

PROJETO DE LEI Nº /2003.
(Da Senhora Telma de Souza)

Altera a redação do inciso VI do art. 3º, da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, do § 2º do art. 8º, inclui inciso ao art. 18º e altera a redação do art. 24º da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, do art. 9º e seu parágrafo único, da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - O inciso VI do art. 3º da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º - _____

VI - Fixar, mediante aprovação prévia do Ministério de Estado de Minas e Energia, os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei 9.074, de 07 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação entre os agentes envolvidos.

Art. 2º - O art. 8º e o art. 24º da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 8º - _____

§ 2º - A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, mandato fixo e autonomia financeira.

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

Art. 3º - O 9º , da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 9º - A exoneração dos Conselheiros e dos Diretores poderá ser promovida pelo Chefe do Poder Executivo em qualquer época, observado o disposto neste artigo.

§ 1º – Constituem motivos para a exoneração de dirigentes das Agências, em qualquer época a prática de ato de improbidade administrativa; a condenação penal transitada em julgado, o descumprimento injustificado do contrato de gestão, e a não observância das políticas determinadas pelo Ministério ou Órgão Superior.

§ 2º - A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

Art.4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA:

Nos termos do art. 61 da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado da exposição de motivos (com a nobre e valorosa contribuição do Prof. Dr. Eros Roberto Grau), o anexo projeto de lei.

Um dos modismos introduzidos no direito brasileiro por conta da ideologia neoliberal é o das “agências”. A idéia central,

colhida no exterior, é a de que elas seriam dotadas de elevado grau de *independência* em relação ao Poder Executivo. A partir daí, desenvolve-se a construção de teoria que não encontra apoio nenhum em nosso direito constitucional, propondo a separação entre *políticas de Estado* e *políticas de governo*.

Estranha e insustentável teoria, que pretende sonegar aos governantes eleitos pelo sufrágio universal qualquer interferência nas primeiras. Tudo devidamente sofisticado, no envoltório de noções consagradas pela doutrina norte-americana, tais como a da teoria da “captura” das agências, a da teoria dos jogos e assim por diante¹.

A confusão terminológica e doutrinária é tamanha que o observador menos atento pode supor que, hoje, qualquer ente que integre a Administração Federal, nos termos do antigo decreto lei n. 200, de 1.967, há de ser chamado de “agência”.

Essas “agências” passam a ser concebidas como “autarquias em regime especial”, com a peculiaridade de os seus dirigentes serem titulares de *mandatos com prazo certo de duração* e de *estabilidade*². Nessa medida --- e trata-se de fenômeno não exclusivamente brasileiro --- a introdução do modismo instala uma autêntica guerra de poder no seio da

¹ A mesma opinião é compartilhada por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito administrativo brasileiro, 11^a ed., São Paulo, Atlas, 1.999, pp. 388, 389): “Agência reguladora, em sentido amplo, seria no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular as matérias que lhe estão afetas. Nesse sentido, a única coisa que constitui inovação é o próprio vocábulo, anteriormente não utilizado para designar entes da Administração Pública. A função normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos da Administração Pública, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional”.

² A este ponto retornarei adiante.

Administração que, por conta da pretendida “*independência*” de todas elas em relação ao Poder Executivo, tudo turba e conturba³.

É necessária, neste passo, uma breve digressão sobre os papéis que cada ente público desempenha na Administração.

O Estado, diz EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA⁴, é uma *pessoa jurídica única que realiza múltiplas funções*, uma das quais é a de administrar, empreendida fundamentalmente pela Administração. Esta não é, contudo, para o Direito Administrativo, nem uma determinada função objetiva ou material, nem um complexo orgânico mais ou menos ocasional, porém *uma pessoa jurídica, um sujeito de direito*.

A função administrativa não é, porém, desempenhada exclusivamente pelo Poder Executivo⁵, senão também pelo Legislativo e pelo Judiciário. Mas é ali, no Executivo, que está situada a Administração por excelência.

Ocorre que, em verdade, não há apenas uma Administração, mas uma pluralidade de Administrações Públicas, todas elas titulares de relações jurídico-administrativas. Ao lado da Administração federal alinham-se as Administrações estaduais e as Administrações municipais, todas e cada uma delas contando - diz ainda EDUARDO GARCÍA

³ A recente batalha encetada pelo CADE contra o BACEN e a AGU, recusando-se a acatar parecer desta, aprovado pelo Presidente da República, é antológica.

