

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO Nº 50000.029371/2004-83

Interessado : Ministério dos Transportes

Assunto : Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência.

(*) Parecer nº AC - 051

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 438/2006, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/MS-04/06, de 23 de maio de 2006, da lavra do Consultor da União, Dr. MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar.

Brasília, 12 de junho de 2006.

ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA
Advogado-Geral da União

(*) A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: "Aprovo. Em, 13-VI-2006".

Despacho do Consultor-Geral da União nº 438/2006

PROCESSO Nº 50000.029371/2004-83

PROCEDÊNCIA : Ministério dos Transportes – MT

INTERESSADO : Tecon Salvador S/A

ASSUNTO : Porto de Salvador. Operadores portuários. Cobrança de taxa (THC2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados.

Senhor Advogado-Geral da União,

1.A questão trazida à apreciação, como bem mostrado pelo Parecer AGU/MS-04/2006 que ora submeto à consideração de Vossa Excelência está estreitamente relacionada com a adequada compreensão do regime jurídico legal de regulação.

Com efeito, desde que a Constituição estabeleceu caber privativamente ao Presidente da República o exercício do poder regulamentar, tem-se como certo que lhe cabe, em qualquer circunstância, determinar as medidas correspondentes. É claro que essa prerrogativa não exclui o próprio poder regulador da lei até mesmo porque a atuação da administração fica sempre sujeita ao princípio da legalidade.

Ocorre que, a despeito disso, é inegável o poder de avocação presidencial em decorrência dessa privatividade de regular, o que implica assentar a verdade lógica de que não

há exceção à essa eminência, a qual, de resto, é também derivação natural do regime presidencialista adotado pela Constituição.

Daí resulta perfeitamente compreensível que em relação à administração direta ou indireta do poder executivo todas as instituições estão vinculadas à lei e as determinações regulamentares do Presidente da República, estas as quais resultam por sua vez precisamente do exercício do poder de definir as prioridades e descrição de sua administração auxiliada pelos Ministros de Estado. Em resumo, Presidente da República através de seus Ministros, exercendo a administração pública superior, estão limitados apenas pela Constituição e pelas leis, em cujos limites, por isso, exercem também a supervisão e controle dos órgãos intermediários e inferiores da administração.

Em outros termos, a adequada compreensão como acima mencionada se fixa pela exata inteligência constitucional que exclui nichos de autonomia absoluta no interior da administração e pela necessária atenção ao sistema constitucional de regulação. Nesse quadro é que se deve desenvolver a discussão ora descrita no parecer em causa.

Assim, a questão não é a quantidade de autonomia destinada pela lei às agências reguladoras senão a intensidade da supervisão que lhes pode votar a administração direta dos Ministérios. Nesse sentido, a argumentação do parecer referido é precisa ao definir as bordas da “autonomia” reguladora titulada por elas nos limites de suas precípuas finalidades legais e na escrupulosa sintonia com as políticas públicas a cargo dos ministérios. A rigor, uma e outra têm sede legal ou constitucional, daí porque em verdade a controvérsia não se situa no reconhecimento da autonomia ou não, mas na compreensão da vontade legal-constitucional relacionada com a atividade de cada uma delas.

Nessa linha de compreensão, as ações e atividades das agências reguladoras, embora submetidas ao mesmo regime de supervisão, só desfrutam dessa pretendida autonomia na medida em que desempenhem seus encargos ou poderes no limite da competência legal, situação em que a supervisão ministerial fica inversamente mitigada, o que, de resto, é comum a todas as entidades da administração indireta. Assim, o pressuposto necessário da premissa é a existência incondicional da supervisão ministerial como traço essencial do regime presidencialista vigente – que, aliás, repita-se, não é mera aplicação das regras do Decreto-Lei nº 200/1967, mas reconhecimento da aplicação sistemática das prerrogativas constitucionais de regulação privativas do Presidente da República – e então a aferição da autonomia das agências e de suas condutas além de diretamente vinculadas às suas finalidades institucionais se mede principalmente pela adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente a República e os Ministérios que o auxiliam.

Pelas mesmas razões, o cabimento do recurso hierárquico impróprio não encontra objeções já que inexistente área administrativa imune à supervisão ministerial, reduzindo-se, contudo, o âmbito de seu cabimento, de modo idêntico, na mesma razão inversa da obediência às políticas de iniciativa do Ministério supervisor.

Em suma, não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos. Não é outra, portanto, a conclusão com respeito à supervisão ministerial que se há de exercer

sempre pela autoridade ministerial competente, reduzindo-se, no entanto, à medida que, nos limites da lei, se atendam às políticas públicas legitimamente formuladas pelos Ministérios setoriais. Por isso, se afirma que a autonomia existe apenas para o perfeito cumprimento de suas finalidades legais.

Nesses termos, encaminho a manifestação referida ao exame de Vossa Excelência, sugerindo a aprovação e propondo ainda submeter-se o caso à arbitragem presidencial na forma legal.

À consideração.

Brasília, 5 de junho de 2006.

MANOEL LAURO VOLKMER DE CASTILHO
Consultor-Geral da União

PARECER N. AGU/MS 04/2006

***ASSUNTO:** Porto de Salvador. Operadores portuários. Cobrança de taxa (THC2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados. Decisão da ANTAQ pela ocorrência de indícios de exploração abusiva de posição dominante no mercado pelos operadores portuários e determinação de remessa da questão ao CADE. Recurso hierárquico contra a decisão da Agência Reguladora dirigido ao Ministério dos Transportes. Conhecimento e provimento do recurso pelo Ministério supervisor. Revisão da decisão da Agência. Definição acerca dos instrumentos da supervisão ministerial e da possibilidade de provimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras. Consultorias Jurídicas. Coordenação dos órgãos jurídicos das respectivas entidades vinculadas. Pareceres aprovados pelo Ministro de Estado. Vinculação dessas entidades. Definição acerca da extensão dessa coordenação e vinculação. Atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal.*

EMENTA: PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

I - “O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal” (DL nº 200/67, art. 170).

II – Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas

finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

IV – No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005.

V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória.

VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União.

VII – As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras.

VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.

Senhor Consultor-Geral da União,

1.A Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, no processo nº 50300.000022/02, decidiu, pelo voto da maioria de seus Diretores, que a cobrança de taxa efetuada pelos operadores portuários sobre a movimentação e entrega de contêineres destinados a outros recintos alfandegados no Porto de Salvador, conhecida como THC (*terminal handling charge*) 2, constitui indício de exploração abusiva de posição dominante no mercado por parte desses operadores portuários, motivo pelo qual remeteu o caso à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Fundamentou essa decisão da ANTAQ a conclusão de que, “embora existam custos adicionais na movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados, o serviço prestado está totalmente abrangido pelo conceito do serviço de movimentação de *containers* consagrado no contrato de arrendamento, não estando pois configurada a existência de serviços adicionais”.

2.A empresa TECON Salvador S/A apresentou recurso administrativo contra a citada decisão, tendo a ANTAQ, à unanimidade, conhecido do pedido de reconsideração, mas, no mérito, negado provimento ao mesmo.

3.Em seguida, a mesma empresa interpôs **recurso hierárquico** junto à ANTAQ, para que a Agência o encaminhasse à **apreciação do Senhor Ministro de Estado dos Transportes**. Contudo, a ANTAQ determinou o **arquivamento** desse recurso pelo seguinte

fundamento:

“Apreciada a matéria pelo ilustre Procurador-Geral, foi emitido o Parecer de fls. 429 a 432, concluindo pelo não encaminhamento do recurso ao Senhor Ministro dos Transportes, cujos itens 9 e 10 do citado Parecer transcrevo a seguir:

‘9. Urge afirmar, deste modo, que as decisões da Diretoria da ANTAQ não estão sujeitas a recurso administrativo hierárquico para qualquer outro órgão ou autoridade da Administração Direta, com ressalva tão-somente para o controle judicial feito pelo Poder Judiciário, em caso de ilegalidade, e o pedido de reconsideração preconizado no § 3º do art. 68 da Lei nº 10.233, de 2001, hipóteses não presentes no caso em exame.

10. **Assim exposto**, à falta de pressupostos legais à admissibilidade do Recurso Administrativo hierárquico interposto às fls. 370/427, manifesta-se esta Procuradoria-Geral pelo não encaminhamento do recurso ao Senhor Ministro dos Transportes e, de consequência, pelo arquivamento do Processo.”

4. Dirigindo então o referido recurso hierárquico diretamente ao Senhor Ministro de Estado dos Transportes, a empresa TECON Salvador S/A, preliminarmente, sustentou o **cabimento desse recurso hierárquico e a subordinação das autarquias, inclusive da ANTAQ, aos seus respectivos ministérios supervisores, no caso, o Ministério dos Transportes**. Para tanto, mencionou a recorrente os seguintes dispositivos legais:

Constituição

Art. 5º. XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...);

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...).

Lei nº 10.233/2001

Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos desta Lei.

§ 2º O regime autárquico especial conferido à ANTT e à ANTAQ é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.

Art. 68. § 3º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento.

Decreto-Lei nº 200/67

Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está

sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

Resolução ANTAQ nº 124/2003

Art. 11 O processo administrativo regula-se pela Lei nº 10.233, de 2001, por esta Norma e pela legislação que disciplina o processo administrativo na Administração Pública Federal, e observará os princípios da legalidade e da impessoalidade, assegurados a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, respeitado o interesse público e dos usuários.

Lei nº 9.784/99

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

(...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.

5.No mérito, conforme sintetizado pela própria recorrente, alegava-se no citado recurso hierárquico, topicamente:

“I – Existe decisão judicial sobre a matéria objeto do julgamento da ANTAQ, reconhecendo a legalidade da cobrança questionada no processo administrativo. A decisão da ANTAQ constitui evidente e grave desrespeito ao princípio da separação dos poderes, bem como às decisões judiciais. Ofensa à coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e à primazia da jurisdição (art. 5º, XXXV).

II – Não existe infração à ordem econômica e justa causa para a remessa do processo ao CADE, diante da legalidade da atuação do recorrente.

III – Existe manifestação da ANTAQ em juízo propugnando pela incompetência da Agência para administrar/fiscalizar o contrato de arrendamento da recorrente. Impossibilidade do exercício pela ANTAQ de competência para a qual se declarou incompetente.

