

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CENTRO DE PESQUISA - CEPES**

**ADMISSIBILIDADE DO RECURSO HIERÁRQUICO
IMPRÓPRIO AO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES EM
FACE DE DECISÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE
TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT**

**Elaborado por:
Francisca Margareth Feijó Ximenes**

**Brasília/DF
2013**

Francisca Margareth Feijó Ximenes

**ADMISSIBILIDADE DO RECURSO HIERÁRQUICO
IMPRÓPRIO AO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES EM
FACE DE DECISÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE
TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT**

Monografia apresentada como
requisito para aprovação do curso de
Pós-Graduação em Direito da
Regulação no Instituto Brasiliense de
Direito Público.

Brasília/DF

2013

**ADMISSIBILIDADE DO RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO AO
MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES EM FACE DE DECISÃO DA
AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT**

Monografia apresentada como
requisito para aprovação do curso de
Pós-Graduação em Direito da
Regulação no Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção
_____.

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

As agências reguladoras foram criadas no Brasil como autarquias de regime especial, integrantes da administração indireta, dotadas de **independência administrativa em relação ao Poder Executivo e autonomia financeira e funcional**. Porém, essa independência deve ser entendida de maneira relativa, pois muito embora essas entidades não sejam subordinadas aos ministérios que representam o setor regulado, estão vinculadas a eles. Tal situação importa do poder-dever de supervisão ministerial dos atos e decisões das agências, como forma de controle finalístico. Nesse contexto, o presente artigo apresenta os principais aspectos relacionados ao controle administrativo das decisões da Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT, descrevendo os tipos de recursos administrativos que podem ser manejados pelos interessados em rever as decisões dessa Agência Reguladora, analisando em especial a admissibilidade do recurso hierárquico impróprio dirigido ao Ministério dos Transportes. Conclui-se que a interposição do referido recurso não atenta contra a independência e autonomia da ANTT, é juridicamente admissível, constituindo meio idôneo de alinhamento das decisões finalísticas da ANTT com a política pública do setor adotada pelo Executivo.

Palavras-Chave: Agências reguladoras. Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT. Controle administrativo. Supervisão ministerial. Recurso administrativo. Recurso hierárquico impróprio. Admissibilidade.

ABSTRACT

The regulatory agencies were created in Brazil as councils of special arrangements, members of indirect administration, endowed with administrative independence from the Executive and financial autonomy and functional. However, that independence must be understood in the relative way, because while these entities are not subject to the ministries that represent the sector regulated, are bound to them. Such situation matters of the power-duty of ministerial supervision of the acts and decisions of the agencies, like the form of final control. In this context, the present article presents the principal aspects made a list to the administrative control of the decisions of the Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, describing the types of administrative resources that can be handled for interested in revising the decisions of this Regulating Agency, analysing in special the possibility of the hierarchical unsuitable resource gone to the Department of Transportation. It is ended that the interposition of the above-mentioned resource does not make an attempt on the independence and autonomy of the ANTT, is legally admissible, constituting suitable way of alignment of the decisions of the ANTT with the public politics of the sector adopted by the Executive.

Key-words: Regulatory Agencies. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Administrative Control. Ministerial supervision. Administrative appeal. Use hierarchical unfit. Admissibility.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	7
2 - AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	8
2.1 - INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	9
2.2 - NATUREZA JURÍDICA DA ANTT.....	11
2.3 - VINCULAÇÃO E SUBORDINAÇÃO: O PAPEL DO EXECUTIVO NA COORDENAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	11
2.4 - CONTROLE ADMINISTRATIVO.....	15
2.5 - CONTROLE ADMINISTRATIVO DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A SUPERVISÃO MINISTERIAL	18
2.5.1 - Supervisão ministerial.....	19
2.6 - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, RECURSO HIERÁRQUICO PRÓPRIO E IMPRÓPRIO.....	21
2.6.1 - Pedido de reconsideração.....	22
2.6.2 - Recurso hierárquico próprio.....	22
2.6.3 - Recurso hierárquico impróprio.....	22
2.7 - CABIMENTO DO RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PERANTE O MINISTÉRIO.....	23
3 - CONCLUSÃO.....	33
4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

1 - INTRODUÇÃO

Desde a criação das agências reguladoras, entidades que integram a Administração Indireta, como autarquias de regime especial, vinculadas ao Poder Executivo, muito se tem discutido a respeito dos limites de sua atuação, sua autonomia e independência, e à sujeição aos meios de controle de suas decisões, principalmente no que tange ao cabimento e admissibilidade do recurso hierárquico impróprio ao ministério aos quais se acham vinculadas.

Superada a questão de sua independência, que é relativa, e fixada, portanto a sua autonomia decisória surge discussão doutrinária sobre a vinculação de uma agência reguladora ao poder de supervisão do Executivo (ministério) e a hipótese de constituir o recurso hierárquico impróprio meio idôneo de levar a irresignação do administrado, sobre decisão de uma agência reguladora, ao conhecimento e revisão do ministério ao qual se acha vinculada.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo contribuir para este debate, apresentando os principais aspectos relacionados à independência e autonomia das agências reguladoras, ao exercício da supervisão ministerial e ao cabimento do recurso hierárquico impróprio, tomando como paradigma a possibilidade de interposição de recurso hierárquico das decisões da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT ao Ministério do Transporte, conforme entendimento da Advocacia-Geral da União – AGU, que, nos termos do Parecer nº AC – 051, admitiu a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio perante àquele Ministério em face de decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

2 - AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para melhor compreensão do tema, necessário se faz uma breve explanação acerca da criação das agências reguladoras.

Após a desestatização dos serviços públicos federais e as privatizações de entidades incluídas no Programa Nacional de Desestatização (PND), promovidas pelo Governo Federal na década de 90, iniciou-se o processo de descentralização administrativa e, para acompanhar a prestação dos serviços públicos alvos da desestatização e seus resultados, regular a relação das concessionárias com o próprio Governo e os usuários dos serviços, houve a criação de agências reguladoras, submetidas ao regime autárquico especial.

Adotando-se o modelo neoliberal, baseado na redução do papel do Estado na esfera econômica e social, as agências reguladoras surgiram no Brasil como meio de descentralização institucional, passando a exercer funções típicas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quais sejam: funções normativas ou reguladoras - poder regulamentar, funções fiscalizatórias e punitivas e, às vezes, parajurisdicionais.

Como as atividades típicas de Estado só podem ser conferidas às pessoas jurídicas de direito público, as agências reguladoras foram instituídas sob a forma de autarquias, integrantes da Administração Pública Indireta.

