

# AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Adv. Luciana Luso de Carvalho  
Especialista em Regulação de Serviços Públicos – EA/UFRGS  
Diretoria Jurídica da AGERGS  
luciana@agergs.rs.gov.br

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo abordar o controle exercido pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras, examinando-se as principais características das agências, tema essencial para a compreensão do controle a que estão sujeitas essas instituições. Posteriormente, analisa-se as principais atribuições das cortes de contas e, finalmente, o alcance e limites desse controle. Nessa abordagem são mencionadas duas correntes de pensamento: a primeira sustenta que os atos regulatórios são integralmente submetidos às cortes de contas em razão da competência para fiscalização operacional prevista na Constituição, bem como em face do princípio constitucional da eficiência. A segunda corrente doutrinária defende que esse controle não pode alcançar o mérito dos atos regulatórios discricionários, sob pena de violação do Princípio da Separação de Poderes e exercício indevido das competências das agências por tais órgãos, posição essa que foi acolhida em recente julgamento do Tribunal de Contas da União, com o que se preserva a competência e a autonomia dos entes reguladores.

**Palavras-chave:** reestruturação do Estado - autonomia das agências reguladoras - controle das agências – tribunais de contas.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to provide an overview of the control to which regulatory agencies are subject to, mostly in relation to the discretionary authority exercised in their core activities, so as to determine their limits. For that matter, analysis is made of the institutional control exercised by the Audit Courts. Two schools of thought are mentioned: the first argues that regulatory acts are fully subject to the Audit Courts because of their competence for operational auditing, as provided in Constitution, and in light of the constitutional principle of efficiency. The second argues that the control exercised by the Audit Courts cannot reach the discretionary acts of the regulatory agencies because that would violate the constitutional principle of separation of powers and would be an undue exercise of agency competence by the Audit Courts. This last position was upheld in a recent trial of the *Tribunal de Contas da União*, so that the regulatory agencies competence and autonomy were preserved.

**Key words:** State restructuring – the autonomy of regulatory agencies – regulatory agency control - audit courts.

# 1 INTRODUÇÃO

A criação de agências reguladoras no Brasil resultou da redefinição do papel do Estado no domínio econômico, fenômeno que tem origem, dentre outros fatores, no paulatino esgotamento de recursos públicos que ocorreu a partir da década de 80.

Contudo, a regulação não é fenômeno novo no Estado brasileiro, apontando a doutrina a existência de entes e órgãos administrativos que, já no início do século XX<sup>1</sup>, desempenhavam autênticas funções regulatórias, disciplinando e fiscalizando serviços públicos e atividades econômicas *stricto sensu*.

No entanto, o exercício de tal função por entes que têm sua origem próxima na experiência norte-americana, com natureza autárquica especial, constitui novidade institucional que tem causado rejeições e dificuldades de compreensão de suas finalidades, competências e limites pela sociedade, pelas instituições e órgãos que com as agências necessariamente se relacionam, e também em parcela do meio acadêmico.

Tais dificuldades devem-se, principalmente, às características próprias de tais entes, destacando-se, em especial, a natureza jurídica de autarquia especial, que lhes confere autonomia qualificada em relação às demais autarquias, atributo esse que pode ser traduzido, em síntese, na impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes, em face da previsão de mandatos fixos, o que reforça a independência decisória em relação ao Poder Executivo.

No entanto, também não se pode desconsiderar, como causa da resistência às agências, identificada em certos segmentos da sociedade, a postura ideológica contrária à redução do papel do Estado na Economia e a realização da regulação por esses novos entes estatais.

Essa autonomia peculiar exige das agências reguladoras, em contrapartida, reforço no dever de transparência de seus atos, tornando constante a prestação de contas em relação a todas as suas atividades.

Por seu turno, os entes e órgãos competentes para o exercício do controle externo da Administração Pública têm seu campo de atribuições ampliado, de modo a compreender também as atividades exercidas por essas novas instituições.

---

<sup>1</sup> É o caso, por exemplo, do Instituto de Defesa Permanente do Café, criado em 1923 e do Instituto do Alcool e do Açúcar, criado em 1933 (GROTTI, 2003, p. 32). Mais recentemente, pode-se citar o Banco Central do Brasil, criado pela Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e a Comissão de Valores Mobiliários, criada pela Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976 e reestruturada pela Lei n.º 10.411, de 26 de fevereiro de 2002, que, sem dúvida alguma, exercem a regulação econômica no setor financeiro e de mercado de capitais, respectivamente.