IV – Há nulidade do processo administrativo por cerceamento de defesa, por violação ao artigo 78-C da Lei 10.233/2001, artigo 2º, caput e par. único, incisos V, VIII, X e XIII, 38, 41 e 44 da Lei nº 9.784/99 e artigo 5º, incisos LIV e LV da Magna Carta.

V – Nulidade do acórdão recorrido em virtude de vício procedimental.

VI – É legítima a cobrança do serviço de segregação. Contrato de arrendamento TECON/CODEBA. Definição de competências: ANTAQxCODEBA.

VII – A cobrança questionada é compatível com o princípio da livre concorrência – Majoração do serviço de segregação de carga – Juridicidade.

VIII – Existem outros contratos de arrendamento dos terminais de Vitória e Rio de Janeiro – Redação idêntica ao do TECON – Salvador – Cláusula 24.”

6. Esse recurso hierárquico foi então analisado pela Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes através do PARECER CONJUR/MT nº 244/2005. Quanto à preliminar de cabimento do recurso hierárquico, pronunciou-se a CONJUR/MT nos seguintes termos:

“59. Com efeito, antes de adentrar no mérito da questão relacionada com a legitimidade da cobrança dos serviços de segregação de contêineres destinados a outros recintos alfandegados, cumpre-me opinar a respeito da admissibilidade ou não do recurso interposto pela interessada.

60. Nesse trilhar, cabe novamente enfatizar que a ANTAQ sob a alegativa de que inexistia na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, qualquer previsão de admissão de recurso hierárquico impróprio ao Exmo. Senhor Ministro de Estado dos Transportes contra decisão proferida pela Diretoria daquela Autarquia, embasando o seu posicionamento nos magistérios de Alexandre Santos de Aragão e de Lélia Cuellar, indeferiu o pleito da recorrente, restringindo a possibilidade da matéria ser submetida ao Titular da Pasta dos Transportes.

(...)

63. Como notório, a ANTAQ é uma autarquia federal, pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei, sujeitando-se, portanto, à supervisão ministerial, de vez que está vinculada ao Ministério dos Transportes, ex vi do art. 21 da Lei nº 10.233, de 2001.

64.A criação por lei é exigência que vem desde o Decreto-Lei nº 6.016, de 1943, repetindo-se no Decreto-Lei nº 200/67 e constando do art. 37, XIX, da Constituição Federal.

65.Detêm esses entes jurídicos autonomia gerencial, orçamentária e financeira (§ 8º do art. 37 da C.F.), mas está sob controle administrativo ou tutela, indispensável para assegurar que a autarquia não se desvie de seus fins institucionais.

66.Dentro da ótica do controle administrativo, compete ao Ministro de Estado exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência, expedindo as competentes instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da C.F.).

67.Nesse sentido, a vinculação das entidades da Administração Indireta aos Ministérios traduz-se pela supervisão ministerial, que tem por objetivos principais a verificação dos resultados, a harmonização de suas atividades com a política e a programação do Governo, a eficiência de sua gestão e a manutenção de sua autonomia administrativa, operacional e financeira, através dos meios de controle enumerados na lei (art. 26, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/67 e o art. 29 da Lei nº 8.490/92).

68.Dessa maneira, o controle das atividades administrativas no âmbito interno da Administração é, ao lado do comando, da coordenação e da correção, um dos meios pelos quais se exercita o poder hierárquico. Assim, o órgão superior controla o inferior, fiscalizando o cumprimento da lei e das instruções e a execução de suas atribuições, bem como os atos e o rendimento de cada servidor, motivo pelo qual o art. 20 do Decreto-Lei nº 200/67 é cristalino no sentido de que “o Ministro de Estado é o responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência”, e que a aludida supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle dos atos vinculados, podendo, inclusive, afigurar-se até uma drástica intervenção na entidade vinculada (alínea "i" do art. 26 do D.L. 200/67) no caso do descumprimento dos objetivos legais para a qual foi criada.

69.Em assim sendo, a supervisão ministerial visa precipuamente a assegurar a realização dos objetivos estabelecidos nos atos de constituição da entidade, a harmonização de sua atuação com a política e a programação governamentais e a eficiência de sua gestão.

70.Sobre o tema relativo ao recurso hierárquico impróprio, em que a parte o dirige a autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa, nunca é demais lembrar que o próprio Decreto-Lei nº 200/67, no art. 170, atribuiu competência expressa ao Excelentíssimo Presidente da República para avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal.

71.A doutrina dominante ao abordar o assunto em debate foi enfática ao lecionar que vão se tomando comuns esses recursos na instância final, em que a autoridade julgadora é o titular do Ministério, principalmente atendo-se ao fato de que "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso

de poder" (art. 5º, XXXIV, "a" da C.F.), e tendo em vista que o Ministro de Estado é o supervisor de todos os órgãos e entidades vinculadas.

72. Desse modo, peço vênia para dissentir do entendimento esposado pela douta Procuradoria-Geral Federal da ANTAQ pelas razões antes declinadas, lembrando, inclusive, que às Consultorias Jurídicas compete exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas (art. 11, inciso II da Lei Complementar nº 73/93), razão pela qual propugno pelo recebimento do presente recurso nos seus regulares efeitos."

7. Por sua vez, acerca do mérito do recurso hierárquico, assim concluiu o mesmo PARECER CONJUR/MT nº 244/2005:

"110. Diante de todo o exposto, tenho em conclusão que os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador, sendo sua cobrança pela recorrente legítima, em face da previsão contratual inserta no inciso XVII da Cláusula 24ª do Contrato de Arrendamento, celebrado entre Tecon Salvador S.A. e a CODEBA, consoante inclusive posição da autoridade portuária, da ANTAQ no processo do Porto de Santos, e do Poder Judiciário do Estado da Bahia, e das decisões judiciais que ampararam a cobrança da CODESP quando ainda atuava como operadora portuária."

8. O parecer da CONJUR/MT foi então aprovado, nos termos da Lei Complementar nº 73/93, pelo Senhor Ministro de Estado dos Transportes, que determinou que dele se desse ciência à recorrente e à ANTAQ.

9. Tomando conhecimento do PARECER CONJUR/MT nº 244/2005, aprovado pelo Senhor Ministro de Estado dos Transportes, a Procuradoria Federal junto à ANTAQ proferiu o PARECER-PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, da lavra do Assessor José Ribamar Leite de Oliveira, não integrante da carreira de Procurador Federal, e aprovado pelo Senhor Procurador-Geral da Agência, com a seguinte ementa:

EMENTA: Provimento de Recurso Administrativo hierárquico interposto por Tecon Salvador S/A perante o Sr. Ministro dos Transportes contra decisão da Diretoria da ANTAQ.

Decisão que invade competência privativa da ANTAQ e atenta contra o princípio da legalidade, tendo em vista que a legislação de regência não prevê a admissão de recurso administrativo hierárquico impróprio das decisões da Diretoria Colegiada das Agências Reguladoras Independentes.

Incompetência de autoridades do Ministério dos Transportes para rever ou corrigir decisão proferida pela ANTAQ no exercício de suas atribuições institucionais.

A solução do impasse passa pela declaração de nulidade do Despacho Ministerial que aprovou matéria cuja competência material não lhe foi outorgada pelo sistema legal vigente, sob pena de quebra do poder normativo e da independência conferida à ANTAQ pela sua lei de criação."

10. Lastreado nesse parecer e apreciando novamente a questão em razão da decisão do Ministério dos Transportes e de novo recurso apresentado pela empresa interessada, a

Diretoria da ANTAQ proferiu o seguinte Acórdão:

“Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,... os Diretores da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, tendo em vista *a)* que, a decisão ministerial invade a competência privativa da ANTAQ e atenta contra o princípio da legalidade, tendo em vista que a legislação de regência não prevê a admissão de recurso administrativo hierárquico impróprio das decisões da Diretoria Colegiada das Agências Reguladoras, considerando não competentes as autoridades do Ministério dos Transportes para rever ou corrigir decisão proferida pela ANTAQ no exercício de suas atribuições institucionais; *b)* que, relativamente à tramitação do assunto na 9ª Vara da Justiça Federal em Salvador, que determinou, em medida cautelar, que a TECON SALVADOR S/A se abstenha de exigir o pagamento da intitulada taxa de segregação de contêineres ou de qualquer outra a esse mesmo título, ao proceder a entrega à requerente das cargas destinadas à armazenagem no seu recinto alfandegado, o que ratifica a posição desta Agência com relação à cobrança da referida taxa e na unânime decisão do CADE sobre a matéria, ACORDAM por voto de qualidade do Diretor-Geral, vencido o Diretor-Relator, conforme o que consta do art. 15 do Regimento Interno, em: conhecer do pedido de REVISÃO da TECON Salvador S/A e, no mérito, negar-lhe provimento...”

11. Diante desse impasse, a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes proferiu nova manifestação, consubstanciada no PARECER CONJUR/MT nº 81/2006, assim ementada:

“Controvérsia entre órgãos jurídicos da Administração Federal acerca da admissibilidade de recurso hierárquico dirigido para o Ministro de Estado dos Transportes em face de Agência Reguladora, tendo como objeto cabimento de supervisão ministerial sobre Agências Reguladoras, vinculação das Procuradorias Jurídicas das Agências Reguladoras às Consultorias Jurídicas dos Ministérios e sobre cobrança do preço público THC2 em contratos de arrendamento portuário. Competência do Advogado-Geral da União para dirimir tais controvérsias. Inteligência do art. 4º, XI da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.”

12. Ao aprovar esse novo parecer, a Senhora Consultora Jurídica do Ministério dos Transportes proferiu o Despacho nº 200/2006/CONJUR/MT, assim concluindo:

“De todo o exposto, aprovo o Parecer CONJUR/MT nº 81/2006, para submeter as questões levantadas ao Exmo. Advogado-Geral da União, para a devida apreciação, no exercício da competência firmada pelo art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, em especial para dirimir as questões referentes aos seguintes pontos: supervisão ministerial sobre as Agências Reguladoras, nos termos da legislação aplicável; admissibilidade de recurso das decisões das Agências Reguladoras, vinculadas a este Ministério; alcance do art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 sobre as Agências Reguladoras vinculadas a este Ministério, bem como as Procuradorias Federais

Especializadas vinculadas a esta Consultoria Jurídica; coordenação e supervisão da Consultoria Jurídica deste Ministério sobre as Procuradorias Federais Especializadas e os demais órgãos jurídicos dos entes vinculados ao Ministério dos Transportes; possibilidade de responsabilização pela conduta dos agentes vinculados à ANTAQ (Assessor Jurídico, Procurador-Geral e Diretor-Geral), por inobservância da supervisão ministerial e de preceitos e procedimentos legais aplicáveis à espécie; possibilidade de usurpação de competência por exercício das atribuições do cargo de Procurador Federal por pessoa estranha à carreira e arredada dos permissivos legais, bem como a validade de parecer emitido por agente nessa condição; e, por fim, apreciação acerca da questão da segregação e entrega de contêineres movimentados através da interessada para os recintos alfandegados por implicar em custos adicionais para o operador portuário, nos termos dos incisos XIV e XVII da Cláusula Vigésima Quarta do Contrato de Arrendamento nº 012/2000, atinente aos direitos e obrigações da arrendatária, celebrado entre a CODEBA e a interessada.”