As Agências têm como objetivo regular certos segmentos de serviços públicos, com o objetivo de corrigir falhas de mercado, fomentar a concorrência em benefício do usuário, de forma a garantir a prestação do serviço adequado, o que, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, “é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

Para tanto, as agências reguladoras têm a atribuição de editar normas, fiscalizar a atuação dos principais agentes envolvidos no setor regulado, investigar e punir, quando for o caso, aqueles que descumprem as regras estabelecidas por elas e pela legislação federal. Consoante dito, devido à ampliação de seus poderes as agências reguladoras brasileiras têm natureza jurídica de autarquia especial e integram a administração indireta do ente político titular da competência descentralizada, geralmente um ministério. Segundo Sérgio Guerra (2011), em

brilhante explanação sobre o tema aqui abordado, em capítulo específico na obra “O Poder Normativo das Agências Reguladoras”, sob a coordenação do Professor Alexandre Santos de Aragão:

“o Governo, na verdade, cedeu controle e capacidade decisória sobre aspectos técnicos para as Agências Reguladoras em troca de credibilidade e estabilidade, demonstrando com isso que a regulação deixava de ser assunto de governo para ser assunto de Estado.” (Sérgio Guerra, 2011, p. 360).

Ainda, afirma ele que:

“é justo sustentar que somente com a criação de Agências Reguladoras, com relativo grau de independência e autonomia, com corpo técnico com comprovada capacidade e experiência no setor regulado, se pode propiciar um ambiente de segurança e, notadamente, atratividade dos investidores nacionais e estrangeiros.” (Sérgio Guerra, 2011, p. 360).

Fato é que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 174, reservou ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, o que demandou o aparelhamento da administração público com profissionais técnicos com conhecimentos específicos para atuação nos diversos setores regulados, o que, pelo menos em tese, inexistia nos órgãos centrais do Poder Executivo, cujo papel principal é a definição das políticas públicas a serem seguidas pelas agências reguladoras.

2.1 - INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A característica que distingue as agências reguladoras que foram criadas a partir das privatizações dos anos 90 é a sua independência em relação ao Poder Executivo, do qual fazem parte. Essa independência se revela pela ausência de subordinação hierárquica das agências a outros órgãos da administração e pelo fato de seus dirigentes cumprirem mandato e não poderem ser exonerados por decisão do Presidente da República.

Contudo, não há um modelo padrão de agência reguladora independente, pois as competências e atribuições de cada uma das agências estão definidas pela lei específica que as instituiu.

Para efeito deste estudo, concentrar-se-á o exame da questão na Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT, analisando sua independência em face do Ministério dos Transportes - MT, ao qual está vinculada sem subordinação hierárquica. Segundo Alexandre dos Santos Aragão (2011):

“A mera existência de agência independente, no âmbito de um Estado, é insuficiente para permitir a formulação de algum juízo atinente ao atendimento ou à infração aos princípios democráticos. O fundamental reside na verificação do modo de organização e de funcionamento a elas reservados.

Por outro lado, assegurar a uma agência independente a autonomia jurídica para produzir decisões regulatórias sem submissão a mecanismos democráticos equivale a instituir uma instância autônoma para o exercício de decisões discricionárias, reduzindo a eficácia do sistema de freios e contrapesos. Portanto, o sistema democrático exclui a utilização do argumento da natureza técnico-científica para criar agências reguladoras não sujeitas a mecanismos de controle democrático.

Mais ainda, a constatação da incompatibilidade entre a organização ou o funcionamento da agência e os princípios democráticos fundamentais apenas se pode resolver em favor desses últimos. Um dos alicerces do Estado Republicano reside na intransigente defesa da Democracia, instrumento insubstituível para a realização da dignidade humana, valor me que se alicerça toda e qualquer organização estatal.” (Alexandre dos Santos Aragão, 2011, p. 249).

Ainda sobre o tema, cita Sérgio Guerra (2011), que:

“Em prol da independência regulatória das Agências, Vital Moreira aponta como razões a separação entre a política e a economia, de modos que a economia não permaneça nas mãos do Governo; a garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandato dos reguladores), de modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório; o favorecimento do profissionalismo e neutralidade política, mediante o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de correligionários políticos dos governantes; a separação do Estado-empresário do Estado regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e privados; a “blindagem” contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das constrições próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões dos regulados; e, por fim, a garantia do autofinanciamento, de modo que a entidade reguladora potencialize a sua autonomia em relação ao Governo e aos regulados.” (Sérgio Guerra, 2011, pág. 366).

Conforme visto, a independência conferida às agências reguladoras deve se entendida como independência técnica, de forma a possibilitar que estejam alheias às pressões e interferências políticas, bem como do mercado regulado, evitando-se

assim, a chamada “captura” tanto pelo governo quanto pelos setores regulados, o que oferece segurança aos investidores, considerando que esta independência garante mais estabilidade às regras do setor.

2.2 - NATUREZA JURÍDICA DA ANTT

A ANTT, instituída pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, integra a Administração Federal Indireta, de regime autárquico especial, é dotada de: (i) independência administrativa; (ii) autonomia financeira e funcional; e (iii) mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes. Este regime diferenciado garante à ANTT autonomia e independência no exercício de suas atribuições legais. Nota-se a ausência de subordinação hierárquica, uma vez que a ANTT é apenas vinculada ao Ministério dos Transportes, não subordinada a ele, como costuma ocorrer com os demais órgãos da administração indireta.

O exame das disposições da Lei nº 10.233, de 2001, revela a intenção do legislador de atribuir à ANTT independência em relação ao Poder Executivo no exercício de suas funções reguladoras, seguindo, entretanto, o balizamento que lhe tiver sido dado pelo Executivo, ao traçar as diretrizes políticas a serem cumpridas.

Dentre as vantagens do modelo estabelecido pelo legislador ao estabelecer a independência da ANTT, estão: (i) decisões ágeis e eficientes, orientadas por critérios técnicos, e não políticos; (ii) proteção contra influências políticas, já que as decisões máximas são tomadas por órgão colegiado de composição heterogênea (considerando que os mandatos dos dirigentes são desencontrados); (iii) a estabilidade das regras, mediante a adoção de políticas de longo prazo; e (iv) segurança jurídica, que favorece a atração de novos investimentos.

2.3 - VINCULAÇÃO E SUBORDINAÇÃO: O PAPEL DO EXECUTIVO NA COORDENAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como se depreende da Lei nº 10.233, de 2001, a autonomia e a independência da ANTT, todavia, não se operam de forma absoluta, mas dentro de

parâmetros legais, isto é, a sua autonomia é financeira e funcional, e sua independência é administrativa.

