

LIMITES AO CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: CASOS SELECIONADOS EM 2018

Limits to the Federal Court of Audit control on Regulatory Agencies: 2018 selected cases

Submitted: 17/12/2018

Revised: 06/01/2019

Accepted: 14/07/2019

Gilberto Mendes Calasans Gomes*

Abstract

Purpose – *This paper addresses the competence limit for the audit of regulatory agencies in Brazil, as well as identifies institutional behavior from selected cases of 2018.*

Methodology/approach/design – *The methodology used was the bibliographic review of the topic, from which a questionnaire was elaborated to apply on the selected cases.*

Findings – *The Brazilian doctrine accepts the control on regulatory agencies, diverging only about its extent. The Brazilian Federal Court of Audit, in general, even in cases of greater tension to control limits, acts within its legal mandate, although it surpasses its possibilities of orders to the audited parts.*

Keywords: *Regulatory agencies. External control. Brazilian Federal Court of Audit. Limits to control.*

Resumo

Propósito – *O presente estudo busca esclarecer quais são os limites ao controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, além de exemplificar a observância ou não desses limites a partir de casos selecionados de 2018.*

Metodologia/abordagem/design – *A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica do tema, a partir da qual se elaborou curto questionário sobre a observância dos limites ao controle, aplicados aos casos selecionados.*

Resultados – *Pelo estudo, chegou-se à conclusão de que a doutrina não rejeita a possibilidade de controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, divergindo apenas quanto à extensão desse controle. Também, conclui-*

*Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Ordem Jurídica pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: gilberto00000@gmail.com.

se que o Tribunal de Contas da União, em geral, mesmos nos casos de maior tensão aos limites do controle, age dentro de suas possibilidades de controle, embora extrapole as ordens ao jurisdicionado.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Controle externo. Tribunal de Contas da União. Limites ao controle.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como foco a análise da recente atuação do Tribunal de Contas da União no controle externo das agências reguladoras. Trata-se de tema atual e relevante, devido à crescente intervenção da Corte de Contas nas atividades de fiscalização, normativa e de apoio às desestatizações desses entes.

Embora a própria temática do controle das agências reguladoras esteja em debate ao menos desde o início dos anos 2000¹, em pequeno intervalo após a criação de boa parte das agências federais², até pouco tempo atrás o foco do debate se dava mais detidamente sobre o controle judicial das agências³⁴. Quanto a esse ponto, atualmente, entende-se cada vez mais ser cabível o controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública, mesmo aqueles técnicos exarados por agências reguladoras, embora parte da doutrina insista que “sempre que mais de uma decisão eminentemente técnica for legal (...) e cabível para o caso concreto, não pode o Poder Judiciário substituir-se ao administrador público e fazer valer sua decisão” (SCHIRATO, s.d.).

O presente artigo estrutura-se em três partes. Na primeira, realizam-se breves apontamentos sobre as agências reguladoras e sobre o controle sobre

¹ Vide, por exemplo, o Seminário Internacional “*Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos?*”, promovido pelo Instituto Hélio Beltrão em setembro de 2001.

² A Anatel, por exemplo, foi criada a partir da Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal nº 9.472/1997), em 16 de julho de 1997. Aneel, por sua vez, criada pela Lei Federal nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Da mesma forma ANP foi criada em 1998, ANVISA em 1999, ANTAQ e ANTT foram criadas em 2002 e ANAC em 2005.

³ Ainda que, naturalmente, se reconhecesse a Controladoria-Geral da União, o próprio Tribunal de Contas da União e o Ministério Público como outros órgãos de controle (IHB, 2003, p. 3). Da mesma maneira note-se que as Instruções Normativas do Tribunal de Contas da União que regiam o acompanhamento dos processos de desestatização perante a Corte, recentemente substituídas, datam de 1998 (IN 27), 2004 (IN 46) e 2007 (IN 52).

⁴ Veja-se, por exemplo, a edição de livros sobre o tema ainda em 2005 (GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005) e a existência de dissertação de mestrado sobre o tema já em 2006: *Controle Judicial dos Atos das Agências Reguladoras*, de Andressa Mendes Pinheiro Assed, orientada por Marcos Juruena Villela Souto, pela Universidade Gama Filho/RJ.

elas, a partir de bibliografia recente sobre o assunto. Na segunda parte, são elencados critérios para o estabelecimento de limites ao controle das agências reguladoras, principalmente a partir de exposição de José Vicente de Mendonça. Por fim, na terceira parte, realiza-se a exposição e análise de recentes julgados do Tribunal de Contas da União, de forma a exemplificar a tensão existente na relação de controle das agências reguladoras.

Com este trabalho, busca-se confirmar se o Tribunal de Contas da União tem agido dentro de suas competências constitucionais quando realiza o controle da atividade fim das agências reguladoras, mesmo em casos críticos.

AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU CONTROLE

Antes de se adentrar sobre o controle das agências reguladoras, vale fazer breves apontamentos sobre o porquê de sua criação.

Assim, cumpre ressaltar que as agências reguladoras são entes estatais criados em meados da década de 1990, período no qual aconteceu reforma do Estado, de um modelo em que havia intervenção direta na economia para um modelo em que o Estado, gerencial, abriu espaço para a exploração de serviços públicos por parte de empresas privadas. Trata-se de movimento, portanto, de segregação entre as atividades de regulação e a de prestação dos serviços, o que torna necessário desenvolver desenho institucional para o controle da atividade privada, seja a partir da regulação desses serviços, seja para implementar e fomentar a concorrência (SCHIRATO, s.d.).

