

MELHORES RESULTADOS REGULATÓRIOS NO DIÁLOGO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Pedro Duarte Pinto*

RESUMO

O presente ensaio tem como objetivo realizar uma breve análise sobre a atuação do Tribunal de Contas da União como controlador das atividades finalísticas das agências reguladoras, ou seja, sobre suas competências regulatórias. Nesse contexto, analisar-se-á a composição, características e atuação das agências e da Corte de Contas para, então, ingressarmos em discussões sobre a necessidade de um modelo de diálogo institucional entre essas duas entidades. Discorreremos, assim, sobre as capacidades institucionais e limitações de cada uma delas, sobre o exercício do controle e sobre os mecanismos de reação para, por fim, analisarmos a importância do diálogo na tomada de decisões regulatórias.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras – Tribunal de Contas da União – Controle externo – Diálogos Institucionais – Decisões Regulatórias.

ABSTRACT

The following paper aims to conduct a brief analysis on the role of the Court of Audit as a controller to the finalistic activities of the regulatory agencies, in other words on its regulatory powers. In this context, we will analyse the composition, characteristics and performance of the agencies and the Court of Auditors for, then, we enter into discussions about the need for a model of institutional dialogue between these two entities. We will discourse, thus, on institutional capabilities and limitations of each one of them, as about the exercise of control and on the reaction mechanisms to, finally, we analyze the importance of a dialogue in making regulatory decisions.

KEYWORDS: Regulatory Agencies – Federal Court of Audit – External Control - Institutional Dialogues - Regulatory Decisions.

Artigo recebido em: 11/02/2014.

Artigo aceito em: 15/08/2014.

* Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Graduado em Direito da Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Realiza pesquisa e trabalha com as áreas de Direito Constitucional, Administrativo, Regulatório, Tributário e Argumentação Jurídica. Participou do programa Top China Santander, tendo realizado Curso de Environment & Sustainable Development na Peking University, China. Email: pedro_cdp@hotmail.com

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.

2. AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.

3. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

4. O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU E A NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL

4.1 Separação de Poderes e Diálogos Institucionais.

4.2 Capacidades institucionais das agências reguladoras e do Tribunal de Contas.

4.3 Etapas e Mecanismos de um controle pelo Tribunal de Contas da União.

4.4 Mecanismos de reações às decisões.

5. CONCLUSÕES.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A regulamentação da economia é uma tarefa há muito exercida pelo Estado. Durante toda a história contemporânea, governos e Estados interviram na economia para protegê-la ou mesmo para defender interesses conflitantes, fazendo isso através de medidas administrativas, coercitivas, legislativas ou econômicas. O fenômeno regulatório adquiriu, com o passar do tempo, grande complexidade, passando a ser exercido por setores ou agentes específicos dentro do Estado, entre eles as agências reguladoras.

Com inspirações e modelos distintos a variar do país em que surgiu, no Brasil a criação das agências reguladoras possuía dois objetivos primordiais: atrair recursos privados para a prestação de serviços públicos antes estatizados e garantir a eficiência e universalização de tais serviços. Para tanto, concebeu-as como entidades públicas dotadas de uma diferenciada autonomia decisória, política e econômica.

Em uma economia antes centrada na produção e monopólio estatal, que não mais correspondia às exigências de eficiência e tecnologia que o mercado impunha, o Estado brasileiro viu-se diante da necessidade de transferir a exploração dessas atividades para a iniciativa privada, a qual, por sua vez, dependia de uma segurança jurídica que garantisse a estabilidade dos investimentos realizados, protegendo-os de governos passageiros. É nesse contexto, portanto, que surgem as agências regulatórias como entes autônomos.

O insulamento então desejado, todavia, não tornou as agências imunes a qualquer forma de responsividade e controle: durante a história dessas entidades, diversos órgãos passaram a interferir e atuar no processo de decisão através do

exercício de certas formas de fiscalização, sendo exemplos o Poder Judiciário, os Ministérios do governo federal e o Tribunal de Contas da União.

No que toca ao último, a Constituição reservou a ele o poder de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta da União, o que irá incluir as agências reguladoras. No exercício desses poderes, como se observará adiante, o Tribunal de Contas da União desenvolveu uma linha de atuação na qual vem realizando um controle sobre as próprias escolhas regulatórias efetuadas pelas Agências, um controle de suas atividades-fim, fazendo uso de uma interpretação extensiva, ou mesmo dos instrumentos tradicionais de controle financeiro. É nesse sentido que lembra o Gustavo Binenbojm que:

“Assim, o grande tema de discussão sobre as agências nos Estados Unidos há muito deixou de ser o da sua autonomia, como condição para o exercício técnico e politicamente neutro de suas funções, para se tornar rapidamente o do seu controle político, responsividade social e legitimidade democrática”¹.

Na esteira do que escreve o ilustre professor, faz-se necessário que os modelos teóricos agora construídos não se preocupem apenas com a caracterização das agências reguladoras, ou com descrições e concepções de um controle de suas finanças, mas sim que concebamos um modelo concreto de controle finalístico de suas atividades², fornecendo uma melhor resposta regulatória à sociedade frente as suas limitações.

1 BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático. In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 99.

2 Nesse diapasão é o que também escreve Lucas Furtado Rocha que, ao fazer alusão à doutrina Americana, demonstra que já é passada a hora da preocupação somente com a absoluta separação e independência das agências reguladoras, concentrando-se em pontos de controle de sua atuação. Veja-se: “Acerca das dificuldades dessa solução apontada pelo modelo gerencial, o administrativista norte-americano Kenetth Warren, busca definir o relacionamento entre as agências e o setor regulado por meio de ciclos. No início, a agência responde à demanda que resultou na sua criação; na segunda fase, trabalha “com vigor juvenil”, ainda livre das forças corruptivas no seu entorno; na terceira, que ele chama de “porta giratória”, ocorre troca de pessoal entre a agência e o setor regulado, na quarta, a agência passa a ser inteiramente dominada pelo setor

Como será analisado a seguir, a relação entre o controle do TCU e o exercício das funções das Agências Reguladoras não pode ser vista como uma disputa sobre quem dará a última palavra ou para uma real sobreposição da vontade da Corte de Contas sobre estas, mas, pelo contrário, deve-se vislumbrar a existência de um conjunto de trocas institucionais que pode favorecer, outrossim, a melhoria das opções regulatórias.

Assim, diferente de estudos tradicionais nos quais se questiona de quem seria a competência para a decisão sobre as atividades finalísticas das agências regulatórias, ou se poderia o Tribunal de Contas ou o Poder Judiciário decidir sobre estas, diferenciando das atividades-meio que desempenham, buscar-se-á, aqui, estudar a relação entre o TCU e as agências reguladoras sob o contexto das teorias dos diálogos institucionais, as quais refletem a concepção de que os Poderes do Estado são concebidos com um desenho institucional pelo qual nenhum deles atua unilateralmente, mas sim possuem mecanismos de reação, contribuindo com sua própria capacidade institucional para a construção de uma decisão³.

Buscaremos analisar, portanto, a fiscalização exercida pelo TCU nas agências reguladoras sob esse prisma até então negligenciado. Discorreremos, assim, sobre a estrutura desses órgãos, natureza e mecanismos pelos quais exercem suas funções para, então, nos virarmos à relação emergente do controle quando executado. Transpassadas essas questões introdutórias, observaremos a capacidade de cada ente para a tomada de decisão, os instrumentos pelos quais esta se manifesta, tal como aqueles possíveis de reação. Passaremos pelo estudo de alguns exemplos de diálogos já existentes e de como seus resultados

regulado”. (ROCHA, Lucas Furtado. O Papel das Agências no Estado Brasileiro: Considerações Sobre a Discricionariedade Técnica. In: Revista do Tribunal de Contas da União - v.34, n.98 - Brasília: TCU, 2003.)

3 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 287-289.

alcançaram, ou não, uma melhor resposta regulatória para, ao final, propormos um modelo para o relacionamento aqui estudado com parâmetros para o exercício da fiscalização pela Corte de Contas e para o comportamento posterior das agências regulatórias.

2. AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

As agências reguladoras brasileiras possuem uma clara influência daquelas que emergiram no período de implantação do *New Deal* nos Estados Unidos. Inspiradas numa tentativa de limitar o capitalismo puro e de superar as regulamentações impostas por um Judiciário conservador, as agências norte-americanas surgiram como instituições de caráter técnico e dotadas de elevada autonomia para com o Executivo. A autonomia, nesse contexto, já despontava como elemento essencial para o desempenho das finalidades incumbidas às agências. Uma suposta neutralidade era essencial para garantir a eficiência da regulamentação efetuada e permitir que a *expertise* destoasse como elemento principal.

Não obstante essa inspiração, a criação do modelo brasileiro de agências tomou sentidos opostos, adequou institutos e comportou um acelerado modelo de implantação. Isso gerou certos descompassos que a doutrina hoje tenta controlar.⁴

O surgimento das agências reguladoras no Brasil ocorreu em um contexto de reformas econômicas e institucionais empreendidas na década de 1990 pelo governo Fernando Henrique Cardoso. Este compreendeu um movimento de privatizações e desestatizações, o qual visava à transferência da propriedade de determinados serviços públicos que estavam concentrados no Estado para a

4 Nesse sentido escreve: BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático. In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

iniciativa privada, buscando, assim, o fim dos monopólios estatais sobre esses serviços.

Com a prestação de tais serviços dependente de investimentos vultosos, a atração do capital privado, em especial o estrangeiro, demandava estabilidade institucional e previsibilidade dos marcos regulatórios. É nesse contexto que surgem as agências reguladoras como alternativa para a transferência da política regulatória para uma Administração neutra, não sujeita às alterações eleitorais e blindada de interesses políticos. A autonomia e independência das agências eram suas características primordiais.

Nesse quadro foram criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei n. 9.427/1996), a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei n. 9.472/1997), a Agência Nacional de Petróleo - ANP (Lei n. 9.478/1997), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (Lei n. 9.782/1999), a Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS (Lei n. 9.961/2000), a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n. 9.984/2000), a Agência Nacional de Transporte Terrestre - ANTT (Lei n. 10.233/2001), a Agência Nacional de Transporte Aquaviário - ANTAQ (Lei n. 10.233/2001), a Agência Nacional de Cinema – ANCINE (MP n. 2.228-1/2001) e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei n. 11.182/2005).

Não obstante relativamente afastadas do padrão de Administração vigente no país, as agências encontravam-se incumbidas da realização de funções públicas. Revestidas da natureza de autarquias especiais, a elas, como representantes do Estado, cabia regulamentar as atividades dos agentes privados do setor fiscalizado. As agências regulatórias, portanto, corresponderam a um esforço para o

fortalecimento institucional dos órgãos estatais que passaram a estar responsáveis pela gestão de interesses privados⁵.

Sua classificação como autarquia especial, outrossim, advinha da reunião de determinadas características, que serviam para garantir a tão almejada autonomia para com o governo. São elas: a independência política dos dirigentes; a independência financeira, gerencial e orçamentária; a independência técnica e administrativa; e a independência normativa.