Mas, se por um lado, a maior autonomia conferida a um ente administrativo exige o correlato fortalecimento do controle externo, a experiência tem demonstrado, em determinados casos, a existência de problemas relacionados ao alcance e limites desse controle, resultando, muitas vezes, na invasão de competências dos entes reguladores, sobretudo aquelas que são discricionárias e referentes à atividade-fim.

Com efeito, não é raro ver-se medidas administrativas adotadas pelo Poder Executivo para restringir a autonomia das agências, como o contingenciamento de recursos próprios, afetando diretamente as funções regulatórias. O Poder Judiciário e os tribunais de contas, por seu turno, muitas vezes adentram no mérito das decisões regulatórias, substituindo o regulador no exercício de suas competências legais.

Portanto, partindo-se dessas constatações, este artigo visa a analisar o controle exercido pelos tribunais de contas, especialmente no que diz respeito às competências discricionárias exercidas na atividade-fim dos entes reguladores.

Para isso, será realizada rápida abordagem das principais características dessas novas instituições, aspectos fundamentais para a adequada compreensão do tema central deste artigo.

## **2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

### **2.1 EXERCÍCIO DE FUNÇÃO TIPICAMENTE ESTATAL**

As agências exercem função eminentemente estatal, destinando-se à regulação de serviços públicos e atividades econômicas de interesse coletivo. É preciso deixar claro, contudo, que o exercício dessa função não compreende a formulação de políticas públicas ou o planejamento econômico, cuja competência é governamental.

Embora as agências sejam, nesse campo, importantes fontes de consulta e orientação, tendo em vista a experiência e conhecimento do setor regulado, cabe-lhes implementar os objetivos, programas e metas definidos pelo Governo, servindo-se, para isso, dos instrumentos legais de que dispõe, dentre os quais destaca-se o estabelecimento de normas infralegais e a fiscalização dos agentes regulados.

As políticas regulatórias compreendem as opções do regulador quanto aos meios e instrumentos disponíveis para implementar as políticas públicas, envolvendo juízo de necessidade e intensidade da intervenção:

Não se admite que o manejo das políticas regulatórias contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das políticas regulatórias que será definido o timing e o resultado de uma política pública setorial. [...] Nessa perspectiva, a política regulatória envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos (AZEVEDO NETO, 2005, p. 88).

Tais distinções têm por objetivo demonstrar o âmbito próprio de atuação das agências reguladoras, que exercem típica função estatal, de implementação de políticas públicas mediante políticas regulatórias que são de sua exclusiva competência.

Outro aspecto que merece realce diz respeito à multiplicidade de poderes atribuídos às agências para o condicionamento da atividade dos agentes econômicos, muitas vezes incompreendidos por parte da doutrina, uma vez que se assemelham às funções dos Poderes Legislativo e Judiciário, embora evidentemente com eles não se confundam. Nesse sentido, a adequada síntese de Marçal Justen Filho:

As agências são estruturas burocráticas não enquadradas na estruturação hierárquica dos poderes tradicionais. Recebem competências de diversa ordem para fiscalizar a formulação de decisões políticas, verificar o cumprimento dos deveres institucionais por parte das autoridades públicas, promover a implementação de valores fundamentais consagrados constitucionalmente, concentrar conhecimento técnico e a produção de decisões dele derivadas e assim por diante (2002, p. 358).

Mas, apesar de algumas críticas e divergências acadêmicas, o fato é que as agências reguladoras exercem poder normativo infralegal, especificando os conceitos e comandos legais para o setor regulado. Compete às agências, também, moderar e dirimir conflitos surgidos entre delegatários, usuários e poder concedente, em caráter final, no âmbito administrativo.

Além disso, as agências exercem função executiva, compreendendo, por exemplo, atos de delegação de exploração de bens e serviços públicos, reajustes e revisões tarifárias, fiscalização das atividades econômicas reguladas e imposição de sanções aos agentes.

## 2.2 AUTONOMIA QUALIFICADA

A independência das agências reguladoras é sua principal característica e está diretamente relacionada com o tema deste artigo, razão pela qual torna-se necessário examiná-la, ainda que de modo breve.

Importa esclarecer, de início, que tal independência não é absoluta, o que, como aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 400), equivaleria à soberania, assegurada apenas ao Estado brasileiro. Por isso, prefere-se falar em autonomia qualificada ou diferenciada em relação às autarquias comuns, de modo a evitar confusões conceituais, sobretudo por aqueles que ainda enxergam com reservas as agências reguladoras.

Assim, além da autonomia financeira e administrativa, que são atributos comuns a todas as autarquias, as agências reguladoras apresentam um regime diferenciado, que lhes confere maior autonomia em relação ao Poder Executivo, indispensável para o pleno exercício de suas funções.