13. Como relatado até aqui, há no presente processo uma divergência entre o Ministério dos Transportes e a ANTAQ acerca da cobrança pelos operadores portuários do Porto de Salvador de taxa de segregação dos contêineres destinados aos demais recintos alfandegados, também conhecida como THC2. No entanto, **existe no caso uma questão preliminar a ser enfrentada, atinente à própria definição das competências das duas instituições, tendo em vista a decisão do Ministério que conheceu e proveu recurso hierárquico impróprio contra ato da Agência: a extensão da supervisão do Ministério dos Transportes sobre a ANTAQ, autarquia a ele vinculada.**

14. Por certo, **a natureza jurídica das entidades envolvidas nessa controvérsia, uma agência reguladora, dotada de certa autonomia decisória, e seu respectivo ministério supervisor, indica que a solução dessa questão preliminar extrapola os limites do conflito sob apreciação, porque alcança todo um modelo de regulação da atividade econômica instituído a partir da criação dessas agências, e não apenas a relação entre o Ministério dos Transportes e a ANTAQ.** Por isso, passa-se em seguida à análise do instituto da supervisão ministerial sobre as agências reguladoras em geral.

SUPERVISÃO MINISTERIAL E AUTONOMIA DECISÓRIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

15. Desde 1996 foram criadas as seguintes agências reguladoras federais: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/96), Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Lei nº 9.478/97), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/2000), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984/2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei nº 10.233/2001), Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10.233/2001), Agência Nacional do Cinema – ANCINE (MP nº 2.228-1/2001) e Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei nº 11.182/2005).

16. Cada uma dessas agências reguladoras foi constituída pela sua respectiva lei acima

citada como uma “**autarquia sob regime especial**”, ou, em outras palavras, possui um “**regime autárquico especial**”. Assim, ainda que sob regime especial, essas entidades são, em sua essência, autarquias, motivo pelo qual é necessário conceituar-se, inicialmente, as autarquias, para, em seguida, anotar-se qual a especialidade que as agências reguladoras possuem em relação àquele gênero.

17. As **autarquias** integram a **Administração Pública indireta**, e, como tal, no âmbito federal, segundo a lição do Professor Hely Lopes Meirelles, são “**peças jurídicas diversas da União, públicas..., vinculadas a um Ministério, mas administrativa e financeiramente autônomas**”, possuindo as seguintes características: “**criação por lei específica, personalidade jurídica e patrimônio próprio**”. Em outros termos, uma autarquia, “**peça jurídica de Direito Público, realiza um serviço destacado da Administração direta, exercendo, assim, atividades típicas da Administração Pública**” (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1996, pp. 636-637). Esse conceito espelha o que contém o Decreto-Lei nº 200/67:

Decreto-Lei nº 200/67

Art. 4º A Administração Federal compreende:

(...)

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias; (...).

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (*Renumerado pela Lei nº 7.596/87*)

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente...

Art. 20. O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência.

Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei.

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

a) indicação ou nomeação pelo Ministro... dos dirigentes da entidade...;

(...)

c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;

d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;

f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;

g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;

h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;

i) intervenção, por motivo de interesse público.

18. Não se esqueça ainda que, **segundo o modelo constitucional brasileiro, o Presidente da República exerce a direção superior de toda a Administração Federal, incluindo a indireta, auxiliado pelos Ministros de Estado, a quem cabe a orientação, coordenação, e supervisão dos órgãos e entidades em sua área de competência, e que a ação da Administração deve-se pautar sempre pelos princípios gerais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.** Leia-se:

Constituição

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... *(Redação dada pela EC nº 19/98)*

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; (...).

Art. 87. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência...; (...).

19. Em resumo, e no que importa para o presente estudo, deve-se analisar as autarquias de acordo com o **princípio da legalidade**, comum a toda a Administração Pública, conjugando-se este com o binômio **autonomia administrativa**, prevista em lei, e **supervisão ministerial**, decorrente da Constituição. Ou, como dito pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro em relação às autarquias, “a capacidade de auto-administrar-se é exercida nos limites da lei; da mesma forma, os atos de controle não podem ultrapassar os limites legais” (*Direito Administrativo, Atlas, 2002, p. 369*).

20. A **interpretação sistemática** dessas duas características indissociáveis que compõem as autarquias, **autonomia administrativa e supervisão ministerial**, aparentemente conflitantes, leva à conclusão de que a necessária preservação de ambas somente é possível se

delas se extrair apenas seu núcleo essencial, sem considerá-las de forma isolada e absoluta. Tanto é assim que, analisando a relação entre as autarquias e seus órgãos supervisores somente sob o manto da autonomia administrativa, alcança-se, como regra geral, a **inexistência de hierarquia propriamente dita** entre os ministérios e as autarquias por eles tuteladas. Assim explica tecnicamente a Professora Odete Medauar:

“... Juridicamente, entre essas entidades e a Administração direta não existem vínculos de hierarquia, os poderes centrais exercem um controle (tutela, controle administrativo, supervisão ministerial) que, do ponto de vista jurídico, não se assimila ao controle hierárquico, embora na prática assim possa parecer.

Em geral, cada uma dessas entidades se vincula a um órgão da Administração direta, cuja área de competência tenha afinidade com sua atuação específica...

O órgão da Administração direta a que se vincula a entidade exerce o *controle administrativo (tutela)* sobre a mesma. Em nível federal esse controle denomina-se *supervisão ministerial*, sendo atribuição do Ministro de Estado competente (art. 19 do Dec.-lei 200/67).”

(*Direito Administrativo Moderno*, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 68-69)

21. Ainda que não se possa falar em hierarquia propriamente dita entre os ministérios e as autarquias por eles supervisionadas, é certo que **a supervisão ministerial pressupõe a existência de instrumentos específicos que garantam aos Ministros de Estado poderes de manter a observância dos princípios constitucionais regedores da atividade administrativa por essas entidades.**

22. Quando a Carta Política afirma que **compete privativamente ao Presidente da República a direção superior da Administração Federal**, tem-se que a lei não pode retirar-lhe essa atribuição e repassá-la a outro agente, podendo apenas estabelecer que os **Ministros de Estado o auxiliarão, orientando, coordenando e supervisionando os órgãos e entidades da Administração na sua área de competência.** E mesmo o Decreto-Lei nº 200/67 já previa que **“o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal” (art. 170).**

23. Além da advocatária presidencial de qualquer assunto por motivo de relevante interesse público, viu-se que o Decreto-Lei nº 200/67 também prevê instrumentos de exercício da supervisão ministerial, como, por exemplo, a indicação ou nomeação dos dirigentes das entidades vinculadas, aprovação anual da proposta de orçamento e da programação financeira das autarquias e, se necessária, até mesmo a intervenção no ente.

24. Um dos principais instrumentos de que dispõe nesse sentido o Ministro de Estado responsável pela supervisão de uma autarquia é a **exoneração do dirigente da entidade**, diretamente, se dele for essa competência, ou indicando essa medida ao Presidente da República, se deste. Com isso, poderá ser nomeado outro dirigente que, considerando a prerrogativa da Administração de “anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos” (Súmula nº 473/STF), adotará essa providência.

25. Nessa mesma trilha, deve-se ainda observar o que prevê a Lei Complementar nº

LC nº 73/93

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

26. Assim, compete tanto ao Presidente da República, em relação a toda a Administração Federal, quanto aos Ministros de Estado, em relação aos órgãos a eles vinculados e entes a eles subordinados, a aprovação dos denominados **pareceres normativos**, elaborados pelos seus órgãos de assessoramento jurídico, respectivamente o Advogado-Geral da União e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios. Esses pareceres têm **eficácia vinculante** para os órgãos e entidades aos quais se destinam, **podendo inclusive rever decisões adotadas por autarquias federais, que se obrigam legalmente a lhes dar fiel cumprimento**. Sobre esse tema se tratará em tópico específico.

27. Há ainda outros instrumentos de supervisão ministerial previstos em lei, alguns gerais e outros específicos a algumas autarquias. **Esses instrumentos de controle, ainda que expressem algum nível de subordinação das autarquias, são absolutamente legítimos, porque previstos em lei e respaldados pela Constituição, devendo ser utilizados com o objetivo de garantir a preservação do interesse público, que, como se sabe, extrai-se para o administrador público através da observância do princípio da legalidade, de estatura constitucional e conseqüentemente superior à autonomia administrativa das autarquias, inclusive porque fundamento de validade do próprio Estado Democrático de Direito e do Poder Público, do qual a autarquia detém parcela.**

28. Então, pode-se afirmar que, **via de regra, as autarquias não são subordinadas hierarquicamente a seus ministérios supervisores, embora a legislação possua a previsão de alguns instrumentos de exercício do controle ministerial que impõem alguma subordinação às autarquias, porque voltados à preservação do interesse público, e, em última análise e especialmente, do princípio da legalidade.**

29. Esses instrumentos devem ser utilizados pelos Ministros de Estado sempre que tiverem conhecimento de ato administrativo de autarquia sob sua supervisão que viole a Constituição ou a legislação em geral, seja **de ofício ou mediante a provocação por interessados**. Cabe lembrar aqui do **direito constitucional de petição**:

Constituição

Art. 5º XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...).