Com relação à primeira, a independência política, há de se observar que os dirigentes das agências reguladoras possuem um diferenciado processo de nomeação, através de indicação presidencial e aprovação prévia pelo Poder Legislativo, para o exercício de um mandato fixo, o qual não pode coincidir com o mandato eleitoral daqueles que o indicaram, e que está protegido contra a exoneração *ad nutum*.

A independência financeira e orçamentária, por sua vez, advém da competência das agências para a gestão de seu pessoal, bem como por possuir fontes próprias de financiamento de suas atividades, decorrentes da arrecadação junto ao setor regulado ou de receitas conferidas a elas por lei.

A independência técnica e administrativa, a seu turno, decorre da caracterização das agências como órgãos técnicos, formados por um corpo de funcionários capacitados que deve tomar decisões amparadas em uma suposta neutralidade e no seu conhecimento específico. Dessa forma, por imperar a natureza técnica, suas decisões não se subordinam ao controle político exercido

⁵ Há de se observar, todavia, que passados mais de 15 anos da criação das agências reguladoras, e havida a sucessão democrática para o governo do PT, a regulamentação e o Poder Concedente de alguns setores retornou para a Administração Direta, em movimento contrário ao instaurado no início do processo de desestatização.

pelos demais órgãos do executivo, não sujeitando seus atos a recursos hierárquicos a qualquer autoridade.

Por fim, a independência normativa remete ao reconhecimento da necessidade das agências de regularem o setor controlado, fazendo-o através da possibilidade de edição de atos normativos por meio dos quais determina e influencia o comportamento do setor privado.

Todas essas características, ademais, colocaram-se como necessárias ao desempenho das atividades finalísticas das agências reguladoras. Sendo a razão pela qual as próprias agências foram criadas, essas funções finalísticas variam entre elas e, em regra, estão dispostas na lei que as criou. No entanto, em linhas gerais, designam o desempenho de atividades normativas, decisórias, administrativas e fiscalizatórias relativas aos contratos de concessão, permissão ou dos atos de autorização de serviços públicos. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica-as como:

- “a) regular os serviços objeto de delegação, observado o princípio da legalidade;
- b) realizar procedimento licitatório para a escolha do delegatário;
- c) celebrar e fiscalizar a execução do contrato de concessão;
- d) explicar conceitos técnicos, sem, no entanto, criar novos conceitos;
- e) decidir casos concretos, o que envolve a resolução de conflitos, dentro da mesma área de serviço público, entre agentes prestadores do serviço ou entre esses e os usuários;
- f) aplicar sanções;
- g) decretar caducidade;
- h) intervir na concessão;
- i) reverter os bens ao final da concessão;
- j) exercer o papel de autoridade do Poder Público com vistas a proteger os interesses dos usuários”⁶.

Acrescentam-se a essas, igualmente, a competência para a definição de tarifas, tal como de suas revisões e reajustes; para a realização de audiências

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, 2002, pp. 63-64.

públicas; para atuar junto ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência como parecerista técnico; entre outras.

Nem sempre, contudo, o desempenho dessas atividades finalísticas ocorre como almejado. A função regulatória desenvolvida pelas agências é, também, marcada por algumas falhas e problemas, dentre eles a assimetria de informação, a captura do regulador, contratos incompletos, comportamentos oportunistas e monitoramento imperfeito. A primeira dá-se quando o órgão regulador não possui ou ignora as informações que as empresas reguladas detêm, dificultando uma regulação eficiente e permitindo que o setor privado atue sem o devido controle. A captura do regulador, a seu turno, ocorre quando a agência alinha-se com as empresas reguladas em detrimento do interesse público ou comum, ou ainda das funções que deveria representar e desempenhar. A incompletude contratual acontece quando há falhas nas regras e contratos que regem a concessão do serviço público, ao passo que o monitoramento imperfeito remete às falhas na fiscalização e no acompanhamento da execução contratual por parte dos exploradores dos serviços, ambas permitindo uma atuação descontrolada pelos regulados. O comportamento oportunista, ademais, pode ser visto como uma consequência das próprias falhas anteriores e serve para designar uma atuação dos agentes regulados que vise à confusão ou manipulação da decisão regulatória para a obtenção de vantagens.⁷

É, portanto, no contexto dessas falhas regulatórias que surge a necessidade de se discutir formas de controle das agências regulatória, como fez e vem fazendo a doutrina com relação ao Poder Judiciário, Poder Executivo e Tribunal de Contas da

7 MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. In: Revista do Tribunal de Contas da União, ano 38, n. 110. Brasília: TCU, 2007, p. 72.

União⁸. No entanto, como iremos discorrer adiante, é necessário que esse controle seja concebido em um cenário de trocas institucionais, nos quais os envolvidos façam uso de suas capacidades específicas para a construção de uma melhor decisão. As características das agências reguladoras devem ser levadas em consideração por seus controladores, não podendo ser simplesmente negligenciadas ou substituídas por uma nova decisão. Deve-se buscar um diálogo.

Não se atendo a uma análise exaustiva, esse tópico objetivou contextualizar a concepção e o surgimento das agências reguladoras no Brasil, discorrendo sobre suas características e funções, com vistas ao fornecimento das bases para as posteriores discussões sobre o controle finalístico das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas e de como há a construção de um diálogo regulatório. É sobre isso que se tratará nos próximos tópicos.

3. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Brasil, diferentemente do que ocorre com as agências reguladoras, não adotou a tradição americana no tocante ao controle de contas públicas, mas sim o sistema europeu de Corte de Contas. Criado pela Constituição de 1891, o Tribunal de Contas da União sofreu diversas alterações em suas atribuições e estrutura até que foi concebido pela Constituição de 1988 como órgão responsável pelo controle externo da Administração Pública, a ele, portanto, foi atribuída a competência de fiscalizar o uso dos recursos públicos por parte desta⁹.

8 Nesse sentido escrevem: ARAGÃO, Alexandre. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.; BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático. In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.; CYRINO, André Rodrigues. Direito Constitucional regulatório – elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

9 Nesse sentido: DIAS COSTA, Luiz Bernardo. Tribunal de Contas: evolução e principais características. In: FREITAS DE. Ney José. (Coord.) Tribunais de Contas. Aspectos Polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Visto como órgão integrante da União, ou seja, como pessoa jurídica de direito público interno, o Tribunal de Contas da União foi descrito pela Constituição como órgão auxiliar do Poder Legislativo¹⁰, sendo tratado, inclusive, na parte reservada a esse poder. Todavia, a Constituição também conferiu ao TCU completa autonomia financeira, administrativa e finalística. Ou seja: não obstante a disposição constitucional, não possui qualquer subordinação ao Legislativo.

Dotada dessas peculiaridades, a natureza jurídica do Tribunal de Contas da União é objeto de grandes discussões doutrinárias. Sem ingressar nessas, que fogem do escopo deste trabalho, há de se observar que a função de auxílio ao Legislativo não cria uma subordinação a ele, do mesmo modo que também não se subordina a qualquer outro poder. O TCU, dessa forma, é um órgão constitucional autônomo, passível, na visão de Bruce Ackerman¹¹, de ser visualizado como um dos novos poderes da República, e que desempenha importantes funções institucionais ao lado dos atores constitucionais tradicionais.

As decisões tomadas pela Corte de Contas, outrossim, também possuem uma controversa natureza jurídica. Transitando entre um caráter jurisdicional, parajudicial, administrativo ou *sui generis*, adotar-se-á, aqui, sem aprofundar a discussão, a natureza administrativa. Parte-se, para isso, da consideração de que a função administrativa não é exclusiva do Poder Executivo, podendo ser exercida por qualquer poder do Estado, o que, por logo, não fere a relação do TCU com qualquer destes, nem a eles o subordina. Por outro lado, reconhecer uma natureza judicial

10 Assim define o *caput* do artigo 71 da Constituição Federal: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete”.

11 Ver: ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. In: Harvard Law Review, v. 113, v. 03, jan. 2000, pp. 691-699. Também compartilhada por diversos autores brasileiros, nesse diapasão: JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002; MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; ARAGÃO, A. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

seria incluir a Corte de Contas na estrutura deste, sob pena de ferir o princípio da jurisdição una¹². No mais, deferir a natureza administrativa para as decisões do Tribunal de Contas não significa que serão plenamente controláveis pelo Judiciário. Pelo contrário, tal caracterização gera um dever de deferência para com a decisão tomada, que só poderá ser revista caso atente contra o ordenamento jurídico, como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição de 1988.

Transcorridas essas caracterizações iniciais, torna-se necessário investigar as competências atribuídas pela Carta Constitucional ao Tribunal de Contas e como elas permitem uma atuação desse órgão sobre as agências reguladoras.

Segundo os artigos 70 e 71 da Constituição de 1988¹³, o TCU é competente para a fiscalização dos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e

12 TÁRSIA, Cristiana Muraro. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais. 2012. 150 f. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012, pp. 40-42.

13 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de

patrimonial da União e das entidades que integrem a Administração direta e indireta, o que irá incluir, portanto, as agências reguladoras.

Não obstante sua tão estimada autonomia e independência, o Tribunal de Contas da União vem considerando possível um controle sobre as agências reguladoras com base nas próprias noções de responsividade e controle, vistas como características do regime democrático e republicano. A delegação de poderes e competências públicas para determinado órgão ou pessoa deve vir, assim, acompanhada do controle de suas execuções. Arremata, nesse quadro, Walton Alencar Rodrigues ao escrever que “a existência de normas e controles sobre as agências reguladoras em nada lhes afeta a independência ou neutralidade necessária para o adequado desempenho de suas finalidades legais”¹⁴.

Não obstante a posição acima, é questionável o alcance do controle a ser exercido como forma de não ameaçar a aclamada independência e autonomia das agências reguladoras. O controle estaria restrito apenas ao aspecto financeiro-contábil e à aplicação dos recursos públicos das agências? Ou seria extensível a outros pontos de sua atuação?

A resposta fornecida pela doutrina¹⁵, outrossim, perpassa pela análise do próprio texto constitucional. Ao prever em seu artigo 70 a competência para o

contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.”

14 RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. In: Revista do Tribunal de Contas da União, ano 36, n. 104. Brasília: TCU, 2005, p. 5.

15 RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. In: Revista do Tribunal de Contas da União, ano 36, n. 104. Brasília: TCU, 2005; MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da

controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, a Constituição não estabeleceu nenhuma exceção a essas competências, nem mesmo às agências reguladoras. Desse modo, qualquer dos poderes e órgãos da República estão sujeitos a esses aspectos do controle externo do Tribunal de Contas, o que, todavia, não afeta o desempenho de suas funções institucionais, mas sim contribui para sua transparência e *accountability*.

Nesse contexto, destaca-se o exercício do controle operacional pelo TCU. Concebido como uma atuação voltada para a verificação de aspectos ligados à legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência da Administração Pública, a fiscalização operacional compreende a verificação do cumprimento dos objetivos do órgão controlado, o que inclui as agências reguladoras.

