

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

REBECA FAUSTINO VIEIRA DA SILVA

**O EQUILÍBRIO ENTRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA E O CONTROLE EXTERNO
EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Caso THC 2: Análise da legalidade da cobrança do Serviço de Segregação e Entrega

São Paulo - SP
2022

Rebeca Faustino Vieira da Silva

O EQUILÍBRIO ENTRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA E O CONTROLE EXTERNO
EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Caso THC 2: Análise da legalidade da cobrança do Serviço de Segregação e Entrega

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em **Direito – Ciências Sociais Aplicadas**, sob a orientação do Prof., Dr. **Jacinto Silveira Dias de Arruda Câmara**.

São Paulo

2022

Banca Examinadora

Dedico esta monografia à
Thais Marmo Novak
a pessoa mais importante de toda a minha
guardação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
METODOLOGIA.....	9
1. ATIVIDADE REGULATÓRIA	11
1.1. Desenvolvimento da regulação em âmbito nacional.....	11
1.2. Agências reguladoras como modelo regulatório.....	15
1.3. Autonomia das agências reguladoras	21
1.4. Controle externo sobre agências reguladoras.....	27
2. CONTROLE EXTERNO E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	35
2.1. Evolução do Tribunal de Contas da União	35
2.2. Competências do Tribunal de Contas da União e seus limites	41
2.3. Dimensão cooperativa do controle.....	48
3. O CASO: COBRANÇA DO SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA.....	57
3.1. Avanço da atuação do Tribunal de Contas da União	57
3.2. Alguns efeitos colaterais no exercício do controle externo	59
3.3. Progressão do entendimento	60
3.4. TCU e a cobrança do serviço de segregação e entrega	64
3.4.1. Acórdão nº 1.704/2018.....	65
3.4.2. Acórdão nº 923/2019	66
3.4.3. Acórdão nº 1.448/2022.....	67
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

A instauração de um novo sistema político, após o fim do regime militar em 1985, exigiu que parcelas substanciais da administração pública fossem reestruturadas para fins de garantia da ordem institucional e devida organização de Estado. O modelo centralizador de decisões administrativas cedeu espaço à proliferação para a pluralidade de órgãos descentralizados.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto foi elaborado com relevante participação social, trouxe em seu bojo aspectos valorativos avessos ao regime político anterior. Prezou-se pela conferência de maior relevância à diversidade e manifestação popular, além de transparência no exercício das atribuições do Estado.

Alterou-se, também, a política econômica. A anterior atuação direta no mercado, por meio de empresas estatais detentoras de monopólio, cederam espaço à atuação da iniciativa privada nos mais diversos setores de interesse público. A descentralização administrativa exigiu a organização de um modelo regulatório com a finalidade de assegurar as premissas democráticas e de legitimidade frente às novas possibilidades de exploração das atividades econômicas, de forma a equilibrar os interesses de diversos atores que, na prática, correspondem à sociedade brasileira.

O denominado Programa Nacional de Desestatização deu início a criação de agências reguladoras independentes como modelo regulatório brasileiro. A estas autarquias especiais, criadas por lei e dotadas de atribuição fiscalizatória, coordenadora e controladora de setores econômicos estratégicos, foi concedida singular margem de autonomia, tanto decisória quanto normativa.

Para a consolidação de ideal e efetiva relação entre o setor privado e poder público, as instituições tiveram que se adequar perante a constante preocupação entre o equilíbrio e disfunções institucionais. Seja este entre mercado e interesse público, ou entre a atividade regulatória e o controle da Administração Pública.

Diante deste cenário que as instituições responsáveis pelo controle externo da Administração Pública começam a adquirir novos contornos de atuação. Suas competências, consideravelmente com a promulgação do texto constitucional de 1988, alterou consideravelmente sua forma de atuação.

Os Tribunais de Contas, antes limitados ao mero exercício do controle de conformidade, limitado a questões de caráter financeiro, receberam nova função, como também novos parâmetros de atuação.

Os parâmetros objetivos de controle cederam espaço para uma fiscalização integral sobre as medidas e políticas realizadas pela Administração Pública. As auditorias operacionais, capazes de promover a alteração da cultura dos Tribunais para a adoção de uma postura colaborativa, alteraram significativamente as dinâmicas político-institucionais.

No presente trabalho, será abordada a relação entre a atividade regulatória exercida pelo Estado brasileiro, por intermédio das agências reguladoras independentes, e o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União.

Faz-se necessária a abordagem acadêmica no sentido de interpretar e analisar, de modo prático, as dinâmicas institucionais, previstas na Constituição Federal e em diversos dispositivos legais, a fim de se aferir sua efetividade prática e reparar eventuais disfunções relativas à sua finalidade original.

O escopo do trabalho corresponde ao desenvolvimento da compreensão dos mecanismos político-institucionais que envolvem a atividade regulatória e o respectivo controle dos atos da Administração Pública relativa à matéria. Para viabilização da pesquisa, foi necessário escolher tópico controverso, em matéria de regulação, a fim de possibilitar a visualização da existência de possíveis desequilíbrios entre o controle externo exercido sobre a Administração Pública.

O trabalho se inicia com a análise do modelo regulatório adotado no Brasil. O desenvolvimento do estudo acerca de seu desenvolvimento, origens e consolidação possibilita, enfim, a percepção da capacidade de suas funções públicas no atingimento de suas finalidades.

Por conseguinte, a partir da análise da qualidade das atividades regulatórias no Estado brasileiro, a compreensão do papel do controle externo na dinâmica institucional se torna clara.

Ao explorar as atribuições e as possibilidades do exercício do controle externo da Administração Pública por parte do TCU, confere-se maior profundidade a pesquisa, a qual, por fim, dependerá do estudo das controvérsias em torno da cobrança pelo serviço de segregação de entrega de contêineres (SSE), também denominada de “THC2”, para a compreensão da relação entre atividade regulatória e controle externo.

A pertinência do trabalho reside no fato de persistirem controvérsias acerca de temas de matéria regulatória, consideravelmente explorados e deliberados, mantendo-se como produtores constantes de insegurança jurídica mesmo após décadas.

Tal fato constitui em um dos diversos sintomas de disfuncionalidades apresentadas pela formação política do Brasil, dentre seus sintomas, muitas vezes é incluído o indevido exercício de competências e atribuições por parte de órgãos de controle. A fiscalização operacional,

prevista, pela primeira vez, pela Constituição Federal, com o intuito de alterar a postura punitiva dos Tribunais de Conta, na prática, muitas vezes, prejudica o ideal funcionamento do Estado.

Matérias de inquestionável relevância jurídica, ao serem abordada de forma concreta pelo organismo institucional do Estado, levantam uma série de questionamentos relativos à efetividade formal do modelo regulatório brasileiro e a manifestação de seus mecanismos na prática.

METODOLOGIA

O trabalho utiliza-se, inicialmente, de pesquisa qualitativa de fonte primária documental, a partir do método indutivo, a fim de contextualizar o arcabouço teórico que o justifique. No primeiro momento, o principal material de estudo é bibliográfico, o qual aprofunda conceitos pertinentes tanto a agências reguladoras independentes, como ao controle externo.

A exposição de bases teóricas permite que, então, seja analisada a atuação do Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo sobre atividades regulatórias executadas por agências reguladoras. Enquanto as agências exercem funções regulatórias, em caráter típico, o TCU é responsável pelo controle de suas atribuições, de modo a verificar a compatibilidade de suas atividades regulatórias a partir de parâmetros de conformidade, economicidade e eficiência.

O trabalho pretende compreender a dinâmica do controle a partir de pesquisa bibliográfica e estudo de caso. Parte-se da premissa de que o ideal funcionamento da atividade regulatória, desempenhada pelas agências reguladoras, depende da observância estrita das previsões constitucionais e legais de competências e atribuições de suas respectivas instituições, a fim de que seja garantida a previsibilidade da atuação do Estado e a horizontalidade de órgãos autônomos.

A constatação do ideal exercício do controle externo da Administração Pública realizado pelo TCU dependerá da estrita observância os objetos, parâmetros e produtos conferidos à Corte para a execução de suas atribuições, de forma constitucional e normativa.

Para a aferição de disfunção do modelo regulatório nacional, será necessário observar a utilização do controle de substituição, em detrimento ao controle por cooperação previsto constitucionalmente.

A hipótese de pesquisa pressupõe que o Tribunal, ao fiscalizar agências reguladoras no âmbito de sua jurisdição indireta – operacional – acaba por promover a substituição das decisões do regulador pelo próprio entendimento, subvertendo a lógica cooperativa deste tipo de fiscalização.

Analisar-se-á o mérito das conclusões do TCU, em matéria de fiscalização, a fim de constatar se houve a expedição de determinações e recomendações em matérias além das procedimentais.

Parte-se do pressuposto de que a mera intervenção de matéria procedimental, mesmo em caráter impositivo, não seria suficiente para substituir entendimentos concluídos pelo regulador por meio de técnica.

Por outro lado, para a constatação de ocorrência de substituição da regulação exercida pelo regulador, a intervenção em dimensão substancial deverá ser manifesta somente em caráter impositivo. Isto porque recomendações no âmbito de auditorias operacionais são previstas pela Constituição, ainda que dotadas de controvérsias.

Diante da constatação de intervenção em matéria substancial, e não procedimental, utilizando-se de comandos impositivos proferidos por meio de determinações será considerada a ocorrência do controle por substituição, em detrimento ao controle externo cooperativo.

1. ATIVIDADE REGULATÓRIA

1.1. Desenvolvimento da regulação em âmbito nacional

No Brasil, o final do século XX foi marcado como um período de recuperação econômica após anos de intenso processo inflacionário e baixa disponibilidade e variedade de produtos de consumo. A postura intervencionista do Estado demonstrava sinais de falibilidade. Após a redemocratização e consolidação da moeda nacional, foi possível vislumbrar novos horizontes e possibilidades de investimentos privados antes inexistentes, as quais exigiram, por parte do Estado, reformas e organização do sistema vigente.

A abertura democrática e a estabilização do mercado interno possibilitaram que grupos econômicos, nacionais e internacionais, requisitassem maior abertura à participação da iniciativa privada em diversos e estratégicos setores econômicos, os quais, até então, estavam sob controle parcial ou integral do Estado.

Por conseguinte, o Estado foi provocado a reconfigurar-se, de modo a garantir participação plural de diversos atores em setores econômicos de interesse social e geral. Deste modo, foi superada não somente uma política de governo adotada no decorrer do regime militar, e sim, uma longínqua e complexa política de Estado que conferia ao Estado brasileiro o caráter de Estado interventor, não só em setores essenciais, configurando singular protagonismo relativos à garantia e viabilidade da sociedade, como também de toda a ordem econômica.

Destarte, a implantação eficiente de um novo modelo de governança requereu drástica reforma do Estado. Precipuamente, a elaboração de uma nova Carta Magna inauguradora do ordenamento jurídico nacional, a qual além de facilitar o processo, consolidou as bases de execução destas exigências. Ademais, movimentos institucionais e sociais de superação ao regime autoritário eram, de certa forma, compatíveis aos anseios do mercado.

A saber, o Ministério Público exerceu importante papel institucional no processo de transição democrática. Embora fosse órgão integrante do Poder Executivo no período militar, sua atuação e ampliação de prerrogativas ocorreu conjuntamente ao processo de democratização gradual (ARANTES, 2012). Quanto à população, esta exigiu eleições diretas e maior participação popular e transparência em matéria de gestão pública.

A descentralização administrativa do Estado brasileiro foi um resultado inevitável diante de pressões históricas, internacionais, mercadológicas e populares. Respalhado pelo inaugurado Estado democrático de direito, o Brasil superou seu caráter interventor para passar

a adotar uma nova forma de atuação frente ao mercado, a denominada administração gerencial. Nas palavras do Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira:

A atual reforma está apoiada na proposta de administração pública gerencial, como uma resposta à grande crise do Estado dos anos 80 e à globalização da economia — dois fenômenos que estão impondo, em todo o mundo, a redefinição das funções do Estado e da sua burocracia. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 7)

A fim de não desfigurar as características e prerrogativas inerentes ao Estado, exigiu-se a criação de um novo modelo jurídico-institucional de atuação estatal. A postura regulatória adotada, estaria, portanto, em maior conformidade à Constituição de 1988 e ao sistema político brasileiro, considerado como uma política de aumento da governança do Estado, por viabilizar a execução de intervenções técnicas e previsíveis, diante de determinados vácuos impassíveis de serem regulados pelo próprio mercado (BRESSER-PEREIRA, 1996).