Apesar de existirem pequenas variantes instituídas nas leis de criação das agências, pode-se dizer que a autonomia qualificada dos entes reguladores é assegurada pela existência de um órgão decisório colegiado, mandato fixo de seus dirigentes e não coincidentes com o mandato do Chefe do Executivo, bem como a competência decisória final no âmbito administrativo.

Por seu turno, a previsão de mandato fixo é fundamental para reforçar a autonomia das agências, pois a possibilidade de exoneração *ad nutum* sujeitaria seus dirigentes a interferências indevidas do poder político, possibilitando a instabilização da agência e do setor regulado a cada eleição ou em razão de decisões contrárias aos interesses político-partidários dominantes.

A descoincidência de mandatos é, igualmente, relevante instrumento para a garantia da autonomia das agências, de modo a evitar, a cada novo mandato do Chefe do Executivo, o alinhamento indesejado de seus dirigentes ao Governo<sup>2</sup>.

A competência para decidir em última instância no âmbito do Poder Executivo destina-se, à semelhança das características acima mencionadas, à garantia do perfil técnico das agências, afastando-as das influências político-partidárias decorrentes de eventual revisão

---

<sup>2</sup> Nesse aspecto, embora não se concorde, cabe referir a opinião contrária (e, ao que parece, minoritária) de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 161), para quem os mandatos não devem ultrapassar um período governamental: "Isso seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do novo Governo". Sustenta ainda o autor que é "da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo se o desejar, possa eleger seus governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente".

de suas decisões pelos órgãos a que estão vinculadas – ministérios ou secretarias -, razão pela qual o modelo de agências é incompatível com o recurso hierárquico impróprio.

Com efeito, a autonomia de que ora se trata é garantia fundamental para a consecução de estabilidade e segurança jurídica nos setores econômicos sujeitos à regulação, alcançando não apenas os agentes regulados e potenciais investidores, mas também os atuais e futuros usuários, cujos direitos estão previstos nos denominados marcos regulatórios. Mas não é só: a estabilidade regulatória beneficia também o Governo, uma vez que tal ambiente favorece a atração de investimentos privados para setores estratégicos que são indispensáveis ao desenvolvimento nacional.

### 2.3 DISCRICIONARIEDADE E TECNICIDADE DOS ATOS REGULATÓRIOS

A discricionariedade é a competência conferida por lei ao administrador para optar entre soluções possíveis de forma a melhor atender a finalidade do ato prescrita na legislação, tendo em vista a impossibilidade fática de o legislador prever qual é a melhor solução a ser adotada em cada caso concreto.

Em que pese a existência de corrente doutrinária que distingue a aplicação discricionária da lei e a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, reconhece-se, com apoio na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 822), que a discricionariedade abrange tanto as hipóteses em que a lei deixa margem de liberdade ao administrador para decidir segundo critérios de conveniência e oportunidade, quanto as hipóteses legais que apresentam conceitos jurídicos indeterminados, cuja definição deverá ser realizada pelo administrador no momento da integração da lei.

Não é demais salientar que, para a aplicação discricionária de determinado dispositivo não é suficiente a previsão legal, uma vez que o exercício da competência discricionária depende do modo como se apresenta determinada situação, sendo indispensável que a medida escolhida pelo administrador seja adequada ao caso concreto.

Mas não é só: além da previsão legal da competência discricionária e sua subsunção ao caso concreto, seu exercício exige razoabilidade, proporcionalidade e adequação à finalidade da norma, aspectos esses que compõem a legalidade em sentido amplo e são sindicáveis pelo Poder Judiciário.

Todavia, é preciso ter presente que o controle de tais atos também apresenta limites, pois, caso contrário, ter-se-ia a indevida invasão do mérito administrativo e o aniquilamento da competência discricionária atribuída legalmente à Administração. Manifestando-se especificamente em relação ao controle judicial, adverte Bandeira de Mello:

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência e oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções, que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior (2002, p. 851).

Feitas essas considerações gerais acerca da discricionariedade administrativa, cumpre examinar a discricionariedade conferida às agências reguladoras, pois, como bem observa Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 356), "A atividade regulatória envolve, essencialmente, a função discricionária de eleger os meios técnicos adequados às finalidades previstas em lei".

Nesse sentido, cabe destacar a divergência existente na doutrina estrangeira e nacional a respeito da denominada discricionariedade técnica das agências reguladoras, atributo esse que é defendido por uns como espécie da discricionariedade administrativa, e afastado por outros, como assinala Sérgio Guerra (2005, p. 208). Para esse autor, não há propriamente discricionariedade técnica das agências reguladoras, integrando-se a possibilidade de valoração de diferentes critérios técnicos possíveis no âmbito da discricionariedade administrativa.