30. Acerca do **direito de petição**, tem-se que, doutrinariamente, costuma-se denominar de **recurso** a impugnação de ato administrativo perante autoridade diversa daquela que proferiu o ato, e o recurso dirigido contra ato de autarquia que não seja mais passível de revisão interna, considerando a supervisão ministerial, deve ser apreciado, a princípio, pelo seu respectivo Ministério supervisor. Porém, **não havendo hierarquia propriamente dita entre as autarquias em geral e seus respectivos ministérios supervisores, conclui-se, de pronto, que contra as decisões daquelas não podem ser cabíveis recursos hierárquicos propriamente ditos dirigidos a estes.**

31. Inobstante, **em razão da supervisão ministerial, e, mais que isso, das competências privativas do Presidente da República expostas na Constituição quanto à direção superior da Administração Federal e do direito constitucional de petição, o recurso contra as decisões das autarquias se mostra mesmo cabível e, diante da ausência de hierarquia propriamente dita nesse ponto, a doutrina convencionou denominá-lo de recurso hierárquico impróprio**, devendo-se resgatar a conclusão da Professora Odete Medauar ao afirmar que **a existente supervisão ministerial e a inexistente hierarquia propriamente dita entre essas instituições não se confundem, “embora na prática assim possa parecer”**.

32. Como se sabe, há situações em que até existe expressa previsão legal de cabimento de recurso hierárquico impróprio contra autarquia, ou seja, a provocação da revisão de seus atos por autoridade externa à entidade, no caso o Ministro de Estado, encontra disposição clara na lei. Mas, como visto, **ainda que inexistente essa previsão ou que receba ele qualquer outra denominação, esse recurso é cabível, porque decorrente do direito constitucional de petição, servindo de meio para que o administrado possa provocar a incidência da supervisão ministerial, que, de qualquer forma, poderia realizar-se inclusive de ofício.**

33. Logo, a **definição acerca do cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das autarquias, receba ele qualquer nome, deve ser analisada sob o prisma da supervisão ministerial**, o que significa dizer que, ainda que não previsto em lei expressamente o recurso hierárquico impróprio contra as decisões de uma autarquia qualquer, o mesmo se mostra a princípio cabível, porquanto se destina a provocar a incidência dessa supervisão ministerial, **derivada da Constituição** e que poderia ocorrer **de ofício ou por petição dos interessados**.

34. Posta a questão acerca da supervisão ministerial, não se olvide que, **a par do regime geral das autarquias, existem aquelas que, por determinação de sua lei de criação, foram constituídas sob regimes específicos, ou especiais, pois presentes nelas determinadas peculiaridades em relação ao gênero.**

35. Nesse ponto encaixam-se as denominadas **agências reguladoras**, porque dotadas,

repita-se, de um **regime autárquico especial**, assim definido em suas respectivas legislações de regência:

ANEEL – Lei nº 9.427/96

Art. 1º É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado.

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Art. 5º O Diretor-Geral e os demais Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos, ressalvado o que dispõe o art. 29.

Parágrafo único. A nomeação dos membros da Diretoria dependerá de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

ANATEL – Lei nº 9.472/97

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...).

XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor; (...).

Art. 23. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, 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.

Art. 24. O mandato dos membros do Conselho Diretor será de cinco anos.

Art. 44. Qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até noventa dias.

ANP – Lei nº 9.478/97

Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e

Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. *(Redação dada pela Lei nº 11.097/2005)*

Art. 11. § 2º Os membros da Diretoria serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

§ 3º Os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução, observado o disposto no art. 75 desta Lei.

ANVISA – Lei nº 9.782/99

Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 4º A Agência atuará como entidade administrativa independente, sendo-lhe assegurada, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de suas atribuições.

Art. 10. Parágrafo único. Os Diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia do Senado Federal nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

Art. 11. O Diretor-Presidente da Agência será nomeado pelo Presidente da República, dentre os membros da Diretoria Colegiada, e investido na função por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

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.

Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada: (...)

VII - julgar, em grau de recurso, as decisões da Diretoria, mediante provocação dos interessados; (...).

§ 2º Dos atos praticados pela Agência caberá recurso à Diretoria Colegiada, com efeito suspensivo, como última instância administrativa.

Art. 20. O descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a exoneração do Diretor-Presidente, pelo Presidente da República, mediante solicitação do Ministro de Estado da Saúde.

ANS – Lei nº 9.961/2000

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

Art. 6º. Parágrafo único. Os Diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

Art. 7º O Diretor-Presidente da ANS será designado pelo Presidente da República, dentre os membros da Diretoria Colegiada, e investido na função por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

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.

Art. 10. Compete à Diretoria Colegiada: (...)

VI - julgar, em grau de recurso, as decisões dos Diretores, mediante provocação dos interessados; (...).

§ 2º Dos atos praticados pelos Diretores caberá recurso à Diretoria Colegiada como última instância administrativa. (*Redação dada pela MP nº 2.177-44/2001*)

§ 3º O recurso a que se refere o § 2º terá efeito suspensivo, salvo quando a matéria que lhe constituir o objeto envolver risco à saúde dos consumidores.

Art. 15. O descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a dispensa do Diretor-Presidente, pelo Presidente da República, mediante solicitação do Ministro de Estado da Saúde.

ANA – Lei nº 9.984/2000

Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Águas - ANA, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Art. 9º A ANA será dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não coincidentes de quatro anos, admitida uma única recondução consecutiva, e contará com uma Procuradoria.

§ 1º O Diretor-Presidente da ANA será escolhido pelo Presidente da República entre os membros da Diretoria Colegiada, e investido na função por quatro anos ou pelo prazo que restar de seu mandato.

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.

Art. 12. Compete à Diretoria Colegiada: (...)

IX - conhecer e julgar pedidos de reconsideração de decisões de componentes da Diretoria da ANA.

ANTT e ANTAQ – Lei nº 10.233/2001

Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos desta Lei.

§ 2º O regime autárquico especial conferido à ANTT e à ANTAQ é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.

Art. 53 § 1º Os membros da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos a serem exercidos, e serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

§ 2º O Diretor-Geral será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes da Diretoria, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

Art. 54. Os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, admitida uma recondução.

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.

Art. 68. § 3º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento.

ANCINE – MP nº 2.228-1/2001

Art. 5º Fica criada a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, autarquia especial, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior,

observado o disposto no art. 62 desta Medida Provisória, órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira.

Art. 8º A ANCINE será dirigida em regime de colegiado por uma diretoria composta de um Diretor-Presidente e três Diretores, com mandatos não coincidentes de quatro anos.

§ 1º Os membros da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada e elevado conceito no seu campo de especialidade, 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.

Art. 9º Compete à Diretoria Colegiada da ANCINE: (...)

IX - julgar recursos interpostos contra decisões de membros da Diretoria; (...).

ANAC – Lei nº 11.182/2005

Art. 1º Fica criada a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Defesa, com prazo de duração indeterminado.

Art. 4º A natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.

Art. 5º A ANAC atuará como autoridade de aviação civil, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...)

XLIII – decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência;

XLIV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União; (...).

Art. 11. Compete à Diretoria: (...)

VIII – apreciar, em grau de recurso, as penalidades impostas pela ANAC; e (...).

Art. 12. Os diretores serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados pelo Presidente da República, após serem aprovados pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Art. 13. O mandato dos diretores será de 5 (cinco) anos.

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 da Defesa 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.

36. Inicialmente, não se pode deixar de registrar que causa espécie a forma **assistemática** com a qual as leis acima transcritas foram editadas, utilizando-se das mais diversas redações para caracterizar o regime especial a que estão sujeitas as agências reguladoras.

37. Especificamente quanto à possibilidade de revisão das decisões das agências, tem-se que a legislação da ANEEL e da ANP é absolutamente **omissa** quanto ao tema. A Lei nº 10.233/2001, que trata da ANTT e da ANTAQ, somente **prevê o cabimento de recurso contra suas decisões, mas não informa a quem compete julgá-los**. Quanto à norma da ANA, somente informa que a ela **competem julgar pedidos de reconsideração contra decisões de seus Diretores**. Acerca da ANCINE, há previsão do **cabimento de recurso a ser por ela apreciado também contra as decisões de seus dirigentes**. Por outro lado, as leis referentes à ANATEL e à ANVISA prevêm expressamente que **essas agências decidem em último grau administrativo as matérias de sua competência, sendo cabível recurso contra suas decisões, os quais serão julgados pelas próprias agências**. Quanto à ANS, a lei **prevê o mesmo**, e ainda trata da **autonomia nas suas decisões técnicas**. Por fim, a última lei editada sobre as agências, que trata sobre a ANAC, sem dúvida é a mais completa, pois prevê: **ausência de subordinação hierárquica em relação ao Ministério supervisor, capacidade de decidir em último grau administrativo sobre as matérias de sua competência e poder de apreciar recursos contra as penalidades por ela impostas**. Diz ainda a Lei nº 11.182/2005 acerca da ANAC, repita-se, dada a relevância do dispositivo:

ANAC – Lei nº 11.182/2005

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...)

XLIV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, **quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União**; (...).

38. A **ausência de rigor técnico** aqui é tamanha que apenas alguns dados bastam para comprovar isso. Primeiro: as leis que tratam da ANEEL e da ANP não prevêm nenhum pedido de reconsideração ou recurso a ser julgado pelas próprias agências, não sendo crível que a elas não seja dado rever suas próprias decisões e que os particulares não possam demandar nesse sentido. Segundo: a Lei da ANA diz expressamente que “competem à Diretoria Colegiada conhecer e julgar pedidos de reconsideração de decisões de componentes da Diretoria”, quando, tecnicamente, se o órgão que apreciará o pedido (Diretoria Colegiada) não é o mesmo que proferiu a decisão (componentes da Diretoria), não há que se falar em pedido de reconsideração, mas em recurso, como corretamente previsto nas Leis da ANS e da ANCINE. Terceiro: as Leis da ANATEL, ANVISA e ANAC fazem o contrário, pois prevêm o cabimento de recurso contra suas próprias decisões, a serem julgados por elas mesmas, quando o correto seria falar-se em pedido de reconsideração, porque apreciado pelo mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada.

39. Mesmo diante da falta de clareza da legislação no ponto específico que trata dos recursos, constata-se que **nenhuma das leis citadas prevê para qualquer das agências**

reguladoras a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio para seu respectivo Ministério supervisor. A princípio, porém, como dito até aqui, isso não impediria seu cabimento, porque decorreria tanto da supervisão ministerial quanto do direito constitucional de petição. Mas, sigamos a análise.