Como visto no tópico anterior, os entes reguladores estão sujeitos a falhas e estas podem causar repercussões negativas para o erário e para o interesse público que deveriam defender¹⁶. Dessa forma, estando sujeita ao controle operacional por parte da Corte de Contas, as agências reguladoras irão possuir o desempenho de suas funções finalísticas observados e escrutinizados principalmente com base naquelas descritas em suas leis instituidoras, equilibrando a existência das falhas de

regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. In: Revista do Tribunal de Contas da União, ano 38, n. 110. Brasília: TCU, 2007; FURTADO, Lucas Rocha. O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discricionariedade técnica. In: Revista do Tribunal de Contas da União, ano 34, n. 98. Brasília: TCU, 2003; ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas no controle das agências. In: O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, 2002; FERNANDES, Márcio Silva. O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras. In: Cadernos ASLEGIS, v. 5, n. 14. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001; entre outros.

16 Nesse sentido e citando exemplos: ARAGÃO, Alexandre. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2.ed., 2003; DI PIETRO, M. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: Seminário o Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos, 2001, Brasília. Anais eletrônicos. Brasília: TCU, 2002. p. 64-65. Disponível em: <<http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/LISTAPUBLICACOES/CERSP.PDF>>. Acesso em: 13 jun 2007; e GOMES, Marcelo Barros. A experiência recente e a agenda futura do Tribunal de Contas da União na análise e avaliação do desempenho de entes reguladores no Brasil. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 10. oct. 2005, Santiago. Bresser- Pereira Website. São Paulo: E-Xis, [200-]. p. 3. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/gomes_reg.pdf>. Acesso em: 13 jun 2007.

regulação. Nesse sentido, conclui o Ministro de TCU, **Walton Alencar Rodrigues**, que:

Ora, os entes reguladores foram concebidos, com ampla independência, como o mecanismo por excelência de proteção contra o oportunismo de interesses eleitorais e contra o abuso do poder econômico. É incontroverso, contudo, o risco de que tais entidades pautem a sua atuação por interesses outros que não as finalidades expressamente previstas em lei. Natural, portanto, a relação de controles, expressos e implícitos, para restringir comportamentos direcionadas ao implemento da finalidade legal, ou resultantes arbitrários e caprichosos do ente regulador, aliás inerentes a toda a atividade humana.

O controle operacional pelo Tribunal de Contas, portanto, busca analisar a economicidade, eficiência e eficácia das agências, estimulando que se alcance os melhores resultados regulatórios pra o setor. Sobre ele, outrossim escreve Marcelo Barros Gomes que:

O controle exercido pelo TCU envolve a formação de juízo sobre os resultados, a economicidade, a eficiência e a efetividade da atuação dos entes reguladores. Mais que isso, identifica e recomenda práticas de gestão regulatórias que possam alavancar o desempenho dos entes envolvidos, analisa a governança do regime regulatório e, ainda, busca criar um histórico em políticas de regulação que sirva de base para tomadas de decisões, sem, contudo, sobrepor-se e confundir-se com o papel do regulador.¹⁷

Outro fundamento para o controle dos atos das agências reguladoras, ademais, pode ser extraído dos próprios princípios constitucionais e legais que guiam os atos administrativos. Previstos pelo artigo 37 da Carta Constitucional, como também pelo artigo 2º da Lei no 9.784/1999, o ato da agência reguladora, inclusive aqueles de suas atividades-fim, deve ser motivado e estar pautado pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Este último princípio, outrossim, passou a impor à Administração um dever de resultados, uma análise dos custos e benefícios de uma decisão e uma atitude

17 GOMES, Marcelo Barros. O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros. In: VIII Congreso Internacional dei CLAD sobre Ia Reforma dei Estado y de Ia Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0047111.pdf>>. Acesso em: 10/10/2013, p. 3.

gerencial do administrador público. A eficiência, assim, determina ao Estado que vise a “obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”¹⁸.

Nesse quadro, as agências, como integrantes da Administração Pública, estão obrigadas a seguirem os princípios acima expostos, mormente o da eficiência, já que a própria finalidade de suas criações remete à necessidade de um melhor desempenho na prestação de serviços públicos. Assim, sempre que tomarem decisões regulatórias, caberá às agências fundamentarem seus atos e decisões e, através desta motivação, será possível ao órgão controlador observar o cumprimento dos princípios citados.

Além da competência extraída das normas e princípios constitucionais, o próprio TCU, através de atuações concretas, de sua jurisprudência e de instruções normativas, construiu para si um sistema de capacidades fiscalizatórias direcionado para as agências reguladoras.

Esse sistema estruturou-se a partir da Decisão n. 141/93, de Relatoria do Min. Luciano Brandão, que previu a possibilidade de controle das concessões de rodovias federais no contexto de avaliação da Ponte Rio-Niterói. Inaugurava-se, assim, o controle das concessões de serviços públicos pelo Tribunal de Contas.

Com a evolução e o aumento de casos envolvendo as agências reguladoras, foi editada a Instrução Normativa n. 10/1995, que discorria sobre a fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos no

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 73. O professor da UERJ ainda completa: “Em face dos princípios da eficiência e economicidade, do controle operacional pelos Tribunais de Contas (Arts. 70 e 71, IV e VII. CF), e da preponderância de uma visão de “administração de resultados”, o controle sobre uma atividade ou programa globalmente considerado tem sido cada vez mais valorizado, pois apenas ele, mais do que o controle dos atos isolados, pode verificar se a Administração Pública esta realizando os objetivos a ela impostos com os menores ônus possíveis. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 587).

tocante à Administração Federal. Posteriormente substituída pela IN/TCU n. 027/1998¹⁹, a fiscalização dos processos de delegações de serviços públicos tornou-se mais elaborada, com a distinção de dois momentos de controle (a outorga do ato delegatório e a execução contratual), bem como elegendo mecanismos e parâmetros mais concretos. No mesmo sentido foi a IN/TCU n. 43/2002, que versa sobre acompanhamento dos processos de revisão tarifária periódica; a IN/TCU n. 46/2004, que trata sobre a fiscalização dos processos de concessão para exploração de rodovias; e a IN/TCU n. 52/2007, que regula a fiscalização dos processos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP).

Por fim, é importante se ater ao aparelhamento empreendido pelo TCU para a realização da fiscalização das agências. Percebendo a necessidade de um aparato voltado para o novo movimento de privatizações e concessões, o Tribunal criou, em 1998, um órgão técnico especializado, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação – SEFID.

Contudo, com o aumento do número das setores regulados, de agências e de concessionárias, surgiu a necessidade de se fornecer maior complexidade a esse aparato e de aumentar sua especialização. Foram criadas, assim, duas Secretarias de Fiscalização de Desestatização e Regulação – Sefid 1 e Sefid 2, posteriormente convertidas em Sefid Transporte e Sefid Energia, respectivamente²⁰. A primeira,

19 O próprio artigo 1º desta Instrução já proclama a competência fiscalizatória construída pelo TCU: “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes.”

20 “A atuação do TCU no controle dos serviços públicos regulados deu-se com o acompanhamento do ciclo de formas estatais ocorridos na década de 1990. Era, pois, responsável por acompanhar os processos de privatizações ‘corrigindo falhas em diversas etapas e propiciando maior transparência nos procedimentos adotados pelo governo federal.’ Isso, outrossim, gerou a necessidade de uma especialização no interior do TCU, com a habilitação de novos órgãos e agentes para lidar com essa nova perspectiva fiscalizatória. Surge, assim, a Sefid.” (GOMES, Marcelo Barros. O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros. In: VIII Congresso Internacional de CLAD sobre Ia

nesse contexto, está incumbida da fiscalização das atuações da ANTT, ANTAQ, ANAC, bem como sobre as privatizações remanescentes e que não sejam de competência de Sefid 2. A segunda, por sua vez, realiza o controle das performances regulatórias da ANEEL, ANATEL, ANP, Ministério de Minas e Energia, Departamento Nacional e Produção Mineral – DNPM, como também do Ministério das Comunicações e da E.C.T..

Essa estruturação do Tribunal de Contas da União demonstra, assim, a preocupação com a formação de componentes técnicos adequados a um controle sobre instituições marcadas pela tecnicidade. Visa à construção de uma capacidade institucional específica para lidar e controlar as agências reguladoras, ao mesmo tempo em que supera as críticas dirigidas a um controle generalista como aquele efetuado pelo Judiciário quando da fiscalização e da tomada de decisões que se sobrepõem às das agências.

Há de se identificar, ademais, um próprio esforço conjunto das agências e do TCU em qualificar os funcionários deste para o exercício das competências fiscalizatórias.²¹ É uma demonstração da existência de um diálogo entre as duas instituições, bem como da vontade das próprias agências na melhoria das condições fiscalizatórias, possibilitando que os controladores possam construir um conhecimento específico e a visualizar o real funcionamento dos órgãos regulatórios, evitando intervenções desnecessárias que seriam efetuadas caso não se tivesse o conhecimento apropriado.

Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0047111.pdf>>. Acesso em: 10/10/2013, p. 2.

21 Existe uma parceria, um diálogo informal mantido entre o TCU e as Agências, onde estas capacitam os membros da Corte de Contas para que esses possam, dentro de suas especificidades, contribuir para o desempenho da atividade regulatória.

Assim, observada a forma pela qual o Tribunal de Contas de União estrutura-se e as competências que possuem para o exercício de um controle sobre a atividade finalística das agências reguladoras, caberá, agora, analisar como esse controle vem se dando.

4. O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU E A NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL

4.1 Separação de Poderes e Diálogos Institucionais

Consagrado desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o princípio da separação dos poderes aduz à existência de uma distribuição do poder político e das funções estatais entre diversos órgãos e atores para evitar o arbítrio entre seus titulares. Com isso, evita a concentração do poder, possibilitando o desenvolvimento do Estado democrático e de seu autogoverno²².

Esse princípio estimula, ainda, uma racionalização da execução das atividades públicas. Com a distribuição de competências, os órgãos incumbidos de realizá-las tornam-se especializados tecnicamente nessas funções. Assim, algumas instituições dentro do Estado passam a ter uma maior capacidade na tomada de decisões do que outras, como decorrência dessa mesma especialização.

À separação de poderes, por influência do direito americano, foi incorporada a noção de freios e contrapesos, que permite uma interpenetração entre os poderes. Reconhece-se que variadas funções podem ser desenvolvidas por um único poder e se estruturam mecanismos que possibilitam esse exercício. A interpretação de textos jurídicos e a aplicação do Direito, nesse sentido, estão entre essas funções que podem ser desenvolvida por diversos entes estatais, tais quais o Judiciário,

22 FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 64. Abr. 2011. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=395671>>. Acesso em: 07 de jun de 2013.

Legislativo, Executivo, Agências Reguladoras, Ministério Público, Tribunal de Contas da União, entre outros.

No panorama brasileiro, por sua vez, as questões de separação de poderes e capacidades institucionais aprofundam-se com o advento da Constituição de 1988. Há um novo desenho institucional, um modelo que colocou o texto constitucional acima de – e ligado a – todas as normas e instituições estatais. Dentro desse desenho, as agências reguladoras foram criadas, estruturadas e se desenvolveram, alcançando uma certa maturidade e estabilidade institucional no desempenho de suas funções regulatórias, atuando no controle da prestação de serviços públicos objetos de concessões, permissões e autorizações.