Com efeito, vemos que o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa, ainda vigente no que não conflitar com as normas mais atuais, define autarquia como sendo 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.

Assim, a ANTT está sujeita ao controle do próprio Poder Executivo, seja porque deve seguir a política pública traçada por ele, seja porque seus dirigentes são nomeados por indicação do Poder Executivo. Por este motivo, a Lei nº 10.233, de 2001, que criou a ANTT, estabelece como um de seus objetivos a implementação das políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT e pelo Ministério dos Transportes, isto é, cabe a ANTT seguir a linha mestra da política do setor definida pelo CONIT e pelo referido Ministério.

A criação das Agências Reguladoras representou uma importante quebra de paradigma no Direito Administrativo brasileiro e, como toda ruptura, ensejou choques decorrentes dessa nova realidade. Dentre tais choques, tomou relevo a resistência das agências reguladoras vinculadas ao Ministério dos Transportes, a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários - ANTAQ e a própria ANTT, a submeterem suas decisões à referida Pasta. Essa questão ainda encontra-se em amadurecimento na doutrina e jurisprudência nacionais.

Pode-se afirmar, contudo, que na condição de autarquias, as agências reguladoras federais como a ANTT estão vinculadas – e não subordinadas - aos respectivos ministérios, não havendo qualquer relação de hierarquia entre a Administração Direta e a Indireta, mas, tão somente, vinculação (controle finalístico ou supervisão ministerial).

Afinal, o que representaria a tão propalada "independência administrativa" da ANTT, que se refere o art. 21, § 2º, da Lei nº 10.233, de 2001? Refere-se, e não há outra interpretação cabível, a assuntos *interna corporis* da própria Agência, que não se refiram diretamente ao seu objeto institucional.

Daí a importância de se reforçar a diferença entre a vinculação e a subordinação. A ANTT não está hierarquicamente subordinada ao órgão superior do

Executivo, mas sim vinculada a ele – o Ministério dos Transportes. Portanto, suas decisões, exceto aquelas relativas às suas atribuições finalísticas, de natureza eminentemente técnica, dentro de suas atribuições e competências legais, quando não estiverem devidamente alinhadas com a política pública do setor definida por ele, estão passíveis de revisão mediante recurso hierárquico impróprio, conforme veremos adiante.

A título de exemplo, vale destacar o disposto no inciso III do art. 24 da Lei nº 10.233, de 2001, no sentido de que cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: *“propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre.”*

Esses planos de outorgas são elaborados com informações mínimas definidas em Portaria do próprio Ministério dos Transportes, as quais fornecem as diretrizes da política a ser implementada, bem como de todo o processo licitatório a ser promovido no âmbito da ANTT, respeitados, por óbvio, os aspectos técnicos inerentes ao seu objeto.

Isso exemplifica como a política pública é conduzida pelo Ministério, vez que, por intermédio desse instrumento, são estabelecidas as diretrizes a serem seguidas pela Agência Reguladora. Só após a aprovação do Plano de Outorgas pelo Ministério é que a Agência pode deflagrar o procedimento licitatório.

São muitas as controvérsias acerca da vinculação e, de certa forma, ausência de subordinação, do poder decisório das agências reguladoras aos respectivos Ministérios.

Nesse ponto, vale transcrever o que diz Sergio Guerra (2011):

“Tecendo comentários acerca da legitimação das Agências Reguladoras frente à teoria das separação de poderes, Paulo Todescan Lessa Mattos comenta que no exercício das funções executivas as Agências Reguladoras têm, do ponto de vista legal, garantias de independência decisória e podem, ao formularem políticas públicas, contrariar interesses políticos do Presidente eleito democraticamente. Dessa forma, muitas decisões das Agências envolvem escolhas políticas, traduzidas em normas editadas (political choices that make law), que têm que ser legitimadas.”

...

“Alexandre Santos de Aragão sustenta, no que toca às políticas públicas, que a autonomia das Agências Reguladoras é, como toda autonomia, limitada. Nesse sentido, conclui que estes limites, além de não serem incompatíveis com a autonomia, integram o seu próprio conceito.” (Sergio Guerra 2011, pág. 360).

Ainda neste aspecto, segundo Guerra (2011):

“Leciona o autor que não seria de se imaginar que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia – conclui – não pode servir para isentá-los da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados e compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antiética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.

...

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld leciona que: “alguma espécie de ligação entre o Executivo e a agência é imposta pela Constituição Brasileira, pois tem de haver ao menos uma supervisão administrativa daquele e relação estas (CF, arts. 84,II, e 87, parágrafo único, I). O Presidente da República e os Ministros têm de realizar a supervisão dos diferentes órgãos e dos entes da Administração Indireta, os quais, portanto, não podem funcionar 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”.

Com efeito, e após destacar o pensamento de alguns doutrinadores que têm aprofundado os estudos sobre o tema, é justo sustentar que a descentralização administrativa, mesmo por meio autárquico de regime especial, não se destina a viabilizar condutas distintas da orientação da administração central e que possam divergir, em prejuízo do administrado, da políticas públicas e estratégias de governo.” (Sergio Guerra, 2011, p. 361).

Sobre o tema, vale destacar o alerta de Sérgio Varella Bruna, quanto à proliferação de entidades reguladoras com autonomia: *“começam a surgir problemas de coordenação das ações das diversas agências, que podem expedir normas contraditórias para a disciplina das diferentes etapas de uma mesma atividade econômica.”*

É notório que a questão da vinculação, e não subordinação de uma autarquia federal ao ministério permite interpretações diversas, mormente quando se trata de uma autarquia especial, cujo conceito também não é bem definido na legislação.

É bastante interessante o ponto levantado por Sérgio Varella Bruna, no que se refere à possibilidade de ocorrer regulação conflitante para um mesmo setor econômico. Neste caso, sendo órgãos ou entidades federais de setores distintos, há

a possibilidade de se dirimir o “conflito” no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União. Mas, se ocorrer o conflito normativo entre entidades subordinadas a uma mesma Pasta ministerial, não seria esse Ministério o órgão competente para dar solução ao problema? A questão merece reflexão, pois, considerando tratar-se de matéria inerente à atividade finalística das agências distintas, sob o manto de suas competências institucionais, previstas em lei, a rigor, não haveria possibilidade de solução mediante decisão ministerial em sede de recurso, mormente quando se trata de recurso hierárquico impróprio. Penso que neste caso, em havendo qualquer prejuízo ao setor regulado, seria o caso de o Ministério supervisor dirimir a questão, desde que provocado pela parte interessada, mediante um convênio ou até mesmo uma ato normativo conjunto, mas jamais recurso hierárquico próprio, vez que, conforme aqui defendido, este só é cabível quando a matéria é afeta às políticas públicas estabelecidas pelo Ministério.