40. Não por acaso, buscou-se, na reprodução acima de trechos das leis de cada uma das agências reguladoras, transcrever ainda as normas referentes a seus **dirigentes**, havendo aqui **pontos comuns** a todas elas: **todos cumprem mandatos, não sendo demissíveis *ad nutum*, e suas indicações são submetidas à aprovação do Senado Federal**, como prevê o artigo 52, III, "f" da Constituição. A Lei nº 9.986/2000 reiterou essa uniformidade de tratamento:

Lei nº 9.986/2000

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) 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 pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

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.

41. Como explicitado anteriormente, um dos principais **instrumentos** de supervisão dos Ministros de Estado sobre as autarquias em geral é a possibilidade de **exonerar seus dirigentes ou indicar essa medida ao Presidente da República**, se este não lhes houver delegado essa competência, como forma de **viabilizar a revisão de suas decisões pelos novos dirigentes** a serem indicados/nomeados. Porém, **essa medida não é aplicável às agências reguladoras, salvo nos estritos casos previstos em lei, o que, por si só, induz à conclusão de que, em alguma medida, a supervisão ministerial sobre as agências admite temperamentos. De que ordem?**

42. Se, por um lado, como visto, a **supervisão ministerial decorre diretamente da Constituição (art. 87, par. ún., I), o que implica na afirmação da impossibilidade de que venha a ser excepcionada pela legislação infraconstitucional, não se pode dizer o mesmo acerca de todos os meios de seu exercício, pois alguns destes não possuem sede constitucional.** Nesse sentido, **a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras representa a principal restrição de meios de que dispõem os Ministérios na sua relação de supervisão com essas entidades.**

43. **Tendo em conta a vedação de substituição política dos dirigentes das agências**

reguladoras, não é difícil avançar-se para a definição de impossibilidade de revisão ministerial de algumas de suas decisões, o que, por conseqüência, limitaria na mesma medida o âmbito de provimento de recursos hierárquicos impróprios que visassem impugnar essas decisões, pois, por via transversa, o cabimento indistinto do recurso hierárquico impróprio garantiria aos Ministérios o mesmo efeito revisor que não podem obter através da substituição política do comando dessas entidades, representando por isso uma possível burla à disciplina legal das agências reguladoras, que aponta para a existência de exceções aos meios que podem ser utilizados para o exercício da supervisão ministerial, como forma de lhes garantir a autonomia decisória a elas conferida pelos mandatos fixos de seus dirigentes.

44.E essa autonomia decisória das agências, atualmente, seria compartilhada em determinado grau por todas elas, pois nada justificaria que apenas ANATEL, ANVISA, ANS e ANAC não estivessem sujeitas à revisão ministerial de algumas de suas decisões, enquanto as demais agências reguladoras, ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ, ANA e ANCINE, estariam adstritas a esse instrumento de supervisão de forma indistinta, como se poderia, à primeira vista, extrair da literalidade das díspares redações de suas respectivas leis de criação. **Não haveria nenhuma razoabilidade na separação das agências nesses dois grupos, porque não possuem elas entre si qualquer fator de *discrímen* que autorize essa divisão, a qual seria, então, meramente aleatória.**

45.Nem mesmo a discussão doutrinária acerca de sua previsão constitucional seria suficiente para tanto. É sabido que parte da doutrina administrativista defende a tese de que apenas a ANATEL e a ANP seriam juridicamente dotadas de um regime especial que lhes conferiria uma autonomia diferenciada e, verdadeiramente, um poder normativo, porque somente as duas seriam previstas pela Constituição, motivo pelo qual, em decorrência, somente elas não se sujeitariam, por exemplo, à revisão de algumas de suas decisões. Disciplina a Constituição:

Constituição

Art. 21. Compete à União: (...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de **telecomunicações**, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um **órgão regulador** e outros aspectos institucionais; *(Redação dada pela EC nº 8/95)*

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de **petróleo e gás natural** e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (...).

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. *(Redação dada pela EC nº 9/95)*

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: *(Incluído pela EC nº 9/95)*

(...)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.
(Incluído pela EC nº 9/95)

46. Apenas para argumentar, partindo do pressuposto de que essa premissa seja verdadeira, e que esse seria um fator de *discrímen* válido, legitimando a criação de dois tipos de agências reguladoras, um deles dotado de maior autonomia para suas decisões regulatórias, tem-se que a legislação ordinária não estaria refletindo essa realidade, porque a legislação da ANP não possui previsão expressa nesse sentido, mas somente a da ANATEL, sendo que a ANVISA, a ANS e a ANAC também a possuem, mas, a princípio, não teriam lastro constitucional para tanto. De qualquer forma, com a devida vênia, essa premissa sequer pode ser sustentada à luz da Constituição, considerando ainda o disposto no seu artigo 174:

Constituição

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

47. Ainda que a exploração das telecomunicações e do petróleo necessariamente deva ser regulada por órgãos criados especificamente para esse fim, **a Carta de 1988 possui previsão genérica para que o Estado atue como agente regulador de outras atividades econômicas, definidas em lei, o que respalda a criação de órgãos reguladores em outros setores com a mesma finalidade e, inclusive, com as mesmas características daqueles.**

48. Ademais, **a Constituição não define esse órgãos reguladores, não trazendo qualquer previsão quanto ao modelo a ser adotado, o que, a princípio, admitiria que fossem constituídos como órgãos da Administração direta, ou como entidades da indireta, não fazendo menção às agências reguladoras e nem mesmo a autarquias em regime especial.**

49. Em outras palavras, **o modelo das agências reguladoras decorre de opção do legislador ordinário, mas não da Constituição, e elas podem ser extintas por lei**, inclusive a ANATEL e a ANP, sendo que, em relação a estas, desde que sejam substituídas por outro órgão regulador, sob qualquer modelo administrativo conhecido ou a ser especialmente criado para esse fim. **E se nem mesmo as normas constitucionais podem justificar logicamente a existência de agências com maior autonomia de decisão do que as demais, a regra deve ser a extensão dessa característica, dentro de limites excepcionais definidos, a todas elas.**

50. É conhecida a doutrina que defende a autonomia decisória das agências:

“Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos ao mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente.

Elas estão sendo criadas como **autarquias de regime especial**. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o **regime especial** vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente

podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.”

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, pp. 404-405)

51. Inobstante, **quais seriam os limites dessa autonomia decisória especial conferida às agências reguladoras?** A sua resposta passa, necessariamente, pela análise de um dos requisitos de validade dos atos administrativos: a **competência**.

52. **Todas as prerrogativas especiais concedidas pela legislação às agências reguladoras, incluindo sua autonomia decisória, são apenas instrumentos para que elas possam atuar de forma adequada no desempenho das atividades regulatórias que tenham sido expressamente conferidas a elas por lei. Ultrapassado esse limite, as agências reguladoras estão automaticamente desinvestidas dessas salvaguardas excepcionais. E não poderia ser diferente, considerando o atual regime constitucional da organização do Estado brasileiro.**

53. Transcreva-se novamente o que prevê a Constituição acerca da direção superior da Administração Federal:

Constituição

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; (...).

Art. 87. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência...; (...).

54. Além disso, recordemos os princípios constitucionais que regem a Administração Pública como um todo:

Constituição

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... (*Redação dada pela EC nº 19/98*)

55. Como já afirmado, determina a Carta de 1988 que compete ao Presidente da República a direção superior da Administração Federal, que é exercida com o auxílio dos Ministros de Estado, os quais orientam, coordenam e supervisionam os órgãos e entidades de suas respectivas áreas, respeitados os princípios gerais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A mesma Carta (art 174), conforme também já dito, autoriza o Estado a atuar como agente regulador da atividade econômica.

56. **A compatibilização dessas normas constitucionais, partindo do pressuposto de que essa atividade regulatória demanda conhecimentos técnicos específicos e, com isso,**

um maior grau de autonomia decisória para se garantir que os parâmetros técnicos sejam observados com primazia, ao mesmo tempo que autoriza conferir, excepcionalmente, autonomia decisória efetiva às agências reguladoras face à Administração direta, não permitindo, via de regra, a revisão de suas decisões em sua área fim através de recursos hierárquicos, exige também a limitação desse poder estritamente ao âmbito de suas competências finalísticas expressamente definidas em lei, exatamente com o objetivo de que estas sejam exercidas de forma adequada e efetiva.

57. Diante disso, não há como negar que os atos das agências reguladoras referentes às suas atividades de administração ordinária (atividade meio) estão sujeitos ao controle interno do Poder Executivo, como forma de se garantir a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da Administração, assim como podem ser anuladas as suas decisões de mérito quando a entidade for incompetente para adotá-las, observada a repartição de competências entre os diversos órgãos e entidades federais definida em leis e regulamentos. Não fosse assim, estaria admitido que esses entes pudessem se auto-administrar de forma alheia aos princípios gerais da Administração, e, mais ainda, pudessem avocar para si a decisão administrativa final sobre temas que não são de sua competência, usurpando a competência de outros órgãos ou entidades da Administração Federal direta ou indireta, inclusive do próprio Presidente da República ou dos Ministros de Estado, tornando-se verdadeiras “ilhas” de poder alheias a qualquer controle pela Administração central.

58. Novamente, pode-se encontrar na doutrina amparo para a definição de limites administrativos para a autonomia decisória das agências reguladoras:

“A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias, compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas,... não podendo escapar à 'direção superior da administração federal', prevista no artigo 84, II. Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo...”

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 406)

“A ausência de subordinação hierárquica deve ser entendida de forma restritiva em face da possibilidade da supervisão ministerial que incide sobre a legalidade dos atos das agências, tendo em vista a caracterização legal dessas entidades como autarquias.

... o controle interno e externo da Administração se submetem ao regramento constitucional que não pode ser afastado por lei, mas isso não impede que as decisões de mérito das agências sejam insuscetíveis à revisão pelo Executivo. O que não se pode é fazer com que essa ausência de subordinação transforme as agências em entidades soberanas, alheias aos freios das atividades administrativas.”

(GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e Limites da Atribuição de Poder Normativo às Autarquias Autônomas Federais (Agências Reguladoras)*, Ed. Renovar, 2006, pp. 177-178)

“... essa **autonomia**..., mesmo que tratemos dos campos gerencial, orçamentário e financeiro na Carta referidos, é **bastante relativa**.