Ou seja, como também aponta Vitor Rhein Schirato (s.d.):

(...) as agências reguladoras independentes surgem no Direito Administrativo brasileiro – assim como em diversos outros ordenamentos jurídicos – como o instrumento de atuação estatal nos setores em que tal atuação seja necessária para o alcance das finalidades públicas impostas ao Estado pelo ordenamento jurídico, em decorrência de sua retirada da exploração direta de determinadas atividades e serviços. Pode-se até mesmo afirmar que o advento das agências reguladoras independentes é um pressuposto para os processos de privatização e desestatização.

Nesse sentido, as agências reguladoras têm como objetivo tanto suprir a ausência do Estado nas atividades das quais ele se retira para assegurar o alcance das finalidades públicas impostas pelo ordenamento jurídico (como a universalização de serviços), quanto para conferir aos agentes econômicos privados segurança jurídica de estabilidade e confiabilidade das regras vigentes nos setores regulados (*idem*).

Trata-se de objetivos que, tradicionalmente, são perseguidos por meio de desenho institucional que busque o afastamento de instabilidades típicas com as

relações com o Poder Público, como característico das relações pendulares entre Governo e Política. No caso das agências reguladoras, “isso foi atingido por meio da conferência de independência e autonomia (...), de forma que suas decisões sejam única e exclusivamente técnicas, sem preferências ou distorções decorrentes de favorecimentos políticos” (SCHIRATO, s.d.).

Ainda, conforme MENEZES (2012),

O pressuposto ideológico desse desenho institucional consiste em que os critérios de eficácia, eficiência e de adequação técnica devem sobrepor-se às decisões políticas de justiça relativa entre grupos da sociedade, por exemplo, de modo a proporcionar um ambiente de mercado favorável aos investimentos.

Assim, tais objetivos levariam a um desenho com características essenciais, a saber (MENDONÇA, 2012):

(i) autonomia decisória reforçada graças à vedação do recurso hierárquico impróprio; à existência de restrições à nomeação e à exoneração de seus dirigentes máximos; e à captação de recursos por intermédio de “taxas regulatórias”; (ii) capacidade normativa; (iii) abertura à sociedade de seu processo de tomada de decisões e de produção de normas por intermédio de audiências e de consultas públicas; (iv) a afirmação de uma genérica maior capacidade técnica comparativamente aos órgãos e autarquias “comuns” (...).

Na época da criação das agências reguladoras no Brasil, em meados da década de 1990, quando a doutrina ainda se estava formando sobre as possibilidades de controles desses entes, a posição que admitia maior possibilidades de controle apontava que cabia ao TCU apenas o controle jurídico formal e o controle operacional sobre contratos de gestão.

Inclusive, quanto a esse tema, é de se observar o antigo entendimento no sentido de que, por terem as decisões das agências reguladoras caráter eminentemente técnico com relação à atividade regulada, não se poderia conceber um controle jurisdicional ilimitado, vez que o Poder Judiciário (e, pela lógica, também os órgãos de controle) não deteria o conhecimento necessário para aferir a correção das decisões emitidas no campo da “discricionariedade técnica” (SCHIRATO, s.d.)⁵.

⁵ O próprio termo “discricionariedade técnica”, utilizado especialmente por aqueles que defendem maiores limites ao controle sobre as agências reguladoras, padece do defeito de sua indeterminação. Ora, se as “auditorias operacionais” não poderiam ser interpretadas de forma ampla, por que a discricionariedade técnica poderia? É a crítica que faz MENDONÇA (p. 160), ao apontar que não há clareza sobre o que seriam as “operações das agências reguladoras, se apenas as operações típicas de pessoal, celebração de licitações ou se envolveriam também as “operações” de autorização de aumento de tarifa e edição de normativos.

Entretanto, o que se observa hoje é uma extensão do dito controle operacional à própria fiscalização de ações e omissões de dirigentes, revisão e anulação de atos normativos e mesmo a própria substituição do regulador.

São temas que, por cada um, levantam questionamentos próprios. Por exemplo, quanto ao conceito de “auditoria operacional”, podemos fazer menção aos estudos de SUNDFELD e CÂMARA. De acordo com os autores, a auditoria operacional – ou auditoria de performance – não tomaria como referência o cumprimento da legislação setorial substantiva, ou seja, não se daria com a revisão de cada decisão da entidade fiscalizada, mas, sim, a avaliação dos parâmetros de economicidade, eficiência e efetividade de cada ente. Traria como resultados não determinações, mas sim recomendações de aprimoramento da atuação geral da entidade (SUNDFELD e CÂMARA, 2012).

Ainda, o entendimento é o de que, quando o órgão de controle, no exercício de sua competência fiscalizatória operacional, viesse a constatar ilegalidades alheias à sua jurisdição, caber-lhe-ia representar às autoridades competentes, e não determinar, ele próprio, a correção do ato ou a punição dos responsáveis pela ilegalidade (*idem*).

A fiscalização de ações e omissões de dirigentes, por sua vez, é exemplificada em recentes decisões do Tribunal de Contas da União. A primeira, TC 014.689/2014-6, Acórdão 738/2017-P. Trata-se de Relatório de Acompanhamento do contrato de concessão da BR-040/MG-RJ, duplicação da Nova Subida da Serra de Petrópolis, em que havia propositura de multa e inabilitação para o exercício de funções para membros da diretoria da ANTT e técnicos de segundo e terceiro escalão que atuaram no assunto.

A segunda decisão, no TC 014.624/2014-1, o Acórdão 1704/2018-P, referente a auditoria operacional acerca dos principais gargalos para liberação de carga containerizada na importação nos portos marítimos da região Sudeste, em que os diretores da agência reguladora que participaram da edição da Resolução nº 2.389/2012 foram multados em R\$ 30.000,00 por “omissão por parte dos gestores em minimizar falhas de mercado e em editar nova norma compatível com o novo marco regulatório”, sem prejuízo de apuração contra diretores anteriores. É um dos casos selecionados a que se dará maior atenção em seção posterior.