Em resposta à maior demanda por transparência, *accountability* e responsividade decorrentes do arranjo constitucional de 1988, o Tribunal de Contas da União cresceu, adquiriu importância e passou a ampliar seu campo de atuação, promovendo ingerências sobre diversas áreas, em especial a regulamentação e questões técnicas especializadas. É assim que lembra Walton Alencar Rodrigues:

A demanda social em favor da atuação do Tribunal de Contas da União, na seara do controle da atuação das agências reguladoras, tem sido cada vez maior. O Congresso Nacional tem solicitado a realização de auditorias, relacionadas com os mais diversos aspectos da atuação prática dessas entidades. E não são raras as solicitações dos próprios atores envolvidos no processo de regulação, aí incluídos os prestadores de serviços, os licitantes interessados, o Poder Executivo e, por vezes, até mesmo, o próprio órgão regulador, a recusar-se a cumprir suas atribuições sem o prévio placet do TCU.²³

No contexto destas duas instituições republicanas fundamentais, há de se aprofundar a investigação da relação existente entre elas. O Tribunal de Contas tem inegavelmente atuado, especialmente através de sua auditoria operacional, no controle de atos regulatórios, sobrepondo-se a eles, impondo um dever de eficiência

23 RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. In: Revista do Tribunal de Contas da União, ano 36, n. 104. Brasília: TCU, 2005, p. 7.

regulatória determinado conforme sua própria visão. Não obstante seja necessário, o exercício de um controle por parte da Corte de Contas deve respeitar escolhas regulatórias e a capacidade institucional das agências, ao mesmo tempo em que deve servir para coibir erros, arbitrariedades e conferir uma maior transparência ao exercício das competências regulatórias.

Fiscalizar e controlar as agências reguladoras é imprescindível para o Estado brasileiro. Como membros da Administração Pública, elas possuem objetivos, metas e interesses coletivos a realizar e, assim como em qualquer entidade pública, está sujeita a falhas, desvios e erros que maculam essas finalidades eleitas. O exercício de um controle, dessa forma, visa a contornar tais problemas, garantindo que melhores resultados sejam alcançados.

Controlar, outrossim, não implica numa ingerência ou no fim da autonomia das agências reguladoras. Pelo contrário, “a fiscalização e o controle legislativo sobre a atividade regulatória das agências visam, na verdade, a garantir a independência das mesmas e a assegurar o cumprimento das atribuições e metas definidas em lei”. Ou seja, a fiscalização “gera segurança e confiança da sociedade sobre os atos praticados pelas agências, vez que ficam sob a cautela dos representantes diretamente escolhidos pelo povo.”²⁴

Autonomia, assim, não significa que as agências reguladoras possam atuar livremente, sem qualquer amarra. Estão vinculadas à lei, à Constituição e à suas finalidades institucionais, as quais podem ser verificadas pelo Tribunal de Contas

24 BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais. Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 285-288. No mesmo sentido escreve Alexandre Aragão que: “Esses controles, além de não serem incompatíveis com a autonomia reforçada que caracteriza as agências, integram o seu próprio conceito. Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento”. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp.355-357).

nos limites de sua competências, tal como também o são pelo Poder Executivo e pelo Legislativo. É possível e necessário, pois, o exercício de um controle sobre as agências.

Visto que a atuação autônoma das agências não pode servir como blindagem em sua atuação, sujeitando-se à interação como outras instituições através de um controle, deve-se, igualmente, observar que este não pode ser exercido como uma sobreposição do Tribunal de Contas sobre a atuação das agências. Ele deve ser exercido primando por um diálogo institucional.

As teorias do diálogos constitucionais designam aquele conjunto de teorias que enfatizam que o Judiciário não possui (empiricamente), ou não deveria (normativamente), ter o monopólio da interpretação constitucional, mas sim que os juízes, ao realizarem o controle de constitucionalidade, entram em um processo de um debate interativo, interconectado e dialógico sobre o significado constitucional com outros atores políticos. Ou seja, são teorias que estudam a natureza das interações entre ramos do governo quando da tomada de decisões sobre o conteúdo constitucional²⁵.

Segundo estas teorias, os Poderes do Estado são concebidos com um desenho institucional pelo qual nenhum deles atua unilateralmente, mas possuem mecanismos de reação, contribuindo com sua própria capacidade institucional para a construção da decisão²⁶.

E, nesse contexto, há, na doutrina brasileira, uma crescente preocupação quanto às relações dialógicas dos demais poderes (especialmente o Legislativo)

25 BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of Theories of Constitutional Dialogue. In: Brooklin Law Review. V. 07, 2006.

26 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 287-289.

com o Judiciário quando ele exercita o controle de constitucionalidade de leis e atos de conteúdo normativo²⁷, e, por consequência, emite uma decisão vinculativa à toda esfera pública. No entanto, discussões sobre diálogos não estão restritas a essas situações. A concepção de diálogos pode ser transposta para outras relações institucionais existentes, a exemplo daquela que aqui se estuda, haja vista a presença, em igual medida, de interações bilaterais e de uma disputa pela última palavra. É necessário, portanto, que se tracem algumas considerações sobre essa relação que, não tão clara ou evidente como o controle de constitucionalidade, é, por vezes, negligenciada.

A concepção e construção de um diálogo institucional aplicado à relação entre agências e TCU no controle das atividades finalísticas das primeiras tem sua importância no fato de que evita que se conceba uma decisão definitiva, um posicional final. É essencial para o desenho republicano e democrático que os resultados de deliberação sejam provisórios, uma vez que os torna permanentemente abertos a críticas, modificações e reversões²⁸. O *design* institucional brasileiro, outrossim, não atribuiu definitividade nem às decisões do Tribunal de Contas, nem àquelas das agências: ambas estão sujeitas a reversões e a contestações.

Nesse contexto, tal diálogo proporciona uma evolução da decisão regulatória, o que, entretanto, não representa qualquer forma de insegurança jurídica ou instabilidade ao setor regulado, já que decisões ruins poderão ser revistas pelo outro ente (como se tratará a seguir) ou mediante intermédio ao Judiciário. Conceber um

27 Nesse sentido: BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. e BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista de Direito do Estado: Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, 2009.

28 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 213.

diálogo, assim, gera avanço nas atuações regulatórias, que caminham para produzir uma decisão com melhores considerações, justificativas e elementos de fundamentação.

A necessidade de um diálogo institucional a ser desenvolvido nas relações de controle entre o TCU e agências reguladoras já foi identificada pelo próprio Tribunal em parecer emitido pelo Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, Lucas Furtado Rocha, no julgamento do Acórdão 200/2007, cujos trechos se leem:

No parecer emitido nos autos do TC-007.371/2003 5, ao lembrarmos que, no exercício do controle das concessões de serviço público, o Tribunal de Contas da União deve aferir a conformidade dos atos das agências reguladoras que são expressamente previstos e disciplinados em lei (atos vinculados), advertimos que, se, eventualmente, os entes reguladores violarem as disposições legais que condicionam sua atuação, não cabe ao TCU determinar sejam adotadas medidas que substituam aqueles atos, mas tão-somente apontar as violações perpetradas, a fim de que as próprias agências infratoras corrijam seus erros. Fizemos observar, todavia, que esse tipo de controle não é possível quanto aos atos daqueles entes reguladores que se situam no âmbito de sua discricionariedade técnica, simplesmente porque a lei não disciplina tais atos, deixando ao gestor público uma margem de liberdade para agir segundo critérios de conveniência e oportunidade, mas sempre motivadamente e no sentido de satisfazer o interesse público. Nesse sentido, asseveramos que 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.

(...)

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 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. Esses conflitos podem, eventualmente, gerar insegurança no setor elétrico.²⁹

Gustavo Binenbojm também destaca essa necessidade de um diálogo das agências reguladoras com os poderes eleitos na definição de políticas regulatórias, a qual pode, igualmente, ser extensível ao Tribunal de Contas:

A autonomia das agências deve sofrer mitigações parciais por via de controles ancilares exercidos pelo Executivo e pelo Legislativo. Com efeito, dado que nem toda atividade dos reguladores é ditada apenas por sua expertise, algum canal de comunicação entre os agentes políticos eleitos e as agências deve existir, como exigência mínima de um Estado Democrático de Direito³⁰.

Um modelo de diálogos pensado para a relação de controle finalístico das agências reguladoras e da Corte de Contas, assim, articula de uma melhor maneira as características institucionais de especialidade e autonomia das primeiras, com a responsividade e controle social defendido pela segunda³¹. Em uma relação dialógica, desse modo, sempre existirão diversos pontos de acesso aos interessados na questão regulatória, “na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas, o que promove o pluralismo”³²; ao mesmo tempo em que diminui a possibilidade de uma atuação unilateral de quaisquer das instituições estatais, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos para elas concebidas, o que tende a conter o arbítrio do poder estatal. Por fim, o diálogo torna a decisão regulatória um processo interativo,

29 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 200/2007. Rel. Min. Valmir Campelo. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

30 BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 285-288.

31 Nesse sentido também defende o Ministro do TCU, Walton Alencar Rodrigues, ao afirmar que “Assim, a atuação do TCU, coibindo, por um lado, comportamentos arbitrários e injustificáveis por parte do regulador, e, por outro, estimulando a ação do Estado, contribui para o apropriado funcionamento das instituições (RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. In: Revista do Tribunal de Contas da União, ano 36, n. 104. Brasília: TCU, 2005, p. 15).

32 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 289.

no qual cada um dos ‘poderes’ contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos e a garantir segurança jurídica³³.

Estudada, assim, a importância de que o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas seja efetuado através de um diálogo institucional no qual não haja a sobreposição da última palavra, cumpre, agora, investigar como e por quais parâmetros esse controle pode ser efetuado.

4.1 Capacidades institucionais das agências reguladoras e do Tribunal de Contas

Um primeiro ponto que merece ser analisado são as capacidades institucionais, ou seja, a capacidade das instituições aqui envolvidas e dos agentes que elas integram em decidir sobre matéria regulatória.

Ao proferir suas decisões, recomendações e determinações, ou, principalmente, ao consolidar o entendimento que possui como dominante em instruções normativas, o Tribunal de Contas produz uma norma jurídica regulatória que visa a conformar todas as condutas que se adequem àquela moldura fática. Desempenham, portanto, um papel tradicionalmente conferido às Agências e também ao Legislativo. Mas não só: algumas decisões, a exemplo daquelas tomadas em matérias de políticas públicas, repercutem igualmente no Poder Executivo e em seu processo de tomada de decisões.

É, portanto, no âmbito dessas decisões que surgem importantes considerações sobre as capacidades institucionais para a tomada de decisões regulatórias tanto do Tribunal de Contas quanto das agências reguladoras. As considerações institucionais devem, pois, ser debatidas e apreciadas quando o TCU

33 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 289.

atua, o que não se restringe à emissão de determinações, devendo atingir toda forma de decisão.