Poderia tal entidade admitir o pessoal que desejasse, sem realizar concurso público, desrespeitando nesse caso o próprio art. 37, inciso II, da Constituição Federal? Poderiam os servidores ser demitidos sem processo, com ampla defesa e contraditório (art. 41, § 1º, incisos I e II, da CF), ou procedimento de avaliação de desempenho, também com ampla defesa (art. 41, § 1º, inciso III, da mesma Carta), ao alvedrio do administrador público? Poderiam, mesmo por lei, ser estabelecidas remunerações superiores às da generalidade dos servidores e de seus limites constitucionais e legais? Seria possível que essa autarquia, em razão de contratos de gestão que eventualmente celebrasse com o Governo, contratasse obras e serviços com quem julgasse seus administradores ser mais adequados à realização das metas, independentemente do princípio da obrigatoriedade de licitação (CF, art. 37, inciso XXI, e Lei nº 8.666/93, arts. 1º e 2º)? Poderia conceder ou permitir (art. 175 da CF) serviços públicos sem licitação? Estaria a entidade dispensada dos controles e fiscalização do Poder Legislativo (art. 70 e parágrafo único da CF) e dos Tribunais de Contas (art. 71 da CF)? Sua tão propalada *autonomia* poderia configurar regime jurídico diverso do constitucional para finanças públicas (arts. 163 e ss) e orçamentos (arts. 165 e ss)?

Realmente, quando se fala em **autonomia**, não se pode ampliar esse conceito para equipará-lo à *soberania, independência* ou outros sentidos inadequados para caracterizar o regime jurídico das autarquias.”

(ARAÚJO, Edmir Netto de. *A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras*. In: *Agências Reguladoras*, Ed. Atlas, 2002, p. 126)

“A independência das agências está também baseada na autonomia decisória, em relação a outros órgãos ou entidades da Administração Pública. O que se questiona é se a agência reguladora, como entidade da Administração federal indireta, vinculada ao Ministério supervisor, pode fugir da orientação e coordenação do Ministro de Estado da área respectiva.

A Constituição Federal, no seu art. 84, II, estabelece que compete ao Presidente da República 'exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração federal', e, no art. 87, par. ún., I, preceitua que compete ao Ministro de Estado 'exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração federal na área de sua competência (...)’.

Desses dispositivos deflui que alguma espécie de ligação entre Executivo e agências é imposta pela Lei Maior, pois deve haver ao menos uma supervisão administrativa daquele em relação a estas, que não podem funcionar, no dizer de Carlso Ari Sundfeld, 'como se fossem 'Estados independentes', isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso, no entanto, não quer dizer que, **quanto às matérias de competência das agências**, a Administração direta deva necessariamente intervir’.”

(GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 46. Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp. 86-87) – **grifo nosso**

59. **Confirmadas, por um lado, as conclusões, a princípio, quanto às excepcionais**

impossibilidades de revisão ministerial de algumas decisões das agências reguladoras e, por consequência, de provimento de recurso hierárquico impróprio sobre as decisões finalísticas das agências reguladoras nos estritos limites de suas competências legais, garante-se, por outro, aos Ministros de Estado e ao Presidente da República, respectivamente, a preservação de suas competências de supervisão e de direção superior da Administração como regra geral. No exercício dessas competências constitucionais, no entanto, o uso de um de seus instrumentos usuais se mostra limitado aos Ministérios supervisores, a revisão hierárquica, que permanece adstrita à regularidade administrativa das agências (atividades meio) ou à preservação das competências próprias e dos demais órgãos e entidades do Estado por elas eventualmente usurpadas.

60. Não é demais lembrar, ainda, que a **formulação das políticas públicas dos diversos setores regulados permanece, via de regra, na alçada dos respectivos Ministérios, e a sua violação pelas agências, da mesma forma, atrai a incidência da revisão ministerial como instrumento de realinhamento de suas decisões às políticas públicas estabelecidas para esses setores, como não poderia ser diferente:**

“O Governo é responsável politicamente pela atuação desses organismos porque dirige a atuação das administrações independentes e por remover os dirigentes por procedimento próprio.”

(LIMBERGER, Têmis. *Agências Administrativas Independentes no Direito Comparado – Uma contribuição ao PL 3.337/2004*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 51. Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 244)

“... Tipicamente, as agências reguladoras encarregam-se da elaboração e implementação de parâmetros técnicos, segundo os meios e os modos e para atenderem aos fins e objetivos fixados em normas, tendo em vista opções e pretensões consubstanciadas em políticas. Elas não devem fixar os fins e objetivos e não devem definir opções e pretensões. É no exercício dessa função (dever-poder) de regular, de função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo, e não de outras funções, quaisquer que sejam, que deve haver a garantia de autonomia, seja frente aos agentes e entes regulados, seja frente aos agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções não-técnicas...”

(TURA, Marco Antônio Ribeiro. *A Autonomia das Agências Reguladoras*. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - IBRAC*. 2002, pp. 206-207)

61. Vale recordar que as conclusões acima não inovam o entendimento tradicional da União quanto à questão. Ainda que a criação das agências reguladoras seja recente, há uma outra autarquia, também constituída sob regime especial, que teve sua especificidade quanto ao tema analisada na NOTA N. AGU/MS 02/2006, aprovada pelo Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União em 27.01.2006. Trata-se do CADE, e a leitura de trecho dessa manifestação serve para destacar o importante histórico do tratamento administrativo dado ao problema desde a antiga Consultoria-Geral da República:

“3.O artigo 3º da Lei nº 8.884/94 estabelece que o CADE é “órgão judicante com

jurisdição em todo o território nacional”. O artigo 50 da mesma Lei diz ainda:

Lei nº 8.880/94

Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

4. Portanto, **a despeito de o CADE se constituir administrativamente como uma autarquia, suas decisões em processos atinentes à defesa da ordem econômica não estão sujeitas ao controle hierárquico de mérito.** Em outras palavras, **as decisões do CADE em seus processos de sua área fim, a defesa da ordem econômica, somente podem ser revistas administrativamente por ele próprio, mas não pelo Ministro da Justiça ou mesmo pelo Presidente da República...**

5. Contudo, como ocorre com qualquer órgão ou entidade especial da Administração Pública, sua autonomia não é absoluta, e se contém nos exatos limites definidos por sua legislação de regência. Pelo teor do artigo 50 da Lei nº 8.880/94, **no caso do CADE, essa autonomia se restringe às decisões nos processos que se refiram à defesa da ordem econômica, motivo pelo qual as decisões de seu Presidente ou de seu colegiado em matéria de gestão administrativa estão subordinadas ao poder hierárquico tanto do Ministro da Justiça, quanto do Presidente da República.**

6. Essas duas conclusões preliminares, acerca da inexistência de poder hierárquico sobre as decisões do CADE em processos de defesa da ordem econômica, e de sua existência quanto às decisões administrativas da entidade, são reconhecidas pela Administração Federal desde a antiga Consultoria-Geral da República, como se lê no Parecer CGR L-084/1975, da lavra do então Consultor-Geral da República, Luiz Rafael Mayer, aprovado pelo Presidente da República, e publicado no Diário Oficial da União em 02.12.75:

Parecer CGR L-084/1975

“**EMENTA:** O CADE, como órgão autônomo, integrante da estrutura do Ministério da Justiça, está sujeito à supervisão ministerial prevista nos arts. 19 e 25 do Decreto-Lei nº 200-67. Entretanto, o processo específico de apuração e repressão de abuso ao poder econômico, no molde de sistema misto, administrativo-judicial, está exaustiva e completamente regulado, em todos os seus trâmites, na Lei nº 4.137/62 (arts. 26-71), não comportando incidentes, procedimentos ou recursos que não os previstos explicitamente. As decisões do CADE, nessa matéria específica, estão apenas sujeitas ao controle judicial necessariamente subsequente, não sendo suscetíveis de revisão por via de recurso hierárquico.”

7. Ainda que, atualmente, o processo de apuração e repressão de infrações da ordem econômica esteja regulado em outra Lei, a de nº 8.884/94, **as conclusões a que chegou a antiga Consultoria-Geral da República no Parecer do então Consultor-Geral, Rafael Mayer, permanecem válidas hoje, tendo em vista o que prevê de forma expressa o acima transcrito artigo 50 desta Lei, inserido no título que regulamenta o processo administrativo de apuração de infração da ordem econômica, motivo pelo qual, repita-se, somente se aplica nesse caso.**

8. Não se ignora que a própria Consultoria-Geral da República reviu esse

entendimento através do Parecer CGR SR-97/1989 e, posteriormente, do Despacho CGR CS-13/1992, mas não para excluir o poder hierárquico sobre o CADE em todas as matérias, e sim para admiti-lo inclusive em relação aos processos referentes à defesa da ordem econômica.

9.Quanto ao Despacho CGR CS-13/1992, do Senhor Consultor-Geral da República Célio Silva, que adotou a NOTA CR/RN-07/92, registre-se que o mesmo sobreveio em momento absolutamente particular, quando estava em vigor a Lei nº 8.158/91, que, tratando de normas para a defesa da concorrência, estabelecia em seu artigo 21 que “as decisões administrativas previstas nesta lei serão passíveis de recurso, voluntários ou de ofício, interposto ao Ministro da Justiça, no prazo de dez dias”. Contudo, essa Lei, de vigência curta, foi expressamente revogada pela Lei nº 8.884/94, a qual, como demonstrado, possui dispositivo expresso em sentido contrário (art. 50), razão pela qual esse precedente administrativo tem apenas valor histórico.

10.Outrossim, em relação ao Parecer CGR SR-97/1989, redigido pelo então Consultor-Geral, Saulo Ramos, esclareça-se que a matéria de fundo nele discutida era a **incompetência do CADE**, não se tendo analisado o mérito de sua decisão, como se lê abaixo:

Parecer CGR SR-97/1989

“(…)

12.A competência do CADE, que antes decorre do próprio texto constitucional, vem definida na lei que o criou. Cabem-lhe a apuração e a repressão dos abusos do poder econômico.

O CADE não pode, assim, agir *ultra vires*, além dos limites estabelecidos em nosso ordenamento positivo. O extravasamento do âmbito de sua atuação material tornará írritas as resoluções dele emanadas. Daí a advertência de Hely Lopes Meirelles, de que 'todo ato... realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração' (ver 'Direito Administrativo Brasileiro', p. 111, 13ª ed., 1987, RT).

Identicamente, Celso Antônio Bandeira de Mello: '... a questão da competência material concerne também - e sempre - à delimitação de poderes jurídicos distribuídos por ramos de atividade administrativa, que correspondem a uma segmentação por matéria; vale dizer: por setores de especialidade. Os órgãos da administração têm suas atribuições compartimentadas (...). Daí que o plexo de poderes residentes nos órgãos é balizado pelo objeto temático. Não há poder ilegítimo, ou seja, não há competência material fora do círculo temático predefinido. Assim, não apenas o órgão, mas o agente nele preposto são carentes de poder jurídico administrativo em áreas exteriores a este campo' (ver 'Ato Administrativo e Direito dos Administrados', p. 58/59, 1981, RT).