A revisão e anulação de atos normativos das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas, por sua vez, é exemplificada pelo Acórdão 380/2018-P, no TC 003.667/2018-0, no qual o TCU determinou à ANTAQ que se abstivesse de examinar pedidos de autorização de afretamento de embarcação estrangeira conforme os parâmetros estabelecidos em sua Resolução Normativa ANTAQ nº 1/2015, por entender que o ato normativo da agência reguladora teria

incurrido em grave violação ao princípio da legalidade. Também é um dos casos selecionados a que se fará análise mais detida posteriormente.

Por fim, outra questão de recente interesse no controle das agências reguladoras é a possibilidade de substituição ao regulador, quando determina a alteração de metodologia de estudo utilizada por ele para a adoção de metodologia gestada no próprio órgão de controle. O exemplo é o Acórdão 290/2018-P, no qual o TCU referendou medida cautelar para determinar à ANTT a mudança de critérios aplicados em reajustes de pedágios, especificamente em virtude do impacto advindo da Lei nº 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros).

Diante de tantos assuntos e exemplos da expansão das possibilidades de controle sobre agências reguladoras, argumenta-se que tal atividade traz insegurança jurídica à atuação destas, provocando, portanto, a necessidade de uma clarificação na competência da Corte de Contas. Assim, reconhece-se a importância da melhor definição das competências do Tribunal de Contas da União no desenho institucional do controle da regulação no Brasil⁶, principalmente a partir dos pontos de vista estrutural quanto conjuntural (IHB, 2003). Isso porque, do ponto de vista estrutural, a superposição de controles e a ausência de harmonização entre eles podem vir a constituir fator de insegurança para os órgãos técnicos e de direção das agências⁷, assim como amplia as áreas de conflito intragovernamental e a possibilidade de litígio entre elas e as empresas concessionárias e os usuários dos serviços públicos.

Do ângulo conjuntural, “a incerteza acerca dos controles inibe os investidores e aumenta custos tanto para o setor público quanto para os prestadores dos serviços e os usuários”.

Por outro lado, há também autores – e neles se incluem inclusive Ministros do Tribunal de Contas da União – que apontam a regularidade desse controle, como indicativo de que “a *accountability* e os mecanismos de transparência e controle são centrais para uma atuação legítima das agências” (MENEZES, 2012), aumentando a credibilidade e a segurança da política regulatória, vez que inibe um possível comportamento oportunista do regulador (*idem*). Autores com esse entendimento apontam que, na verdade, o Tribunal de Contas da União reinterpretou seu mandato constitucional a fim de propiciar a fiscalização das

⁶ Nesse sentido, ver também SUNDFELD e CÂMARA (2012): “Esse fenômeno [controle da atividade regulatória pelo TCU], se por um lado é visto positivamente pelos benefícios que se pode obter de um controle independente que seja sério, equilibrado e atuante, de outro lado suscita preocupações quanto à **delimitação das competências dos organismos de controle**” (grifos nossos).

⁷ Segundo parte dos agentes públicos, tamanha insegurança passou a ocasionar o fenômeno que vem sendo chamado “Apagão das Canetas”, ver, por exemplo, <www.valor.com.br/brasil/5691757/apagao-das-canetas-trava-infraestrutura>.

agências reguladoras federais, no sentido de verificar se elas estão exercendo seu mandato de maneira eficaz e em conformidade com a legislação brasileira (*ibidem*).

Ainda nesse sentido, tem-se a visão de que a fiscalização da atividade-fim das agências reguladoras não viria a reduzir a autonomia técnica da agência para deliberar acerca do conteúdo regulatório, mas, sim, viria a tornar esse processo mais transparente (MENEZES, 2012).

Por todos, MENDONÇA (2012) faz breve elenco das razões a favor da possibilidade jurídica do exercício do controle da atividade-fim das agências reguladoras, a saber:

A favor da possibilidade de controle da atividade finalística das agências pelas Cortes de Contas, sustenta-se: (i) que a discricionariedade administrativa (e/ou técnica) é, por vezes, argumento em branco; (ii) que as Cortes de Contas, justamente por sua multiabrangência, possuiriam aptidão para operar a este controle; (iii) que recomendações de órgãos internacionais espelham a tendência mundial pelo reforço do controle da regulação; (iv) que diversas referências no texto da Constituição da República, referindo-se ou aplicando-se aos Tribunais de Contas, autorizariam a fiscalização da atividade-fim das agências reguladoras (v.g., “fiscalização operacional”, “princípio da eficiência”, “administração indireta”); (v) que o controle finalístico sobre agências é, muitas vezes, solicitado pela sociedade ou por instituições públicas, como o Ministério Público ou as próprias agências reguladoras; (vi) que, em favor do controle, há o efeito-exemplo da bem-sucedida prática do TCU, que, já há alguns anos, e por diversas vezes, fiscaliza a atividade-fim de diversas agências federais: se influência política existe, ela não é maior (ou menor) do que nas agências reguladoras, e, se há custos, não há necessariamente insegurança jurídica (por vezes há até mais segurança); (vii) que, em última análise, sempre há, direta ou indiretamente, repercussão sobre o erário na atuação finalística das agências, daí ser admissível a fiscalização.