2.4 - CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle da Administração Pública é o poder-dever de fiscalização e correção feito pela própria Administração, no chamado controle interno, ou por outro Poder (Legislativo ou Judiciário) – o controle externo - sobre os atos produzidos no âmbito da função administrativa, com vistas à sua confirmação ou desfazimento. Há também o controle popular, pelo qual a sociedade fiscaliza a Administração, como no exercício do direito de petição e obtenção de certidões e mediante a interposição de Ação Popular.

Assim, haverá controle interno sempre que a fiscalização for exercida pelo próprio Poder que produziu o ato no exercício da função administrativa, mesmo que envolva pessoas jurídicas distintas. Este controle é pleno, pois abrange legalidade, eficiência e mérito.

O controle interno pode se dar sob a forma de autotutela, derivada do poder hierárquico quando, dentro da mesma pessoa jurídica, o superior hierárquico revogar ou anular atos praticados por seu subordinado.

Outra forma é a tutela simples, quando envolve pessoas jurídicas distintas de um mesmo Poder, tal como o que ocorre entre a Administração Direta e a Administração Indireta. Pode abranger controle de mérito, se houver expressa

previsão em lei. Na tutela ou controle finalístico, há sempre o envolvimento de duas pessoas jurídicas; é o controle exercido pelos órgãos centrais da Administração Direta sobre as entidades da Administração Indireta que lhes sejam vinculadas. Tal controle também ocorre sobre as demais entidades sob o controle direto ou indireto do Poder Público, por exemplo o controle exercido pela Administração Direta – Ministério - sobre uma subsidiária de uma empresa pública.

Diz-se do controle hierárquico próprio quando envolve, apenas, uma pessoa jurídica. É pleno, pois abrange mérito e legalidade; é absoluto, pois independe de previsão expressa em lei (eis aqui a nodal diferença entre o controle hierárquico e o controle finalístico ou tutela); e é permanente, pode ser exercido a qualquer tempo, uma vez que cabe à Administração rever seus atos a qualquer tempo, exceto se houver lei estabelecendo algum prazo para atuação.

Já o chamado controle hierárquico impróprio se dá por meio de um instrumento denominado recurso administrativo. E, se há um órgão recorrente e uma entidade recorrida, há duas pessoas jurídicas distintas, configurando assim o controle hierárquico impróprio dentro da tutela. Ressalta-se que neste caso não há qualquer hierarquia entre o órgão recorrente e o órgão ou entidade recorrido.

Enquanto que no recurso hierárquico próprio não há necessidade de expressa previsão legal, pois há uma relação de subordinação entre fiscalizado e fiscalizador, no recurso hierárquico impróprio há necessidade de previsão desse controle. Como característica existente no campo dos recursos, o recurso hierárquico abrange legalidade e mérito. Com relação ao mérito, o interessado requer a reforma; com relação à legalidade, solicita a sua anulação.

As agências reguladoras estão sujeitas ao controle interno (autotutela), e ao controle popular dos próprios agentes regulados, considerando que os atos normativos da agência deverão ser precedidos de consulta pública, e suas decisões deverão ser acompanhadas da devida exposição de motivos. Aos setores regulados também são assegurados os direitos de petição, recurso e ampla defesa.

A existência desses diversos mecanismos de controle acima descritos confere a chamada “legitimidade democrática” às agências reguladoras.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009), são três os fundamentos que inspiram os recursos administrativos.

“O primeiro fundamento reside no **sistema hierárquico** (ou **poder hierárquico**, como preferem alguns), através do qual a estrutura administrativa se organiza pelo escalonamento vertical de órgãos e agentes públicos. Do referido sistema, emana naturalmente o **poder revisional** ou **poder de autotutela da Administração Pública**, que permite aos órgãos administrativos que procedam à revisão ou reforma de seus próprios atos. Com efeito, se determinado órgão se situa em patamar hierárquico superior àquele de onde promanou o ato a ser hostilizado, é natural que o recurso seja direcionado para apreciação pelo primeiro, em face de sua posição mais elevada na estrutura administrativa.

Constitui, ainda, fundamento o **direito de petição** assegurado pela Constituição como garantia fundamental das pessoas (art. 5º, XXXIV, “a”). O direito de petição autoriza que qualquer pessoa formule postulação aos órgãos públicos. E a estes cabe apreciá-la e decidi-la sempre considerando o interesse público de que são representantes. Portanto, se determinado ato não satisfaz a meu interesse, deve ser-me assegurado o direito de oferecer recurso, já que, ao fazê-lo, estou exercendo uma das facetas do direito de petição.

O último fundamento é o direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurado no art. 5º, LV, da Constituição. Reza o dispositivo constitucional que aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, “**com os meios e recursos a ela inerentes.**” (José dos Santos Carvalho Filho, 2009, p. 306).

Quanto à classificação, José dos Santos Carvalho Filho cita Hely Lopes Meirelles, segundo o qual os recursos administrativos são **recursos hierárquicos próprios e recursos hierárquicos impróprios.**

Conforme ele preleciona:

“Consideram-se recursos hierárquicos próprios aqueles interpostos para apreciação pela autoridade superior do mesmo órgão ou pessoa administrativa. Derivam eles do sistema hierárquico da Administração, permitindo que agentes de maior posição na estrutura funcional exerçam o controle sobre os atos de seus subordinados. Seu fundamento, pois, está na regular relação de subordinação entre os órgãos e os agentes públicos. (José dos Santos Carvalho Filho, 2009, p. 306)

Ainda, citando Hely Lopes Meirelles, esclarece ele que os recursos hierárquicos impróprios, a seu turno, são aqueles em *que* “**a parte se dirige a autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa, como ocorre com os tribunais administrativos e com os chefes do Executivo federal, estadual e municipal.**”

No mesmo sentido, assim esclarece Maria Sylvia Zanella di Pietro (2002):

“**Recurso hierárquico** é o pedido de reexame do ato dirigido à autoridade superior à que proferiu o ato. Pode ser **próprio** ou **impróprio**.”

O recurso hierárquico próprio é dirigido à autoridade imediatamente superior, dentro do mesmo órgão em que o ato foi praticado. Ele é uma decorrência da hierarquia e, por isso mesmo, independe de previsão legal.

(...)