A regulação pressupõe a existência de atividades comerciais e mercadológicas, as quais observam parâmetros e dinâmicas próprias, exigindo-se a interferências pontuais, planejadas e estratégicas, para viabilizar o cumprimento de parâmetros preestabelecidos, de modo a preservar o interesse público e coletivo no desenvolvimento e exploração de determinado setor econômico essencial.

Sérgio Guerra, ao abordar a perspectiva histórica da descentralização estatal, a analisou de forma a frisar sua finalidade:

Naquela fase, a segregação de competências entre a Administração Pública direta e a indireta para a regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas, apresentou-se como sendo fundamental para: (i) criar um ambiente propício à segurança jurídica dos contratos com o Estado e atração de capital privado (notadamente estrangeiro); e (ii) descentralizar a governança estatal sobre temas complexos e preponderantemente técnicos, emprestando-lhes certa previsibilidade e tornando-as menos suscetíveis aos embates e interesses político/partidários típicos das rotinas do Congresso Nacional. (GUERRA, 2017, p. 144)

A atuação do Estado é promovida por órgão externo à atividade regulada, o qual limita a liberdade do agente econômico, de modo a observar o interesse geral, nos termos de políticas públicas previamente estipuladas.

A regulação é uma política pública que consiste em uma restrição, ou interferência, nas atividades de um sujeito regulado por alguém (ente regulador) que não desenvolve ditas atividades e que estabelece as regras restritivas e controla o cumprimento das mesmas de forma continuada (MOTTA, 2003, p. 48)

Tal atividade estatal pressupõe um padrão da manifestação da atividade econômica, as políticas públicas adotadas pelo Estado estabelecem uma previsão de expectativa de conduta desejável das atividades do regulado (MOTTA,2003).

A atividade regulatória consiste na prática de atos comissivos ou omissivos, anteriormente previstos em normas regulatórias, as quais vinculam a atuação dos órgãos públicos. Frisa-se, nesta concepção, a imperiosa necessidade de planejamento e externalidade. Isto é, a reconfiguração da posição do Estado como observador e por muitas vezes horizontal, a fim de permitir a participação integral da sociedade. São valorizadas ações pautadas em legitimidade, tecnicidade e transparência, consiste em um processo permanente e dinâmico, sujeito a ajustes, para assegurar a regularidade e continuidade dos serviços prestados.

A limitação da liberdade do prestador, embora tal ideia pareça incongruente aos princípios constitucionais e a ideia contraposta de intervenção, na prática possui a finalidade de introduzir elementos de competição em setores que eram anteriormente conferidos a determinadas empresas estatais. Desta forma, a competição seria como uma fórmula jurídica de estabelecimento de padrões de eficiência nas atividades prestadas, e parâmetro para satisfação do interesse público (MOTTA,2003).

Ainda que a Emenda Constitucional nº 19/1998 tenha conferido relevância constitucional ao princípio da eficiência, persegue-se com a regulação seu caráter econômico, ou seja, sendo plenamente atendida em termos financeiros.

A reorientação estatal optou pela privatização de serviços de elevada relevância social, cuja titularidade ou dever de execução era de exclusividade do Poder Público. Houve, também, a realização de parcerias para execução destas atividades, configurando em um intenso movimento de contratualização da relação entre entes públicos e privados. Neste período, houve intensa produção normativa a fim de disciplinar essas relações entre Estado e particulares, executadas por meio de contratos, com destaque às atividades de Infraestrutura (PEREIRA, 2019).

A solução adotada para a descentralização do Estado e diminuição de seu protagonismo nas atividades econômicas foi a privatização, a qual pode ser definida como um conjunto de decisões que compreendem atividades de desregulação de determinados setores públicos, transferência de propriedade de ativos, prestação e gestão de serviços públicos pela iniciativa privada e incorporação de procedimentos de gestão privada em entes públicos (ARANA, 1991).

Há, também, a concepção da privatização em sentido amplo e estrito, tal como entende Maria Syliva Di Pietro. Em sentido amplo, a privatização consiste em modificação no teor dos modos de atuação da administração como consequência da transferência de empresas e

atividades ao setor privado, sendo, portanto, a reversão ou retração das funções administrativas da economia. A definição contemplaria toda e qualquer medida com o intuito de reduzir a densidade e tamanho do Estado.

Ademais, em seu sentido estrito, consiste na transferência da titularidade de ativos públicos ou de ações de empresas estatais para o setor privado (DI PIETRO, 1999), este conceito é o adotado pelo Programa Nacional de Desestatização, tendo sido aplicado à Lei 9.491/97.

O principal objetivo do Programa Nacional de Desestatização (PND), é enunciado na Lei “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”, inaugurando o texto, previsto no inciso I, do art. 1º. A referida reordenação, de pronto, já previa instrumentos de regulação por parte do Estado, o qual se reconfigurou para tornar possível aplicar a política econômica adotada pelo país.

Por certo, é válido afirmar que, embora a alteração da abordagem de políticas econômicas aparente ampliar a margem de discricionariedade dos particulares, não necessariamente se refletiria na prática. O próprio conceito de regulação pressupõe controle.

Em uma perspectiva econômica, a prevenção de ações com a finalidade de corrigir consequências negativas da atuação de atores privados em setores econômicos, corresponde a uma prática de controle. Entretanto, tal conceituação de controle só é possível em caráter amplo. O controle exercido pela própria administração sobre seus atos contempla atribuições e prerrogativas diferentes das possibilidades passíveis de serem aplicadas a particulares, não sendo compatíveis em termos princípios lógicos e valorativos.

Há pontos de concordância entre o controle exercido pela administração pública e o controle exercido no âmbito de atividades regulatórias. O primeiro, norteado pelo princípio da autotutela, e o segundo, necessário em ambientes que prezam a liberdade econômica e livre concorrência, exigem o estabelecimento de critérios técnicos, para a garantia da efetividade de direitos individuais e sociais, mantendo distantes os interesses de grupos hegemônicos.

Em aspecto econômico, consiste em ações que limitem sujeitos e empresas a prejudicar outras pessoas jurídicas, ou até controlar o desenvolvimento individual, de modo a evitar a lesão da isonomia em determinados setores. Enquanto, em aspecto público, busca-se a adoção de políticas de forma menos política possível.

Conclui-se, portanto, a prejudicialidade de interferências de caráter político, inerente à democracia representativa, no momento da execução de políticas públicas de regulação. Em grande medida, estas medidas são adotadas de caráter transitório e incerto, prejudicando o

desenvolvimento de atividades econômicas a longo prazo, por na prática constituir em obstáculos de caráter fático ao investimento privado, mesmo que juridicamente os atos apresentem-se de forma coerente.

1.2. Agências reguladoras como modelo regulatório

As agências reguladoras foram adotadas com a justificativa de medida estruturante essencial da reforma gerencial do Estado brasileiro. As novas instituições se dedicariam a fiscalizar e organizar setores econômicos, sem ultrapassar a competência de outros órgãos da administração, e, principalmente, a regular os mercados. Tais órgãos seriam capazes de responder a questões regulatórias complexas e sensíveis.

Instituídas por meio de lei na forma de autarquias e qualificadas como “autarquias especiais”, sua origem, elaboração e execução enfrenta desafios de diversas naturezas no decorrer das tentativas do exercício de suas finalidades originárias.

A efetividade de suas atividades é, por diversas vezes, prejudicada devido a circunstâncias fáticas externas, ou dificuldades impostas pelo próprio mecanismo institucional, ao ser demandada a participação de diferentes órgãos da Administração Pública na rotina da atividade regulatória.

Na prática, as agências reguladoras independentes são dotadas de competência essencialmente técnica. Por meio de outorga e delegação de funções típicas de outros poderes, a atuação destes organismos foi conferida de modo singularmente ampliado. As agências detêm funções normativas, fiscalizadoras, sancionatórias, judiciais e até arbitrais, concedidas por força de sua própria natureza e finalidades.

Finalidade esta que seria a promoção e efetivação de respostas técnicas, eficientes, complexas e imparciais, externas às decisões políticas ou interesses particulares. Por conseguinte, suas finalidades coincidem à natureza da regulação, que visa a manutenção de ambiente equilibrado, em que não haja favorecimento de determinados autores em detrimento de outros.

Professor Marcos Augusto Perez analisa o caráter econômico da escolha de modelo regulatório:

as agências reguladoras são, em essência, organismos típicos do ‘estado de bem-estar’, voltados a monitorar a intervenção da Administração no domínio econômico,

atividade que realizam através do poder regulamentar que lhes é atribuído, mas também através de função contenciosa e de fiscalização. (PEREZ, 2000, p. 61)

Após discorrer acerca do ideal funcionamento de uma agência reguladora, o Professor Paulo Roberto Motta afirma que, para que esta atinja seus preestabelecidos fins, é necessário que sejam perseguidos requisitos não exatamente condizentes com a realidade.

Evidente que, como o texto não esconde, o tipo ideal de agência demonstra, *prima facie*, as enormes dificuldades, algumas absolutamente intransponíveis, que elas, no mundo concreto, enfrentam.

Tal fato não é gratuito, uma vez que, conforme aprofundar no capítulo posterior, as agências reguladoras, na verdade, visam uma legitimidade meramente formal, procedimental, pouco preocupadas com a eficácia material de seus institutos.

Na verdade, em face das suas debilidades estruturais, e suas antinomias com o Estado Social, elas se caracterizam como entidades formais, despreocupadas (ou pouco preocupadas) com a efetivação dos direitos fundamentais da cidadania. São, na verdade, instrumentos jurídicos a serviço da eficiência econômica, quase sempre adversária dos setores mais desprotegidos das sociedades. (MOTTA, 2003, p. 106)

Na prática, a falta de otimismo de alguns doutrinadores do Direito é refletida de forma pragmática diante dos percalços enfrentados no cotidiano da regulação em diferentes setores.

Desafios como a indefinição de arranjos regulatórios, gerando os chamados *gaps* regulatórios e institucionais, a falta de clareza quanto aos limites regulatórios em determinados setores e os respectivos órgãos responsáveis pela supervisão e formulação de políticas públicas, assimetria de informação no processo regulatório e a captura de agências por grupos de interesse.

Em princípio, a indefinição de arranjos regulatórios corresponde a intercorrência constatada na execução de contratos, a qual está além das disposições previstas em peças contratuais ou na matriz de risco. As discussões relativas ao pagamento de outorgas nas concessões de aeroportos no país resultam em indefinição, gerando um espaço regulatório entre a ANAC e os ministérios. (CUNHA, GOMIDE, KARAM, 2016)

A não delimitação de limites regulatórios em muitas ocasiões são enfrentados como desafio. Na medida em que a própria natureza das agências reguladoras provocou uma alteração na produção normativa de suas leis instituidoras. Tal natureza foi adquirida a partir do deslocamento do poder decisório de órgãos tradicionais de poder, gozando, então, de amplas competências e autonomia diferenciada.

O legislador reconheceu a incapacidade de exaurir todas as hipóteses reais em texto normativo (SUNDFELD, 2000b), sendo criadas e formuladas, portanto, a partir das denominadas leis-quadro.

As leis instituidoras das agências reguladoras integram, destarte, a categoria das leis-quadro (lois-cadre) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.

Podemos ver, com efeito, que, apesar da maior ou menor magnitude de poder normativo legalmente outorgado nas suas esferas de atuação, todas as agências reguladoras – umas mais e outras menos – possuem competências normativas calcadas em standards, ou seja, em palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, devendo exercer estas competências na busca da realização das finalidades públicas – também genéricas – fixadas nas suas respectivas leis. (ARAGÃO, 2013, P. 441)

Na rotina regulatória, tal *déficit* de delimitação do objeto da regulação de determinada agência e a indefinição de ministério ou política pública que estaria submetida, substanciam em falha técnica e geram instabilidades.

A doutrina, desde logo, assumiu tal caráter desafiador na adoção deste modelo. Carlos Ari Sundfeld observou a dificuldade de definição exata acerca da previsão de conteúdo mínimo regulação.

Para o autor, a fixação dos denominados standards deve ser estabelecida com o objetivo de imposição de limites claros, sob pena de ocorrer a pura delegação legislativa. O acompanhamento do cumprimento dos objetivos definidos para o setor, exigindo relatórios detalhados e submetendo-os às comissões específicas do Parlamento, são indispensáveis para a ideal aplicação do modelo (SUNDFELD, 2000a, p. 29).