Por parte daqueles que argumentam um excesso das competências constitucionais do Tribunal de Contas da União ao fiscalizar as atividades regulatórias (atividades fim) de agências reguladoras, pode-se partir das conclusões a que chegou SUNDFELD e CÂMARA (2012), no sentido de que:

O TCU não detém competência para rever todo e qualquer ato ou decisão tomada pela Administração Pública federal. As Cortes de Contas não constituem uma esfera revisora integral da atividade administrativa que seja competente para corrigir ilegalidades em toda e qualquer decisão tomada no exercício da função administrativa por entes estatais. Corte de Contas não é Conselho de Estado.

Assim, essa corrente entende que o controle da atividade reguladora não poderia vir a pretender invalidar atos normativos das agências reguladoras, por

se tratar de atividade que invade suas competências. Entende-se que, ao agir de modo contrário, o TCU passa a realizar o controle de constitucionalidade e de legalidade de atos normativos para os quais as agências reguladoras são competentes, em verdadeira substituição do Poder Judiciário.

Não é o que se pretende com o controle da atividade reguladora, como é reconhecido, inclusive, por autores com atuação no próprio Tribunal de Contas da União, como se pode verificar abaixo (ZYMLER e ALMEIDA, 2005):

Por intermédio das auditorias operacionais realizadas nas agências reguladoras, o TCU fiscaliza, entre outras questões, a execução dos contratos de concessão ou de permissão. Essa fiscalização poderia ensejar uma redundância das esferas de controle, visto que uma das principais atribuições das agências é exatamente fiscalizar esses contratos. Para evitar que essa indesejável superposição de atividades ocorra, o Tribunal deve exercer uma fiscalização de segundo grau, buscando identificar se as agências estão cumprindo bem e fielmente seus objetivos institucionais, dentre os quais avulta o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem se imiscuir indevidamente na área de competência privativa das agências.

Também ZYMLER (2015): “Não deve o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população”.

Ademais, MENDONÇA (2012) faz breve elenco das razões contra a possibilidade jurídica do exercício do controle da atividade-fim das agências reguladoras, a saber:

Contra a possibilidade jurídica do exercício do controle da atividade-fim das agências reguladoras, alega-se: (i) que tais atos são praticados dentro de margem de discricionariedade (muitas vezes, fala-se em discricionariedade técnica), e, se controlados, estar-se-ia violando o princípio da separação das funções estatais, com ilegítima invasão, pelo Legislativo, do mérito administrativo, o qual estaria destinado a ser operado, nestas circunstâncias, apenas pelo Executivo; (ii) que as Cortes de Contas não possuiriam a especialização técnica característica das agências reguladoras; (iii) que, a se admitir a revisão de normas e decisões regulatórias pelos Tribunais de Contas, estar-se-ia procedendo a legítimo retrabalho, carreando custos desnecessários e gerando insegurança jurídica (sendo certo que a busca pela segurança jurídica sempre foi fator de fundamental importância para a própria criação do modelo das agências); (iv) que o controle da atividade-fim das agências pelas Cortes de Contas desnaturaria o propósito de “blindagem técnica” das decisões regulatórias, uma vez que permitiria que ministros e conselheiros indicados politicamente subvertessem entendimentos técnicos; (v) por fim, que a atividade-fim das agências reguladoras não envolveria dispêndio de verba pública, e, assim, não se incluiria na legitimação constitucional para a atuação dos Tribunais de Contas.

CRITÉRIOS PARA O ESTABELECIMENTO DE LIMITES AO CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para a elaboração deste estudo, encontraram-se dois possíveis conjuntos de critérios para o estabelecimento de limite ao controle das agências reguladoras. Um, mais rígido, reconhecendo menor poder de interferência dos órgãos de controle, proposto por SUNDFELD e CÂMARA (2012). Outro, mais flexível, acatando como regulares a maior parte das intervenções desses entes de controle, proposto por MENDONÇA (2012).

Os critérios propostos por Sundfeld e Câmara estão alicerçados em três noções e três fatores de restrição ao poder de comando. As noções são as de objeto da fiscalização, parâmetro da fiscalização e produto da fiscalização⁸. Os fatores de restrição são: os tipos de comando, os motivos do comando e o objeto da fiscalização (escopo da fiscalização).

Tais fatores de restrição constituiriam os critérios para o estabelecimento de limites ao controle das agências reguladoras. Assim, segundo tais autores, os órgãos de controle: (i) não podem dar qualquer tipo de ordem, constituindo ou desconstituindo direitos e deveres, estando limitados pela Constituição e pela legislação; (ii) só podem emitir comandos⁹ se constatar ilegalidades, não por outros motivos; e (iii) só podem emitir comandos se a ilegalidade for apurada em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial.

Mendonça, por sua vez, propõe a adoção de seis critérios para o estabelecimento de limites ao controle da atividade das agências reguladoras (p. 162):

(i) quanto à atividade- meio das agências reguladoras, os Tribunais de Contas possuem ampla competência: o controle deve ser feito como de usual em qualquer autarquia.

(ii) quanto à atividade-fim das agências reguladoras, vale o princípio geral da autocontenção por parte dos Tribunais de Contas: há fortíssima preferência *prima facie* pelas razões técnicas expendidas pela agência. (...)

⁸ “*Objeto da fiscalização* é o conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a seguir, avalia, positiva ou negativamente. *Parâmetro da fiscalização* é a referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto. *Produto da fiscalização* são os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza” (SUNDFELD e CÂMARA, 2012).

⁹ Ainda segundo os autores mencionados, “os atos de comando que o Tribunal pode produzir são a aplicação de sanções (CF, art. 71, VIII), a sustação de atos (CF, art. 71, X e §1º) e o registro de certos atos de pessoal (CF, art. 71, III). Não lhe cabe dar ordens cogentes em geral às autoridades administrativas, anular diretamente atos ou contratos, nem suspender ou sustar contratos (pois isto é tarefa do Legislativo – CF, art. 71, §1º) (SUNDFELD e CÂMARA, 2012).