O recurso hierárquico impróprio é dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Precisamente por isso é chamado **impróprio**. Não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível se previsto expressamente em lei. A hipótese mais comum é a de recurso contra ato praticado por dirigente da autarquia, interposto perante o Ministério a que a mesma se acha vinculada ou perante o Chefe do Poder Executivo, dependendo do que estabeleça a lei. É o caso também de recursos interpostos perante tribunais administrativos, como o Tribunal de Impostos e Taxas ou o Conselho de Contribuintes.” (Maria Sylvia Zanella di Pietro, 2002, p.607.)

2.5 - CONTROLE ADMINISTRATIVO DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A SUPERVISÃO MINISTERIAL

A qualificação de autarquias “*em regime especial*” sugere uma razoável independência em relação ao Executivo e uma maior autonomia administrativa e financeira. Todavia, isso não faz com que elas sejam imunes às espécies de controle previstas na Constituição.

Deste modo, as agências reguladoras submetem-se ao controle do Executivo, especialmente quanto à supervisão ministerial e à competência do Presidente da República para direção da Administração Federal. Com efeito, essa autonomia se verifica apenas no âmbito administrativo, sendo inafastável, em qualquer caso, a apreciação judicial, diante da previsão constitucional (artigo 5º, XXXV, da CF/88).

No entanto, conforme já explicitado, não é unânime o entendimento de que as agências reguladoras, por terem natureza autárquica especial, devem se sujeitar a uma supervisão ministerial e do chefe do Poder Executivo, que permita à Administração Pública direta rever suas decisões por meio do controle administrativo. De fato, é justo sustentar que a descentralização administrativa, mesmo por meio autárquico de regime especial, não se presta a viabilizar condutas

distintas da orientação da administração central, e que possam divergir, em prejuízo do administrado, das políticas públicas e estratégias de governo.

Surge aqui a questão a ser enfrentada: de um lado, a autonomia e a independência regulatória reforçada com vistas à segurança jurídica; e de outro, os princípios que regem a organização coesa e hierarquizada da Administração Pública.

Ao percorrer a Lei nº 10.233/01, que criou a ANTT, conclui-se, principalmente da leitura dos arts. 66 a 68 (seção atinente ao processo decisório dessa Agência), que não há vedação do controle administrativo dos atos dessa agência reguladora por meio do recurso hierárquico impróprio ao Ministério dos Transportes. Ao contrário, a supervisão ministerial se faz presente em vários dispositivos e onde o legislador não excepcionou, não cabe ao Executivo fazê-lo. De igual modo, a Lei não afirma expressamente que cabe à ANTT decidir, em último grau, sobre as matérias de sua alçada, ao contrário do que prevê, por exemplo, a lei de criação da ANATEL. Outrossim, depreende-se do §3º do art. 68 da Lei nº 10.233/01, que qualquer interessado tem direito de peticionar ou recorrer contra ato da ANTT e obviamente não só pela via do Pedido de Reconsideração como também pelo manejo do recurso hierárquico impróprio.

Ressalte-se, por oportuno, que não se pode confundir submissão das Agências às políticas públicas definidas pelo Poder Executivo com subordinação hierárquica, que não existe no regime vigente. Não cabe a nenhum órgão do Executivo rever, de ofício, os atos decisórios da ANTT, e sim somente ao Ministério dos Transportes a revisão das decisões, quando provocado, mediante a apresentação de recurso hierárquico impróprio pelo interessado, caso a decisão da Agência, esclareça-se, esteja em desacordo com as diretrizes políticas estabelecidas por aquele Ministério.

2.5.1 - Supervisão ministerial

Como visto, depreende-se da análise das leis que definiram os princípios e diretrizes das políticas públicas dos segmentos regulados pelas agências reguladoras que a definição dessas autarquias como especiais, com independência e autonomia, não suprimem – nem poderiam fazê-lo – a competência constitucional

dos ministros de Estado aos quais as agências reguladoras estão vinculadas. Ao contrário, constata-se que em todas as leis de criação fixou-se, de forma abrangente, porém clara e objetiva, princípios, objetivos e, neste contexto, limites de atuação das agências e dos ministérios.

Por isso, sustenta-se o cabimento do recurso hierárquico impróprio no atual modelo regulatório brasileiro, como adiante melhor se explica. Esse entendimento tem supedâneo no próprio Decreto-Lei nº 200, de 1967, ainda em pleno vigor, que, ao dispor sobre a organização da Administração Federal, disciplina a forma de supervisão ministerial das entidades estatais descentralizadas. De fato, a supervisão é dicotômica ao se estabelecer um “*controle interior cêntrico*”, por meio de recurso hierárquico em face de decisão de órgãos subordinados, e um “*controle interior excêntrico*”, pela via de recurso hierárquico impróprio, quando de decisões de entidades vinculadas.

Sobre a supervisão ministerial, assim prescreve o Decreto-Lei nº 200, de 1967:

“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.

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.”

Considerando-se que a possibilidade de supervisão ministerial não se presume - dentro do princípio de que *não há controle sem norma que o defina* - nota-se que o Decreto-Lei nº 200, de 1967, estabelece os precisos limites do controle administrativo dos atos praticados pela entidade autárquica. Assim, a decisão exarada pela ANTT, como autarquia apenas vinculada ao Ministério dos Transportes, não pode ficar infensa à apreciação superior. Isso porque a provocação de instâncias executivas superiores não é apenas direito dos administrados, mas se torna também imperativa quando se pretenda alcançar o esgotamento da instância administrativa antes de sujeitar a questão ao controle judicial.

Tem-se em conta, ainda, que a supervisão ministerial não é uma faculdade, e sim um poder-dever atribuído ao ministro de Estado, pois quando supervisiona passa a ser um *fiscal da legalidade* e da moralidade nas atividades dos órgãos sob sua supervisão.

A supervisão ministerial é, pois, baseada na vinculação entre a Administração Pública Direta e a Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). Não há subordinação, mas sim controle finalístico, dentro dos limites legais, como já citado, em face da autonomia que essas pessoas jurídicas têm, e os recursos administrativos são meios usados para viabilizar uma nova análise do ato decisório. Entre as espécies de recursos, a que importa aqui destacar é o recurso hierárquico e o pedido de reconsideração. Há diferença substancial entre ambos. No caso do recurso hierárquico, este é dirigido sempre à autoridade superior àquela que praticou o ato, ou proferiu a decisão que se quer rever. Por sua vez, o pedido de reconsideração é dirigido à própria autoridade que decidiu ou despachou no caso, requerendo-lhe que altere sua decisão inicial.