Esse dever dos tribunais comuns de atentar para as considerações institucionais é reconhecido, inclusive, por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, leia-se:

Geralmente, todavia, considerações institucionais são deixadas para segundo plano e a interpretação de precedentes é realizada de forma indiferente a elas. [...] Nossa ênfase tem sido que a interpretação dos textos, tomados como formas de normas encontrados nas constituições, leis e regulamentações. Mas precedentes são, claro, textos também, e na decisão do que o precedente significa, um tribunal de common law deveria dar bastante atenção para considerações institucionais. [...] Quando juízes do common law, diferente dos doutrinadores do common law, decidem por caracterizar um precedente de forma ampla ou restrita, questões como falibilidade judicial e a dinâmica dos efeitos das decisões são centrais.³⁴

Os autores ainda levantam, junto à falibilidade humana e dos julgamentos, a dificuldade técnica e de conhecimento dos julgadores, além de sua incapacidade de efetuar juízos sistêmicos e prognósticos para a prolação da decisão, como questões que devem ser ponderadas quando da formação de uma decisão regulatória³⁵.

Tais exposições apontam, assim, que a Corte de Contas nem sempre é a melhor instância para a decisão. Pode não ter o conhecimento necessário para proferir decisões especializadas, ou não levar em consideração os efeitos sistêmicos de suas decisões, o que se busca contornar com a convocação de peritos ou com a figura das Sefid's. Decisões regulatórias emitidas pelo Tribunal, assim, possuem sérias consequências posteriores e não restritas ao processo, ao passo que a Corte pode não possuir aptidão ou tempo de decisão suficiente para antecipá-las.

34 Tradução livre. No original: "Too often, however, the institutional considerations are placed in the background, and the interpretation of precedents is undertaken in a way that is indifferent to them. [...] Our emphasis has been on the interpretation of texts, taken as the sorts of commands found in constitutions, statutes, and regulations. But precedents are of course texts too, and in deciding what a precedent means, a common law court should pay close attention to institutional considerations. [...] When common law judges, as opposed to theorists of the common law, decide whether to characterize precedents narrowly or broadly, the questions of judicial fallibility and of dynamic effects are central." (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: Michigan Law Review. V. 101, n. 04, 2003. p. 45-6.)

35 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: Michigan Law Review. V. 101, n. 04, 2003. p. 45-6.

Portanto, prolatar decisões vinculantes que falham em analisar os efeitos sistêmicos que a norma geral e abstrata vai produzir fere os próprios princípios que o Tribunal de Contas e as próprias agências visam a proteger, quais sejam os de segurança jurídica e estabilidade social. Surge, então, a questão: quem estaria melhor habilitado para a tomada dessas decisões?

Considerações de capacidades institucionais, dessa forma, pressupõem que a separação dos poderes e o desenho institucional geram uma especialização funcional de determinados órgãos públicos para o exercício de determinada função e que, por tal razão, este ente irá reunir um maior conjunto de habilidades, conhecimentos e técnicas para a tomada da decisão dentro de seu âmbito de competência³⁶. Por decorrência dessas capacidades, ademais, haveria um maior dever de deferência para todo aquele que vise a controlar os atos deste órgão, já que lhe carecem as características específicas que marcam este. O objetivo, portanto, é encontrar a instituição mais capacitada para a tomada da decisão administrativa e regulatória.

Cristiana Muraro Társia, nesse sentido, destaca a existência de certos índices de capacidades, de elementos que, via de regra, podem ser analisados para a avaliação do dever de deferência à decisão tomada, quais sejam:

a capacidade institucional do órgão emissor do ato (técnica e independência); baixa densidade da norma a ser aplicada; consequências gerais e futuras e abrangência da decisão; caráter técnico do ato sob controle; natureza colegiada; subsunção do caso concreto à hipótese abstrata prevista em lei; magnitude dos direitos restringidos; higidez do processo administrativo que a antecedeu; a ocorrência de audiências ou consultas públicas e a participação popular na decisão.³⁷

36 Nesse sentido, ARGUELHES, Diego Wemeck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 38, jan/jun 2011, p. 11.

37 TÁRSIA, Cristiana Muraro. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais. 2012. 150 f. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012, p. 130.

Restringindo-se ao objeto do nosso estudo, cabe, agora, investigar a presença desses elementos nas decisões tomadas pelas agências reguladoras e naquelas proferidas pelo Tribunal de Contas da União quando do controle das atividades finalísticas das agências.

Analisando, assim, as agências reguladoras, observa-se que sua primeira característica é a tecnicidade. Criadas, exatamente, para a tomada de decisões de cunho técnico, as agências reguladoras possuem um corpo de funcionários especializados, com melhores qualificações técnicas e conhecimentos na área de atuação, o que proporciona a tomada de uma decisão regulatória mais informada, técnica e ponderada. Suas decisões, assim, dão uma maior atenção às questões e necessidades do setor, em detrimento de uma priorização de interpretações legais formalistas.

A habilidade de tomada de decisões técnicas e o contato frequente com empresas e informações do setor no qual atuam fornecem às agências uma maior capacidade de avaliação das consequências e efeitos sistêmicos da decisão regulatória. Agências são capazes de ponderar os pesos que uma decisão possui para o setor regulado e os efeitos que possuem sobre o mercado, de forma que, tomada a escolha, deve haver uma maior deferência para com ela.

Por estarem dedicadas somente à regulação de um determinado setor, as agências reguladoras possuem, também, um maior lapso de tempo para a tomada de decisões, o que permite que elas sejam ponderadas e levem em consideração todos os fatores envolvidos.

Marcos Veríssimo, outrossim, identifica alguns caracteres extrajurídicos que influenciam no controle efetuado sobre os atos, sendo eles:

- (i) o grau de seriedade imparcialidade e comprometimento da agência; (ii) sua abertura democrática; (iii) legalidade e transparência de seus procedimentos; (iv) o histórico de sua

atuação; (v) a coerência da norma administrativa em apreço com a ação pretérita do órgão.³⁸

Ou seja, a reputação institucional das agências reguladoras também é fator que pode contribuir para o dever de deferência para com suas decisões regulatórias, como também aconselhar um maior controle sobre estas, a depender de qual agência se esteja tratando.

As agências reguladoras, outrossim, possuem uma significativa capacidade de coletar informações de variadas fontes, de ouvir especialistas sejam ou não integrantes de seu corpo administrativo, além de ponderar os interesses variados que permeiam a matéria regulatória. As agências, portanto, estão em melhor posição para decidir questões policêntricas.

O Tribunal de Contas, por sua vez, possui uma análise mais casuística das questões que analisa. Fiscalizando determinada agência, setor ou ainda contratação específica, a Corte de Contas tende a ficar adstrita às informações e manifestações existentes nesses processos, o que gera maior dificuldade em compreender todas as implicações e interesses que giram nas questões regulatórias policêntricas.

A possibilidade de participação pública das discussões e decisões políticas, como elemento do processo democrático, cria, também, legitimidade e prioridade para as escolhas das agências reguladoras, principalmente nas matérias que envolvam decisões coletivas e legislações infraconstitucionais. Nesses casos, a Corte de Contas deverá guardar uma maior deferência ao processo regulatório, abstendo-se de formular determinações, ou formulando-o de maneira apta a ser revisto pela agência.

38 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.) O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

No mais, as próprias características das agências reguladoras, discutidas em tópico próprio, contribuem para sua habilitação e melhor capacidade na tomada de decisões regulatórias, são elas: a autonomia, os mandatos fixos de seus dirigentes; a impossibilidade de exoneração *ad nutum* destes; a desvinculação com a autoridade política que o indicou, entre outros.

Quanto ao Tribunal de Contas da União, além das características já tratadas, há de se destacar o exercício de sua função fiscalizatória. Concebido como um órgão colegiado voltado ao controle das contas e órgãos públicos, o TCU possui uma desenvolvida capacidade de supervisão de entes da Administração, inclusive no controle operacional. Nesse contexto, a Corte de Contas opera como instituição que visa a concretizar os ideais de responsividade e transparência que marcam os regimes democrático e republicano ao garantir o exercício de uma fiscalização sobre as entidades e órgãos estatais.

No tocante às agências reguladoras, o Tribunal de Contas atua em seu controle voltado às falhas de regulação, fiscalizando o exercício das competências regulatórias a existência de uma real autonomia, a aplicação mecanismos de controle da execução dos contratos e o uso correto dos mecanismos de gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório, além de avaliar a existência de lacunas regulatórias, a clareza na definição de competências e a efetividade da implementação das políticas públicas e da regulação a cargo das agências.

Embora não conte com o mesmo nível de especialização e técnica das agências reguladoras, o Tribunal de Contas da União pode ser considerado uma Corte especializada³⁹. Dotado de um corpo técnico de funcionários e com um

39 A expressão é usada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule para realizar comparação com Corte generalistas, a exemplo do Judiciário em regra. Assim escrevem: “For similar reasons a court staffed by generalist judges might do better, all else equal, by sticking to the apparent or common meaning of texts, by and by eschewing empirically ambitious innovations in statutory policy. A specialized court, by contrast, would often

estrutura de duas secretarias voltadas à análise da atuação das agências reguladoras, o TCU possui uma certa capacidade de avaliação das questões regulatórias, com conhecimento específico para compreender o funcionamento das agências, do mercado e do setor regulado, não obstante essa visão ainda esteja limitada pela composição política da Corte, como se verá, e pela apreciação casuística que ele realiza. Portanto, o Tribunal de Contas possui, ao menos, certa capacidade institucional para a apreciação de matéria regulatória.

O Tribunal de Contas, igualmente, possui legitimidade popular na atividade fiscalizatória que desempenha, uma vez que atua numa tentativa de conformar erros e arbitrariedades cometidos para com a legalidade e o direito vigente. Esse fenômeno de legitimação social, ademais, é identificado por Cristiana Muraro Társia ao escrever que “em segundo, há uma promoção da atividade fiscalizatória do TCU que parece intencional ganhar o apoio popular”⁴⁰.

Cristiana Muraro Társia, ademais, resume o conjunto das características institucionais aqui postas, escrevendo que:

De um lado, têm-se as agências reguladoras federais com: autonomia orgânica; independência financeira; especialização técnica; direção por órgão colegiado; mandato fixo; vedação à exoneração ad nutum dos seus dirigentes nomeados pelo Executivo com aprovação do Legislativo; período de quarentena e a não coincidência dos mandatos com os políticos; poder normativo; conhecimento amplo do jogo regulatório e interesses do setor regulado, além de processos decisórios com participação social.

Do outro, tem-se a Corte de Contas, também com órgão colegiado, com mandato fixo, contudo, de composição essencialmente política, dadas as regras da nomeação

do better with antiformalist interpretive techniques that give free play to the court's superior appreciation of legislative intentions, interest group deals, statutory policies, and social and economic consequences..” (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: Michigan Law Review. V. 101, n. 04, 2003. p. 45-6.)

40 TÁRSIA, Cristiana Muraro. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais. 2012. 150 f. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012, p. 113.

de seus ministros; uma única secretaria de fiscalização⁴¹ que tem buscando conhecer os setores regulados e independência funcional.⁴²

Por outro lado, é igualmente importante destacar as limitações institucionais percebidas pelos órgãos aqui em análise, pois, da mesma forma que suas habilidades, elas influenciam na capacidade para a tomada da melhor decisão regulatória.

Para as agências reguladoras, as principais limitações encontradas referem-se às próprias falhas de regulação já relatadas em tópico específico. São problemas que marcam a atuação das agências e que justificam a própria existência do controle sobre elas.