(iii) Os Tribunais de Contas podem exercer controle pleno sobre (a) vícios procedimentais da decisão ou da elaboração da norma, (b) vícios de participação (...).

(iv) Os Tribunais de Contas podem atuar em controle pleno quando, respeitado o standard (ii), houver clara e inequívoca omissão regulatória. (...).

(v) Os Tribunais de Contas podem atuar em controle pleno quando, respeitado o standard (ii), a agência estiver praticando ilegalidade rigorosamente literal. (...)

(vi) Quanto à qualidade da regulação efetuada pelas agências, os Tribunais de Contas devem agir apenas expedindo recomendações não vinculantes¹⁰.

No sentido de que o controle das agências reguladoras deve incidir sobre suas decisões e normas que rigorosamente violam literalmente o conteúdo de lei, Schirato aponta observações que auxiliam na determinação do que seria essa violação literal (s.d.):

Nessa toada, pode-se inferir que qualquer obrigação imposta pelas agências reguladoras aos agentes regulados, por meio de seu poder normativo, que (i) não tenha relação com a finalidade a ser alcançada pela agência, (ii) não respeite as linhas mestras de atuação da agência em questão, (iii) viole outra disposição legal hierarquicamente superior, ou (iv) não seja proporcional para o alcance do fim almejado, será nula por violar o inciso II do art. 5º da Constituição Federal, em razão da necessária primazia de lei existente.

Expostos os critérios acima formulados, propõe-se a análise dos exemplos recentes de tensão no controle da atividade-fim das agências reguladoras a partir de análise em duas fases. A primeira quanto à possibilidade de controle do ato questionado. Nesse sentido, deve-se responder positivamente a ao menos uma das seguintes questões: (i) houve ilegalidade rigorosamente literal da atividade da agência reguladora? (ii) houve vícios procedimentais na atividade da agência reguladora? (iii) houve clara e inequívoca omissão regulatória?

A segunda fase refere-se à regularidade e proporcionalidade da atuação do órgão de controle. Para tanto, deve-se responder positivamente a todas as seguintes questões: (a) o Tribunal de Contas da União adotou atitude de autocontenção, respeitando, *prima facie*, a decisão da agência reguladora? (b) a ordem proferida pelo Tribunal de Contas da União está inequivocamente abrangida pela Constituição e legislação?

¹⁰ Neste ponto, Mendonça aproxima-se de Sundfeld e Câmara, na medida em que somente vislumbra apenação do gestor por descumprimento de recomendação no caso de ocorrência de prejuízo ao interesse público exatamente tal como indicado na sugestão encaminhada.

EXEMPLOS RECENTES DE TENSÃO NO CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Expostas as considerações sobre as agências reguladoras e a possibilidade de seu controle pelo Tribunal de Contas da União e levantados os critérios para o estabelecimento de limites ao controle das agências reguladoras, passa-se ao relato e à análise de exemplos recentes, de decisões ainda de 2018, de casos que desafiaram esses limites. Tais casos foram colhidos a partir do acompanhamento das sessões de julgamento semanais do Tribunal de Contas da União, de seus boletins informativos de jurisprudência e de licitações e dos próprios informes do Tribunal em seu site oficial.

Após a exposição de cada caso, será realizada checagem de atendimento das decisões do Tribunal de Contas da União aos critérios apontados na seção anterior quanto aos seus limites de controle das agências reguladoras.

Representação contra a Resolução Normativa nº 1/2015-ANTAQ

Por meio do Acórdão 380/2018-P, julgado em 28 de fevereiro de 2018, o Tribunal de Contas da União analisou a TC 003.667/2018-9, que trata de Representação, com pedido de cautelar, sobre indícios de irregularidade na Resolução Normativa nº 1/2015-ANTAQ. Segundo a Representação, o ato normativo conteria exigência de requisitos não previstos na Lei nº 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário nacional, o que estaria violando a livre concorrência no setor.

O Ministro Relator Bruno Dantas, ao proferir seu voto – que se limitou à concessão ou não da medida cautelar –, apontou que, ao regulamentar a referida Lei, a Resolução criou novas condicionantes à hipótese de afretamento de embarcação estrangeira. Assim, afirmou que há, de fato, indícios de incompatibilidade de dispositivos da Resolução – notadamente o artigo 5º, III, “a”¹¹ – às normas vigentes.

¹¹ Resolução normativa nº 1/2015-ANTAQ.

Art. 5º. Nos afretamentos de embarcação estrangeira que dependem de autorização da ANTAQ, a empresa brasileira de navegação só poderá obtê-la nos seguintes casos:

(...)

III – na navegação de cabotagem, nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira, por espaço, por tempo ou por viagem, quando:

a) verificada, mediante circularização, inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados, nos prazos consultados, admitindo-se o bloqueio parcial, nas modalidades por espaço, por tempo em uma única viagem ou por viagem, cuja autorização será limitada ao quádruplo da tonagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora, a qual também deverá ser proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida.

Segundo o julgador, não pairariam dúvidas acerca da competência do TCU para apreciar o objeto da Representação, pois, como já enfatizado inclusive pelo Ministro Benjamin Zymler, a natureza jurídica de serviço público atribuída ao transporte aquaviário, bem como o caráter administrativo da outorga de autorizações de afretamento, além de atrair a incidência do Direito Administrativo, coloca questões tratadas nestes autos no âmbito da competência do TCU.