2.6 - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, RECURSO HIERÁRQUICO PRÓPRIO E IMPRÓPRIO

Conforme dito alhures, o recurso hierárquico caracteriza-se pela petição dirigida à autoridade imediatamente superior à que proferiu a decisão questionada, postulando sua reforma ou supressão. De modo geral tem efeito apenas devolutivo, de ser reapreciado. Para ter efeito suspensivo necessita de que haja previsão legal.

Como visto, o controle sobre a Administração Indireta é fruto do poder de tutela, exercido nos limites da lei, respeitando-se a autonomia de cada entidade. Assim, pode-se ter controle administrativo mediante recurso hierárquico próprio, impróprio e finalístico (supervisão ministerial).

2.6.1 - Pedido de reconsideração

A Lei nº 9.784, de 1999, que trata dos processos administrativos na esfera federal, de aplicação subsidiária, afirma em seu art. 56 que das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito e também que este 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.”

Vemos então que entre o recurso hierárquico e o pedido de reconsideração há diferença substancial eis que, enquanto o recurso hierárquico é dirigido sempre à autoridade superior àquela de cujo ato se recorreu, o pedido de reconsideração é uma solicitação feita à própria autoridade que despachou ou decidiu no caso, com o fim de dar outro rumo à decisão anteriormente tomada, podendo preceder o recurso hierárquico.

Este tipo de apelo é plenamente cabível em todos os atos decisórios da ANTT.

2.6.2 - Recurso hierárquico próprio

O recurso hierárquico próprio é realizado pelos órgãos superiores sobre os inferiores, ou dos chefes sobre os subordinados. O recurso é dirigido à autoridade, ou órgão, imediatamente superior ao que produziu o ato. Este recurso também é cabível no âmbito da ANTT, pelo administrado, como manifestação do poder hierárquico e de autotutela.

2.6.3 - Recurso hierárquico impróprio

O recurso hierárquico impróprio é o pedido de reexame dirigido à autoridade superior àquela que produziu a decisão administrativa ou o ato impugnado, mas que não está dentro da mesma escala hierárquica e sim fora dela.

É realizado entre órgãos onde não há hierarquia direta, mas sim competências diversas atribuídas a cada um deles, de forma que a um compete julgar recursos relativos a atos realizados por outro. Não há subordinação entre eles, apenas competências estabelecidas em lei. Exemplo disto é o recurso contra ato de dirigente de autarquia, encaminhado ao Ministério ao qual se vincula. Sustenta-se, destarte, que este recurso seja cabível para questionar decisões da ANTT, pelo administrado, dirigido ao Ministério dos Transportes, como manifestação do controle finalístico ou supervisão ministerial.

2.7 - CABIMENTO DO RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PERANTE O MINISTÉRIO

O cabimento de Recurso Hierárquico ao Ministério dos Transportes constitui, conforme restará demonstrado, garantia da processualidade em face de decisões oriundas da ANTT, repita-se, afetas às diretrizes políticas estabelecidas pelo Ministério. A garantia do recurso administrativo está fundamentada no direito de petição, assegurado pelo art. 5º, XXXIV, "a" da Constituição Federal.

A ANTT não pode servir de única instância para o processo das matérias a si afetadas, considerando não estar expressamente previsto em lei, como ocorre no caso das decisões da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

Observa-se que o tratamento dado aos recursos no âmbito das Agências supracitadas é bem diferente da redação dada pela Lei 10.233, de 2001. No caso da ANTT, o legislador não fez essa opção, pelo contrário, possibilitou ser a última instância o Ministério dos Transportes, ao não mencionar expressamente a ANTT como última instância de processo decisório, diferente do que fez com outras agências reguladoras sendo a definitividade de suas decisões apenas um instrumento de ampliação da autonomia. Assim, se o processo decisório dessas agências se der em última instância na própria autarquia, este fato constitui exceção à regra geral de pluralidade de instâncias, e por isso tem previsão expressa nas respectivas leis de criação.

Na ANTT, onde a exceção à regra geral de pluralidade de instâncias não está prevista, seguindo, pois a regra geral, de acordo com a devolutividade típica dos

recursos hierárquicos, o apelo será recebido e julgado pela autoridade superior à diretoria da ANTT, neste caso, o Ministro de Estado dos Transportes, pois dentro da estrutura organizacional da autarquia inexistente órgão superior à diretoria, devendo o recurso ser apreciado fora daquela estrutura, por quem detém competência para tanto, quando se tratar de matéria afeta às diretrizes políticas estabelecidas por aquela Pasta.

Por isso, a competência do Ministro de Estado para reapreciar a matéria, por meio do recurso hierárquico, é inquestionável, por inexistir dentro da estrutura da ANTT autoridade superior à sua diretoria.

A Lei nº 10.683, de 25 de maio de 2003, reforça a clara a competência do Ministro de Estado dos Transportes para exame do recurso hierárquico, ao estabelecer que as entidades integrantes da Administração Pública indireta são vinculadas aos órgãos da Presidência da República e Ministérios, segundo normas constantes do Decreto-lei nº 200, de 1967, e sujeitas à supervisão exercida pelo titular de órgão de assistência imediata ao Presidente da República ou Ministro de Estado.

O legislador não criou especialidades, e não poderia o Executivo fazê-lo. Pela norma geral, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que deve ser aplicada subsidiariamente para socorrer o aplicador, as agências reguladoras devem elevar o processo à autoridade superior às quais são vinculadas e, no caso da ANTT, ao Ministério dos Transportes. A norma especial, prevista no art. 68, § 3º da Lei 10.233, de 2001, não previu em contrário, ou seja, manteve a mesma regra da norma geral. Portanto, perfeitamente cabível elevar o apelo ao órgão ao qual a ANTT está vinculada, como dito, o Ministério dos Transportes, permitindo o controle finalístico, estritamente no que concerne ao cumprimento das diretrizes políticas traçadas pelo Ministério ao respectivo setor.

Como se nota, em que pesem as considerações de vários juristas, negar a possibilidade de recurso hierárquico impróprio em face de agência reguladora significa tolher a defesa de direitos pelo administrado, mediante o direito de petição aos Poderes Públicos, constitucionalmente assegurado, como visto.

A favor do cabimento do recurso hierárquico, afirma-se que a admissibilidade do recurso hierárquico tem sido reconhecida com base na supervisão ministerial, relativamente às autarquias e até empresas estatais, “podendo os Ministros de

Estado conhecer dos recursos providos de decisões finais de entidades da Administração Indireta vinculadas ao seu Ministério” (ARAÚJO, 2007, p. 539).