Quanto à captura do julgador, há de se observar que esse risco é inerente tanto às agências reguladoras, quanto para o Tribunal de Contas. Nas primeiras, o contato contínuo com os poucos agentes atuantes naquele setor econômico pode gerar uma captação do regulador e uma atuação no interesse das empresas ou de uma delas. Marçal Justen Filho, nesse quadro, ressalta que:

(...) ainda quando se tratar de decisões a cerca de questões técnicas, haverá um componente político na decisão. O conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade delas. Haverá uma margem de escolha, a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral.⁴³

No Tribunal de Contas, por sua vez, em razão de uma composição decorrente estritamente de indicações políticas, os Ministros estão sujeitos a formas mais diretas de interferências políticas. Como órgão de composição através de indicações políticas, ou seja, como órgão eminentemente político, o Tribunal de Contas da

41 Como visto, atualmente são duas secretarias: a Sefid Transporte e a Sefid Energia.

42 TÁRSIA, Cristiana Muraro. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais. 2012. 150 f. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012, p. 130.

43 JUSTEN FILHO, Marçal. O controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.221.

União apresenta suas próprias dificuldades. “O processo político encontra-se em franco descrédito frente à opinião pública, e mesmo no campo dos estudos jurídicos jamais teve a mesma atenção devotada à magistratura”⁴⁴. Aliás, a criação das agências reguladoras para controlar e atuar normativamente no campo dos serviços públicos no sistema brasileiro é um reflexo dessa crise técnica e de legitimidade que marca o sistema político, em especial o Legislativo.

Nesse sentido, a composição política do TCU atua como um empecilho para um verdadeiro controle técnico da decisão regulatória. Não obstante o qualificado corpo técnico de auxiliares do Tribunal de Contas, em especial nas Sefid, as decisões finais são tomadas a nível de pessoas não dotadas de conhecimento específico necessário e de formação e indicação politizada. Há, nesse contexto, o risco da Corte de Contas atuar em concordância com a vontade daqueles que os indicaram e dos interesses que estes defendem, fazendo essa vontade prevalecer sobre a decisão em tese técnica das agências reguladoras.

Ademais, é possível afirmar que o processo de indicação política para o Tribunal de Contas não leva, em absoluto, à politização e parcialidade da decisão. Como defendido pela doutrina para o Supremo Tribunal Federal⁴⁵, após a indicação, os Ministros do TCU adquirem independência, havendo uma eventual desvinculação para com o partido ou políticos que os indicaram, o que em regra é atribuído à

44 FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 64. Abr. 2011. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=395671>>. Acesso em: 07 de jun de 2013.

45 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.; ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: judicialização da política e preferências restritivas no Supremo Tribunal Federal pós-democratização, mimeografado, 2010.; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: v. 16, n. 3, 2009.; BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, Revista de Direito do Estado, n 13, 2009.; e MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 18, edição eletrônica, 2010.

vitaliciedade de seus cargos, gerando uma atuação independente e mais técnica. Nesse sentido, as críticas da politização e do risco de captura da Corte de Contas podem ser relativizadas.

Marcelo Barros Gomes, outrossim, também identifica outras dificuldades e limitações que atingem o processo de tomada de decisão pelo Tribunal de Contas da União:

No decorrer dessas discussões, foram identificadas as principais causas que indicavam impedir uma atuação mais eficiente e efetiva do TCU no desempenho de suas atribuições atinentes ao controle externo da atividade regulatória estatal na área de infra-estrutura, que mereceram ser assim destacadas:

I - No que se refere à aquisição e à difusão de conhecimentos sobre regulação e seu controle:

1. Dificuldade de acesso a fontes de informações a respeito de doutrinas, teorias e práticas de privatização, reforma regulatória e regulação estatal.
2. Falta de conhecimento consolidado sobre reforma regulatória e regulação estatal, notadamente em literatura nacional.
3. Falta de ações sistemáticas voltadas à capacitação e à especialização do corpo técnico.
4. Inexistência de modelo de educação corporativa que contemple o controle da regulação.

II - No que se refere à sistematização, à consolidação e ao desenvolvimento de métodos⁶ e técnicas aplicados ao controle externo da regulação:

1. Escassez de métodos e técnicas já desenvolvidos no controle da regulação.
2. Necessidade de consolidação e sistematização dos métodos e das técnicas já empregados pelo TCU no exercício do controle da regulação.
3. Dificuldade de acesso a bases de dados e de conhecimento das informações disponíveis no âmbito das agências reguladoras.

III - No que se refere à organização, à gestão e ao planejamento das atividades de controle da regulação:

1. Ausência de definição clara do papel e da extensão do controle do TCU sobre os entes reguladores.
2. Necessidade de aperfeiçoamento do modelo de planejamento, de organização e de gestão do controle externo da regulação.
3. Incerteza sobre a estrutura ideal necessária ao controle eficiente e efetivo da regulação.

IV - No que se refere à estratégia de comunicação das atividades de controle da regulação:

1. Falta estratégia de comunicação e divulgação do controle da atividade regulatória que atenda aos diversos públicos destinatários das informações, determinações e recomendações de controle.
2. Grau insuficiente de interação com o público relacionado aos processos de desestatização e de regulação.⁴⁶

46 GOMES, Marcelo Barros. O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros. In: VIII Congresso Internacional de CLAD sobre Ia

O autor ainda afirma que para a solução desses problemas, com a melhoria de suas capacidades institucionais, o TCU vem firmando parcerias, a exemplo do “Projeto de Modernização do Controle Externo da Regulação”, financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e apoiado tecnicamente pela Fundação Getúlio Vargas, o qual visa ao

Desenvolvimento de novos métodos e técnicas em controle da regulação: compreende o desenvolvimento de novos modelos de controle da regulação aplicados a novos objetos considerados relevantes para a Sefid; e a Análise da estrutura organizacional do TCU para o controle da regulação - consiste na racionalização da gestão de controle da regulação, mediante proposta de estrutura organizacional adequada para o TCU, tendo em vista critérios de economicidade, eficiência e efetividade das ações de controle da regulação.⁴⁷

Com uma melhor consciência de suas capacidades e limitações, o Tribunal de Contas pode tomar melhores decisões no controle das agências reguladoras. Sem vedar outras formas de controle, o Tribunal pode atuar melhor na constatação de falhas tais como assimetria de informação, contratos incompletos e comportamentos oportunistas, principalmente quando os problemas advêm de vícios no contrato ou em outros instrumentos formais que governem a relação de regulamentação.

No mesmo sentido, nos casos de captura do regulador, o Tribunal funciona como fiscalizador de uma atuação proba, estando em uma posição de verificação do porquê da escolha regulatória e se ela preserva os interesses do setor. Verificando uma desconformidade, caberá a ele, como se verá a seguir, formular a competente recomendação à agência, apontando os vícios da decisão regulatória e as tornando públicas ou de conhecimento dos demais membros da agência. Isso permite que um controle social ou mesmo interno seja efetuado sobre a decisão tomada, sem

Reforma dei Estado y de Ia Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0047111.pdf>>. Acesso em: 10/10/2013, pp. 4-7.

47 GOMES, Marcelo Barros. O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros. In: VIII Congreso Internacional dei CLAD sobre Ia Reforma dei Estado y de Ia Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0047111.pdf>>. Acesso em: 10/10/2013, p.. 5

necessariamente haver a imposição da vontade da Corte de Contas ou de uma decisão regulatória sua.

Agências Reguladoras e o Tribunal de Contas da União, dessa forma, possuem suas capacidades, limitações e despreparos, como brevemente exposto aqui. Não é, contudo, pretensão do presente trabalho exaurí-los ou tecer maiores considerações sobre eles. Visa-se apenas a fornecer uma noção deles. Ademais, mesmo diante desses problemas, a tomada de decisões e criação de normas deve ser realizada. O sistema de controle regulatório pelo TCU foi construído e será aplicado pelo Tribunal.

4.3. Etapas e Mecanismos de um controle pelo Tribunal de Contas da União

Observada a importância da existência de um diálogo entre o Tribunal de Contas da União e as agências reguladoras quando do controle das atividades finalísticas destas, bem como as capacidades e limitações institucionais de ambas para a tomada de decisões regulatórias, concebeu-se que a fiscalização pelo TCU é importante para que se alcance melhores resultados na regulação. Nesse sentido, cabe indagar, agora, como deve se dar esse controle.

Primeiramente, tal como a todas as entidades da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União está habilitado para atuar no controle das atividades-meio das agências reguladoras, ou seja, a fiscalizar os aspectos financeiros, orçamentários e de gestão administrativas desses entes públicos. Esse tipo controle, ademais, encontra-se pacificado na doutrina⁴⁸ e deve ser procedido da mesma maneira pela qual ocorre com todos os órgãos administrativos.

48 No tocante à área-meio das entidades reguladoras, não há dúvida quanto à competência dos Tribunais de Contas para fiscalizá-la. Isto nem sempre ocorreu, todavia. As primeiras auditorias realizadas pelo TCU foram tachadas de impertinentes e inconstitucionais, sendo tidas por alguns como clássico exemplo de indevida ingerência do TCU nessas entidades. Chegou-se a alegar a imunidade dessas entidades ao controle, em

Já o controle das atividades finalísticas, objeto do presente estudo, pode ocorrer em três momentos diferentes da atuação regulatória: nos processos licitatórios e de outorga do serviço público, na execução contratual, e no acompanhamento da atuação das agências reguladoras.

Com relação ao primeiro, observa-se que o processo de outorga possui primordial importância na concessão de um serviço público. Além de servir para selecionar o prestador deste, analisando a viabilidade técnica, econômica e financeira da transferência do serviço, nesta fase é necessário uma fiscalização sobre o estabelecimento das condições da outorga, que irão vigor durante toda a delegação. Assim, deve-se atentar para a legalidade do edital, da elaboração do contrato, bem como de todo o processo de seleção do delegatário.

Com relação à execução contratual, o trabalho do Tribunal de Contas da União consiste na realização de auditorias e inspeções das atuações dos concessionários e dos órgãos reguladores. No mais, no tocante às concessões de distribuição de energia elétrica, o TCU atua nas “revisões tarifárias periódicas, tendo em vista a sua relevância durante a execução dos contratos, mereceram a edição de uma Instrução Normativa do TCU (no 43/2002), a qual estabelece um controle concomitante dos procedimentos adotados pela agência reguladora”⁴⁹.

Por fim, quanto ao controle do desempenho e das atuações das agências reguladoras, a Corte de Contas, através de suas auditorias operacionais realizam o controle das escolhas regulatórias efetuadas e a verificação do cumprimento eficaz dos objetivos institucional previstos às agências. O Tribunal, entretanto, deve

razão da autonomia e da independência que, supostamente, estava a conferir-lhes a lei” (RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. In: Revista do Tribunal de Contas da União, ano 36, n. 104. Brasília: TCU, 2005, p.7).

49 GOMES, Marcelo Barros; COUTINHO, Maria do Amparo; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. Dez anos de controle externo na regulação de serviços públicos. In: Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 16

restringir sua atuação somente à sua competência constitucionalmente prevista, sem invadir o campo de discricionariedade do agente regulador, ou seja, sem substituí-lo na realização da atividade regulatória⁵⁰.