Outro fator levantado é relativo às fontes de informações. A necessidade de regulação de determinado setor pressupõe falhas de mercado, uma vez que o poder público interfere em setores econômicos para a estrita observância do interesse público. Deste modo, para a execução de boas práticas regulatórias é necessário conhecimento apriorístico sobre as atividades das empresas a serem impactadas com a regulação.

Conclui-se que as decisões tomadas pelo regulador estão subordinadas às informações fornecidas pelos regulados. Devido ao fato de muitas vezes não disporem de instrumentos de aferição de informações, os reguladores dependem diretamente das informações oferecidas pelos regulados, gerando assimetria entre a realidade e informações prestadas (PINTO Jr, PIRES, 2000). Há um conflito de interesses na relação entre Estado e mercado, prejudicando diretamente a atividade regulatória.

Por fim, a perseguição do compromisso regulatório sob a aplicação da teoria do principal-agente é um dos principais motivos da sujeição do modelo de agências reguladoras independentes a críticas, sintetiza de diversas formas os desafios aqui já expostos.

A delegação, em tese, seria suficiente para conferir credibilidade técnica às decisões, devido ao afastamento da tomada de decisões de centros políticos de poder. Na prática, há o entendimento que a mera descentralização não é suficiente para o impedimento de influências de determinados grupos em matéria decisória, práticas de captura são comuns ao modelo, conforme enuncia Marcelo Barbosa (2011, p. 30):

Assim, a sociedade é formada por grupos de interesse que demandam regulação. Para análise da regulação pode-se identificar que existem grupos de interesse que demandam a realização de políticas de regulação. Estes grupos, na mesma linha de raciocínio, vão exercer pressão política, porque vão demandar um desenho da agência encarregada das políticas/ programas que mais se compatibilize com seus interesses.

Nesta seara, as teorias de controle externo tomam forma e começam a estabelecer contornos em matéria regulatória. Outrossim, constatado o não atendimento integral às finalidades regulatórias pelas agências reguladoras independentes, órgãos da Administração Pública são naturalmente provocados a reagir diante de disfunções, conforme alude o Paulo Roberto Motta:

A lei de criação, por sua vez, deve limitar, detalhadamente, toda a competência delegada pelo legislador à agência reguladora. Os limites da delegação devem encontrar na lei criadora o *locus* de sua intensidade e dimensão, a fim de que possa o intérprete, com presteza e correção, verificar, no futuro, o campo normativo reservado à agência, bem como todo o campo normativo que continua no âmbito de competência do Parlamento e do Executivo. Nestes termos, sua instalação deve ser realizada por decreto, na forma preconizada pelo direito administrativo brasileiro. O decreto, como comezinho, não poderá jamais alargar o âmbito de aplicação das competências delegadas na lei criadora. Deve também o decreto aprovar o regulamento da agência, de forma que regulamente e estabeleça os requisitos necessários à implantação da agência reguladora. (MOTTA, 2003, p. 101)

O modelo de agência reguladora independente não é autêntico, foi inspirado em modelos de regulação internacionais pautados em uma política de governança, na época denominada como *New Public Manage* (CORREIA; MATOS; DIAS, 2019). Embora indiscutivelmente inovador, as agências não foram inéditas no exercício de regulação de atividades de fiscalização e regulação:

Todavia, antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do Programa Nacional de Desestatização – PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladoras, tais como o Conselho Monetário Nacional – CMN, o Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF. (ARAGÃO, 2013, p. 272)

Para o Professor Alexandre Aragão “o que caracteriza as agências reguladoras é a independência ou autonomia reforçada que possuem em relação aos Poderes centrais do Estado e, em especial, frente à Administração Pública central.” (ARAGÃO, 2013, p. 351). Ainda, Paulo Roberto Motta destaca que a matéria já era de conhecimento prévio de pesquisadores de gestão pública e estudiosos no campo do Direito:

a questão regulatória no Brasil possui tradição doutrinária e foi, em determinados momentos históricos, objeto de grande preocupação governamental, notadamente no Estado Novo, onde, não por acaso, iniciou-se no país um longo projeto de nacionalização de setores econômicos e, conseqüentemente, o afastamento do capital estrangeiro das empresas prestadoras de serviço público. (2003, p. 79)

No processo de reforma da administração pública da década de 90, a preocupação regulatória no Brasil foi marginalizada perante preocupações políticas e populares frente às primeiras privatizações de setores econômicos estratégicos.

O encaminhamento ao Congresso Nacional de leis instituidoras de agências reguladoras foi precedido de debates e discussões doutrinárias robustas, de modo que prejudicou a delimitação de suas atribuições e limites em matéria de política pública e intervenção nos respectivos setores (PECI, ARAGÃO, 2007).

Resultado de um conhecido movimento sofrido em países periféricos, houve intervenção proposta a partir dos países do capitalismo central e dirigidas à periferia e aos países em desenvolvimento.

As agências reguladoras foram originariamente formuladas a partir do Consenso de Washington, o qual propunha uma série de medidas quase integralmente adotadas pelo Brasil, sendo elas a boa burocracia (o gerencialismo e superação da administração burocrática), o judiciário independente, instrumentos de proteção à propriedade, novos mecanismos de governança, e bancos centrais independentes. A adoção destas boas políticas tinha como pretexto a plena manutenção da democracia. (ROSALEN, 2014).

O modelo de agências reguladoras independentes despontou, então, sob os influxos da globalização e da pressão internacional em torno de um conjunto de medidas que se convencionou chamar de Consenso de Washington, como o arranjo ideal para implementar o novo padrão de intervenção estatal – assentado em negócios público-privados e regulação. (PEREIRA, 2019, p. 20)

Ainda, nas palavras de Marcos Perez entende-se o processo de incorporação do instituto pelo Direito Administrativo brasileiro, suas inspirações e origens.

As agências reguladoras de nosso Direito têm como musa inspiradora a “agency” do Direito Administrativo norte-americano. As “administrative agencies” começaram a ser concedidas em meados do século passado pelos nossos irmãos do norte, inicialmente sem forma ou nome definidos, através da indicação de fiscais de navios à vapor, visando coibir os acidentes com caldeiras, então muito frequentes. A instituição formal da primeira agência, nos Estados Unidos da América, data de 1888, com a criação da ICC (Interstate Commerce Commission), mas a proliferação das mesmas deu-se realmente com o crescente intervencionismo estatal na economia, já no presente século, com o New Deal de Roosevelt. (PEREZ, 2000, p. 60)

Embora diante da evidente tentativa de replicação do modelo americano, a Professora Di Pietro explica, de forma teórica, a aplicação do instituto em cenário nacional.

“o vocábulo ‘agência’ é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro no movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, Ed. ATLAS, 11ª ed., 1999, p.385.

Não somente em perspectiva técnica, mas as finalidades e motivações que provocaram a criação de agências reguladoras autônomas foram diametralmente opostas, sob o aspecto político.

Enquanto no Brasil buscava-se a descentralização administrativa e a superação do intervencionismo estatal, nos Estados Unidos o movimento era no sentido de relativizar os clássicos direitos liberais de liberdade e propriedade.

As reformas foram, então, executadas de forma a atrair investidores externos e superar ameaças autoritárias, por intermédio da instituição de instituições insuladas de eventuais intervenções políticas, garantindo uma política de Estado de manutenção de *status quo* e proteção à propriedade privada de investidores, imune a possibilidade de ameaças confiscatórias, de expropriação ou até rupturas unilaterais de contratos. Binjenbojm também alerta ao caráter flagrantemente díspar entre os dois modelos:

A circunstância de o modelo regulatório brasileiro, implantado na década de 1990, haver sido inspirado, em larga medida, no desenho institucional norte-americano pós-New Deal – estruturado em agências com acentuado grau de autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo e fundado na idéia do insulamento político de administradores pretensamente neutros, dotados de elevada qualificação técnica – torna especialmente interessante o exercício comparativo entre os dois contextos nacionais. A verificação de significativas distinções – senão que verdadeiras oposições – entre os cenários político, ideológico e econômico em que se deu a implantação de cada um dos referidos modelos em cada um dos referidos países. (BINENBOJIM, 2005, p. 148)

Muito embora haja espaço e argumentos suficientes para condenar o modelo regulatório adotado no Brasil, em muitos aspectos, a efetividade das agências reguladoras independentes é prejudicada pelo não atendimento das normas jurídicas que as dispõe. Este é também o entendimento de Carlos Ari:

É inevitável reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte carga de ingenuidade. Protótipos abstratos costumam gerar monstros no mundo real, cujas complexidades com frequência se encarregam de distorcer, mesmo sem negá-los explicitamente, todos os belos princípios de que se partiu. Sonhar com autoridades equilibradas, imparciais, tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do Direito, etc, em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos. Cada instituição comporta um lento e dolorido processo de criação e depuração. (SUNDFELD, 2000a)

1.3. Autonomia das agências reguladoras

O intuito da criação do regime jurídico de agências reguladoras no Brasil era manifesto: assegurar a promoção de um modelo gerencial de Estado, incorporando lógicas empresariais à organização da coisa pública.

A elaboração de um modelo regulatório brasileiro tinha, como maior objetivo, a garantia da proteção de direitos de propriedade de investidores nacionais e internacionais. A assunção do compromisso regulatório pelo Estado pontua o marco em que as relações público-privadas assumem *status* de política de Estado, não mais devendo ser volúvel a eventuais mudanças de governo.

O propósito da desestruturação dos denominados anéis burocráticos não estava restrito à superação de um modelo econômico e a adoção de políticas neoliberais. Manifestado de forma díspar ao que ocorreu nos Estados Unidos, por exemplo, enquanto a preocupação estadunidense era a relativização de direitos de liberdade e propriedade, no Brasil era necessário garantir sua proteção jurídica (BINENBOJM, 2005).

Ao atingir tal finalidade, o objetivo era a atração de capital estrangeiro para investimentos, principalmente em infraestrutura, em território nacional. Deste modo, foram submetidos a órgãos, com atribuições técnicas específicas, os setores econômicos relevantes ao interesse público, os quais seriam regulados por meio de fiscalização, submissão a normas específicas e aplicação de sanções em caso de descumprimento.

A criação de instituições paralelas conferia grau ainda maior de compromisso e segurança aos investidores. Destarte, a independência das agências reguladoras é a base para a consolidação deste modelo, justificando tantas outras características inerentes. A denominada autonomia reforçada não só garante a proteção diante de eventuais ameaças políticas ao mercado, como confere, à Administração Pública, arranjo horizontal e legitimador na intervenção econômica.

A autonomia é característica essencial para a caracterização das agências reguladoras como independentes e, conseqüentemente, como organismos capazes de executar suas respectivas atribuições de modo a corresponder a finalidade de criação. O sucesso do programa nacional de privatizações e desestatizações estava condicionado à manutenção da estabilidade política e previsibilidade jurídica.

Cabe ressaltar que o termo independência não é sinônimo de autonomia, sendo muitas vezes utilizado de forma acentuada. Carlos Ari Sundfeld, ao abordar acerca do tema da independência, alerta sobre a utilização do termo, considerando ser uma:

“afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja autônoma em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse poder” (SUNDFELD, 2000, p. 24)

O caráter da autonomia é limitado. As agências reguladoras são autarquias de regime especial, somente, componentes da Administração Pública Indireta, estando sujeita ao controle externo ou da própria Administração. Não submetidas, entretanto, a relação de subordinação.

Por força de seu caráter autônomo, as agências reguladoras são submetidas ao crivo do controle de maneira externa, não sendo válida a intervenção direta dos órgãos aos quais estariam subordinadas. Desta feita, conforme o entendimento de Alexandre de Moraes, a autonomia não isenta estas entidades de serem fiscalizadas.

apesar de sua independência, as Agências Reguladoras devem sofrer controle dos Poderes constituídos, em face da necessária manutenção do sistema de freios e contrapesos caracterizador da ideia de separação de poderes e da manutenção da centralização governamental. (MORAES, 2022, p. 29)

O controle do Poder Executivo sobre as agências reguladoras é manifesto a partir da iniciativa de lei para criar, alterar e extinguir agências, há a previsão de coordenação geral da administração pública, além da possibilidade de fiscalização por meio de contratos de gestão (MORAES, 2022).