A criação das agências reguladoras inaugurou uma nova fase na Administração Pública, por meio da qual surge o Estado prestador de serviços, e essas agências travarão relações com os parceiros de implementação de políticas públicas cujos apelos devem ser, ao menos, escutados, e não liminarmente subjugados. Os Ministérios dos segmentos regulados por essas agências não podem ser excluídos 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. Cumpre destacar 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 poderia esvaziar o espaço decisório que cabe constitucionalmente à Administração Direta.

A opção do legislador, que não cabe ao Executivo desfigurar, tem sua razão de ser, eis que o setor de transportes é bastante diferente e peculiar dos outros setores regulados. Trata-se de um setor cujos aspectos técnicos são indissociáveis dos aspectos políticos, razão pela qual não pode o Ministério ser excluído dos processos decisórios referente às questões regulatórias.

É de se ressaltar que o recurso hierárquico não inibe a independência das agências reguladoras, que são eminentemente técnicas. O que não pode ocorrer, e nem há previsão legal para isto, é o poder regulador legalmente imposto às agências assumir competências de escolhas e definições de políticas públicas dos respectivos setores, usurpando funções de governo, o que não tem amparo constitucional. O recurso hierárquico impróprio visa exatamente evitar que a agência reguladora ultrapasse seus limites de poder regulador, imiscuindo-se nas competências de fomento de políticas públicas da Administração Direta. Conforme citado por Sérgio Guerra (2011):

“Arnoldo Wald, com arrimo em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustenta que devem ser evitados os abusos e excessos de poder praticados pelas Agências Reguladoras, especialmente quando agirem em desacordo com a política pública do governo, uma vez que o papel inerente a todo Estado é o controle das atividades individuais em vista do interesse geral.” (Sérgio Guerra, 2011, p. 373)

Diz ele que Arnaldo Wald complementa seu pensamento afirmando que:

“abusos estes que podem ser evitados através do monitoramento pela lei da atividade regulatória das Agências, ou através de recurso ao Ministro ao qual a Agência está vinculada, e até mesmo mediante recurso ao Presidente da República, pois os preceitos constitucionais são claros: compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal e dispor sobre a organização e o funcionamento da administração, na forma da lei (art. 84, II e VI, da CF/88).” (Sérgio Guerra, 2011, p. 373)

É isso, no Estado de Direito, a Administração Pública se sujeita a múltiplos controles, e os recursos hierárquicos representam importantes instrumentos de controle interno. O argumento da inadmissibilidade do recurso hierárquico enseja uma imunidade às agências reguladoras ao controle interno proporcionado pelos recursos hierárquicos. Esse controle visa impedir justamente o desgarre de suas finalidades, o desatendimento de balizas legais ou ofensas aos interesses públicos ou dos particulares.

Portanto, a figura do agente regulador independente não afasta as regras de controle. O que se pretende com a propalada independência é afastar a incidência de ingerência política sobre o juízo técnico que deve orientar a atuação da agência.

Sérgio Guerra, 2011, pag. 376, relata a existência de precedente administrativo no qual admitiu-se a interposição de recurso hierárquico impróprio contra entidade regulatória independente.

Trata-se do Despacho nº 266, de 13 de novembro de 1995, do então Ministro da Justiça Nelson Jobin em recurso hierárquico impróprio. Segundo ele:

“A administração Pública é um todo coeso e orgânico que deve articular, coerente e hierarquicamente, todas as unidades administrativas, sejam os órgãos ou entidades da administração direta ou indireta. A descentralização administrativa não se destina a viabilizar condutas autônomas, distintas da orientação central, que possam divergir, em prejuízo do administrado, das políticas e estratégias de governo. A decisão de qualquer dos órgãos ou entidades da Administração, subordinados ou vinculados, não pode ficar infensa de apreciação superior como única e especial forma de se alcançar uniforme e coerentemente os objetivos de governo, que a administração pública viabiliza. Neste sentido, os recursos administrativos postos à disposição do administrado, com o fim de viabilizar, na Administração, o direito às partes em obter tratamento equânime, hábeis para assegurar a coerência e os objetivos das políticas e estratégias de governo. Os órgãos da administração, mesmo que descentralizados, não têm autonomia decisória plena. O revés seria a instalação da sublevação processual, principalmente quando, previamente à apreciação judiciária, a própria administração não se lhe resguardasse o direito de apreciar e rever os seus próprios

atos a qualquer tempo. (...) Há hipótese em que determinadas unidades administrativas adquirem, em especiais circunstâncias ex vi legis, autonomia decisória terminativa, mas nunca com força suficiente para viabilizar a proteção de direitos e princípios ameaçados. A provocação de instâncias executivas superiores não é apenas direito das partes, mas torna-se, também, imprescindível quando o interessado julgar conveniente e necessário que a apreciação judiciária suceda ao esgotamento das instâncias administrativas. Não sendo exauridas estas instâncias, as razões que se apreciarão no Judiciário não serão as da administração pública como um todo, mas somente parte dela. Esta hipótese prejudica tanto a administração, tendo em vista a relevância da matéria, como aquele que presume que o seu direito não foi avaliado pela integralidade da administração. Isto significa que o ato administrativo será apreciado pelo órgão judiciário competente, conforme a instância de apreciação administrativa. (...) Considerando, por conseguinte, os aspectos de ordem legal e econômica e os pressupostos do funcionamento harmônico da administração, entendo que: o direito subjetivo constitucional 'o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes' (Constituição, art. 5º, LV), não podendo o administrador público cercear o direito de petição e de ampla defesa daqueles que demandam a administração pública. A administração pública está obrigada a rever seus próprios atos, por vícios que não permitam alcançar a plenitude de seus objetivos; a teor do art. 50 da Lei n. 8.884/94, que impossibilita a interposição de recurso administrativo no âmbito do Poder executivo em decisão do CADE sobre prática infrativas não impede o Recurso hierárquico de julgamentos de consulta de atos de concentração, não classificados como infrativos; o administrador público não pode, na evidência de direitos, ou na relevância da matéria, eximir-se de avaliar atos administrativos apenas pelo silêncio da lei; o julgamento baseado em mera presunção de prejuízo futuro, que não identifica elementos do ato ilícito, justifica o cabimento do recurso administrativo, que é corolário indeclinável do Estado de Direito; o recebimento e processamento do presente apelo em como paradigma o conceito da ampla defesa consagrado na Lex Major e inescusável dever de apreciar determinadas questões ainda que lacunosa a legislação pertinente."