Exercida sua competência para controle das atuações das agências reguladoras, cabe ao Tribunal de Contas da União, além de proferir decisões de mérito através de seus acórdãos, caso identifique falhas, irregularidades, ilegalidades ou inconsistências, realizar recomendações e determinações, cujo descumprimento pode vir acompanhado de sanções, conforme prescreve o artigo 268 do Regimento Interno do TCU⁵¹.

As determinações ou recomendações, assim, são comandos endereçados às agências reguladoras externando as conclusões do órgão controlador e quais medidas podem ser tomadas para contornar o problema encontrado. Não possuem, no entanto, qualquer natureza vinculativa do ente regulador, caso contrário haveria uma ingerência em suas autonomias.

50 Nesse sentido já escreveu o Ministro Benjamim Zymler: “(...) em várias ocasiões, o Tribunal exerceu funções típicas de órgão regulador. Essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências. Ocorre que essa fase está se encerrando, pois a maior parte das entidades reguladoras está se estruturando, inclusive no que concerne à formação de seus quadros de pessoal. Aduzo que, se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência discricionária das agências reguladoras, ainda que movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da “incerteza jurisdicional”, que gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados, implicando o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais e a consequente necessidade de manutenção de elevadas taxas de juros, consoante lembrado pelo ilustre Procurador-Geral. Assim sendo, entendo que, daqui por diante, o TCU deve procurar restringir sua atuação de forma a adequá-la aos parâmetros constitucionais e legais.” Trecho extraído do relatório do Acórdão 1756/2004 - TCU - Plenário, exarado no bojo do TC Nº 007.371/2003-5. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1756/2004. Relator Ministro Guilherme Palmeira. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 mai 2012.

51 Assim se lê: “Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte graduação: (...) IV – descumprimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência determinada pelo relator, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput; VII – descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput; VIII – reincidência no descumprimento de decisão do Tribunal, no valor compreendido entre cinquenta e cem por cento do montante a que se refere o caput.”

Mesmo que possam vir acompanhadas de sanções monetárias pelo não cumprimento, as recomendações e determinações do TCU para as agências, principalmente as primeiras, não se constituem em uma imposição da visão da Corte sobre estas, servem para informar e propor mudanças ou correções em procedimentos realizados.

Outrossim, recomenda-se aqui evitar o uso das determinações, pois embora possa haver o descumprimento da ordem proferida, elas têm o potencial de enrijecer o debate institucional, já que consistem em uma resposta mais incisiva do Tribunal de Contas, em uma manifestação do poder sancionador. Nesse sentido, Cristiana Muraro Társia escreve que

Significa dizer que a Corte de Contas possui um poder sancionador em face das agências reguladoras que descumprirem suas determinações. Por esse motivo, entende-se que, no limite de suas competências, o TCU somente deve expedir determinações e/ou valer-se de seu poder sancionador nos casos em que se justifica a sustação de atos e contratos administrativos, após representação ao Congresso, competência a ele atribuída através do art. 71 da CF/88.⁵²

As recomendações, por outro lado, podem ou não ser acatadas pelo agente regulatório, descumprindo-as ou adotando medidas diversas, uma vez que as decisões regulatórias, em última análise, serão sempre efetuadas pelos órgãos reguladores, o que também ocorre com a seleção de metodologias, com a definição de metas a serem alcançadas e das técnicas empregadas para tanto. Nada impede, entretanto, que existam diversos partícipes e agentes manifestando-se no processo de tomadas dessas. É possível haver um debate no processo de decisões. E as recomendações e determinações são, pois, instrumentos do diálogo institucional que é travado pelas duas instituições aqui estudadas.

Ao prolatar sua decisão, recomendação ou determinação, o Tribunal de Contas deve atentar para certas condições fáticas existentes. Uma delas é a

52 TÁRSIA, Cristiana Muraro. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais. 2012. 150 f. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012, p. 130.

possibilidade de que a matéria nelas contida já possa estar ativa no debate existente dentro da agência reguladora, percorrendo seu trâmites para aprovação, com uma norma jurídica ou decisão já definida, ou perto de sua definição.

Para contornar esses perigos, dessa forma, é aconselhável que o controlador, sempre que decidir com pretensões regulatórias, investigue o posicionamento da agência sobre a matéria, os debates legislativos e se poste a adotar uma decisão semelhante àquela para qual se encaminha o discurso regulatório, ou ainda que se coloque em atitude de deferência, e aguarde a solução administrativa.

No mesmo sentido, a Corte de Contas deve buscar fazer uso de parâmetros de controle já consolidados e que respeitem o diálogo e as capacidades institucionais dos envolvidos com a decisão. Gustavo Binenbojm contribui para esse debate ao indicar os seguintes para o controle judicial de atos administrativos, o qual pode, com as devidas ressalvas, ser aplicado ao Tribunal de Contas

I) Quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores legitimidade democrática, segurança jurídica e racionalidade sistêmica na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

II) Quanto maior for o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores especialização funcional e eficiência na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

III) Quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores de legitimidade democrática e responsividade na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

IV) Quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia o valor legitimidade democrática, em seus diferentes graus, na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

V) Quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos

constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau do controle judicial⁵³.

Identificando a necessidade de que um controle exercido sobre as agências reguladoras se dê de forma racional e prezando por um diálogo, mais uma vez Gustavo Binenbojm assinala o uso da *hard-look doctrine* nos Estados Unidos como parâmetro de controle para os atos das agências reguladoras:

Por fim, o Judiciário norte-americano tem tido um papel crescente no controle das agências reguladoras. A chamada *hard-look doctrine* foi desenvolvida para permitir ao Judiciário se desincumbir das duas tarefas que lhe foram conferidas pelo *Administrative Procedure Act* – APA – garantir a fidelidade do processo regulatório ao direito e invalidar decisões ‘arbitrárias’ ou ‘caprichosas’. A doutrina *hard-look* tem servido ora para exigir das agências a demonstração de que as vantagens da regulação justificam as suas desvantagens, ora para invalidar ou devolver para a agência medidas regulatórias que não atendam aos objetivos da lei, ora para exigir melhores explicações da agência acerca de críticas ou comentários feitos por partícipes do processo de consulta pública. Assim sendo, o Judiciário tem se comportado como um verdadeiro curador da racionalidade dos processos regulatórios⁵⁴.

O Tribunal de Contas da União, nesse contexto, pode encontrar na *hard-look doctrine* americana um modelo para guiar e fundamentar suas atuações no controle das atividades finalísticas das agências reguladoras. Fazendo uso das construções doutrinárias e padrões lá criados, com suas devidas adaptações ao sistema jurídico brasileiro, a Corte de Contas já irá dispor de um instrumento que preserva a autonomia das agências, ao mesmo tempo que permite o escrutínio de suas atuações.

No mais, a *hard-look doctrine* permite a existência de um diálogo institucional entre controlador e controlado ao pressupor a devolução da decisão para a agência, apontando-se os erros cometidos, ou a chamando para se

53 BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais. Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 239-240.

54 BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático. In: BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 100.

manifestar e explicar a escolha realizada. Valoriza-se, assim, um debate para a construção de uma melhor decisão para a matéria.

No mais, o Tribunal de Contas também encontra nos dispositivos legais e nos princípios constitucionais que fundamentam sua atuação ordinária, como já discorrido em tópico próprio, outros parâmetros de controle das agências reguladoras.

Não pretendendo, portanto, exaurir todos os instrumentos ou os parâmetros de controle, constatou-se que quando da utilização deles, a Corte de Contas deve exercer sua competência de fiscalização dos órgãos reguladores na qualidade de uma instância supervisora e racional, voltada para a melhoria das opções regulatórias através de um diálogo institucional no qual se apresentem as razões pelas quais as decisões merecem ser alteradas. Por outro lado, a Corte deve se afastar de uma postura de substituição das agências reguladoras, não atuando como uma segunda instância decisória, mas sim como uma aliada daquelas no processo de regulação.

4.4. Mecanismos de reações às decisões

Tomada a decisão, como poderá se dar o sistema de reações institucionais às manifestações do Tribunal de Contas?

Diferentemente das decisões de controle de constitucionalidade, nas quais os mecanismos de reação possuem diferentes contornos e dependem de um maior custo político para serem exercidos, no caso da relação entre o TCU e as agências reguladoras os custos de superação e modificação são menores.

Primeiramente, mecanismos de controle no processo de tomada de decisão surgem como formas mais simples de reação e interação com a fiscalização, contribuindo, então, para um melhor resultado final. Métodos preventivos de controle

podem ser exercidos ainda no curso do processo de decisão da Corte de Contas. As agências reguladoras, através de sua assessoria jurídica; a população, organizada em grupos ou não; além dos próprios regulados podem habilitar-se como interessados nos processos de fiscalização e nos julgamentos do TCU, trazendo suas informações e considerações institucionais ao Tribunal e participando do processo decisório.

E, nesse ponto, será sempre necessário que a Corte de Contas, antes de prolatar suas decisões, ouça os poderes e órgãos envolvidos, mesmo que não venham espontaneamente aos autos, hipótese na qual seriam intimados. Os aspectos técnicos, científicos e financeiros são importantes elementos a serem observados pelo controlador, como também os efeitos sistêmicos, a “massa sem rosto e sem identidade conhecida, mas que são atingidos pela transferência alocativa”⁵⁵ de recursos deve estar presente na construção da decisão.

Passando, por sua vez, ao momento posterior à manifestação do Tribunal de Contas, outros mecanismos de reação podem ser aplicados. É possível, nesse contexto, que no momento da aplicação da norma contida no julgamento, recomendação ou determinação pela autoridade regulatória, ela, no exercício de sua competência interpretativa do Direito, venha a negar aplicação à decisão emitida pela Corte de Contas “que, apesar de à primeira vista se adequarem ao seu pressuposto fático, apresentam distinção relevante que lhes justifique tratamento díspar (*distinguish*)”⁵⁶. Assim, as agências reguladoras e demais entes institucionais poderão valerem-se do *distinguishing* como meio de reação à decisão tomada pelo

55 AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O CNJ e os desafios do direito à saúde. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. pp. 81-115. p. 111-2.

56 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 283-284.

TCU, bastando uma racional fundamentação das distinções para com o caso anterior vinculante.

O instrumento típico e mais eficaz de reação pelas agências reguladoras, nesse contexto, será o próprio descumprimento da decisão proferida pelo Tribunal de Contas. Não obstante a importância da atuação da Corte de Contas e da possibilidade desta vir acompanhada de sanções às agências, as recomendações e determinações não são auto-executáveis, dependem da própria manifestação e implementação das agências reguladoras. E, dessa forma, estão passíveis de resistência e descumprimento. Observa-se, assim, que o “mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória”.⁵⁷

É importante, todavia, que a recusa ao cumprimento da decisão da Corte de Contas seja fundamentada. Com isso, é possível que haja a continuidade do diálogo institucional a partir da contestação das justificativas utilizadas e de seu confronto com as razões fornecidas para tomada da decisão do órgão controlador.