Sundfeld frisa a natureza das agências reguladoras para especificar o limite da intervenção da Administração sobre suas atividades:

São entidades com tarefas tipicamente de Estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas, decidem sobre reclamações de consumidores. Gozam de autonomia em relação ao Executivo: seus dirigentes têm mandato e, por isso, não podem ser demitidos livremente pelo Presidente ou Governador; suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central, e assim por diante. Sua tarefa? Ordenar setores básicos da infraestrutura econômica. (SUNDFELD, 2000a, P. 19)

Por vezes, há o desafio de se delimitar os limites das atribuições das agências, devido à natureza das leis instituidoras de suas atribuições. As denominadas leis-quadro possibilitam uma ampla gama de atuação. Entretanto, as atividades regulatórias não confundem-se a atuação estatal.

Para a devida compreensão da atividade regulatória no Brasil, faz-se necessário analisar a real autonomia das agências reguladoras, uma vez que circunstâncias institucionais e fáticas comprovadamente prejudicam a devida execução de suas atribuições.

Os complexos mecanismos institucionais, organizados para possibilitar a criação e manutenção das agências reguladoras enquanto órgãos autônomos, ao atuarem em suas próprias atribuições, muitas vezes abreviam o alcance real da autonomia destas agências e, portanto, da sua competência em realizar a regulação em âmbito nacional. Com efeito, os desafios inerentes à atividade regulatória e, conseqüentemente, ao modelo de agências reguladoras independentes manifesta-se no Brasil em condições singulares.

O próprio sistema político adotado por intermédio da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao ser aplicado à realidade política brasileira, tomou os contornos de um presidencialismo que, mais tarde, Sérgio Henrique Abranches denominaria como presidencialismo de coalização. Ainda que suas características sejam marcadas pela disparidade entre as lideranças parlamentares e do Poder Executivo, esta relação institucional reflete-se em matéria regulatória, ao ser considerada como aspecto estratégico na manutenção de um mandato político.

Conquanto exista desde 1995, a partir da aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, estruturas burocráticas organizadas e capazes de promover intervenções técnicas em setores regulados, há um movimento de deslocamento do *locus* decisório das agências para o Poder Executivo, mais especificamente aos gabinetes de ministérios e Casa Civil (PEREIRA, 2019).

O movimento justifica-se diante da importância estratégica das matérias tratadas pelas agências reguladoras. A simples inserção de instituições jurídico-políticas, conforme defende Sérgio Guerra, não é medida suficiente para atenuar o domínio presidencial em matéria regulatória. O fortalecimento da capacidade institucional do Estado, em detrimento das tradições clientelistas e patrimonialistas de fato colaboraria para a descentralização de decisões das instâncias políticas (GUERRA,2017).

Bem como em aspecto material, o Poder Executivo exerce influência nas agências reguladoras também no âmbito formal. As agências são dirigidas por um colegiado composto por profissionais, especialistas dos respectivos setores, cujos mandatos possuem tempo certo e determinado. Indicados sob a observância de procedimento previsto em lei, conferido grau singular de proteção jurídica, os cargos de diretor foram concebidos de modo a prezar pela efetivação da devida manutenção do cargo pelo ocupante, pelas características das atribuições e pelas finalidades das atividades a serem exercidas.

Tais proteções constituem em restrições a prerrogativa conferida pelo inciso II do art. 37 da Constituição Federal ao chefe do Poder Executivo, o qual qualifica o exercício de cargos de comissão com precário e passível de exoneração ad nutum pela Administração Pública.

Embora o ingresso dos diretores de agências reguladoras seja realizado por intermédio de indicação do chefe do Poder Executivo, após a sua posse, este não poderia futuramente intervir na atividade regulatória ao utilizar-se do risco de demissão como instrumento de interferência.

A matéria foi tema de Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo considerada constitucional as restrições impostas ao Executivo devido a finalidade das atividades agências reguladoras e a necessária proteção a sua autonomia.

Ambas as restrições, ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949. A primeira em virtude do art. 52, III, “F”, da Constituição Federal admitir a prévia aprovação do Senado Federal na escolha de “titulares de outros cargos que a lei determinar”. Quanto à constitucionalidade da vedação da exoneração ad nutum dos dirigentes das agências reguladoras, o Supremo entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante o prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente. (ARAGÃO, 2013, p. 365)

Assegurada a autonomia das atividades dos dirigentes de agências reguladoras por via legal, na prática, verifica-se um *déficit* desta autonomia relacionado a vacância dos cargos de direção por longos períodos e dos critérios de indicação adotados, sendo ocupados, em sua

maioria, por pessoas ligadas a partidos políticos. Entre os 40 cargos de diretoria ocupados em 2018, 32 deles eram ligados a partidos políticos anteriormente à indicação.

Apesar de haver previsão da necessidade de aprovação das indicações do Chefe do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, devido em grande medida ao presidencialismo de coalizção, há baixa rejeição do Senado Federal à indicação dos nomes (PEREIRA NETO; ADAMI; LANCIERI, 2014, p. 160), sendo, na prática, um procedimento próximo ao simbólico. Consta-se, neste movimento, a relevância do Executivo sobre as agências.

Juliana Palma e Bruno Salama (2016), ao analisarem a eficácia do regime jurídico das agências reguladoras no Brasil, além de analisarem o processo de indicação de nomes pelo presidente e a posterior ratificação pelo Senado, ressaltaram a relação inversa existente entre autonomia da agência reguladora e vacância.

Em auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União, de nº 031.996/2013-2, que teve por objetivo avaliar a governança da regulação em alguns setores de infraestrutura, por meio da análise das respectivas agências reguladoras, foi possível atestar a relação prejudicial em que a vacância exerce sobre as atividades regulatórias.

No tópico relativo ao processo de indicação, nomeação e substituição dos dirigentes das agências reguladoras, além de verificar longos períodos de vacância nos cargos de direção das agências, também pontuou os sérios resultados:

54. Constatou-se que as ausências de ocupação de vagas nos Conselhos e Diretorias das agências auditadas chegavam a impossibilitar a tomada de decisão, considerando os quóruns mínimos necessários para deliberação de matérias. A Diretoria da Antaq, por exemplo, é composta por somente três membros. Estando vaga uma cadeira de direção, é iminente o risco de que assuntos não sejam decididos por conta de votação empatada e, havendo impedimento ou ausência de um dos Diretores restantes, reste impossibilitada qualquer tomada de decisão. (Acórdão 240/2015 - Plenário - TCU)

Palma e Salama concluem que o mau desempenho nestes dois quesitos provoca, na prática, constituem em um regime jurídico incerto e não delimitado, levando a uma situação de incerteza jurídica. Em suma, evidencia a não consolidação de um sistema regulatório ideal. Carlos Ari Sunfeld apontou a imperiosa necessidade de positivação de regulamentos em que sejam previstos procedimentos de substituição eficiente (2016).

As alterações trazidas pela Lei nº 13.848 em 2019 alteraram a sistemática de substituição dos dirigentes das agências reguladoras nos impedimentos e vacâncias desses cargos, com o intuito de solucionar esta falha de governança.

Destarte, a influência do Poder Executivo não limita-se às matérias de atuação das agências e na nomeação de seus dirigentes. Embora não limitado às agências reguladoras, o

denominado contingenciamento orçamentário afeta sua atuação, especificamente no aspecto de sua autonomia.

Por solicitação do Congresso Nacional, instaurou-se auditoria para avaliar a governança das agências reguladoras no Brasil, o qual apontou por intermédio do Acórdão 2261/2011 - Plenário, a necessidade de promover o incremento das receitas próprias das agências reguladoras deficitárias, emitindo recomendações à Casa Civil. Também recomendou a criação de mecanismos/instrumentos formais que propiciem maior estabilidade e maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências e a caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculados.

Em relatório da auditoria operacional realizada nas agências de infraestrutura o TCU apontou:

127. Na ocasião do citado Acórdão (nº 2261/2011 - Plenário), diagnosticou-se que: a) as agências se submetem aos ditames gerais do processo orçamentário; o contingenciamento orçamentário é a praxe; b) não existem mecanismos especiais que as diferenciem de outras unidades orçamentárias; c) em geral, não existe a autossuficiência, que é a capacidade de suas próprias receitas bancarem suas despesas, e, quando há, os recursos são retidos pelo Executivo para alavancagem do superávit primário; e d) não existem mecanismos formais que garantam estabilidade dos recursos destinados a elas. (Acórdão 240/2015 - Plenário - TCU)

Recomendou à Casa Civil:

propõe-se recomendar à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que, no âmbito de suas competências, envide esforços para a realização de estudos com vistas a alterar as regras orçamentárias no sentido de distinguir as agências reguladoras das demais autarquias no trato orçamentário, dotando-as de real autonomia financeira.

Contrariando sua natureza jurídica, prevista em lei, na realidade as agências reguladoras não dispõem de efetiva autonomia orçamentária, sendo, portanto, submetidas à sistemática de barganha junto aos seus órgãos responsáveis, cujas estruturas são notadamente políticas.

Por fim, relevante ponto acerca da discussão da autonomia das agências é relativo ao controle social. Não por entender haver restrição à atividade regulatória pelo órgão a partir do exercício da participação da população, mas devido a uma das justificativas para a adoção do modelo.

A participação de diversos atores da sociedade é elemento constitutivo do modelo de regulação adotado no Brasil. A mediação e ponderação dos interesses é requisito para a manutenção ideal do Estado democrático de direito (GUERRA, 2016), tal arranjo institucional

é aplicado em detrimento ao princípio majoritário nas eleições, por exemplo. Ainda que não seja aplicado o *accountability* vertical, pelo voto da maioria da população, são outros os instrumentos que conferem legitimidade às agências reguladoras.

As leis de criação das agências, em consonância a lei de Processo Administrativo, de nº 9.784/99, vinculam a Administração Pública a realização de consultas. É certo que a previsão da participação social plural é considerada, muitas vezes, somente em caráter formal, isto porque, no Brasil, há considerado déficit de participação popular, constatando-se um movimento de neocorporativismo.

Instrumentos de procedimentalização, como a consolidação da Análise de Impacto Regulatório no cenário da regulação brasileiro, colaboram com a qualificação do processo decisório estatal. Recepcionada em um primeiro momento, com hesitação, entende-se hoje ser um instrumento capaz de auxiliar o regulador a adequar a regulação de forma a satisfazer todas as perspectivas envolvidas.

Conclui-se que, embora previsto, há um elevado grau de interferência da administração central sobre a atividade regulatória exercida pelas agências reguladoras independentes, causando prejuízo ao seu caráter autônomo.

1.4. Controle externo sobre agências reguladoras

Além das relações institucionais entre o Poder Executivo e as agências reguladoras independentes, as quais, em grande parte, acabam por cercear a autonomia dessas entidades, há, também, a previsão de controle externo realizado por parte do legislativo e Judiciário, por força da previsão do sistema de freios e contrapesos. A doutrina, em sua grande maioria, defende o seguinte posicionamento:

Não será cabível que as políticas públicas, traduzidas em ações e omissões da agência, fiquem absolutamente imunes a qualquer tipo de controle externo ponto ainda que se possa imaginar que a condução de determinados setores importará de autonomia de atuação mais intensa reconhecida a uma autarquia – tal como se passa, por exemplo, quanto a algumas facetas da competência do Banco Central do Brasil –, isso não pode significar a liberdade para adotar políticas públicas em qualquer influência de outros órgãos. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 585)

Destarte, as agências reguladoras, ainda que dotadas de autonomia, são submetidas aos instrumentos de controle exercidos sobre a Administração Pública.

O controle exercido pelo Poder Legislativo é desempenhado pela utilização da sustação dos atos normativos exorbitantes, previsto no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal de 1988, pela fixação dos parâmetros básicos na lei de criação das agências e pela previsão de fiscalização dos atos administrativos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, com base no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal.

O controle exercido pelo Poder Legislativo é desempenhado pela utilização da sustação dos atos normativos exorbitantes, previsto no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal de 1988, pela fixação dos parâmetros básicos na lei de criação das agências e pela previsão de fiscalização dos atos administrativos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, com base no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal.

No Brasil o Congresso Nacional não demonstra grande atuação em funções fiscalizatórias (PEREIRA, 2019), apesar da forte presença do parlamento no controle das agências reguladoras em outros países, como nos Estados Unidos, que adotam o modelo de entidades autônomas independentes como modelo regulatório (BINENBOJM, 2005).

O Projeto de Lei do Senado n° 13, de 2013, visava instituir a previsão de obrigação de relatório anual de atividades ao Congresso pela ANATEL, mas, ao final, foi arquivado. O que se observa é a movimentação do Congresso diante de matérias midiáticas e de alvoroço social. A partir de atos, e inobservância de procedimentos, o Congresso já entrou em choque com agências pelo simples fato de discordar (JORDÃO; LARDOSA, 2016).