⁴ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDES, Curso de Derecho Administrativo, v. I, 4ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1.983, p. 24 e seguintes.

⁵ V. EROS ROBERTO GRAU, O direito posto e o direito pressuposto, 4ª ed., Malheiros Editores, 2.002, p. 225 e seguintes.

DE ENTERRIA⁶ - com sua própria personalidade jurídica, e uma plêiade de entidades institucionais ou corporativas igualmente personificadas.

Todas elas, no entanto, atuam de modo harmônico, mercê da definição de um quadro de competências no plano constitucional e dos mecanismos de tutela e instrumentalidade estabelecidos entre cada uma delas e suas entidades

Essa unidade estrutural e sistemática decorre, entre nós, do disposto no artigo 37 da Constituição de 1.988, sendo reafirmada nas dobras da legislação infraconstitucional.

Temos assim que cada Administração⁷ distribui, no interior de si mesma, os ofícios que lhe incumbem entre diferentes órgãos, aos quais são atribuídas competências específicas⁸.

A legislação infraconstitucional [§ 2º do artigo 1º da Lei 9.784, de 1.999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal] define-os como “unidade(s) de atuação integrante(s) da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”.

Vê-se para logo, destarte, que a expressão “órgão público” pode ser empregada em sentido amplo, como acima a tomei, para designar não apenas os “órgãos” despidos de personalidade jurídica, mas também as unidades de atuação da

⁶ Ob. cit, p. 33.

⁷ Federal, estaduais e municipais.

⁸ V. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2.002, p. 121, 122.

Administração indireta, autarquias, fundações e empresas estatais.

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público. Embora em rigor situadas nos quadrantes da Administração indireta, descentralizada⁹, “não são *subordinadas* a órgão algum do Estado, mas apenas *controladas*”; “são responsáveis pelos próprios comportamentos”¹⁰.

Isso contudo não importa em que se tornem independentes, visto estarem sujeitas ao vínculo da tutela administrativa, ou seja, ao “poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas [as autarquias] com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado”¹¹.

O que ora se afirma, em síntese, é que, estando inseridas em uma “unidade estrutural e sistemática” - a Administração - as agências não podem caminhar fora das trilhas dessa mesma unidade.

A autonomia ou independência de que se afirma gozarem os órgãos e as autarquias [entre as quais as agências] só pode ser, no Brasil, na vigência da Constituição de 1.988, entendida como independência perante os agentes sujeitos à regulação¹². Serem elas independentes, isso somente pode

⁹ V. EROS ROBERTO GRAU, “Considerações a propósito das sociedades de economia mista” in Revista de Direito Público 17: 113.

¹⁰ Dição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 140.

¹¹ Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 141; grifei.

¹² Há quem pense de modo diferente. Por exemplo, CELSO CAMPILONGO, enquanto membro do CADE, sustentou que “[a] independência do CADE só pode ser entendida como a capacidade de imunização contra qualquer

significar, no Brasil, que se impõe não sejam elas “capturadas” pelos agentes econômicos afetados pela regulação, o que, toda a gente sabe disso, não é incomum...

Pois é gritantemente evidente que a independência [= ausência de subordinação hierárquica] das autarquias não as coloca à margem do aparato estatal, de modo a legitimar o exercício, por elas, de atuação adversa às políticas públicas governamentais.

Assim, ainda que se possa admitir que as autarquias especiais não estejam organicamente integradas na administração ordinária do Estado, não se as pode conceber como entidades desgarradas do aparato estatal e, nele, da Administração.