No entanto, entende-se que se pode falar em discricionariedade técnica, não para afastar o controle judicial, conforme pensamento da doutrina européia que inicialmente formulou tal conceito, mas sim em outra perspectiva, destinada a enfatizar que os atos regulatórios discricionários não consideram apenas aspectos de oportunidade e conveniência administrativa (momento, justiça, utilidade, razoabilidade), sendo avaliados, na maior parte das situações, de modo preponderante, aspectos jurídicos, econômicos e técnicos, oriundos estes de diferentes campos do conhecimento (Engenharia, Contabilidade, Estatística, Geologia, Medicina, Química, dentre outros), conforme o âmbito de atuação da agência.

Assim, se é certo que os atos emitidos pelas agências não são imunes, em maior ou menor grau, a juízos valorativos, inexistindo neutralidade absoluta, como adverte Marçal Justen Filho (2002, p. 528), também não se pode desconhecer que a prevalência técnica das decisões regulatórias é uma das características que marca a atuação de tais entes.

Com efeito, é freqüente que para determinado caso sejam admitidas duas ou mais soluções jurídicas, econômicas e técnicas, o que exige a ponderação dos interesses envolvidos e a avaliação de custos e benefícios de forma sistêmica, com atenção aos efeitos que o ato regulatório causará ao setor regulado, aos demais setores que com ele interagem e aos consumidores efetivos e potenciais de bens e serviços.

Portanto, a alta complexidade técnica, jurídica e econômica dos setores regulados, fortemente influenciados pelos constantes avanços tecnológicos e pelas flutuações dos mercados internacionais, condiciona decisivamente as opções regulatórias, que não se resumem, devido a essa diversidade de aspectos, necessariamente relacionados, a apenas uma solução possível. Isso não significa, contudo, como acima salientado, que a prevalência da análise técnica implique ausência de juízos de oportunidade, conveniência, equidade e razoabilidade por parte pelo regulador.

## 2.4 CONSENSUALIDADE

Característica constantemente acentuada pelos principais autores que examinam as agências reguladoras, a consensualidade constitui um novo padrão da atuação estatal, em que ganha realce a participação dos cidadãos e dos agentes econômicos na produção de decisões e normas regulatórias, revelando a busca do consenso pela Administração.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto (2002, p. 16) assevera que o Estado regulador abandona o seu perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade, passando a desempenhar o papel de mediador ativo de interesses.

Assim, as agências tornam-se permeáveis às necessidades e demandas dos agentes regulados, dos usuários e da sociedade, afastando o caráter hermético que por vezes caracteriza a atividade estatal.

Conseqüentemente, ganha-se em efetividade no cumprimento das decisões e das normas editadas pelas agências, uma vez que tais atos não resultam de uma "regulação de gabinete", mas, ao contrário, são editados com base na realidade do setor regulado, bem como nas dificuldades, anseios e postulações apresentados por todos os interessados na regulação.

Outra vantagem de relevo resultante da regulação consensuada diz respeito à maior transparência conferida à função regulatória, incentivando o controle social das agências reguladoras e a organização dos setores mais vulneráveis da sociedade, que no Brasil ainda é incipiente, se comparada com países de tradição democrática.

## 2.5 A PROCESSUALIDADE NA FORMAÇÃO DOS ATOS REGULATÓRIOS

A observância da garantia constitucional do devido processo legal no âmbito das agências, quer para a edição de atos concretos, quer para a edição de atos normativos, constitui indispensável instrumento de transparência administrativa, limitação de poder e legitimação social desses novos entes estatais.

Assim, conforme o magistério de Marçal Justen Filho (2002, p. 560-561), a existência de procedimento impede decisões imediatas e subjetivas, fracionando o poder estatal, uma vez que a decisão não se concentra em apenas um momento, diluindo-se em diversas etapas, logicamente ordenadas.

Mas, além da limitação do poder, a processualização dos atos regulatórios possibilita a democratização da agência, tendo em vista que aos interessados – agentes econômicos, consumidores e sociedade em geral – é oportunizada a participação na produção de atos normativos destinados à regulação de determinado setor da economia.

## **3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

### 3.1 OS CONTROLES EXERCIDOS SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A função de controle é inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo essencial o seu aperfeiçoamento técnico e fortalecimento, principalmente se considerada a inexistência de tradição democrática no Brasil.

Além do controle interno existente no âmbito de cada agência, o controle externo apresenta-se bastante amplo, sendo realizado pelo Poder Executivo, Poder Judiciário, Poder Legislativo e Tribunais de Contas da União e dos Estados, quando houver agência estadual.