Diante do Poder Judiciário, por outro lado, constata-se intensa sindicabilidade judicial (PEREIRA, 2019), não somente por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV, do artigo 5° da Constituição Federal, como também pela tradição e cultura de provocação do sistema judiciário diante de controvérsias. As possibilidades de ações são judiciais e casuísticas.

A doutrina do Direito Administrativo firma o entendimento de limites e critérios à atuação do controle de atos administrativos, no sentido de:

Em matéria de controle dos atos administrativos, costumam-se distinguir, para fins de controle pelo Poder Judiciário, duas modalidades: no controle de mérito e o controle de legalidade. O Judiciário, em regra, somente pode exercer, em relação aos atos administrativos em geral, um controle de legalidade; apenas pode verificar se a lei à qual o administrador está vinculado foi cumprida.

A doutrina costuma identificar como os típicos elementos vinculados e, portanto, suscetíveis de avaliação pelo Poder Judiciário a competência, a forma e a finalidade do ato. Não se admite que o judiciário exerce um controle do chamado “mérito do ato administrativo”, consubstanciado, de acordo com o conhecimento clássico, nos elementos motivo e objeto do ato, nos quais residiria a discricionariedade administrativa do agente público. (BARROSO, p. 126-127)

Não há possibilidade de revisão de mérito dos atos administrativos, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes.

Há, ainda, previsão legal para o exercício do controle externo sobre as agências reguladoras pelo Tribunal de Contas e o Ministério Público, por meio de ação civil pública. (JUSTEN FILHO, 2002). Sundfeld ainda alerta a complexidade em compatibilizar a autonomia com um regime adequado de controles:

O desafio, aqui, como em qualquer processo de autonomização, é o de construir um sistema de controles e influências que assegurem uma atuação democrática, atenta a interesses gerais e à ordem jurídica. Sundfeld (2000, p. 24)

A qualidade da atividade regulatória brasileira é condicionada ao equilíbrio dos mecanismos de controle e devida atuação das agências reguladoras independentes em seus respectivos setores regulados. Gustavo Maia Pereira ilustra a situação a partir dos princípios de eficiência, legitimidade e segurança jurídica:

Eficiência, no sentido de que a regulação seja especializada, orientada por critérios técnicos e atenda à dinâmica, especificidade e timing setoriais. Legitimidade, no sentido de que seja produzida de maneira transparente e mediante ampla participação e controle sociais, sem favorecer indevidamente nenhum dos interesses em disputa. Segurança jurídica, no sentido de que as regras não sejam alteradas conforme conveniências político-partidárias e de que as decisões e intervenções sejam operadas por meio de mecanismos estáveis e previsíveis. (PEREIRA, 2019, p. 43)

Na atualidade, os diversos fatores institucionais envolvidos no processo de regulação, geram considerável prejuízo aos resultados apresentados pelas agências reguladoras. A devida execução de um sistema de controles pressupõe o respeito ao sistema de freios e contrapesos, além do constante fomento à participação social (BINENBOJM, 2005).

A criação de diversos órgãos administrativos autônomos e especializados influenciou toda a teoria do direito administrativo. A própria natureza destas instituições abriu espaço para o questionamento acerca das possibilidades e formas de controle que seriam exercidas sobre elas.

Diante da perceptível ampliação de prerrogativas, questionou-se quais modalidades de controle, previstas em lei, seriam aplicadas a elas, além de existir dúvidas acerca de possíveis diferenciações de conduta em relação à outras autoridades administrativas, tidas como tradicionais (JORDÃO; CABRAL JÚNIOR, 2018).

Em 2017, a equipe do Centro de Análise de Riscos e Regulação (CARR) da *London School of Economics and Political Science* (LSE), junto ao RAND Europe, instituto de pesquisa

empenhado ao estudo da prática de melhores políticas e tomada de decisões, estudaram acerca das possibilidades de melhoria da regulação de infraestruturas logísticas no Brasil.

Logo no início, em sumário executivo, o estudo apresenta o diagnóstico de que os esforços para a melhoria da regulação do Brasil são canalizados para a diminuição da possibilidade de discricionariedade.

This report diagnoses a number of regulatory capacity deficits, ranging from the need to enhance analytical strategic considerations, the need to consider coordination and oversight more directly, as well as to develop more challenge capacities. At present, regulatory debate in Brazil is shaped by an emphasis on reducing 'discretion'. This emphasis (...) is unlikely to enhance overall regulatory capacity. This report puts forward the notion of 'disciplined discretion' as a model for the development of regulatory capacity. A move towards 'disciplined discretion' requires closer attention to the deployment of particular tools. (CARR – LSE, RAND, 2017)

De pronto, o relatório afirma ser esta uma preocupação infrutífera. Tal percepção já era de conhecimento de doutrinadores e especialistas em regulação brasileiros. Devido a este fato foi atribuída às agências amplas prerrogativas fiscalizatórias, normativas e jurisdicionais, além de serem instituídas por leis abertas, as quais permitem maiores reações diante de fatos concretos.

Carlos Ari Sunfeld relaciona, ao definir o conceito de regulação, o aumento de demandas da sociedade moderna e o desenvolvimento do sistema jurídico brasileiro, de modo ampliar valores juridicamente relevantes; a obrigação do Estado de dirimir conflitos e intervir na esfera privada em matérias de interesse público (SUNDFELD, 2000b). A harmonização de interesses da população requer planejamento e constante gerenciamento especializado.

Parcela significativa das recentes teorias de controle defendem a atuação deferente das instituições controladoras, no âmbito do exercício do controle judicial. As mais relevantes justificativas são relativas à inadequação subjetiva e objetiva dos tribunais para a regulação, como também aos impactos negativos que a intervenção, não prevista em situações ordinárias, pode causar à política regulatória das agências (JORDÃO, 2016b).

Os motivos que desencadearam a promoção de um modelo de regulação, baseado na criação de entidades autônomas com singulares poderes sobre determinado setor, são diretamente ligados à ascensão de Estado gerencial. Diante da mudança dos paradigmas de intervenção estatal, altera-se também suas prerrogativas e a interpretação das possibilidades de seus atos. A aprovação de um novo regime jurídico, o qual modifica as disposições de atuação de determinado Estado, repercute na interpretação de seus princípios, como o de legalidade:

A lei serve, assim, de limite e condição para o legítimo exercício da atividade administrativa. Por isso se costuma dizer que, em direito administrativo, a legalidade se apresenta como uma vinculação positiva à lei: a norma legal cumpre o duplo papel de servir de fundamento de validade para a ação do administrador e ao mesmo tempo, o de traçar os limites da sua atuação.
(BINENBOJM, 2015, p. 156)

A legalidade, princípio consagrado constitucionalmente por força do inciso II, art. 5º da Constituição Federal enfrenta, não somente alterações quanto sua abordagem teórica, como também desafios diante das leis-quadro, instituidoras dos órgãos regulatórios, as quais provocam a proliferação de conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento (KRELL, 2004).

A reforma administrativa promovida na década de 90 demandou a alteração significativa da percepção e conceituação de diversos institutos jurídicos, dentre eles a discricionariedade.

É no âmbito da discricionariedade que as agências reguladoras estão autorizadas a exercer suas atribuições, conferidas por lei, sob critérios técnicos e específicos para determinado setor.

A Administração Pública gerencial não permite ser pautada pela simples conveniência e oportunidade. Para a devida conservação de suas finalidades, novos critérios – mais abrangentes, sem deixar de garantir segurança jurídica – devem ser adotados.

Nesta nova configuração, a previsibilidade não é suficiente para a garantia de segurança jurídica, a certeza e estabilidade são o resultado do trato técnico das questões afetas aos mercados regulados. A discricionariedade não mais é sinônimo de arbitrariedade.

Deste modo, o conhecido entendimento do Jurista Celso Antônio demonstra-se defasado diante da nova concepção de legalidade. Ao considerar como discricionariedade a margem de liberdade conferida ao administrador para, por meio de critérios de conveniência e oportunidade, escolher determinado comportamento cabível perante cada caso concreto (2013, p. 988), percebe-se incompatibilidade com a realidade concreta aplicada.

Embora meros critérios de conveniência e oportunidade não sejam suficientes para esgotar a discricionariedade em termos regulatórios, a, então, denominada satisfação da finalidade legal diante de fatos que, objetivamente, não são passíveis de serem solucionados diante de mera subsunção legal parece se aproximar tal conceito a regulação.

Ainda que tal entendimento corresponda à uma concepção interpretada, atualmente, como clássica, ainda remanesce preponderantemente na prática administrativa. A insistência em teorias incompatíveis a ordem jurídica atual prejudica o pleno desenvolvimento da atividade

regulatória. Em ambiente regulatório, entretanto, a aplicação destes dois critérios, somente, não seria suficiente para asseverar a almejada segurança jurídica (GUERRA, 2017).

Para Odete Medauar (2017, p. 240), a discricionariedade desponta cada vez mais desatrelada ao ato administrativo por si só e adota contornos ampliados, ao conferir maior ênfase ao processo e mecanismos decisórios. Ao pluralizar as possibilidades de resolução de conflitos, em alternativa ao Judiciário, os métodos e procedimentos de resolução de conflitos também foram modificados. Demandou-se a proliferação de centros de aplicação do Direito, diante da sofisticação das relações sociais (SUNDFELD, 2000b).

Em um ambiente, o qual pressupõe a existência de diversos atores, a consensualidade, entendida como horizontalidade das relações institucionais, deve ser perseguida com maior atenção. A heterogeneização dos interesses e tecnificação no tratamento dos assuntos da Administração Pública requerem balizas mais abrangentes que a mera oportunidade e conveniência.

Ao inserir, como elemento constitutivo de uma decisão administrativa a tecnicidade, o Direito deve adequar-se aos seus moldes, uma vez que a técnica é adotada como instrumento decisório. A discricionariedade pautada na preponderância técnica, aplicada por métodos científicos, mediante diálogo com diversos atores envolvidos e entendimento real da situação fática, a preocupação legislativa passa a ser a estruturação de processos de decisão que exijam a aplicação desta técnica, conforme entendimento de Sérgio guerra (2007, p. 279).

O controle, portanto, deve pautar-se nos processos formativos das decisões e dos atos administrativos. Mesmo diante do alargamento das possibilidades de atuação do Estado, não há a abertura das hipóteses de incidência do controle além das originais previstas em lei e na doutrina. A fiscalização externa do exercício das competências da administração pública deve ser pautada no aperfeiçoamento das técnicas decisórias.

O entendimento exposto é compatível a teoria da deferência, por entender ser necessário o equilíbrio entre a regulação e o controle da administração pública de modo a respeitar as instituições de modo horizontal e autônomo, inexistindo relações que favoreçam posturas revisionistas. A deferência ultrapassa o mero respeito a decisões isoladas, como preza pela manutenção da legitimidade das instituições do Estado.

A compreensão das características dos atos do Poder Executivo ultrapassa a mera classificação da denominada discricionariedade. Estes atos, por estarem inseridos em um contexto normativo repleto de dispositivos abertos e abstratos, além da valorização de princípios, acabam por tomar proporções além das previstas.

Na realidade, as competências e atribuições das instituições muitas vezes são relativizadas diante dos denominados conceitos jurídicos indeterminados. Produtos da abertura que o legislador outorgou a autoridades.

Outro fator responsável pela indistinção da solução a ser adotada, mediante critérios de legalidade, é relacionado a ampla utilização de princípios para fundamentar decisões e controlar a Administração. O denso sistema jurídico norteado por valores positivados implica em ausência de delimitação expressa tanto do exercício do controle da administração, quanto no exercício da atividade regulatória (JORDÃO, 2017).

Apesar da notória constatação da evolução das atribuições e exercício do controle pelos tribunais de contas brasileiros, não mais limitados a avaliações diretamente financeiras, ainda permanece a observância da preservação da discricionariedade técnica, acrescentada a meramente administrativa.

Tal limitação ao controle externo da administração pública permanece, porque, uma vez desrespeitada, lesa diretamente o princípio da separação de poderes. Diante de uma simples interferência nas atribuições da administração pública, ocorre a simples substituição do regulador pelo controlador.

As funções regulatórias, principalmente, devem ser estritamente mantidas em contexto institucionalmente protegido, sob o risco de alteração de suas finalidades e provocar, na prática, deturpações no ambiente regulado, ocasionado por decisões que provocam *déficit* democrático e desconfiança técnica.