Após afirmar que a competência do Tribunal para este caso é clara, passou-se para a análise do mérito. Ao seu ver, o exame da matéria perpassava, basicamente, por dois pontos cruciais: a suposta violação do princípio da reserva legal, sendo necessário verificar se a ANTAQ extrapolou ou não o seu poder regulamentar e a legitimidade da medida adotada pela agência, sendo necessário verificar se os motivos por ela apresentados para justificar a imposição de restrições à livre iniciativa no setor efetivamente se sustentam.

Com relação ao primeiro ponto, afirmou que é necessário saber se é dado à agência reguladora, mediante ato normativo infralegal, poder para criar condições ou restrições específicas para o afretamento de embarcações estrangeiras não previstos em lei. Aventou o artigo 178 da Constituição Federal, que, para ele, dispõe sobre a matéria. Afirmou que, em seu parágrafo único, há a clara disposição que “na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que pode haver transporte por embarcações estrangeiras”.

Assim, afirmou que incide, no caso em questão, o princípio da reserva legal, pois a Constituição reservou à lei formal o tratamento dessa matéria. Para ele, trata-se, inclusive, de uma reserva legal qualificada, uma vez que, além da previsão de regulação da matéria por lei formal, o constituinte ainda optou por estipular, de antemão, critérios a serem observados pelo legislador quando da edição das referidas leis, quais sejam, a observância dos tratados internacionais sobre a matéria e a possibilidade de o transporte aquático de mercadorias ser realizado por embarcações estrangeiras, possibilidade essa que, até 1995, na redação original da Constituição, não existia, salvo em caso de necessidade pública.

Concluiu afirmando que, portanto, em face do exposto, há a exclusão de qualquer outra fonte infralegal para a regulação da matéria. Portanto, apesar de a agência possuir certa autonomia para, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador, dispor, de maneira geral, sobre a ordenação do transporte aquático, não pode, por meio de Resolução, criar novas condições para o afretamento de embarcações estrangeiras além daquelas já previstas na Lei 9.432/1997, em face da reserva legal qualificada e absoluta estipulada especificamente à essa matéria.

Com relação à legitimidade da medida adotada – segundo ponto – afirmou que a Nota Técnica do CADE juntada aos autos conclui pela existência de efeitos negativos da norma no mercado de navegação de cabotagem brasileiro, o que também o leva também a adotar a mesma conclusão.

Ao seu ver, a despeito de a agência argumentar a proteção da indústria nacional, trata-se, em verdade, de restrição à competitividade e à livre iniciativa, pois favorece claramente as empresas de grande porte e contribui para acentuar a concentração de mercado no setor.

Com relação a esse ponto, concluiu afirmando que tal restrição não desenvolve a indústria naval brasileira, como argumentado pelo ANTAQ, mas ao contrário, permite que o setor fique estagnado por falta de competição, uma vez que os proprietários de embarcações de grande porte, ao dominarem inteiramente o mercado, perderão o interesse em investir.

Finalizou propondo ao Plenário conhecer da Representação e determinar à ANTAQ que, ao examinar pedido de autorização de afretamento de embarcação estrangeira nas hipóteses da Lei 9.432/1997, se abstenha de exigir as limitações contidas na Resolução Normativa nº 1/2015-ANTAQ até que o Tribunal se pronuncie sobre o mérito das questões suscitadas nos autos.

Exposto o caso, passa-se a primeira fase de análise, quanto à possibilidade de controle do ato questionado. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União entendeu (i) que houve ilegalidade rigorosamente literal da atividade da agência reguladora, silenciando quando a existência de vícios procedimentais ou quanto à existência de omissão regulatória. Haveria, portanto, possibilidade de controle do ato questionado.

Quanto à segunda fase, entende-se que (a) o Tribunal de Contas da União não adotou medida de autocontenção, já que, no caso, suspendeu por medida liminar ato normativo da agência reguladora, pressupondo ausência de *fumus boni iuris* em sua atuação. Também, que (b) a ordem proferida pelo Tribunal de Contas da União não está inequivocamente abrangida pela Constituição, já que não há previsão expressa de possibilidade de afastamento de ato normativo por esse expediente.

Conclui-se neste caso, portanto, que embora o Tribunal de Contas da União tenha agido dentro das suas possibilidades de controle, não observou integralmente os deveres de autocontenção e de proporcionalidade da medida adotada.

3.2. Auditoria Operacional – Avaliação dos principais gargalos para liberação de carga containerizada nos portos da Região Sudeste

Por meio do Acórdão 1704/2018-P, proferido na sessão de 25 de julho, o TCU analisou o TC 014.624/2014-1, de relatoria da Ministra Ana Arraes, que

trata de auditoria operacional acerca dos principais gargalos para liberação de carga containerizada na importação nos portos marítimos da região Sudeste.

A discussão do processo, contudo, teve início no dia 18 de julho. Na oportunidade, analisou-se a legalidade da cobrança do *Terminal Handling Charge 2* (THC 2), tarifa referente aos serviços de segregação e entrega de contêineres, sendo que a apreciação do processo se iniciou com a produção de sustentação oral em nome dos ex-diretores da ANTAQ, que foram chamados a justificar a produção da Resolução nº 2.389/2012.

Iniciou-se o julgamento esclarecendo a inegável importância do interesse econômico do tema. Quanto a esse ponto, indicou-se que não caberia ao TCU o papel de defensor de quaisquer dos grupos envolvidos na disputa, e sim o de defender a eficiência do jogo regulatório. Feito esse esclarecimento, passou a discorrer sobre conceitos do setor portuário, sobre a natureza e o histórico do THC2 e, ainda, sobre conceitos de regulação e regulamentação.