Elas não estão legitimadas a, excedendo os estritos limites de suas atribuições, constituir uma outra Administração [a administração das tais “políticas de Estado”, intocáveis pelo governo!] , paralela à autêntica Administração. E, menos ainda, podem atuar à margem das regras e dos princípios do Direito Administrativo Brasileiro, quanto menos do que define a Constituição do Brasil.

ingerência do Governo. Não há nem relação de tutela e, muito menos, de orientação do Governo ao CADE. É no interesse do próprio Estado --- e da coletividade definida como titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.884 --- que se fixa a independência organizativa (em relação ao Governo) e funcional (das decisões) do CADE”. O CADE estaria assim imune ao vínculo da tutela administrativa, atuando como se fora uma administração paralela, no seio da Administração Pública. Ainda que --- CAMPILONGO faz a concessão --- “a independência do CADE não se confunde com ‘soberania’ e muito menos com a ausência de liames de coordenação com os diversos setores do Governo” (voto no Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09, in Concorrência e regulação no sistema financeiro, ob. cit., p. 472, 473).

Insisto neste ponto: as agências são entidades autárquicas, nada mais do que isso.

Esse aspecto foi com maestria examinado por RICARDO ANTÔNIO LUCAS DE CAMARGO, em ensaio¹³ cujas conclusões são as seguintes:

[i] as agências de regulação são autarquias, cujo objeto é a garantia da não interrupção da prestação de serviços que sejam delegados à iniciativa privada;

[ii] sendo autarquias, inserem-se na estrutura do Estado, desempenhando função administrativa [e normativa, digo eu], estando ubicadas na órbita do Poder Executivo, que tem como dirigente supremo o respectivo Chefe --- o Presidente da República, no âmbito federal, o Governador, no âmbito estadual, e o Prefeito, no âmbito municipal.

Sua qualificação como autarquias *sob regime especial* decorreria da circunstância de lhes ser assegurada [i] ausência de subordinação hierárquica, [ii] independência ou autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e técnica e [iii] mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes.

Ocorre que todas essas características são próprias e peculiares às autarquias, salvo as duas últimas [mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes].

¹³ Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2.000.

Mas essas inovações são franca e irremediavelmente inconstitucionais.

A suposição de que auxiliares menores do chefe do Poder Executivo, dirigentes de autarquias, não possam ser por ele livremente nomeados e exonerados é incompatível com o regime presidencialista.

O artigo 84, II da Constituição do Brasil afirma ser da competência privativa do Presidente da República o exercício da direção superior da administração federal. Daí ser absurda a idéia de que os dirigentes de autarquias seriam titulares de direito a serem mantidos em seus cargos além de um mesmo período governamental¹⁴.

Dir-se-á, eventualmente, que o Supremo Tribunal Federal, apreciando medida cautelar na ADIN 1.949-0 Rio Grande do Sul, caso da AGERS, decidiu no sentido de que os seus dirigentes não são demissíveis pelo Governador do Estado sem justo motivo.

Ocorre que não se discutiu, nessa ADIN, o texto do artigo 84, II da Constituição de 1.988, circunstância que deve ser enfaticamente sublinhada.

Em relação especificamente à ANEEL, a Constituição previu expressamente a criação de órgãos reguladores [artigo 21, XI e § 2º, III do artigo 177].

Quanto à ANEEL, o artigo 5º da Lei n. 9.427/96 estabelece que seus Diretores serão nomeados pelo Presidente

¹⁴ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., pág. 136) afirma que isso consubstanciaria uma *fraude contra o próprio povo*.

da República, para mandato de quatro anos, após aprovação do Senado Federal.

No caso da ANATEL, os seus Diretores são nomeados pelo Presidente da República, para mandato de cinco anos.

O artigo 9º da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, define que os Conselheiros e Diretores (das Agências) somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação penal transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. E o parágrafo único desse artigo 9º estabelece que a lei de criação da Agência poderá prever outras condições para perda do mandato.

A breve exposição acima desenvolvida torna evidente a inconstitucionalidade dos preceitos que restringem a faculdade, do Presidente da República, de exoneração dos Diretores das Agências. Esses preceitos afrontam a disposição veiculada pelo artigo 84, II da Constituição de 1.988.

Este Projeto de Lei objetiva adequar a legislação à regra constitucional, estabelecendo que, embora mantida a autonomia administrativa, financeira, patrimonial etc, as agência não podem constituir-se em administrações paralelas, desgarradas da competência privativa do Presidente da República que é o exercício da direção superior da administração federal.

Sabemos da polêmica e das calorosas discussões que o assunto suscita. Para tanto, apresento o projeto de lei em tela, esperando contar com o apoio de meus ilustres pares.

Sala das Sessões, março de 2003.

Deputada Telma de Souza