Ao interferirem na atividade regulatória exercida pelas agências reguladoras, os órgãos responsáveis pelo controle externo executam a discricionariedade. No exercício de suas competências fiscalizatórias, por vezes, adentram matérias de caráter normativo, sancionatório e regulatório.

Desta forma, o exercício do controle, nestes casos, não promove segurança jurídica por somente alterar o ambiente da execução da discricionariedade. Da mesma forma que um ambiente regulado está sujeito a disfunções, a atividade controladora não é imune a captura de interesses corporativistas (JORDÃO, 2017)

A contratualização foi o modelo adotado para a organização das relações entre público e privado. Em matéria de desestatizações, elemento essencial da reforma administrativa que culminou na adoção da postura de Estado gerencial pelo Brasil na década de 90, os contratos firmados são de longa duração, em torno dos 30 anos.

O contrato público de concessão, nestes moldes, corresponde a um dos principais instrumentos de manutenção e garantia da segurança jurídica à iniciativa privada. Devido ao próprio tempo de vigência, a incerteza é inerente a sua execução.

Ademais, a previsão e regulação de todas as contingências a serem enfrentadas beira o impossível, em casos concretos, faz-se necessária a constante revisão contratual. A atividade regulatória, portanto, não só admite as incertezas, como estas são inerentes à sua atividade, sendo um risco previsível do negócio. A regulação pressupõe o equilíbrio da previsibilidade e credibilidade, ao aplicar a flexibilidade e adaptabilidade (PEREIRA, 2017).

Dessarte, a ideal manifestação de um ambiente regulatório propício ao desenvolvimento de empreendimentos de ordem privada está diretamente ligada à sua credibilidade e capacidade de fornecer segurança jurídica. A compreensão dos mecanismos institucionais que interferem nesta ordem é de suma importância para o constante aprimoramento da regulação.

2. CONTROLE EXTERNO E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

2.1. Evolução do Tribunal de Contas da União

O desempenho das atividades de controle da administração pública pelo Estado depende da estruturação e sistematização de órgãos incumbidos a este fim. Embora esteja expresso, no art. 71 da Constituição Federal de 1988, a posição auxiliar do Tribunal de Contas da União nos termos do caput “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” o protagonismo do Tribunal no controle de atividades, não somente em atividades de caráter regulatório, de toda a Administração Pública, é percebida pela doutrina em suas diferentes vertentes.

Fundada primordialmente na teoria da agência, a qual subentende a existência de um agente que adota decisões e posturas em nome de outros atores institucionais, ainda existem normas jurídicas que expressam a relação nos moldes do modelo de delegação entre o TCU e o Poder Legislativo.

Para Marianna Willeman (2016, p. 25), este entendimento demonstra-se absolutamente equivocado, sendo hoje o Tribunal de Contas da União órgão munido de total independência, não somente perante o Legislativo, como todos os outros poderes.

Por outro lado, não deixam de enfatizar o caráter auxiliar do órgão, mesmo considerando sua notável gama de competências. O mesmo entendimento é acompanhado por Odete Medauar (2014).

É indiscutível a importância do Tribunal de Contas no equilíbrio de forças entre os Poderes integrantes do Estado Brasileiro. Órgão dotado de prerrogativas especiais, ele atua como auxiliar do Legislativo na função de controle externo da Administração (art. 71 da CF). Mas não é por ser auxiliar do Legislativo que ele não desempenha, de modo autônomo, competências próprias. (SUNDFELD; C MARA, 2013, p. 179)

Na prática, a controvérsia deste ponto mostra-se irrelevante diante das capacidade institucionais e amplas atribuições conferidas ao órgão, tanto pela Constituição Federal e atos normativos, quanto a partir da interpretação de dispositivos legais pelo Tribunal e a redação adotada em seu regimento interno, o qual, em muitos casos, ultrapassa o mero exercício de seu poder regulamentar.

A promulgação de uma nova Carta Magna, em período de redemocratização, surtiu efeitos de ordem prática. Como já demonstrado no capítulo anterior, o Direito brasileiro

contempla, em sua composição, um complexo escopo de órgãos e instituições, muitas vezes dotadas de independência, tendo como episódio principal de sua criação a Constituinte de 1988.

Embora a ampliação das prerrogativas e poderes destes órgãos advenham de progressiva evolução legislativa, promovida a partir de movimentos internos dessas próprias instituições (ARANTES, 2012), o jurista André Rosilho (2016, p. 77) frisa o propício momento em que se deu o alargamento das possibilidades de controle previstas em lei.

O ambiente da constituinte era bastante propício à ampliação das competências e do espaço de atuação de instituições de controle da administração pública (Legislativo, tribunais de contas, ministério público, etc.), vez que o país acabava de emergir de um período ditatorial (de pujança quase absoluta do Poder Executivo, portanto). Em reação quase natural ao período ditatorial que a precedeu, o constituinte frequentemente raciocinou em contraposição ao Executivo, produzindo, com isso, condições ideais para o florescimento de instituições voltadas a fiscalizar e a conter a administração.

Não só o ambiente era propício aos controladores como os Tribunais de Contas, capitaneados pelo TCU, souberam aproveitá-lo.

A desconfiança do Poder Executivo por parte da população foi refletida no texto constitucional e sedimentou relevantes mudanças em termos normativos, responsáveis por balizar as competências destas instituições.

O significativo aumento da relevância dos mecanismos de controle, ultrapassaram a dimensão liberal, de proteção de direitos do cidadão frente à atuação da Administração, com a progressão das lógicas de administração gerencial, não demorou até que o controle abarcasse matérias relativas à qualidade da gestão pública (PEREIRA, 2019).

Vislumbrou-se, a partir deste marco, verdadeira disputa de instituições públicas, como o Legislativo, Judiciário, Tribunais de Contas, Ministério Público, entidades paraestatais, e até mesmo organizações não governamentais para colocarem-se como autoridades em termos de controle (SUNDFELD, 2014).

Estas instituições, que já vinham ampliando sua atuação a partir da abordagem e criação de conceitos, capazes de questionar cada um dos elementos dos atos administrativos (JORDÃO, 2017, P. 27).

Eduardo Jordão caracteriza esta como a fase do passado do controle, o qual tem seu fim marcado pela promulgação da Constituição Federal, que produziu o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo.

O Tribunal de Contas da União foi criado, definitivamente, com a promulgação da Constituição de 1891, incorporando a essência prevista em Decreto e nº 9666-A, que não chegou a ser regulamentado.

Desde sua criação até o período de redemocratização, o Tribunal manteve, sofrendo com comeditos graus de restrição e ampliação no decorrer das constituições brasileiras, sua competência originária: o julgamento de contas financeiras de gestores públicos.

Naquele momento, apenas questões de caráter financeiro da Administração Pública estavam sobre a jurisdição do Tribunal. O controle era exercido, portanto, sob o olhar da legalidade, este parâmetro objetivo corresponde ao denominado controle de conformidade.

E ainda, para possibilitar o exercício desta função, foram conferidos instrumentos de dimensão coercitiva. A fim de tornar viável o efetivo controle financeiro de gestores públicos, o Tribunal era competente para emitir “atos sancionatórios” e “atos de comando”.

Sob influência da doutrina francesa, as estruturas basilares do Tribunal de Contas da União foram baseadas no modelo napoleônico de controle externo, firmado na tradição do controle de conformidade.

O Brasil adotou, a princípio, o modelo francês, em que a instituição de controle foi dotada de amplas garantias e independência, desempenhando, com certa autonomia, funções de apoio à Administração e ao Legislativo ao mesmo tempo. A indicação de integrantes na seleção conjunta pelo Executivo e pelo Legislativo é oriunda do modelo.

Na oportunidade de instalação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, para a definição do texto, que viria a ser a Constituição atual, poucos foram os debates acerca do modelo de controle a ser adotado. Além de flagrante movimento por parte de integrantes do próprio Tribunal para que fosse ampliada sua gama de atuação¹, questionamentos acerca dos resultados do controle previsto não foram explorados há época.

A partir de estudo empenhado sobre os anais da Assembleia Constituinte, André Rosilho afirmou, que “o grau de reflexão do constituinte sobre o modelo de controle externo a ser desempenhado pelo TCU e sobre as externalidades (positivas e negativas) que as normas que delineou produziram foi baixo.” (2016, p. 76).

O autor conclui pela total ausência de reflexão, não somente do modelo a ser adotado, como acerca das consequências práticas que viriam a ocorrer. Demonstra-se que, no Brasil, tanto na oportunidade da Assembleia Constituinte, quanto na elaboração de atos normativos específicos e individuais para a criação de cada agência reguladora, as discussões não tomaram proporções técnicas mais profundas quanto a eventuais consequências.

¹ Em sua tese, André Rosilho demonstra iniciativas do TCU para a ampliação de suas competências (2016, p. 105) “por exemplo, o pleito para que pudesse suprir eventual omissão do Executivo ou Legislativo sustando a execução de contratos e para que pudesse editar regulamentos.”

Como resultado, o órgão de controle de contas manteve seus contornos, inspirados na tradição francesa da Cour de Comptes, sendo acrescida a função de assistente do Congresso Nacional na avaliação das políticas públicas. A inclusão da competência de auditor de performance foi baseada na função típica dos National Audit Offices de tradição anglo-saxã (WILLEMAN,2016).

A incorporação de duas bases e lógicas de controle contribuiu para o processo de deturpação do exercício de cada um dos seus elementos, uma vez que a incompatibilidade provoca desarranjos. A expansão da atuação do Tribunal, com base na alteração do texto constitucional, foi marcada pelo exercício de controle para além da legalidade e conformidade, a fiscalização incide também sobre a gestão operacional do Estado.

Alterações substanciais são verificadas na rotina da Administração, devido a importância constitucional que o Direito Administrativo passa a adotar. A positivação de valores, em forma de princípios, abre espaço para a indefinição da previsibilidade. Isto porque, ao passo que aumenta as possibilidades de motivação, ao utilizar princípios para justificar condutas aplicadas a casos práticos, propicia o surgimento de decisões contraditórias; a utilização destes mesmos princípios com a finalidade de controlar e limitar a decisão do administrador gera uma tensão em torno da legitimidade subjetiva, relativa ao questionamento de quem seria o verdadeiro gestor da questão.

Em matéria de controle, a mais relevante consequência foi a permissão expressa que, ao final, permite revisar o objeto dos atos administrativos. Eduardo Jordão afirma ser o avanço final sobre o último elemento dos atos administrativos (JORDÃO, 2017).

O jurista reflete acerca das consequências da constitucionalização do Direito Administrativo, considera que a abertura das possibilidades de controle “Produz uma redução do espaço de liberdade da administração (reduz o mérito), na medida em que afasta como as soluções abstratamente permitidas pelo enunciado normativo, mas colidentes com determinados princípios constitucionais.” (JORDÃO, 2017, p. 30).

Denota-se que a inserção do controle operacional foi concebida no contexto do desenvolvimento do *New Public Management* (NPM) em âmbito mundial, o qual culminou na Reforma do Estado brasileira, destinado a adequar o controle da Administração Pública ao gerencialismo.

De toda forma, os elementos formais básicos, responsáveis por caracterizar o Tribunal de Contas da União, não sofreram drásticas alterações. Entre as características principais do Tribunal estão relacionadas a sua instituição com status constitucional, a seleção de seus

membros – com amplas garantias – pelo Executivo e pelo Legislativo em conjunto, suas decisões são tomadas de forma colegiada.

Em relação às suas atribuições, o Tribunal julga as contas dos gestores públicos, relata ao Legislativo sobre a execução financeira do governo e o Tribunal teria a função de registrar, previamente, as ordenações de despesas dos administradores, para que elas se tornassem efetivas (SPECK,2000).

As amplas garantias conferidas aos Ministros, como a vitaliciedade, justificam-se pela elementar garantia de uma das principais características do Tribunal, a independência. Para contrabalancear a origem política de seus integrantes e neutralizar a denominada legalidade de origem, sendo conferidas prerrogativas idênticas às atribuídas aos membros do Poder Judiciário (SPECK, 2000).

Esta estrutura, inspirada no modelo francês, manteve-se fundamentalmente igual após a promulgação da Constituição de 1988. Atualmente, $\frac{2}{3}$ dos Ministros passaram a ser indicados diretamente pelo Congresso Nacional.