Em consonância com o entendimento apresentado no citado Despacho do então Ministro Nelson Jobin é o Parecer da Advocacia-Geral da União (AC-051), aprovado pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva em junho de 2006, permitindo o direcionamento de recurso hierárquico impróprio ao Ministério ao qual a agência está vinculada, para reavaliação das decisões. O parecer envolveu o caso de disputa entre a ANTAQ e o Ministério dos Transportes, que pretendia que essa Agência reconsiderasse sua decisão. A pretensão de se retirar a independência hierárquica das Agências e a rediscussão acerca da autonomia de fato não guardam acolhimento na doutrina do Direito Administrativo, porém a supervisão ministerial e a admissibilidade de recurso hierárquico se mostram inafastáveis, diante da conjugação dos dispositivos legais já citados.

Por oportuno, vale transcrever o que alegou a ANTAQ para promover o arquivamento do recurso interposto junto àquela Agência, com solicitação da

recorrente para que fosse encaminhado à apreciação do Senhor Ministro de Estado dos Transportes (extraído do Parecer AGU nº AC – 051):

“- 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.”

Do citado Parecer AGU nº AC – 051, quanto à admissibilidade de recurso hierárquico impróprio em face de decisão de agência reguladora, merece destaque:

“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.- (ARAUJO, 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 defluiu 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 Carlos 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 conseqüência, 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:

...

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.

...

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.”

Considerando toda a corrente doutrinária favorável à admissibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio face às decisões das agências reguladoras, tem-se que a manifestação da AGU no citado Parecer em muito pode contribuir para a pacificação da questão, na medida em que delimita em que aspectos pode um Ministério rever as decisões das agências reguladoras, quando inerentes às suas atividades administrativas ou quando ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, quando violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

Referida manifestação da AGU, dentro de todo o contexto aqui analisado, também muito acertadamente, esclarece que “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 nas atividades finalísticas, ou seja, eminentemente técnicas, no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

Em relação às conclusões do citado Parecer, exige reflexão a questão da possibilidade de revisão de decisões inerentes às atividades administrativas das agências reguladoras, considerando que a lei lhes conferiu independência administrativa e autonomia financeira e funcional.

Neste ponto, não me parece ser cabível a citada revisão ministerial no que se refere às atividades administrativas das agências, diante da independência administrativa que lhes foi garantida pelas suas leis de criação.

Talvez aí resida cerne da questão que leva alguns doutrinadores a defender a impossibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio perante os Ministérios aos quais as agências reguladoras estão vinculadas.

Conforme demonstrado neste trabalho, a corrente que admite a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio perante os ministérios supervisores o faz considerando a necessidade de tais agências observarem as políticas públicas traçadas pelo Governo, por serem elas integrantes do Poder Executivo.

Em que pese não haver jurisprudência consolidada a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal – STF já sinalizou direção ao decidir que o Ministro carece de poder de revisão nos casos em que a entidade se mantenha no exercício regulador de suas atividades finalísticas (RMS nº 20976-DF, DJ, 16.02.90), ratificando o entendimento majoritário da doutrina nacional nesse mister.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança nº 8.810/DF, entendeu não ser cabível o recurso hierárquico impróprio como mecanismo de supervisão ministerial, sob pena de violação ao princípio da legalidade. O Ministro Luiz Fux, no referido MS, em seu voto-vista, esclarece que:

“A supervisão ministerial a que referem os Arts. 19 e 20 do DL 200/67 limita-se a supervisão e controle das atividades exercidas pelos órgãos subordinados ao Ministro de Estado. Tal supervisão, como assentou o Supremo Tribunal Federal (MS 20.246), é bem diferente do recurso hierárquico impróprio. Supervisão, no dizer do Supremo Tribunal Federal, é competência genérica, não se confundindo com intervenção em grau de recurso. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2003, pp.11-12.)

No entanto, há outra orientação firmada pelo STF, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1668-DF, onde se extrai que a independência da agência reguladora não afasta, em si, o controle pela própria Administração, exercido diretamente pelo próprio Ministro da área e indiretamente pelo Presidente. Assim, o regime autárquico especial está longe de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada de controle administrativo cabível.

3 - CONCLUSÃO

Embora parte dos doutrinadores não admita a interposição de recurso hierárquico impróprio contra decisões finais das agências reguladoras, cuja lei de criação disponha que suas decisões se dêem em último grau, e quando tratarem de funções executivas, normativas ou judicantes dentro dos limites de suas competências técnicas regulatórias, inclusive e notadamente as discricionárias, conforme demonstrado, é plenamente plausível sustentar o cabimento do recurso hierárquico impróprio contra decisões das agências reguladoras que tratam de temas exclusivamente relacionados às políticas públicas do setor regulado, quando implicarem em invasão, ilegalidade ou usurpação de competência do Poderes Legislativo e Executivo, incluída a esfera ministerial.

O recurso hierárquico impróprio, portanto, não atenta contra a autonomia das agências, que ainda gozam de relevantes instrumentos que garantem essa característica (como a garantia legal da estabilidade dos seus dirigentes, a autonomia de gestão e o estabelecimento de fontes próprias de recursos) e que, somados, garantem de maneira eficiente a autonomia que a lei prevê para tais entes.

Portanto, é perfeitamente sustentável juridicamente a interposição de recurso hierárquico para o Ministro dos Transportes em face de decisão da ANTT, em que pese posicionamento majoritário da doutrina nacional, coerente com a natureza especial das agências reguladoras, cujo objetivo é estar imune às interferências políticas e privilegiar o aspecto técnico.

Como contribuição final, destaca-se que não se pode afastar da autoridade máxima do Executivo no setor de transportes, o Ministro de Estado, do poder de supervisão e que eventualmente possa exercer no exame de importantes decisões da ANTT, sob pena de usurpação de competências legais e constitucionalmente atribuídas. O recurso hierárquico para o Ministro visa justamente debelar tal disparate, servindo como útil instrumento para o alinhamento das decisões da ANTT com a política pública adotada pelo Executivo.

4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos do et al. (coord.) **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, 5 de out. 1988.

COSTA, Nelson Nery. **Processo Administrativo e suas Espécies**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, 534 p.

WALD, Arnoldo *et. al.* **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **Processo Administrativo Federal**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, p. 15081, 17 de jul. 1997.

_____. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Diário Oficial Eletrônico (da República Federativa do Brasil), Brasília, P.1, 27 de jan. 1999.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial Eletrônico (da República Federativa do Brasil), Brasília, P. 1, 1 de fev. 1999.

_____. **Lei n.º 10.233 de 5 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, e cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT. Diário Oficial Eletrônico (da República Federativa do Brasil), Brasília, P.1, 6 de jun. 2001.

_____. **Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, P.2, 29 de maio 2003.

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, suplemento, 27 de mar. 1967.

_____. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias.** São Paulo: RT -Revista dos Tribunais, 1968, 515 p.