

# Hipóteses de cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisões de agências reguladoras

Luiz Henrique Diniz Araujo

## Sumário

Introdução. 1. Agências reguladoras: novidade na essência ou apenas no nome? 2. Autarquias comuns: cabimento de recurso hierárquico impróprio. 3. Agências reguladoras: cabimento de recurso hierárquico impróprio nos casos de atividades administrativas não finalísticas, afastamento da política de governo e desrespeito aos limites de competência. 4. Conclusão.

## Introdução

Este trabalho foi elaborado com a finalidade de analisar se é cabível o recurso hierárquico impróprio das decisões proferidas por agências reguladoras — uma vez que é cabível contra decisões de autarquias não especiais — e, em caso afirmativo, as hipóteses de cabimento.

Para isso, analisa, primeiramente, algumas peculiaridades que configuram as agências reguladoras como autarquias especiais, em especial em relação à natureza de suas funções — edição de normas técnicas gerais sobre os assuntos de sua competência —, bem como com referência à independência política que, ao menos juridicamente, ostentam.

A partir do estudo desses aspectos, analisar-se-á o posicionamento dos que entendem pelo incabimento do recurso hierárquico impróprio das decisões das agências reguladoras; dos que, inversamente, entendem pelo cabimento irrestrito do recurso; e, ao

Luiz Henrique Diniz Araujo é graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-graduando em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco. Procurador Federal desde agosto/2002.

fim, demonstrar-se-á nosso posicionamento, que faz uma ponderação entre os dois argumentos anteriores e procura se filiar a uma terceira solução para o problema.

### 1. *Agências reguladoras: novidade na essência ou apenas no nome?*

Consoante o art. 5º do Decreto-lei nº 200/67, considera-se 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”.

De acordo com esse conceito, pode-se dizer que as agências reguladoras são verdadeiras autarquias, mas de regime especial, criadas para normatizar e controlar algumas atividades, notadamente serviços públicos (ANEEL, ANTT, ANTAQ etc.), atividades de fomento e fiscalização de atividade privada (ANCINE), atividades de regulação das atividades econômicas relacionadas à produção de petróleo (ANP), atividades de saúde e vigilância sanitária (ANS e ANVISA), regulação de uso de bem público (ANA) e regulação de mercado de capitais (CVM).

Tais autarquias de regime especial apareceram no Direito brasileiro, ao menos com o nome de agências reguladoras, por ocasião da Reforma Administrativa, trazida a lume pela Emenda Constitucional nº 19.

Todavia, alguns doutrinadores prelecionam que “autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que foram batizadas é que é novo no Brasil” (MELLO, 2005, p. 159). Em respaldo à tese, esse autor afirma, ainda, que “a autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL (...)” (MELLO, 2005, p. 157).

O mesmo posicionamento tem Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 457): “No

direito brasileiro, existem, desde longa data, entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências”. Mas acrescenta que a novidade são as agências que vêm desempenhando o papel que, nas concessões públicas, outrora cabia ao poder concedente (PIETRO, 2006, p. 458).

Verifica-se, no entanto, que, sendo novidade ou não no Brasil o exercício de atividades regulatórias por entes administrativos descentralizados, as chamadas agências reguladoras apresentam características capazes de as individualizar, sendo a principal, e que nos interessa diretamente, a *independência*.

As autarquias não especiais (aquelas não qualificadas como agências reguladoras) mantêm relação de tutela ou supervisão com os Ministérios aos quais são vinculadas.

Esse controle visa harmonizar a atuação da autarquia com as diretrizes políticas fixadas pelo Poder Executivo, bem como garantir a eficiência administrativa das autarquias.

O controle que a Administração Direta realiza sobre esses entes é de legitimidade ou de mérito, conforme se limite a adequar a atuação da autarquia à lei, ou, no segundo caso, quando for possível avaliar a conveniência e a oportunidade do agir autárquico.

No caso das agências reguladoras, são entes autárquicos ditos especiais, destacando-se a *maior independência perante o poder ao qual são vinculadas*, garantida inclusive pela estabilidade dos dirigentes, que não são demissíveis *ad nutum* por autoridades da Administração Direta, e pela autonomia decisória quanto às atividades tipicamente regulatórias.

Consoante Aragão (2000, p. 281, grifo nosso):

“Seus inúmeros poderes (das agências reguladoras), além de abrangerem aspectos de todas as funções da clássica divisão tripartite dos Poderes, são, em razão dos termos bastante genéricos pelos quais são conferidos, *exercidos*

*com grande grau de liberdade frente a quaisquer desses Poderes.*

*Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como independente.”*

Essa autonomia diante da Administração central é precisamente o diferencial de tais entes, a fim de exercitarem plenamente seu papel regulatório.