O cargo exige o atendimento de requisitos de caráter técnico, sendo eles mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional, exigência de notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, nos termos do artigo 73, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

As mais relevantes evoluções das possibilidades do TCU condizem com a alteração de objetos, parâmetros e produtos do controle. As consequências destas alterações levantam debates relativos à efetividade do controle exercido pelo Tribunal, estas discussões circundam questões relativas à extensão das fiscalizações, ao momento devido do exercício de controle e às prerrogativas sancionatórias das instituições de controle (WILLEMANN, 2016).

Adiantando, desde já, que questões relativas ao momento do controle não serão aprofundadas no decorrer do presente trabalho. Este eixo, embora fundamental para a averiguação da existência de equilíbrio entre a atividade regulatória exercida no Brasil e um sistema de controle compatível às finalidades estatais, demanda discussões aprofundadas e distantes do escopo do estudo final, a abordagem regulatória quanto a análise da legalidade da cobrança do Serviço de Segregação e Entrega.

Destaca-se, somente, que o exercício do controle à priori de modo excepcional, antecipa a ação de controlar, de tal forma, que limita as possibilidades do exercício de discricionariedades compatíveis à gestão de determinada matéria de interesse público por parte de um administrador. Diante da iminência de sanção, o gestor fica limitado às alternativas

apresentadas pelo órgão controlador, antes mesmo de executar atos de caráter administrativo (JORDÃO, 2017).

Constata-se substantiva ampliação do objeto passível de controle, ao verificar que as fiscalizações ultrapassam os meros aspectos orçamentário, financeiro, contábil e patrimonial da atividade administrativa e assumem o caráter revisional da atividade administrativa.

Nos termos do art. 71, inciso IV, da Constituição Federal, o objeto do controle abrange a dimensão operacional da atuação estatal, permitindo a avaliação da performance e qualidade das decisões tomadas pelo gestor.

Houve, também, a ampliação de pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à fiscalização, nos termos do parágrafo único do art. 70, o qual prevê que a sujeição a apreciação de contas pelo Tribunal está relacionada a arrecadação, gerenciamento ou administração de recursos, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado assumira obrigações de natureza pecuniária. Tal previsão, já abrangente anteriormente, foi alargada pela emenda constitucional nº 19 de 1998.

Quanto aos parâmetros, a Constituição definiu expressamente, no caput de seu art. 70, que a atividade de fiscalização deve ser pautada nos princípios de legalidade, legitimidade e economicidade, ultrapassando, assim, a mera análise de conformidade anteriormente adotada. Consequentemente, mais aspectos de ordem principiológica, como a legalidade e legitimidade do exercício de atos pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário são matérias passíveis de fiscalização por parte do TCU.

Por fim, os denominados produtos do controle são, em verdade, poderes autônomos concedidos paralelamente às funções auxiliares do Tribunal de Contas. Previstos nos incisos do art. 71 da CF/88, por força de texto constitucional o TCU tem competência de: (i) julgar contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou utilização de recursos públicos, nos termos do inciso II; (ii) registrar atos de pessoal e de aposentadoria de servidores dos órgãos e entidades do Poder Público federal, conforme inciso III; (iii) prestar informações ao Congresso Nacional sobre resultados de fiscalizações, nos termos do inciso VII; (iv) aplicar sanções, previstas legalmente, em caso de irregularidades, nos termos do inciso VIII; (v) determinar a adoção das medidas corretivas necessárias em caso de atos ilegais, inciso IX; (vi) adotar medidas cautelares, suspendendo atos que previnam danos ao erário, nos termos do inciso X; (vii) representar perante outras instâncias para a apuração e responsabilização de abusos e responsabilidades apuradas, conforme inciso XI; e (viii) imputar débito, com força executiva, aos responsáveis por danos causados ao erário, previsto no § 3º do artigo.

A partir deste quadro é clara a considerável ampliação das previsões de exercício do controle da administração. O desafio da implantação do controle ótimo reside, no entanto,

diante das hipóteses em que os produtos do controle são condicionados (SUNDFELD; C MARA,2013). Embora ampliados os contornos do exercício do controle externo da Administração Pública, ainda há delimitada possibilidade de exercício de suas competências.

Quer isto dizer que a mera permissão para a atuação do Tribunal de Contas da União de maneira impositiva no âmbito do controle de conformidade, via edição de atos de comando e sancionatórios; não autoriza a sobreposição de entendimentos de autoridades díspares, a controladora e administradora, em matéria de controle operacional.

Assim como o controle de conformidade, já consideravelmente abrangente e anterior ao texto constitucional de 1988, não se estenderia a qualquer objeto passível de controle pelo TCU (ROSILHO, 2016).

As possibilidades de ampliação de controle trazidas pela Carta de 1988 não são compatíveis com a ideia de hierarquização de comandos entre órgãos componentes do Estado, sob o risco de lesar a separação de poderes e o próprio sistema de freios e contrapesos. Tal fato recebe relevância, principalmente, em matéria regulatória, uma vez que todos os entes envolvidos têm, em comum, o caráter autônomo.

2.2. Competências do Tribunal de Contas da União e seus limites

Constatada a inquestionável expansão das competências do órgão de controle da administração pública previstas na Constituição Federal, resta compreender a alteração da atuação do Tribunal diante desta ampliação e, ainda, estabelecer relação com a devida atividade regulatória.

Partindo do entendimento doutrinário uníssono de que há limites legais para atuação do Tribunal de Contas, previstos também em texto constitucional, cabe a análise acerca de sua observância, uma vez que esta é condição para a consideração de licitude de seus atos.

André Rosilho (2016, p. 272) frisa em diversas oportunidades a existência incontroversa de limitações legais à competência do Tribunal "Apesar de as normas constitucionais e legais serem significativamente abertas e fluidas, é possível, bem ou mal, apontar balizas por ela criadas para o exercício da competência".

A atribuição de competências tem, como sua maior limitadora, a impossibilidade de combinação, de forma indistinta, de objetos e sujeitos a parâmetros de controle incompatíveis. Estas incompatibilidades são interpretadas a partir do próprio texto constitucional.

Em um primeiro aspecto, quanto à avaliação de conformidade, nota-se que sua possibilidade de incidência está restrita à atuação de dimensão financeira do Tribunal. Neste aspecto, o TCU manteve suas competências originais no exercício do controle de práticas de contabilidade e finanças públicas, correta execução do orçamento e a gestão do patrimônio público. O campo de atuação direta do Tribunal são as matérias de caráter financeiro em sentido amplo, ao abordar as despesas públicas de alguma forma.

Os produtos do controle, nesta situação, constituem em julgamento das contas dos gestores da Administração direta e indireta, apreciação dos atos de admissão de pessoal e aposentadorias e apreciação de contas anuais do chefe do Poder Executivo, dentre outros de caráter financeiro elencados no art. 71 da CF/88.

A inserção de um novo tipo de análise e de fiscalização pela Constituição, a auditoria operacional, não autorizou a revisão de atividades administrativas em âmbito federal pelo Tribunal de Contas da União. Por este motivo, o controle de conformidade não se estenderia a matérias não compreendidas em questões de gestão financeira em sentido amplo.

Da mesma forma que ocorre com o controle de conformidade, o exercício de poderes interventivos, ou seja, dimensão coercitiva das competências do Tribunal, não poderia compreender questões de matérias não concernentes às financeiras.

Os poderes de comando do tribunal são restritos a determinados requisitos. Estes comandos expedidos pelo Tribunal de Contas são limitados à (i) constatação de ilegalidades, ao (ii) tipo de comando e ao (iii) objeto da fiscalização. O tribunal não pode dar qualquer tipo de ordem, em observância aos direitos e deveres dos administrados, ou censurar qualquer ilegalidade constatada em matérias não financeiras. Verificada a existência de ilegalidades no âmbito de uma fiscalização de matéria não financeira, o órgão deverá representar, perante as instâncias competentes, para apuração de suposto dano e responsabilização.

São hipóteses de atos de comando a aplicação de sanções, a expedição de ordens para correção de ilegalidades e de a sustação de atos administrativos, previstas nos incisos VIII, IX e X, do art. 71, da Constituição Federal. Estas hipóteses estão ligadas diretamente à fiscalização de conformidade, devido ao fato de o fundamento das determinações é a constatação de existência de uma ilegalidade.

A submissão de toda e qualquer decisão tomada no âmbito da atuação administrativa geral ao controle de legalidade não é procedimento expresso no texto constitucional. Para Sundfeld e Câmara, ao não outorgar este tipo de atribuição no momento de definições de competência do Tribunal, na realidade, não foi permitida esta forma de atuação, sendo, portanto, um silêncio eloquente.

Como exemplo, os professores mencionaram as amplas competências fiscalizatórias e revisionais do Conselho Nacional de Justiça perante órgãos da estrutura do Poder Judiciário, todas previstas e expressas em dispositivos constitucionais (2013, p. 189). A conclusão é clara: não era interesse do poder constituinte autorizar o Tribunal de Contas da União revisar, proferir determinações e aplicar sanções em matérias de natureza operacional.

Com efeito, o entendimento, ao ser analisado a partir da evolução das competências do Tribunal de Contas e, conseqüentemente, da compreensão das finalidades e desenvolvimento desta atuação no âmbito do controle da administração, torna-se compreensível. Há, portanto, clara distinção entre objetos e prerrogativas, ao ser considerado de forma sistemática todo o organismo político-institucional e as finalidades de cada um de seus órgãos, não havendo possibilidades de confusões e sobreposições entre os objetos de fiscalizações e seus respectivos produtos possíveis.

Todavia, na prática administrativa, visualiza-se um certo movimento voluntarista, no sentido de desconsiderar premissas normativas, mesmo que abertas e incertas, para a aplicação de suas atribuições de forma conforme aos clamores dos casos concretos. Este entendimento é corroborado pela doutrina da seguinte forma:

O crescente interesse da Corte no funcionamento da Administração, nas suas várias estruturas, inclusive das agências reguladoras, buscando controlá-las tanto pelo ângulo financeiro quanto pelo estritamente administrativo, até mesmo em matéria regulatória. (SUNDFELD; C MARA; 2013, 178)

No momento em que o colegiado adota uma postura de intervenção coercitiva sobre matérias não financeiras, correspondentes a atividade da administração, não só, inevitavelmente, ultrapassa seus limites de atuação, como adentra a prerrogativa de órgãos e instituições alheios.

A atuação do TCU nas demais áreas, não relacionadas à gestão financeira em sentido amplo, podem ser objeto da manifestação do Tribunal a partir de fiscalização operacional. Sua principal finalidade é a avaliação de desempenho, a denominada performance.

As fiscalizações empenhadas em matéria de caráter não financeiro são compreendidas no âmbito da atuação indireta do Tribunal. Mesmo indireto, contempla amplo espectro de ação.

Relevante destacar a utilização de parâmetros principiológicos para a análise da gestão realizada pelos administradores públicos, pautada na economicidade, eficiência e efetividade. A abordagem sob este tipo de parâmetro permite a avaliação das atividades de determinado órgão ou instituição a partir de seus resultados, uma vez que não está vinculada ao cumprimento

de uma legislação substantiva específica, a qual provavelmente exigiria a revisão de determinados elementos ou circunstâncias da decisão administrativa (SUNDFELD; C MARA, 2013).

Neste momento, não cabe ao tribunal emitir decisões. As suas manifestações, no âmbito das auditorias operacionais, não devem deter caráter cogente, nem devem se sujeitar as autoridades responsáveis a sanções. O TCU tem o dever de representar, por força da redação do inciso XI, art. 71, da Constituição Federal.

As possibilidades de produtos empenhados a partir de controle exercido na administração compreendem o levantamento de dados e informações, a emissão de orientações e sugestões e a colaboração, em geral, com a gestão pública.

A mera possibilidade da inserção de um objeto de proporções consideravelmente extensas e complexas sobre parâmetros pautadas em julgamentos de legitimidade e economicidade, por si só, já seria suficiente para gerar discordâncias de cunho político em matéria de políticas públicas, por exemplo.

Contudo, o ambiente propício à expansão de instrumentos de controle sobre atos do Poder Executivo garantiu a competência de o Tribunal poder julgar e fiscalizar, não somente as formas, como também medidas de matéria de política pública e regulação.

Torna-se juridicamente incompatível supor que, por meio de texto constitucional, seja facultado ao TCU a prática de atos sancionatórios ou atos de comando em qualquer e toda matéria, utilizando-se de qualquer parâmetro de controle principiológico como legitimidade e economicidade. Caso consequência natural é a consideração do tribunal de controle externo como instância revisora de atos administrativos, aquela como sendo a última que seria autorizada a errar.

