário de seus dirigentes, que são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo após aprovação pelo Legislativo, e que só podem ser destituídos de seu cargo por renúncia, processo administrativo disciplinar ou decisão judicial transitada em julgado e, portanto, não estão à mercê do critério político do órgão revisor, como ocorre com as autarquias que funcionam sob o regime comum. Nesse contexto, impede-se a descontinuidade administrativa e de políticas públicas implementadas, pela simples troca de governo ou direção, mantendo-se a estabilidade de suas ações, conforme já decidiu esta Corte quanto à própria AGERGS, no julgamento da ADI 1.949, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14.11.2014. [ADI 2095, Relatora: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 11.10.2019, DJe 26.11.2019, destaquei]

Desse modo, a participação do Poder Legislativo é feita em homenagem ao equilíbrio entre os Poderes e não se limita à nomeação. **Abrange**, também, **os remanejamentos nos específicos cargos dos dirigentes aprovados**, tal como previsto pela norma impugnada.

Como assevera a **Procuradoria-Geral da República** no seu parecer acostado aos autos, *“O remanejamento, repita-se, equipara-se a uma nova nomeação, sem que haja, necessariamente, uma demissão”*.

Ausente, pois, a inconstitucionalidade alegada.

7. Já no que atine à inserção de membros do Poder Legislativo nos Conselhos de Orientação de Energia e do Saneamento Básico, a disciplina da Lei Complementar nº 1.025/2007 é **materialmente inconstitucional**.

Há disciplinamento que possibilita a um Poder — o Legislativo — ter assentos nos Conselhos da agência reguladora estadual. Vê-se a clara

desarmonia do sistema de pesos e contrapesos, na medida em que há **indevida ingerência** da Assembleia Legislativa na **autonomia** da ARSESP, em descompasso com a Carta Magna.

O teor dos **artigos 22, X, e 23, X, da Lei Complementar nº 1.025/2007** revela inovação em matéria referente ao equilíbrio entre os Poderes, uma vez que tais normas não derivam, sequer implicitamente, da disciplina constitucional federal.

Quanto ao tema, bem arremata a **Advocacia-Geral da União**: “[...] a inclusão de representantes da Assembleia Legislativa no Conselho de Orientação de Energia e no de Saneamento ultrapassa os limites de colaboração e controle recíproco entre os Poderes, porquanto não se evidencie respaldo constitucional para tanto”.

A **Procuradoria-Geral da República**, por sua vez, pontua que “Os cargos em questão integram a estrutura do Poder Executivo e o seu provimento por membros do Legislativo é incompatível com a autonomia das agências reguladoras, configurando interferência indevida entre os Poderes”.

A jurisprudência deste Plenário é no mesmo sentido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 69/1990, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CARREIRA DE FISCAL DE RENDA DA SECRETARIA DE FAZENDA. ALTERAÇÕES PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 107/2003. DEFINIÇÃO DAS FUNÇÕES PRIVATIVAS DOS FISCAIS DE RENDA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. INSERÇÃO DA EXPRESSÃO “CONTROLE EXTERNO” EM VÁRIOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS POR MEIO DE EMENDA PARLAMENTAR. INOCORRÊNCIA DE AUMENTO DE DESPESA. PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA EM ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO DO PODER EXECUTIVO. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. PARTICIPAÇÃO, AINDA, DE REPRESENTANTES DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E DO CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. INTERRUPÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA RETIRAR O CARÁTER COMPULSÓRIO DESSA PARTICIPAÇÃO. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INSTAURADO PELA CORREGEDORIA TRIBUTÁRIA DE CONTROLE EXTERNO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE PRERROGATIVA DA POLÍCIA CIVIL OU DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTABELECIMENTO DE PRAZOS PRESCRICIONAIS DE CINCO E DEZ ANOS PARA SANÇÕES DISCIPLINARES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 5º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, 6º, 81, CAPUT, 105, INCS. V E IX, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 69/1990, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 107/2003. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS INCS. VII E VIII DO ART. 105 DESSE DIPLOMA

LEGAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. [ADI 2877, Relator: Marco Aurélio, Redatora p/ Acórdão: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 06.08.2018, destaquei]

Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional nº 24 do Estado de Alagoas. Alteração na composição do Conselho Estadual de Educação. **Indicação de representante pela Assembleia Legislativa.** Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. 1. A ação direta foi proposta em face da Emenda Constitucional nº 24/02 do Estado de Alagoas, a qual dispôs sobre a organização e a estruturação do Conselho Estadual de Educação, órgão integrante da Administração Pública que desempenha funções administrativas afetas ao Poder Executivo, conferindo à Assembleia Legislativa o direito de indicar um representante seu para fazer parte do Conselho.

2. A disciplina normativa pertinente ao processo de criação, estruturação e definição das atribuições dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública estadual, ainda que por meio de emenda constitucional, revela matéria que se insere, por sua natureza, entre as de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo local, pelo que disposto no art. 61, §1º, inciso II, alínea “e”, da Constituição Federal. Precedentes. 3. **A EC nº 24/02 do Estado de Alagoas incide também em afronta ao princípio da separação dos Poderes. Ao impor a indicação pelo Poder Legislativo estadual de um representante seu no Conselho Estadual de Educação, cria modelo de contrapeso que não guarda similitude com os parâmetros da Constituição Federal. Resulta, portanto, em interferência ilegítima de um Poder sobre o outro, caracterizando manifesta intromissão na função confiada ao chefe do Poder Executivo de exercer a direção superior e dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública.** 4. Ação direta julgada procedente. [ADI 2654, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 09.10.2014, destaquei]

Nessa linha, entendo configurada a **inconstitucionalidade material** alegada.

8. Ante o exposto, conheço da ação direta e julgo parcialmente procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 22, X, e 23, X, da Lei Complementar nº 1.025, de 07.12.2007, do Estado de São Paulo.

É como voto.