Trouxe, assim, que o THC2 seria o preço cobrado para segregação e entrega das cargas para importação, sendo que essa cobrança já se daria há algum tempo e de fato já teria sido objeto de diversos questionamentos – no Porto de Santos, especialmente, a controvérsia sobre o THC2 seria intensa.

Explicou que, a fim de uniformizar o entendimento, a ANTAQ aprovou a Resolução nº 2.389/2012, regulando a cobrança. O texto da norma, contudo, teria se mostrado ineficaz para apaziguar os conflitos existentes, sendo que, na audiência pública referente à aprovação da Resolução, inclusive, teria havido diversas manifestações acerca da assimetria do disposto na norma com o praticado na realidade.

Expôs que a decisão, na Resolução, de remeter o estabelecimento do preço-teto às autoridades portuárias teria sido tomada sem a correspondente fixação de diretrizes e responsabilidades, deixando livre a negociação entre o terminal portuário e o recinto alfandegário, mesmo sabendo que aquele possuiria posição privilegiada com relação a este. Assim, a ANTAQ não teria cumprido com o seu objetivo institucional de regular o mercado portuário, de harmonizar os interesses em questão e de evitar infrações à ordem econômica.

Trouxe, em seguida, que as modificações introduzidas na versão final da Resolução contrariariam o entendimento expresso pelo CADE e pela própria área técnica da ANTAQ acerca da conceituação do THC2 e de sua cobrança. Ademais, no texto final da norma teria ocorrido retirada injustificada de parte do *caput* do antigo artigo 5º, que estabelecia justamente o preço-teto.

Nesse sentido, afirmou que, como alegam os ex-diretores, de fato não houve supressão, mas apenas mudança da disposição, que foi para o artigo 9º. Ocorre, contudo, que o artigo 9º, §1º, não possuiria eficácia regulatória, não limitando o uso abusivo dos terminais portuários no âmbito da cobrança da tarifa. Assim, a

não eficácia do instrumento regulatório, somada à inércia da ANTAQ, teria gerado problemas concorrenciais, tendo a decisão dos gestores contrariado decisão do CADE à época.

No mais, a despeito de a unidade técnica da ANTAQ ter apresentado posicionamento divergente ao da Resolução, a diretoria da época não o adotou, e não teria motivado a não adoção.

No mérito, assim, entendeu que a versão final da Resolução nº 2.389/2012, que encurtou a definição do *Box Rate* e do THC2 e autorizou, por consequência, que os terminais portuários impusessem a cobrança do THC2 aos recintos alfandegados independentes, não teria buscado solucionar o conflito histórico existente sobre a questão.

Em decorrência de todo o exposto, a Ministra Relatora Ana Arraes entendeu que caberia a aplicação de multa aos três ex-diretores da ANTAQ, que teriam se esquivado de regular e evitar problemas no mercado portuário. Quanto à Resolução em si, concluiu que essa não seria ilegal, mas que seria ineficaz para ações de regulação.

Propôs, então, determinar à ANTAQ que: (i) elaborasse e publicasse as composições de custo dos serviços referentes à THC2, com o objetivo de balizar o exame de pertinência da tarifa e analisar eventual abuso em sua cobrança; (ii) procedesse com a revisão da Resolução nº 2.389/2012, de forma a contemplar o novo marco regulatório do setor portuário; (iii) encaminhasse, em 30 dias, as providências tomadas. Quanto aos três gestores, propôs rejeitar suas razões de justificativa e lhes aplicar multa individual no valor de R\$ 30 mil.

Exposto o caso acima, passa-se a primeira fase de análise, quanto à possibilidade de controle do ato questionado. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União entendeu que (ii) houve vícios procedimentais na atividade da agência reguladora, já que a diretoria não teria fundamentado a discordância com a unidade técnica e (iii) houve clara e inequívoca omissão regulatória, já que o ato normativo não teria sido eficiente para solucionar a questão¹². Não houve apontamento de (i) ilegalidade rigorosamente literal do ato normativo, embora, em julgamento, apontou-se que estaria em divergência com o posicionamento da unidade técnica da agência reguladora e do CADE. Haveria, portanto, possibilidade de controle do ato questionado.

Quanto à segunda fase, entende-se que (a) o Tribunal de Contas da União não adotou medida de autocontenção, já que, no caso, realizou determinações para a alteração do ato normativo, não adotando a prática de recomendações a agência reguladora. Também, que (b) a ordem proferida pelo Tribunal de Contas

¹² Quanto a este ponto, vale ressaltar que o julgamento foi interrompido por pedido de vista do Ministro Benjamin Zymler, que teria entendido justamente que a expedição do ato normativo afastaria eventual omissão regulatória.

da União não está inequivocamente abrangida pela Constituição, já que não há previsão expressa de sanção a dirigentes de agências reguladoras por parte do TCU por omissão regulatória.

Conclui-se neste caso, portanto, que embora o Tribunal de Contas da União tenha agido dentro das suas possibilidades de controle, não observou integralmente os deveres de autocontenção e de proporcionalidade da medida adotada.

Monitoramento - Suspensão de prorrogações antecipadas de contratos de arrendamentos portuários

Por meio do Acórdão 2486/2018-P, proferido na sessão de 31 de outubro, o TCU, sob relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, analisou o TC 005.313/2018-0, monitoramento de deliberações proferidas com o objetivo de avaliar os procedimentos adotados na prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários.

Segundo o Ministro Relator, o Poder Executivo não estaria exigindo índices adequados de eficiência para o setor, concluindo que a maioria das prorrogações antecipadas são deletérias ao interesse público. Por isso, ao contrário do que antes se pensava, a opção mais vantajosa seria aguardar o encerramento dos contratos e relimitar os empreendimentos, e não prorrogar antecipadamente os referidos contratos.