Essa característica das Agências também é comentada por Atayde (1988, p. 2141):

*“O que distingue uma autarquia de uma autarquia especial é que nesta estão presentes algumas características hábeis a lhe conferir maior grau de independência em relação à Administração Direta.”*

Vê-se, portanto, que, apesar de serem as agências reguladoras entes autárquicos, a presença da independência quanto à tomada de decisões regulatórias, o que é reforçado pela estabilidade temporária de seus dirigentes, se configuram verdadeiras características próprias.

## *2. Autarquias comuns: cabimento de recurso hierárquico impróprio*

Uma vez que são pessoas jurídicas autônomas, as autarquias não qualificadas como agências reguladoras não podem ter seus atos objeto de recurso, em sentido próprio, para autoridade do Ministério respectivo. O que há, em face de sua vinculação a um Ministério, é a possibilidade de recurso hierárquico impróprio (MELLO, 2005, p. 150) para esse mesmo Ministério:

*“Dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra seus atos, pois inexistente relação hierárquica entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos. Assim, só poderia haver o recurso hierárquico impróprio, isto é, quando previsto na lei própria da autarquia (ou em alguma*

*outra lei)*. Sem embargo, é certo que, nos termos do art. 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição, a todos é assegurado, independentemente do pagamento de taxas, ‘o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder’. Assim, configurando-se o caso, a autoridade supervisora poderá encontrar-se obrigada a exercer os cabíveis poderes de supervisão sempre que o ato atacado incorra em alguma das hipóteses que o suscitam”.

Essa possibilidade de revisão dos atos da autarquia por uma autoridade externa está prevista no DL 200/67, art. 170, que dispõe textualmente que “o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal”.

Ademais, mesmo que não houvesse essa disposição, um tal entendimento já estaria autorizado pela supervisão ministerial prevista no art. 87, parágrafo único, I, da CF, que dispõe:

*“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 e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;”*

Dessa forma, não se pode negar a possibilidade de recurso hierárquico impróprio, para a Administração Direta, das decisões proferidas por autarquias comuns.

## *3. Agências reguladoras: cabimento de recurso hierárquico impróprio nos casos de atividades administrativas não finalísticas, afastamento da política de governo e desrespeito aos limites de competência*

Cabe analisar neste tópico, e este é o cerne deste trabalho, a possibilidade de

recurso hierárquico impróprio de decisões das agências reguladoras, tendo em conta a sua autonomia em relação à administração central.

Há quem reconheça essa possibilidade, lastreando-se no argumento de que a Administração central é quem detém a legitimidade democrática de condução das atividades públicas. É o que diz Almeida (2007):

“Negar cabimento de recurso hierárquico impróprio na hipótese que se trata significa tolher inadvertidamente a defesa de direitos, o que representa sobrevivências de uma Administração Pública autoritarista, baseado no *puissance publique*, derruída pelo regime constitucional instaurado em 1988, que inaugurou uma Administração Pública prestadora de serviços públicos, a qual inadmitte a exclusão da manifestação de administrados e parceiros desse processo inaugurado.

A criação das Agências Reguladoras visa justamente corroborar com esse Estado prestador de serviços, pois estas travarão relações com os parceiros de implementação de políticas públicas cujos apelos devem ser, ao menos, escutados, e não liminarmente subjugados. Os Ministérios dos setores correlatos não podem, como desejam algumas Agências Reguladoras, ser limados desse processo, sob pena de esvaziamento da competência daqueles órgãos na gestão dos serviços públicos correspondentes.

Se couber às Agências Reguladoras a totalidade da gestão das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Executivo de competência decisória. Vale ressaltar que é o Executivo que detém a legitimidade democrática e constitucional para exercer a função administrativa. Assim, a completa independência das Agências Reguladoras em relação

ao Executivo esvaziaria o espaço decisório que cabe constitucionalmente à Administração Direta.”

Em trilha oposta parece ir Di Pietro (2006, p. 459, grifo nosso):

“Elas (as agências reguladoras) 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”.

Arnoldo Wald (1999, p. 22), por sua vez, também já defendeu a impossibilidade de tal recurso:

“Resta ponderar acerca da conveniência e oportunidade de previsão de recursos hierárquicos das decisões da diretoria da agência. A desvantagem de remeter para um órgão fora da agência reguladora a atribuição de rever a decisão desta poderia implicar a supressão de sua independência decisória. A melhor solução para viabilizar uma revisão decisória seria a de estabelecer, no seio da própria entidade reguladora, um mecanismo revisional para as decisões, mediante recurso a um plenário especial, dotado de poderes para tal”.