Os elementos de que disponho evidenciam que o CADE pretende, *muito além dos estritos limites de sua competência*, avaliar a política do Governo Federal para o setor petroquímico.

Ora, a essência das políticas governamentais e os motivos que as determinam refogem, por inteiro, ao *círculo temático predefinido* que delimita, estritamente, o campo de atuação do CADE.

Trata-se de inaceitável interferência em área sujeita às decisões do Chefe do Poder Executivo e às diretrizes fixadas pelo Congresso Nacional.

Por isso, acentua José Inácio Gonzaga Franceschini, em trabalho anteriormente referido sobre o CADE e a lei antitruste brasileira: 'No que diz ao objeto jurídico protegido, já salientamos não ser este a política econômica do Estado...' (ver *op. cit.*, p. 325).

Há, pois, o CADE, que se adstringir aos limites fixados em lei, que restringem, tematicamente, o campo de incidência de sua atuação, sob pena de nulificar-se o procedimento por evidente incompetência material desse órgão administrativo.

(...)

15. Em face do exposto, proponho, *mediante avocação do processo*, seja determinado ao CADE, por intermédio do Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça, *que se abstenha, o órgão, de proceder à análise, investigação e questionamento da política governamental para o setor petroquímico*, posto tratar-se de matéria evidentemente estranha aos limites de sua estrita e específica competência legal."

(Parecer aprovado pelo Presidente da República. Publicado no DOU de 21.08.89)

11. Ainda que este Parecer CGR SR-97/1989 tenha expressamente alterado o entendimento do Parecer CGR L-084/1975, a superveniência do artigo 50 da Lei nº 8.880/94 revigorou as lições deste quanto à inexistência de controle hierárquico sobre o mérito das decisões do CADE tomadas em processo de defesa da ordem econômica, sem contudo afastar, em relação àquele, excepcionalmente, o trecho acima transcrito, que admite a supervisão hierárquica sobre essas decisões do CADE quando o mesmo refoge às suas competências, pois a norma citada, por interpretação sistemática, confere autonomia ao CADE somente em processos que apurem infração da ordem econômica que esteja efetivamente sujeita à sua competência legal, não lhe garantindo a mesma autonomia se for verificada sua incompetência material no caso concreto.

12. Essa excepcionalidade, que deve ser somada àquela atinente às decisões de caráter meramente administrativo da autarquia, é reforçada quando se verifica que o CADE, ao atuar em caso para o qual não possui competência legal, ainda que aparentemente proceda sob a forma de um processo de apuração de infração à ordem econômica nos termos da Lei nº 8.880/94, pode invadir a esfera de competência de outro órgão ou entidade da Administração Federal, decidindo, eventualmente, de forma diversa deste, o que causaria ao administrado uma imensa insegurança, pois haveria duas decisões distintas do Poder Público para a mesma questão. Nesse caso, se a Administração não resolver internamente esse conflito de competência, o CADE e a União ou outra de suas entidades poderão acabar litigando em juízo para discutir essa questão de competência, o que não é desejável e pode ser corrigido administrativamente através do **uso do poder hierárquico superior para se definir qual o órgão competente no caso, sem qualquer ingerência sobre o mérito da decisão do CADE, mas apenas decidindo pela sua competência ou, eventualmente, pela sua incompetência material.**

13. Esta Advocacia-Geral da União já tem decisão nesse sentido, como se lê no Parecer AGU GM-20/2001, no qual o então Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes, adotou o Parecer nº AGU/LA-01/2001, cuja ementa é a que segue:

Parecer AGU GM-20/2001

“Ementa:

1. Consulta sobre conflito de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

2. As posições conflitantes: Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, de um lado, e Pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e da Procuradoria do CADE e estudo do Dr. Gesner Oliveira, de outro.

3. O cerne da controvérsia.

4. Conclusão pela competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis.”

(Parecer aprovado pelo Presidente da República. Publicado no DOU de 25.04.2001)”

(NOTA N. AGU/MS 02/2006, aprovada pelo AGU em 27.01.2006)

62. A propósito da menção ao Parecer CGR L-084/1975, da lavra do então Consultor-Geral da República, Luiz Rafael Mayer, pode-se transcrever ainda outro trecho do mesmo, oportuno por ser extremamente didático quanto à definição do cabimento, ou não, de recursos administrativos hierárquicos, ou, em outras palavras, quanto aos instrumentos da supervisão ministerial:

“Poder-se-ia tentar, em face do exposto, dar como válidas, na matéria, as seguintes proposições:

a) o recurso hierárquico próprio, decorrente do princípio e da organização hierárquica no âmbito próprio de cada instância ou nível administrativo, tendente a submeter à autoridade superior o ato ou decisão praticada pela autoridade inferior, na escala organizacional, tem sempre cabimento, independente da previsão legal, salvo se, excepcionalmente, a lei ou o regulamento excluí-lo, de modo explícito;

b) o recurso hierárquico impróprio, entendido como aquele que devolve à autoridade superior, estranha ao corpo administrativo da entidade, mas incumbida de sua vigilância e controle, os atos e decisões emanados dos Órgãos da Administração Indireta, tem irrefutável cabimento quando expressamente previsto em lei, e na extensão em que previsto;

c) cabe, implicitamente, o recurso hierárquico impróprio, das decisões finais dos Órgãos da Administração Indireta, em virtude do poder de supervisão ministerial, quando os atos e decisões possam suscitar, mediante o recurso, o controle repressivo (art. 25, I; art. 26, I, do DL 200-67), quer se tenha por objeto a proteção de direitos subjetivos legítimos, quer o resguardo do interesse público;

d) não terá cabimento, porém, o recurso impróprio, quando a própria lei atribuir, de modo indubitável, a determinados atos e decisões, caracteres de definitividade e preclusão, no âmbito administrativo, de modo que somente tenha lugar o seu controle e revisão no âmbito da apreciação judicial;

e) em qualquer caso, porém, embora numa colocação e efeitos de todo diversos da matéria recursal, todo assunto em curso na esfera da Administração Federal é sujeito à avocação de competência pelo Presidente da República, desde que ocorra relevante motivo de interesse público, operando-se uma substituição do poder decisório nos termos do artigo 170 do DL 200-67.”

(Parecer CGR L-084/1975, aprovado pelo Presidente da República e publicado no DOU de 02.12.75)

63. Note-se ainda que **permanece em vigor o disposto no artigo 170 do Decreto-Lei nº 200/67**, e que, em qualquer caso, **“o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal”**.

64. As conclusões até aqui apresentadas, de fácil compreensão teórica, mostram-se no entanto complexas na análise das situações concretas que possam surgir quando for necessário definir-se a existência ou não de competência de determinada agência reguladora para decidir certa matéria em seu âmbito regulatório, especialmente quando se verifica, nas diversas leis de criação das agências atualmente existentes, que **a distribuição de competências em cada setor entre cada Ministério e sua agência reguladora tem contornos absolutamente específicos**.

65. Considerando que a análise da forma de repartição de competências entre cada uma das agências reguladoras atualmente existente e seu respectivo Ministério supervisor demandaria um estudo extremamente detalhado de cada uma de suas leis de criação, o que não é o objeto do presente parecer, tem-se que as conclusões até aqui adotadas poderão ser utilizadas como norte em cada situação de conflito que vier a ocorrer entre essas instituições, sendo, em resumo, as seguintes:

- **estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta;**
- **excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.**

66. *De lege ferenda*, registre-se que o Projeto de Lei nº 3.337/2004, encaminhado pelo Poder Executivo e em tramitação na Câmara dos Deputados, segue no mesmo sentido, ao prever expressamente que os recursos contra as decisões das agências reguladoras, no que diz respeito à **regulação setorial** específica, serão julgados por elas próprias, e não por entes externos (art. 3º, §§ 2º e 3º), confirmando o afastamento extraordinário da revisão administrativa ministerial no ponto.

DIVERGÊNCIA ESTABELECIDADA ENTRE O MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES E A ANTAQ

67. Ainda que não caiba no presente parecer a análise da repartição de competências entre cada uma das agências reguladoras e seu respectivo Ministério supervisor, há que se equacionar o caso concreto submetido à apreciação desta Advocacia-Geral da União: a divergência entre o Ministério dos Transportes, que conheceu e deu provimento a recurso hierárquico impróprio apresentado contra decisão da ANTAQ, sob o fundamento de exercer sua supervisão ministerial sobre a entidade, e esta agência reguladora, que se recusou a dar cumprimento a essa determinação ministerial. Passemos então à análise do que prevê a Lei nº 10.233/2001 quanto à distribuição de competências entre as duas instituições:

Lei nº 10.233/2001

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I – implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Art. 23. Constituem a esfera de atuação da ANTAQ:

(...)

II – os portos organizados; (...).

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

I – promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários;

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III – propor ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária e de prestação de serviços de transporte aquaviário;

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;

(...)

VII - aprovar as propostas de revisão e de reajuste de tarifas encaminhadas pelas Administrações Portuárias, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda; *(Redação alterada pela MP nº 2.217-3/2001)*

(...)

XIV – estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

XV – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração dos portos organizados em obediência ao disposto na Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

XVI – cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições avençadas nos contratos de concessão quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União e arrendados nos termos do inciso I do art. 4º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

(...)

XXV - celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos. *(Incluído pela MP nº 2.217-3/2001)*

Art. 51-A. Fica atribuída à ANTAQ a competência de supervisão e de fiscalização das atividades desenvolvidas pelas Administrações Portuárias nos portos organizados, respeitados os termos da Lei nº 8.630, de 1993. *(Incluído pela MP nº 2.217-3/2001)*

68.No caso concreto posto à apreciação da AGU, a ANTAQ deliberou que a cobrança da taxa denominada THC2 pelos operadores portuários do Porto de Salvador constitui indício de exploração abusiva de posição dominante no mercado, motivo pelo qual encaminhou a questão ao conhecimento do CADE.