Cite-se ainda o Ministério Público, que tem atuação de destaque na promoção do controle das agências reguladoras, tendo em vista as relevantes funções que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal.

E há também o controle social, que embora não tenha caráter institucional, constitui instrumento que deve ganhar importância com a organização e fortalecimento de grupos de pressão, sobretudo aqueles representativos dos direitos dos consumidores de bens e serviços.

Cumprir destacar, contudo, que o controle não pode chegar ao ponto de desvirtuar as características que distinguem as agências reguladoras ou paralisar o exercício da função regulatória<sup>3</sup>.

Por isso, o estudo dos controles a que estão submetidos as agências é tema de fundamental importância, tendo em vista a abrangência e relevância dos setores que se encontram sujeitos à regulação, quer para o desenvolvimento econômico do país, quer em relação aos serviços públicos prestados à população.

### 3.2 A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A atuação dos Tribunais de Contas ganhou maior dimensão com a Constituição Federal de 1988, que lhe atribui competência para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos e respectivas entidades, bem como de pessoas físicas ou jurídicas que, de algum modo, respondam por valores e bens públicos.

No exercício dessa fiscalização, os aspectos examinados pelas Cortes de Contas compreendem a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, além da eficiência e eficácia da Administração Pública.

Cumprir salientar que, embora o art. 71, *caput*, da Constituição Federal estabeleça que o controle externo exercido pelo Congresso Nacional será realizado com o auxílio do Tribunal de Contas da União, as Cortes de Contas não podem ser definidas como órgãos de assessoramento ou auxiliares do Legislativo.

Com efeito, os tribunais de contas são órgãos *sui generis* que apresentam autonomia fundada diretamente na Constituição Federal, não integrando a estrutura interna de nenhum outro Poder (FERNANDES, 2003, p. 1807). Assim, não há relação de subordinação em

---

<sup>3</sup> **O controle dos atos regulatórios deve viabilizar o funcionamento independente do agente regulador, cujo critério de atuação é informado por outras ciências e não apenas pelo Direito;** essas tecnicidades nas ponderações e decisões regulatórias, atendendo a padrões universais já experimentados pelas ciências e pela prática comercial e tecnológica, conferem segurança jurídica aos investimentos, objetivo maior do processo de Reforma do Estado, com vistas à eficiência no atendimento do interesse público (SOUTO, 2002, p. 372) [grifou-se].

relação ao Poder Legislativo ou aos demais Poderes do Estado, mas sim vinculação finalística ao Legislativo (LAGES, 2004, p. 3350-3351).

Portanto, a atuação dos tribunais de contas não se resume a subsidiar a função de controle exercida pelo Poder Legislativo, uma vez que exerce funções próprias, essenciais ao Estado Democrático de Direito, inserindo-se no sistema de freios e contrapesos indispensável ao controle do poder (WILLEMANN, 2005, p. 5590).

As funções exercidas pelos tribunais de contas são bastante amplas, podendo ser classificadas, conforme aponta Evandro Martins Guerra (2002-b, p. 778-782), em funções de auxílio do Poder Legislativo e funções exclusivas, de iniciativa do Órgão. Dentre as primeiras incluem-se: a) apreciação das contas anuais do Chefe do Poder Executivo, b) realização de inspeções e auditorias; e c) prestação de informações ao Poder Legislativo.

As funções exclusivas dos tribunais de contas são: julgamento das contas de administradores e demais responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos; b) apreciação das admissões de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; c) realização de inspeções e auditorias, sem a finalidade de auxílio ao Poder Legislativo; d) fiscalização das contas nacionais em empresas supranacionais; e) fiscalização da aplicação da transferência de recursos; f) aplicação de sanções; g) fixação de prazo para adoção de providências, se verificada ilegalidade; h) sustação da execução de ato impugnado; i) representação sobre irregularidades ou abusos relativos às matérias que não são de sua competência; e i) impugnação e sustação de contratos.

Outra classificação possível apresentada pelo autor (2002-a, p.302-307), de cunho sintético, é aquela que agrupa as funções exercidas pelos tribunais de contas conforme a respectiva natureza. Assim, os tribunais de contas exercem função: a) consultiva, informadora ou opinativa; b) contenciosa ou jurisdicional<sup>4</sup>; c) fiscalizadora; e d) sancionadora.

---

<sup>4</sup> Cabe observar que, dentre as funções exercidas pelas cortes de contas, aquela que apresenta maior divergência quanto à sua natureza jurídica é o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos, como previsto no art. 71, II, da Constituição Federal.