Ponderou que, dentre as doze prorrogações antecipadas realizadas sob a égide da nova Lei dos Portos, foi verificada, de modo geral, a não execução de investimentos, com uma realização na ordem de apenas 30% do montante previsto.

Também indicou a ausência de controle por parte da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, que teria demonstrado ausência de capacidade para realizar suas atribuições ou mesmo para cumprir as regras que ela própria estabeleceu para avaliação de projetos executivos. Assim, enfatizou a necessidade de apuração de responsabilidade dos agentes públicos da Antaq que se abstiveram de analisar os projetos executivos das renovações antecipadas já celebradas.

Registrou a existência de lacunas normativas e deficiências institucionais que fundamentariam a necessidade de imposição de medida cautelar para impedir a celebração de novas prorrogações antecipadas. Também mencionou a ausência de procedimentos detalhados e de regulamentação do novo decreto 9.048/2017, bem como criticou o instituto das prorrogações antecipadas de modo geral, não apenas no setor portuário.

Por fim, analisou o estado de cada arrendamento, concluindo que, dos mais de R\$ 2,5 bilhões que poderiam ter sido investidos no ano de 2017, pelas

arrendatárias com contratos antecipadamente prorrogados, apenas R\$ 964 milhões foram investidos.

Determinou, portanto, à Antaq e ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que se abstenham de assinar novas prorrogações antecipadas de contratos de arrendamentos portuários até ulterior deliberação pelo TCU. Além disso, fez determinações para que sejam sanadas as irregularidades encontradas e identificados os responsáveis.

Exposto o caso, passa-se a primeira fase de análise, quanto à possibilidade de controle do ato questionado. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União não apontou qualquer das três hipóteses que autorizariam o controle sobre as decisões da agência reguladora, limitando-se a apontar justamente a incapacidade de regular para impedir a agência de exercer suas competências legais. Entende-se, portanto, pela impossibilidade de controle prévio e preventivo de atos regulatórios, criticando-se, portanto a atuação do TCU neste caso.

Quanto à segunda fase, entende-se que (a) o Tribunal de Contas da União não adotou medida de autocontenção, já que, no caso, suspendeu por medida liminar o exercício das competências regulatórias da agência reguladora, pressupondo incapacidade técnica em sua atuação. Também, que (b) a ordem proferida pelo Tribunal de Contas da União não está inequivocamente abrangida pela Constituição, já que não há previsão expressa de controle prévio e preventivo de atos regulatórios por meio de decisões cautelares.

Conclui-se neste caso, portanto, que o Tribunal de Contas da União não conseguiu demonstrar a possibilidade de controle dos eventuais atos regulatórios e, também, não observou integralmente os deveres de autocontenção e de proporcionalidade da medida adotada.

CONCLUSÃO

A partir deste estudo, após exposição sobre o modelo institucional das agências reguladoras, que, a partir de pressupostos de autonomia e independência, desenha-se pela autonomia decisória reforçada por diversos mecanismos, capacidade normativa, abertura à sociedade de seu processo de tomada de decisões e capacidade técnica especializada, entre outros, apontou-se que o tema de seu controle é campo de discussão doutrinária.

Quanto a esse ponto, expuseram-se posicionamentos mais rígidos e mais flexíveis das possibilidades de controle das atividades-fim das agências reguladoras. Daí, partiu-se à obtenção junto a doutrina de critérios para o estabelecimento de limites ao controle das agências reguladoras. A partir de uma leitura dos requisitos propostos por Sundfeld e Câmara e por Mendonça,

chegou-se à proposta de um questionário para análise em duas fases. A primeira, quanto à possibilidade de controle do ato questionado. A segunda, quanto à regularidade e proporcionalidade da atuação desses órgãos.

Elaborado o questionário, realizou-se a exposição e análise de três casos selecionados do Tribunal de Contas da União em 2018. O primeiro, referente à Representação contra a Resolução Normativa nº 1/2015-ANTAQ, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário nacional, ao restringir a possibilidade de navegação de cabotagem por navios de bandeira estrangeira. O segundo, referente a Auditoria Operacional para avaliação dos principais gargalos para liberação de carga containerizada nos portos da Região Sudeste. O terceiro, Monitoramento em que se determinou a suspensão de prorrogações antecipadas de contratos de arrendamentos portuários, em controle prévio e preventivo.

Pelo estudo, chegou-se à conclusão que a doutrina não rejeita a possibilidade de controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, divergindo apenas quanto à extensão desse controle. Também, conclui-se que o Tribunal de Contas da União, em geral, mesmos nos casos de maior tensão aos limites do controle, age dentro de suas possibilidades de controle, embora extrapole as ordens ao jurisdicionado, seja anulando atos normativos das agências reguladoras, determinando sua reforma ou sancionando seus dirigentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- IHB. **Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos?** Seminário Internacional: debates e trabalhos apresentados em Brasília, setembro de 2001. Brasília: IHB, 2003.
- LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis. In: **Revista de direito público da economia**, v. 10, n. 38, p. 147-164, abr/jun 2012.
- MENEZES, Monique. O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 20, n. 43, p. 107-125, out. 2012.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos de Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). **Novos rumos para o direito público**: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 59-68.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Normas e Julgados

BRASIL. TCU. 2018. **Acórdão nº 380/2018-TCU-Plenário**. Brasília: Tribunal de Contas da União.

BRASIL. TCU. 2018. **Acórdão nº 1704/2018-TCU-Plenário**. Brasília: Tribunal de Contas da União.

BRASIL. TCU. 2018. **Acórdão nº 2486/2018-TCU-Plenário**. Brasília: Tribunal de Contas da União.