No entanto, em trabalho mais recente, o doutrinador se posicionou de maneira diversa, nos seguintes termos (WALD, 2004, p. 981):

“21. Entendemos que o recurso contra a Agência pressupõe, todavia, a

violação da lei ou o abuso de direito, não abrangendo situações nas quais lhe cabe competência discricionária, como nos casos de elaboração de edital ou de fixação e revisão de tarifas, respeitadas as normas constitucionais e legais.”

Essa é uma forma de lidar com a questão que entendo mais adequada do que a de simplesmente impedir qualquer possibilidade de recurso das decisões das agências reguladoras, de sorte a se permitir a formação de entes totalmente independentes da administração direta. Tampouco penso ser razoável o entendimento de permitir o recurso hierárquico impróprio em relação a quaisquer decisões desses entes especiais, pois assim se desconfiguraria completamente a autonomia das agências.

Interessante concepção foi formulada pela Advocacia-Geral da União, em parecer aprovado pelo Presidente da República, no qual se analisou a possibilidade de recurso de decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) para o Ministério dos Transportes, ao qual é vinculada (ADVOACIA..., 2006).

No caso em análise, a empresa Tecon Salvador S/A pretendia que o Ministério dos Transportes revisse decisão da ANTAQ que negara a cobrança de taxa (THC2) pela entrega de contêineres aos demais recintos alfandegados.

O parecer entendeu que, no caso, se tratava de função tipicamente regulatória, atinente à atividade-fim da agência – a de regulação do transporte aquaviário –, e, por essa razão, a possibilidade de recurso hierárquico impróprio configuraria afronta à essência e à autonomia da agência reguladora.

Eis a ementa da manifestação:

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.

*Diário Oficial da União* 19/06/2006

Seção 1 p.1-11

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.”

Verifica-se que ao tempo em que reconheceu, nos casos de atividade típica de regulação, a autonomia da agência, de

forma a impedir o recurso para o Ministério respectivo, entendeu de forma contrária quando a agência se distanciar da política de Governo, quando se referir a atividades-meio ou, ainda, quando a agência extrapolar os limites de sua competência.

É importante frisar, outrossim, embora sejam díspares, quanto ao ponto, os tratamentos dispensados pelas leis específicas de cada agência, que o entendimento acima se aplica a todos esses entes de regime especial.

A possibilidade de recurso nos casos mencionados decorreria da supervisão ministerial e do direito constitucional de petição aos órgãos públicos. Já a impossibilidade de recurso nas atividades típicas de regulação decorreria da autonomia de tais entes.

Assim detalha o já mencionado parecer da Advocacia-geral da União sobre o tema:

“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 discrimen que autorize essa divisão, a qual seria, então, meramente aleatória.”

Verifica-se, portanto, pelas expostas, que o mais acertado é entender-se pelo cabimento de recurso hierárquico impróprio de decisões de agências reguladoras nos casos de atividades administrativas não finalísticas, afastamento da política de governo e desrespeito aos limites de competência. Por outro lado, essa forma de irrisignação não seria cabível quando a agência decidir matéria de natureza regulatória em seu âmbito de competência, sob pena de afronta à independência que lhe é inerente.

#### 4. Conclusão

No presente trabalho, analisou-se o cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisões proferidas por agências reguladoras.

A partir da análise dos diversos posicionamentos sobre o tema, bem como do caráter de autarquias de regime especial ostentado pelas agências reguladoras, chegou-se ao entendimento pelo cabimento limitado do recurso hierárquico contra as decisões de tais entes.

Assim, a conclusão do trabalho é pelo incabimento quando a agência decidir matéria de natureza regulatória em seu âmbito de competência, sob pena de afronta à independência que lhe é inerente.

#### Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer AGU AC-51 n. 50000.029371/2004-83. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jun. 2006. Disponível em: <<http://200.181.70.163/webpareceres/>>. Acesso em: 24 de dez. 2007.

ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. Do recurso hierárquico ao Ministério dos Transportes em face de decisões das agências reguladoras vinculadas. *Jus*

*Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1103, 9 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8618>>. Acesso em: 30 nov. 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000.

ATHAYDE, José Gustavo. As agências reguladoras: independência e poder normativo em face da Constituição Federal de 1988. *Fórum Administrativo: direito público*, Belo Horizonte, n. 26, p. 2136-2148, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. O controle político sobre as agências reguladoras no direito brasileiro e comparado. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, n. 9, p. 977-988, set. 2004.