Parcela considerável da doutrina e da jurisprudência sustenta que esse julgamento tem autêntico caráter jurisdicional, que não é afastado pelo princípio da jurisdição una, tendo em vista que a própria Constituição Federal assegura privativamente aos tribunais de contas o exercício da jurisdição em relação às contas dos administradores. Logo, ao Poder Judiciário seria vedado decidir acerca da regularidade das contas, cabendo-lhe tão-somente o exame da legalidade do procedimento. Esse é o pensamento de Seabra Fagundes, Pontes de Miranda, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, dentre outros (FERNANDES, 2003, p. 1809-1810). Em sentido contrário, cite-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 591), para quem o julgamento consiste, na verdade, no exame técnico prévio realizado pelos tribunais de contas, uma vez que o julgamento da responsabilidade do agente público é matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário. Na mesma linha, Marçal Justen Filho (2005, p. 752), Flávio de Araújo Willeman (2005, p. 5599) e José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 839).

### 3.3 O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Apresentadas essas breves considerações, cumpre examinar o alcance do controle exercido pelos tribunais de contas sobre os atos emitidos pelas agências reguladoras, especialmente em relação à competência discricionária relacionada à atividade-fim, pois, quanto à competência vinculada e à atividade-meio, o reconhecimento de tal controle não encontra maiores questionamentos, inclusive quanto à sua abrangência.

Com efeito, é em relação ao exercício da auditoria operacional pelos tribunais de contas sobre a atividade-fim das agências reguladoras que surgem as divergências na doutrina, podendo-se identificar duas correntes básicas. A primeira sustenta que as atividades-fim das agências não estão excluídas do controle realizado pelos tribunais de contas em razão da competência que é atribuída a tais órgãos para o controle operacional e de eficiência, bem como para o controle dos bens e serviços públicos.

Essa posição é manifestada por Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 126-127), para quem o controle dos tribunais de contas abrange tanto a atividade-fim quanto a atividade-meio, devendo ser exercido, contudo, apenas em relação aos interesses que afetam o Poder Público, o que exclui outros interesses, como os interesses dos competidores e dos consumidores. Na mesma linha, cite-se o pensamento de Alexandre Santos de Aragão:

[...] o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que imediata ou mediata, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário (2003, p. 340-341).

O Ministro do Tribunal de Contas da União Walton Alencar Rodrigues (2005, p. 355) também parece adotar o mesmo entendimento, pois, apesar de sustentar que os Tribunais de Contas não podem estabelecer o conteúdo dos atos regulatórios, nem impor a adoção de medidas que considerar adequadas, "salvo quando verificadas considerações de legalidade, erros, ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei", refere, quanto às escolhas técnicas do ente regulador, o seguinte:

As "escolhas técnicas" derivadas da "discricionariedade técnica" podem, também, se revelar inteiramente impróprias, inadequadas, desarrazoadas, custosas, contrárias ao interesse público e à finalidade legal, o que ensejaria a adoção de medidas corretivas, exatamente nos mesmos termos da discricionariedade administrativa. (2005, p. 355).

Note-se que na transcrição acima constam aspectos da discricionariedade inegavelmente sujeitos ao controle externo, como a observância à finalidade legal, mas também aspectos que dizem respeito às escolhas legitimamente reconhecidas ao regulador, o que, como dito, parece revelar a orientação do autor de que o controle dos tribunais de contas pode abranger as opções técnicas realizadas pelas agências.

Por sua vez, o Ministro do Tribunal de Contas União Benjamin Zymler vai mais além: sustenta a possibilidade de fiscalização direta dos agentes regulados em casos de omissão ou incapacidade da agência:

[...] percebendo o Tribunal omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade. **Seja expedindo determinação às concessionárias ou permissionárias**, seja cobrando das agências reguladoras o correto cumprimento de seus objetivos (2002, p. 5) [grifou-se].

Contudo, tal medida não pode ser admitida nem mesmo na situação acima descrita, cuja solução não reside no exercício das competências regulatórias pelos tribunais de contas, cumprindo referir, por isso, que cabe às agências o controle direto dos delegatários de serviços públicos e demais agentes econômicos regulados.