Verifica-se, outrossim, o uso de mecanismos de reação mais complexos e de maior custo político pelas agências reguladoras. Um exemplo foi a movimentação política por parte destas para a edição de diploma normativo que limitasse os poderes fiscalizatórios do Tribunal de Contas da União sobre a suas atividades finalísticas. Nesse sentido é o Projeto de Lei n. 3.337/2004, que tramita na Câmara dos Deputados.

O Tribunal de Contas da União pode, do mesmo modo, reagir às manifestações das agências de inconformidade com suas decisões e

⁵⁷ BRASIL. Advocacia Geral Da União. Parecer n. AGU/MS 04/2006. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

recomendações. Com exceção da multa prevista pelo descumprimento das recomendações e determinação no Regimento Interno da Corte e em sua Lei orgânica, outros mecanismos menos comuns podem ser concebidos.

Nesse diapasão, uma primeira possibilidade de reação se dá quando da apresentação, ou provocação de outros entes institucionais para que o façam, de recurso hierárquico impróprio para o Ministério ao qual a agência se encontre vinculada. Ressalta-se, nesse quadro, que estão sujeitas à revisão ministerial, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, os atos e decisões das agências 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.”⁵⁸

Preenchendo essas condições, poderá o TCU invocar que autoridade estranha à agência reguladora mas com competência julgadora expressa decorrente do artigo 170 do Decreto-Lei nº 200/67, que confere competência ao Presidente da República para avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal, decida sobre o questão existente para com a agência, criando mais uma instância decisória e de debates.

58 BRASIL. Advocacia Geral Da União. Parecer n. AGU/MS 04/2006. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=>>. Acesso em: 12 nov. 2013. O parecer ainda destaca: “17.As autarquias integram a Administração Pública indireta, e, como tal, no âmbito federal, segundo a lição do Professor Hely Lopes Meirelles, são -pessoas jurídicas diversas da União, públicas..., vinculadas a um Ministério, mas administrativa e financeiramente autônomas-, possuindo as seguintes características: -criação por lei específica, personalidade jurídica e patrimônio próprio-. Em outros termos, uma autarquia, -pessoa jurídica de Direito Público, realiza um serviço destacado da Administração direta, exercendo, assim, atividades típicas da Administração Pública- (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 1996, pp. 636-637). (...) 43.Tendo em conta a vedação de substituição política dos dirigentes das agências reguladoras, não é difícil avançar-se para a definição de impossibilidade de revisão ministerial de algumas de suas decisões, o que, por consequência, limitaria na mesma medida o âmbito de provimento de recursos hierárquicos impróprios que visassem impugnar essas decisões, pois, por via transversa, o cabimento indistinto do recurso hierárquico impróprio garantiria aos Ministérios o mesmo efeito revisor que não podem obter através da substituição política do comando dessas entidades, representando por isso uma possível burla à disciplina legal das agências reguladoras, que aponta para a existência de exceções aos meios que podem ser utilizados para o exercício da supervisão ministerial, como forma de lhes garantir a autonomia decisória a elas conferida pelos mandatos fixos de seus dirigentes.”

Outro mecanismo, por sua vez, é a movimentação da Corte de Contas no sentido de provocar o Ministério Público, a sociedade e grupos organizados, a exemplo da OAB, a propor ação popular, ação civil pública ou mandados de segurança contra os atos das agências reguladoras. A atuação do TCU, nesses casos, conferirá elementos para que outras formas de controle sejam exercidos sobre a decisão regulatória.

Do resultado destas ações, ademais, pode surgir outro mecanismo de reação sobre as agências reguladoras que vão de encontro com as decisões da Corte de Contas: a perda do mandato dos Conselheiros e Diretores das agências. Não obstante gozem de uma tamanha estabilidade, sendo impossível a exoneração *ad nutum* e dotados de mandatos fixos, a condenação judicial transitada em julgado, nos termos do artigo 9º da Lei n. 9.986 de 2000⁵⁹, pode levar à perda deste, servindo como instrumento de pressão sobre a agência.

Ainda em reações diretas contra os agentes que compõem a agência reguladora, Cristiana Muraro Társia identifica outra forma na qual a Corte de Contas pode atuar:

Uma possível resposta a esses questionamentos pode fundar-se no temor dos dirigentes das agências reguladoras de sofrerem represália e serem severamente fiscalizados pela Corte de Contas – inconformada com a contestação de suas competências – que pode, ate mesmo, aplicar-lhes-sanções, tais como multa, dentre outras previstas na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU.⁶⁰

Ou seja, o TCU pode empreender fiscalização das contas e atuações pessoais dos Diretores e Conselheiros das agências, como forma de reação pelo não cumprimento de suas decisões, pressionando-os diretamente para a obtenção

59 Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

60 TÁRSIA, Cristiana Muraro. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais. 2012. 150 f. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012, p. 130.

de uma decisão que melhor realize ou que mais se aproxime da posição que defende.

Constata-se, dessa forma, que o modelo de diálogos institucionais permite que os entes estatais sejam permanentemente contestados pelos demais no processo de tomada de uma decisão. Essa interação na solução de questões regulatórias contribui para que se edifiquem respostas melhores e fundadas em razões mais abertas, já que derivam de um debate em que cada ente participou com sua capacidade institucional. Nesse diapasão, delimitar a existência dos mecanismos de reação, embora não tenham eles sido aqui esgotados, possibilita que se visualize as formas pelas quais as instituições podem desenvolver o seu debate.

5. CONCLUSÕES

De tudo que aqui se expôs, observa-se que o Tribunal de Contas da União pode e deve exercer o controle sobre as agências regulatórias, seja sobre suas atividades-meio, atentando para os seus aspectos administrativo e financeiro, como também sobre as finalísticas, ou seja, quanto à própria regulação exercida.

No exercício desta competência, no entanto, a Corte de Contas tem o dever de restringir sua atuação a uma postura de controlador ou fiscalizador, não atuando como uma segunda instância regulatória, prolatora da última decisão. Ou seja, não cabe ao TCU através de seu processo de controle tomar a decisão regulatória em substituição à agência, mas identificar as falhas de mercado e de regulação, bem como os erros cometidos pelos agentes controladores, apontando como estes podem ser corrigidos e as decisões tomadas melhoradas.

Para esse controle, assim, o instrumento apropriado para a Corte de Contas será suas recomendações como manifestações de conteúdo sugestivo e indicadores

do erro cometido ou falha existente, já que contribuem para um diálogo com a agência reguladora e permitem que esta tome uma nova decisão, visando à melhoria do jogo regulatório.

As determinações, por outro lado, e mesmo diante de possíveis reações a elas, devem ser evitadas devido ao seu caráter coercitivo, ficando restrita a casos extremos, haja vista sua aptidão para o enrijecimento do debate regulatório, o que pode levar a severas consequências e efeitos sistêmicos.

É de se destacar também que, caso a Corte de Contas não se considere capaz de proferir decisões sobre matéria regulatória, ou seja, se mesmo dentro de suas secretarias especializadas houver a carência de elementos, um dever de deferência para com a decisão técnico-regulatória estará sempre presente e a decisão do órgão controlador poderá ser construída dessa maneira. Cumprirá com seu dever de decidir e passará a decisão para aquele que se apresenta em melhor condição de tomá-la: a agência reguladora.

Ademais, a existência de mecanismos de reação passíveis de uso tanto pelos órgãos reguladores, como pelo Tribunal de Contas, constitui o reconhecimento de que não há, ou não pode haver, a imposição unilateral da decisão, uma última palavra em matéria regulatória, mas um debate que se encaminhe para a supressão das falhas de regulação e para o alcance da melhor decisão regulatória. Não há, contudo, uma certeza de que isso será atingido.

O diálogo institucional, nesse contexto, contribui para um aperfeiçoamento contínuo das opções regulatórias e das decisões tomadas, uma vez que mantém sempre a chance de um debate sobre as possibilidades de regulamentação e de suas fundamentações, mas não garante que ele venha a ocorrer. É preciso, portanto, que as instituições envolvidas tenham maior consciência do papel que

exercem e da relação existente entre elas. A tomada de decisões em sede regulatória deve vir acompanhada de considerações sobre as suas capacidades e limitações institucionais, como também acerca do jogo de poderes e reações com os demais entes estatais, ao mesmo tempo em que se distancie de um atuação unilateral e arbitrária. Torna-se possível, assim, que a melhor decisão seja um objetivo alcançável.

6. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. In: **Harvard Law Review**, v. 113, v. 03, jan. 2000, pp. 633–725.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARAGÃO, Alexandre. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARGUELHES, Diego Wemeck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 38, jan/jun 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: judicialização da política e preferências restritivas no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**, mimeografado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista de Direito do Estado**, v. 16, n. 3, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Revista de Direito do Estado**, n 13, 2009.

_____. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos – limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. In: **Boletim de Direito Administrativo**. v. 15, n. 6. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, jun 1999. p. 367-374.

BRASIL. Advocacia Geral Da União. **Parecer n. AGU/MS 04/2006**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8453&ID_SITE=>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 200/2007**. Rel. Min. Valmir Campelo. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1756/2004**. Relator Ministro Guilherme Palmeira. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 mai 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. O controle externo das agências reguladoras : questões relevantes sobre o setor de rodovias, de ferrovias e de transporte rodoviário de passageiros / Tribunal de Contas da União; apresentação Adylson Motta. - Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2005. 30 p.

_____. Tribunal de Contas da União. O controle externo das agências reguladoras: questões relevantes sobre os setores elétrico e de petróleo e gás natural. Brasília : TCU, SEFID, 2003. 28p.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of Theories of Constitutional Dialogue. In: **Brooklin Law Review**. V. 07, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes, Separação de Poderes e Processo Democrático. In: **Temas de Direito Administrativo e Constitucional** – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras**: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional regulatório – elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DIAS COSTA. Luiz Bernardo. Tribunal de Contas: evolução e principais características. In: FREITAS DE. Ney José. (Coord.) **Tribunais de Contas. Aspectos Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU, 2002.

FERNANDES, Márcio Silva. O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras. In: **Cadernos ASLEGIS**, v. 5, n. 14. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: Alguns Parâmetros Gerais para a Atuação Judicial. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64. Abr. 2011. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=395671>>. Acesso em: 07 de jun de 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discricionariedade técnica. In: **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 34, n. 98. Brasília: TCU, 2003.

GOMES, Marcelo Barros. O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros. In: **VIII Congreso Internacional dei CLAD sobre la Reforma dei Estado y de la Administración Pública**, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0047111.pdf>>. Acesso em: 10/10/2013.

GOMES, Marcelo Barros; COUTINHO, Maria do Amparo; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. Dez anos de controle externo na regulação de serviços públicos. In: **Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 01, p. 75/124, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. In: **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 38, n. 110. Brasília: TCU, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, edição eletrônica, 2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ROCHA, Lucas Furtado. O Papel das Agências no Estado Brasileiro: Considerações Sobre a Discricionariedade Técnica. In: **Revista do Tribunal de Contas da União**. v. 34, n. 98. Brasília: TCU, 2003.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. In: **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 36, n. 104. Brasília: TCU, 2005.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: **Michigan Law Review**. V. 101, n. 04, 2003.

TÁRSIA, Cristiana Muraro. **A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais**. 2012. 150 f. Dissertação de mestrado – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**, apr./2006.