69.Ocorre que essa decisão não invade nenhuma prerrogativa de formulação de política para o setor portuário, cuja competência estaria realmente afeta à Administração direta, nos termos do artigo 20, inciso I da Lei nº 10.233/2001, mas, isto sim, está incluída nas competências conferidas expressamente à ANTAQ no artigo 27, incisos II, IV e XIV da mesma Lei, dentro de sua área de atuação regulatória. Diante disso, mostra-se ausente, excepcionalmente, a possibilidade de revisão ministerial da decisão da agência, e o recurso hierárquico impróprio interposto pela empresa TECON Salvador S/A não poderia ser provido para os fins pretendidos pela recorrente, devendo ser mantida a decisão adotada pela ANTAQ, porque afeta à área de competência finalística da agência reguladora, autarquia constituída sob regime especial, conforme visto no tópico anterior.

70.Diante dessa constatação, infere-se ainda que todos os argumentos de forma ou de mérito apresentados pela empresa TECON Salvador S/A em seu recurso hierárquico impróprio não podem ser apreciados pela Administração direta, porque já analisados pela ANTAQ, que, como visto, possuía competência para decidir a questão em última instância administrativa, não se podendo, de qualquer forma, aceitar os argumentos apresentados referentes a eventual violação às garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa da interessada, porque dois “recursos” apresentados pela empresa

foram sucessivamente apreciados pela ANTAQ e desprovidos, não havendo nenhum dispositivo na Constituição ou em lei que lhe assegure o direito de revisão, no caso, da decisão da ANTAQ pelo Ministério dos Transportes, conforme amplamente fundamentado precedentemente.

71.Finalmente, quanto à eventual existência de ação judicial acerca da cobrança da THC2 pela TECON Salvador S/A, a União não é parte nesses feitos, motivo pelo qual não está abrangida por qualquer decisão provisória ou definitiva adotada em juízo, não havendo então qualquer empecilho judicial à edição do presente parecer, se o mesmo for aprovado. Quanto à ANTAQ, se for parte em alguma ação em que a mesma questão esteja em disputa, e somente nessa situação, por certo deverá observância às decisões do Poder Judiciário tomadas nesse processo, a despeito das conclusões do presente parecer, se for o caso.

PARECERES MINISTERIAIS. COORDENAÇÃO E VINCULAÇÃO DOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DAS ENTIDADES VINCULADAS. CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. PARECERES NORMATIVOS DA AGU.

72.A princípio, a solução para o caso em tela estaria circunscrita ao que já se decidiu até aqui. Contudo, considerando que a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes solicitou expressa manifestação desta Advocacia-Geral da União acerca de outros temas correlatos - “alcance do art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 sobre as Agências Reguladoras vinculadas a este Ministério, bem como as Procuradorias Federais Especializadas vinculadas a esta Consultoria Jurídica; coordenação e supervisão da Consultoria Jurídica deste Ministério sobre as Procuradorias Federais Especializadas e os demais órgãos jurídicos dos entes vinculados ao Ministério dos Transportes” -, passa-se à sua análise. Leia-se o citado dispositivo e outro que lhe é afeto:

LC nº 73/93

Art. 11. Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; (...).

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

73.Combinando o que se concluiu até aqui acerca da divisão de competências entre os Ministérios supervisores e as agências reguladoras com o disposto na Lei Complementar nº 73/93, a única interpretação possível é a seguinte: **a coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando**

referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória. Vale ainda a lembrança de que essa exceção somente se mantém válida na medida em que a agência observar as políticas definidas para o setor pela Administração direta.

74.O fundamento dessa conclusão reside exatamente no fato de essas competências regulatórias pertencerem, por determinação legal, e nos estritos limites dessas previsões, às agências reguladoras, e não aos Ministérios, e, por conseqüência, também não se encontrarem na seara das suas Consultorias Jurídicas. Porém, **fora desses limites definidos, valem integralmente as previsões dos artigos 11, incisos II e III, e 42 da LC nº 73/93, que podem ser invocadas pelos Ministérios inclusive nas situações em que as agências tenham usurpado suas competências legais ou violado políticas públicas definidas para o setor**, o que, como explicitado, não ocorreu no caso em apreço, motivo pelo qual não se pode falar ainda em qualquer responsabilização funcional dos agentes que atuaram no caso na ANTAQ por eventual insubordinação.

75.E mais: **havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação dessa competência, não aceitando a agência decisão do Ministério que se dê por competente para deliberar sobre determinada matéria, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida a esta Advocacia-Geral da União**, nos termos do que prevê a mesma LC nº 73/93, a Lei Orgânica da AGU:

Lei Complementar nº 73/93

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

(...)

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal; (...).

76.Essa possibilidade de atuação da Administração Federal, particularmente da Advocacia-Geral da União, com o respaldo da aprovação presidencial, para definir disputas internas de competência entre seus órgãos e entidades, ainda que envolvendo agências reguladoras, também é reconhecida pela doutrina:

“Há, contudo, inúmeras situações que implicarão em conflitos de competência... que dependerão de decisão em esfera alheia aos respectivos órgãos reguladores...

(...)

Quando o conflito envolver entidades da mesma esfera de poder da Federação, a solução deve se dar no exercício do poder hierárquico do administrador...”

(SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 216, pp. 136-137)

“... a enorme setorização dos centros estatais de poder torna inevitável a necessidade de criação de mecanismos de coordenação entre estas diversas sedes, evitando-se conflitos positivos e negativos de competências e propiciando a otimização do conjunto de suas atuações.

As agências reguladoras, como uma das mais importantes manifestações do fenômeno no Direito Público brasileiro, não poderiam fugir à regra. Já se constata na prática de sua regulação uma série de conflitos, seja entre agências reguladoras...; com outras entidades da Administração Indireta (ex.: CADE); ou com órgãos, notadamente Ministérios, da Administração Direta.

As leis instituidoras das agências são muito avaras no preestabelecimento de soluções para estes conflitos e nem poderia ser diferente, uma vez que a quantidade e particularidades dos possíveis conflitos inviabilizam qualquer tentativa de prévia solução legislativa rígida e uniforme.

O ideal é que os órgãos e entidades cujas competências tenham potenciais pontos de atrito expeçam os atos normativos conjuntos e celebrem os convênios necessários à prevenção de conflitos. Caso o conflito e revele inevitável a solução no âmbito administrativo será determinada pela Advocacia-Geral da União e pelo Presidente da República com base nos incisos X e XI do art. 4º e no art. 40 da Lei Complementar nº 73/93.

Esta competência da Advocacia-Geral da União certamente constitui um forte mecanismo de controle da autonomia reforçada das agências reguladoras pela Administração central, mecanismo de tutela este legítimo, já que expressamente previsto em lei (*pas de tutelle sans texte*).”

(ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Forense, 2005, pp. 360-361)

77.Perfeita a lição do Professor Alexandre Santos de Aragão, à qual permito-me fazer apenas um reparo, pois concluí o autor em seguida ao trecho acima transcrito que a agência reguladora pode, se discordar da decisão da Advocacia-Geral da União, ainda que aprovada pelo Presidente da República, **questioná-la em juízo**, o que, com a devida vênia, **resta vedado às Procuradorias Federais junto às agências**, seja porque se constituem em órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal e, por isso, vinculados à Advocacia-Geral da União (LC nº 73/93, art. 4º, XIII e Lei nº 10.480/2002, arts. 9º e 10), ou em razão do disposto na Medida Provisória nº 2.180-35/2001, artigo 11:

MP nº 2.180-35/2001

Art. 11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.

78.Por fim, resgate-se ainda o que prevê expressamente a Lei nº 11.182/2005 acerca da ANAC:

Lei nº 11.182/2005

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do

interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...)

XLIV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, **quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União**; (...).

79. Embora não prevista norma de idêntico teor na legislação de criação das demais agências reguladoras, vale o mesmo preceito em razão do disposto nos artigos 4º, inciso X, e 40 da LC nº 73/93, **devendo todas as agências reguladoras respeito às orientações normativas da Advocacia-Geral da União**:

LC nº 73/93

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

(...)

X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; (...).

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

ATRIBUIÇÕES DOS TITULARES DO CARGO DE PROCURADOR FEDERAL.

80. Conforme relatado, a Procuradoria Federal junto à ANTAQ proferiu o PARECER-PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, da lavra de “assessor” não integrante da carreira de Procurador Federal. Esse parecer, recomendando à Diretoria da ANTAQ que não acatasse a decisão proferida pelo Senhor Ministro de Estado dos Transportes que conheceu e deu provimento ao recurso hierárquico impróprio apresentado contra deliberação da Agência, foi aprovado pelo Senhor Procurador-Geral da ANTAQ, e expressamente impugnado pela Senhora Consultora Jurídica do Ministério dos Transportes, em razão de ter sido proferido por agente que não detinha competência para tanto, por não ser Procurador Federal.

81. Acerca das atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal, a Medida Provisória nº 2.229-43/2001 dispõe:

MP nº 2.229-43/2001

Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:

I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades

descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados.

82. A par da correção material das conclusões adotadas pelo subscritor da manifestação da Procuradoria Federal junto à ANTAQ, e sem qualquer consideração acerca dos demonstrados conhecimentos jurídicos que possui sobre a matéria, é evidente que sua atuação - realizada inclusive sob os timbres da Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal, Procuradoria Federal – ANTAQ – usurpou as atribuições dos integrantes da carreira de Procurador Federal definidas no artigo 37, incisos II e IV da MP nº 2.229-43/2001.

83. Excepcionalmente, a legislação autoriza que outros profissionais exerçam essas atribuições específicas da carreira de Procurador Federal em situações específicas, mas justamente não há nenhuma lei que respalde a atuação do subscritor do parecer na Procuradoria Federal junto à ANTAQ na presente hipótese.

84. Por outro lado, esse fato não chega a invalidar a deliberação final da ANTAQ. A uma, por que sua Diretoria não estava vinculada no mérito à recomendação da Procuradoria; a duas, porque de qualquer forma ratificou-se essa manifestação pelo seu Procurador-Geral.

85. De qualquer sorte, se aprovado o presente parecer, devem as agências reguladoras adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.

86. Essas são as razões que submeto à elevada consideração de Vossa Excelência, e que, acaso aprovadas, sugiro o sejam nos termos do artigo 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93, servindo como precedente para a definição de controvérsias futuras entre as agências reguladoras e seus Ministérios supervisores, bem como restabelecendo as deliberações adotadas pela ANTAQ no processo nº 50300.000022/02.

Brasília/DF, 23 de maio de 2006

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Consultor da União