De outra parte, a segunda corrente defende a restrição do controle exercido pelos tribunais de contas às atividades administrativas que impliquem gestão de recursos, sob pena de suprimir ou, no mínimo, reduzir a autonomia qualificada das agências reguladoras. Nesse sentido, é bastante pertinente a lição de Marçal Justen Filho:

Observe-se que **esse controle versará, basicamente, sobre a gestão administrativa em sentido próprio**. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que se deverá verificar serão os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração. Enfim, a atuação do Tribunal de Contas envolverá a fiscalização da agência reguladora enquanto autarquia federal, **não como órgão titular de competências regulatórias** (2002, p. 588-589) [grifou-se].<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Marçal Justen Filho (2005, p. 752). ressalta as elevadas competências dos Tribunais de Contas, mas, quanto à análise dos atos discricionários da Administração, é contundente: "Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita à revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo pudesse ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariedade. Não foi casual, por isso, a ausência de referência constitucional à fiscalização quanto ao mérito, ou mesmo à discricionariedade. A Constituição alude a *legitimidade e economicidade*, ângulos complementares da liberdade de atuação do gestor da coisa pública" [grifos do autor].

Marcos Juruena Villela Souto tem o mesmo entendimento acerca da atuação das cortes de contas, asseverando que:

Integrando a Administração Pública, a agência reguladora fica sujeita ao controle financeiro nos termos do art. 70 da Constituição Federal, que submete as pessoas físicas e jurídicas gestoras de bens e recursos públicos ao exame do Tribunal de Contas na apreciação dos valores apresentados.

**Isso, contudo, não inclui no controle financeiro o exame de ações ou omissões que não impliquem gestão de recursos, sob pena de substituir-se ao administrador competente**, violando o princípio fundamental da Tripartição das Funções do Estado (2002, p. 371) [grifou-se]

Não se pode deixar de citar, por seu turno, como síntese do entendimento da segunda corrente antes referida, a posição de Luís Roberto Barroso (2003, p. 51-53) acerca do alcance do controle exercido pelos tribunais de contas:

Portanto, em consonância com os ditames constitucionais, é próprio da fiscalização externa examinar as contas das entidades da administração direta e indireta, aos ângulos da legalidade, legitimidade e economicidade. É essencial, todavia, para que se abra a possibilidade de fiscalização, tratar-se efetivamente de *uso de dinheiro público*, quando então até as pessoas privadas estarão sujeitas à prestação de contas. Neste ponto, não há maior divergência, assim na jurisprudência como na doutrina.

Assim sendo, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando elas não envolvam dispêndio de *recursos públicos*. Isto se dá, por exemplo, quando o Tribunal de Contas objetiva obter informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem a razão de ser da própria agência reguladora. **Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes.**

Este, portanto, o limite da atribuição do Tribunal de Contas. **Nada, rigorosamente nada no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência.** Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza [grifos em itálico do autor; grifos nossos em negrito].

Nesse sentido, é fundamental citar recente acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União, que, em sede de reexame, reformou decisão anterior, na qual aquela Corte decidira determinar à ANEEL a alteração de critérios econômico-financeiros para a revisão tarifária de concessionária de energia elétrica de Minas Gerais (CEMIG)<sup>6</sup>, concluindo que, frente à competência discricionária das agências, o TCU deverá limitar-se a expedir recomendações:

PEDIDO DE REEXAME. ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO DE REVISÃO TARIFÁRIA DA CEMIG. PROCESSUAL. COMPETÊNCIA EM RELAÇÃO À FISCALIZAÇÃO DE ATOS DISCRICIONÁRIOS PRATICADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS. INADEQUABILIDADE DE DETERMINAÇÃO ANTERIOR. PROVIMENTO PARCIAL.

**1. Em se tratando de atos discricionários de agência reguladora, o TCU se limita a recomendar a adoção de providências consideradas por ele mais adequadas.**

2. Dá-se provimento, no todo em parte (sic) à peça recursal, tornando insubsistentes itens do acórdão recorrido, ou dando-lhes nova redação, quando os interessados em grau de recurso, em face do caso concreto, conseguem demonstrar a inadequabilidade de determinações anteriormente encaminhadas [grifou-se].

Cabe transcrever também, pela clareza do pensamento e correção do entendimento acerca do alcance e limitações do controle dos tribunais de contas sobre os atos discricionários expedidos pelas agências reguladoras, os seguintes trechos do parecer emitido pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas União no processo acima referido, da lavra do Dr. Lucas Rocha Furtado:

**[...] as decisões das agências reguladoras, desde que motivadas e destinadas à satisfação do interesse público, não são passíveis de reparação pelo TCU se adotadas dentro dos limites da autonomia e da discricionariedade técnicas conferidas pela lei àqueles entes. No nosso pensar, se avançar sobre esses limites, o TCU abandona sua função de controle e assume, em verdade, o papel de administrador, substituindo-se às agências reguladoras.**

[...] o Tribunal de Contas da União não está totalmente impedido de exercer fiscalização sobre os atos das agências reguladoras que se situam no âmbito de discricionariedade técnica daqueles entes. Nesse campo de discricionariedade, o TCU pode exercer uma fiscalização de caráter operacional. [...] Diferentemente do que ocorre nas fiscalizações de conformidade legal, cujas conclusões podem dar ensejo a determinações dirigidas ao fiscalizado, com o fim de que este sane os problemas detectados, **nas fiscalizações de natureza**

---

<sup>6</sup> Acórdão 200/2007 – Plenário. Min. Rel. Valmir Campelo. DOU 02.03.2007.

**operacional, em que o TCU avalia resultados à luz de parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade, as conclusões dão ensejo ao encaminhamento de recomendações.** Cientificado do conteúdo dessas recomendações, poderá o fiscalizado, também no exercício de seu poder discricionário, decidir pela sua implementação. Advertimos, todavia, **que até mesmo na realização de fiscalizações de natureza operacional acerca de atos circunscritos ao campo discricionário das agências reguladoras, deve o TCU atuar com extrema cautela,** pois, ainda que as agências reguladoras possam decidir discricionariamente sobre a implementação daquilo que lhes recomenda o Tribunal em sede de fiscalização de natureza operacional, as recomendações emanadas do TCU podem, eventualmente, gerar conflitos, de difícil superação e de indesejáveis repercussões, com a linha regulatória adotada pela agência [grifou-se].

Note-se, portanto, que no âmbito da regulação, a auditoria operacional tem finalidade cooperativa com as agências, não podendo os tribunais de contas expedir determinações sob pena de substituir-se indevidamente às agências.

Com efeito, a atuação regulatória dos tribunais de contas, além de constituir exercício indevido de competências, implica insegurança jurídica e instabilidade aos setores regulados, sujeitando os agentes a determinações muitas vezes díspares em relação ao estabelecido pelas agências e sem a observância de procedimentos regulatórios específicos, como audiências e consultas públicas, que aproximam agentes, usuários e agências e legitimam a atuação regulatória.

É importante novamente observar que o uso de instrumentos regulatórios exige a ponderação entre as diversas e possíveis soluções jurídicas, técnicas e econômicas, que devem ser avaliadas de forma sistêmica pelas agências, considerando-se os benefícios, custos, riscos e impactos que cada uma delas pode acarretar aos agentes, aos usuários efetivos e potenciais, à economia nacional e à sociedade em geral.

Portanto, a competência dos tribunais de contas para determinar medidas aos entes reguladores limita-se à competência vinculada e aos aspectos financeiros *lato sensu* dos atos regulatórios, cabendo-lhes, no âmbito do controle operacional dos atos discricionários, a atuação cooperativa, que consiste na recomendação de medidas que entenderem adequadas, sob pena de, em caso contrário, avançar indevidamente sobre as escolhas técnicas cuja definição é assegurada legalmente aos entes reguladores.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Pedido de reexame. Acompanhamento do processo de revisão tarifária da CEMIG. Processual. Competência em relação á fiscalização de atos discricionários praticados pelas agências reguladoras. Inadequabilidade de determinação anterior. Provimento parcial. Acórdão 200/2007. ANEEL e CEMIG. Relator: Valmir Campelo. 02 de mar. de 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 03 ago. 2007.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei 9.784, de 29/1/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à Revisibilidade Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 15, p. 1799-1816, mar./2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 22, p. 29-55, nov./dez. 2003.

GUERRA, Evandro Martins. Competências Constitucionais dos Tribunais de Contas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 7, p. 778-782, jul. 2002-a.

\_\_\_\_\_. Funções e Atividades do Controle Externo. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 3, p. 302-307, mar. 2002-b.

GUERRA, Sérgio. Controle das Agências Reguladoras por meio de supervisão ministerial. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 10, p. 205-221, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAGES, Marcus Vinicius Paixão. Tribunal de Contas: Órgão Constitucional de Soberania. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 35, p. 3349-3374, jan. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, n. 13, p. 147-166, abr./jun. 2006.

RODRIGUES, Walton Alencar. O Controle da Regulação no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 33, p. 345-358, set./out. 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Os tribunais de contas e a responsabilidade patrimonial do Estado. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 42, p. 5590-5603, jun. 2005.

ZYMLER, Benjamin. O Papel do Tribunal de Contas da União no Controle das Agências Reguladoras. **Fórum Administrativo – Direito Público – FADM**, Belo Horizonte, n. 11, jan. 2002. Disponível em:

<[http://www.editoraforum.com.br/sit/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=1216](http://www.editoraforum.com.br/sit/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=1216)>. Acesso em 20 jul. 2007.