A fim de que seja estabelecida a plena realização e estabilização de democracias, como sistema político ideal, as inúmeras instituições que a compõem devem atuar de forma colaborativa. O entendimento e respeito aos seus próprios limites, por parte das instituições e órgãos que a compõem, é condição para a efetividade do sistema político democrático.

Neste sentido, eleva-se a importância jurídico-política do instituto da representação. Ao compreender as limitações de suas próprias atribuições, considerando a substancial fragmentação de competências, típica de arranjos contemporâneos de freios e contrapesos, a postura deferente de órgãos de controle diante do exercício das competências de outros órgãos deve ser perseguida como objetivo.

Bruno Speck destaca a importância das atribuições do TCU no contexto institucional brasileiro. Embora as conclusões levem ao entendimento da existência de balizas substanciais

à atuação do Tribunal, restringindo o campo de atuação no âmbito de fiscalizações de caráter operacional, sua função como órgão de produtor de informações relevantes é inerente ao seu caráter de órgão controlador.

O jurista (2000, p. 165) afirma “para que outras instâncias possam tomar decisões e criar iniciativas. Não somente o parlamento é um possível receptor dos relatórios do Tribunal de Contas, mas o público em geral também pode funcionar como transmissor de falhas apontadas.” a sua competência fiscalizatória é compatível com a ampliação da *accountability* na gestão pública.

Ainda há, entre a doutrina, posições que corroboram com o entendimento de que o controle de conformidade exercido pelo TCU se estenderia sobre qualquer atividade administrativa, desde que seja desempenhada pelas entidades sujeitas à jurisdição da Corte de Contas, é o caso de Carolina Fidalgo² e José Vicente Mendonça³.

Os autores, no geral, afirmam que diante de ilegalidade constatada mediante a descumprimento frontal à dispositivo normativo, abre-se a possibilidade de ação do TCU em seu caráter coercitivo, emitindo comandos.

Marianna Willeman, a qual também compreende as competências do Tribunal de Contas de forma mais extensiva, assume que as limitações à atuação do órgão estão restritas às competências de outras instituições “não ser possível concluir que os Tribunais de Contas possam se substituir ao administrador público na definição de escolhas estatais legítimas, analisando a conveniência e oportunidade (mérito) de uma determinada medida.” (WILLEMAN, 2017, p. 30).

André Rosilho ainda frisa a relevante informação de que inexistem dispositivos constitucionais que corroboram com tal entendimento expansivo. O professor ainda justifica tal posição a partir de uma interpretação histórica de textos constitucionais:

Extraí-se da observação das normas jurídicas que disciplinaram as competências e atribuições do TCU em regimes jurídicos pretéritos que elas, sem exceção, autorizam o Tribunal a agir em ambas as suas jurisdições mediante controle de legalidade (...) exclusivamente em matérias financeiras (que de algum modo dissessem respeito às receitas e despesas do Estado.

Foi assim na Constituição de 1891, de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e de 1969. A legislação historicamente associou o exercício de toda e qualquer competência e atribuição do TCU — tanto aquelas inseridas no seu campo de jurisdição direta como

² FIDALGO, Carolina Barros. *O controle do TCU sobre as agências reguladoras independentes: análise de alguns casos concretos e definição de possíveis limites*. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico: homenagem ao Marcos Juruena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. t. II. p.96-100.

³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis*. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.10, n.38, p.162-163, abr./jun. 2012.

aquelas inseridas no seu campo de jurisdição indireta — à realização de controle de legalidade exclusivamente em matérias financeiras. (ROSILHO, 2016, p. 334)

Em seu entendimento, as controvérsias que persistem atualmente são produto do alargamento de objetos sujeitos à fiscalização. Ao se valer de todos os instrumentos dispostos para a sua utilização, o Tribunal não avalia as existentes distinções entre as jurisdições direta e indireta.

Na análise do texto constitucional, há sempre a inserção de atos impositivos quando relacionados a atividades financeiras e avaliação de legalidade. Como exemplos temos a aplicação de sanção em caso de ilegalidade de despesas, autorização de o TCU instaurar prazos para manifestação e providências de outros órgãos e autoridades em caso de constatação de ilegalidade, e previsão de sustação do ato administrativo, caso não sejam atendidas as determinações do TCU.

Ainda há que se mencionar o único poder cautelar conferido ao TCU pela Constituição, previsto nos incisos IX e X do art. 71. Há a disposição de sustação de ato administrativo nas hipóteses de constatação de ilegalidade e dano ao erário, condicionada a assinatura do prazo para que o órgão ou entidade responsável adote as providências necessárias para sanar a ilegalidade, podendo reagir em caso de inércia da Administração (ROSILHO, 2016, p. 247).

A Lei Orgânica do TCU ainda prevê a possibilidade de determinar o afastamento temporário de responsáveis pela gestão de recursos federais, em seu art. 44 e decretar a indisponibilidade de bens, no §2º do art. 44.

Embora a previsão já seja consideravelmente ampla, o Regimento Interno prevê dispositivo que visa a assegurar verdadeiro poder geral de cautela ao Tribunal em seu art. 276.

Na prática, o Tribunal pode utilizar medidas cautelares para tutelar o interesse público em geral, e não apenas lesões ao erário provocadas pela gestão ilegal de recursos, além de poder determinar, de imediato, até mesmo sem ouvir a Administração, a suspensão de atos e procedimentos, bem como a adoção de outras providências (PEREIRA, 2019, p. 173). Há, ainda, a chancela do poder geral de cautela a partir da jurisprudência do STF (ROSILHO, 2016, p. 255).

O entendimento do TCU aproxima-se da interpretação expansiva de suas competências. A partir de sua atuação em casos concretos, da análise da manifestação de seus Ministros nos autos de processos, da postura voluntarista de seus integrantes, visando a ampliação de suas competências, e, por último, a edição de normas e dispositivos em regulamento interno, capazes de ampliar seus poderes compreende-se a postura do Tribunal como tolerante a expansão de interpretações.

A Constituição não atribuiu ao TCU poder normativo. Embora, na oportunidade de instauração de uma nova assembleia constituinte, a fim de elaborar o texto constitucional, os Ministros que compunham o Tribunal na época foram questionados quanto a um artigo da minuta do anteprojeto, o qual autorizava o TCU a fixar normas para o exercício do controle externo (ROSILHO, 2016, p. 75).

Por fim, o dispositivo pleiteado não recebeu a adesão dos constituintes, o que não significou a extinção das oportunidades em que o Tribunal poderia incorporar às suas atribuições o poder normativo. No processo de aprovação da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, publicada em julho de 1992, o próprio TCU inseriu um dispositivo na minuta original do projeto de lei que terminou por autorizar a corte a editar normas.

Dois instrumentos distintos permitem a edição de normas pelo TCU, a autorização de editar regulamentos e responder a consultas (ROSILHO, 2016, p. 122).

A redação do artigo 3º expressamente confere o poder regulamentar ao tribunal de Contas, “podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade”.

As consultas são instrumentos em que o plenário manifesta seu posicionamento, em abstrato, relativo à interpretação que considera adequada de dispositivos legais e regulamentos. Previstas no inciso XVII do art. 1º da Lei Orgânica, são relacionadas ao poder normativo, uma vez que sua resposta detém caráter normativo, além de proporem soluções gerais e abstratas, possuem caráter vinculante, sob pena de responsabilização do gestor no caso de não observação (ROSILHO, 2016, p. 130).

Embora haja concordância entre a doutrina acerca do caráter precário do poder normativo conferido ao TCU, afirmando ser restrito a regulamentos de aspectos procedimentais ligados ao desempenho concreto de suas atribuições e ao funcionamento interno do próprio Tribunal, há controvérsias quanto à consideração deste entendimento na atuação prática da Corte.

Luís Roberto Barroso, em parecer, afirma que a atribuição desta competência deve ser interpretada conforme a Constituição, a qual não conferiu poder regulamentar ao órgão. Portanto, regulamentos de matéria de execução, ou elaboração de regulamentos autônomos não são abrangidos nesta permissão legislativa (BARROSO, 1996, p. 140).

Não há possibilidades legais ou constitucionais que autorizem o TCU a invadir a esfera de reserva legal, com o fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou delimitar vedações que não tenham apoio na lei.

Como exemplo de infração e desrespeito a ordem normativa, o Tribunal de Contas da União, por força de instruções normativas, instituiu obrigações de fazer à Administração Pública, para que esta submetesse a apreciação de editais de licitações das concessões públicas antes de sua publicação (JORDÃO, 2014), conforme previsto na Instrução Normativa nº 81/2018.

André Rosilho aponta que, sob o pretexto de regulamentar suas competências e atribuições, a partir da edição de atos tidos como regulamentares, o TCU confere interpretações peculiares, as quais alargam suas possibilidades de controle (ROSILHO, 2016, p. 274).

A análise das competências do Tribunal de Contas da União não esgotam-se, somente, a partir da leitura do texto constitucional. O órgão de controle expande permanentemente sua atuação utilizando fundamentos pautados na interpretação e aplicação equivocada de dispositivos constitucionais, norma jurídicas de caráter não constitucional, catalisada a partir da postura de seus integrantes.

A desconsideração da existência de limites, por parte de integrantes e ministros do Tribunal, repercute em disfunções de ordem institucional.

Neste momento, percebe-se que estruturas institucionais criadas com o propósito de promover *accountability* de forma horizontal têm suas finalidades desviadas em prol da consideração de uma autoridade frente a outros órgãos.

Ainda será explorada a interferência, em matéria regulatória, exercida pelo Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo sobre atos de agências reguladoras.

2.3. Dimensão cooperativa do controle

Como visto no capítulo anterior, o ambiente político brasileiro e atuação direta de integrantes do TCU culminaram, na ampliação de suas competências positivadas em Carta constitucional, permitindo o alargamento de suas atribuições na rotina do exercício do controle, a partir da aplicação da própria interpretação de dispositivos legais e constitucionais.

Há ainda que se considerar outro aspecto relevante, já mencionado, a influência internacional que possibilitou a ampliação das prerrogativas da Corte. Conforme vislumbrou-se o desenvolvimento da organização do Estado no sentido de uma administração gerencial, também no âmbito internacional, as concepções de controle desta alteração também se alteraram.

A descentralização administrativa, além de ser um movimento de caráter administrativo, em sua perspectiva político-institucional tem como maior finalidade a satisfação de premissas democráticas.

Entre tais premissas, encontra-se o objetivo de viabilização da ampliação da participação geral. A participação, neste caso, não somente seria contemplada em sua dimensão de participação popular, mas também em pluralizar as arenas de discussão e decisão, permitindo um arranjo consideravelmente mais horizontal do Estado, e que verifica-se uma ampliação de indivíduos e órgãos envolvidos, trata-se da aplicação de um dos mais relevantes princípios de governança, a subsidiariedade.

Ao alcançar o objetivo de maior participação social, em regra, há imediato atingimento da compreensão da diversidade. A tomada de decisões a partir da compreensão de diferentes pontos de vista, permitindo a participação de diversos atores, conferem relevância às conclusões, adquirindo maior legitimidade, sob a óptica política.

Estas premissas são incorporadas no texto constitucional, e em posteriores reformas e emendas, a partir da positivação de valores e normas jurídicas relacionadas a persecução de uma gestão de administração pública pautada na soberania popular e preocupação com resultados.

Esta alteração na concepção da atuação do Estado estendeu reflexos em matéria de controle. Em todo o mundo, diante da multiplicação de órgãos governamentais descentralizados e pautados no aprimoramento da atividade administrativa, a alteração da manifestação do controle foi verificada como movimento consequente.

Ao avaliar a experiência francesa na busca de consolidar modelos de *accountability* capazes de aprimorar a gestão de finanças públicas, Marianna Willeman verificou que o grande debate a respeito da atuação da Corte de Contas na França concentra-se, atualmente, nas reflexões relacionadas ao seu papel na avaliação de políticas públicas.

A autora frisou, neste ponto, a ênfase que a doutrina francesa empenha em destacar a importância da construção de uma cultura da cooperação, a fim de efetivar-se, de modo satisfatório, a revisão de atos de gestores públicos (WILLEMAN, 2017, p. 113).

Ao citar Charles Waline⁴, a jurista firma o entendimento de que o controle executado pelo Estado também alterou-se devido à evolução da gestão pública. Neste novo arranjo composto por uma organização descentralizada e horizontal, tem-se a expectativa de que a atuação administrativa e o controle estão vocacionados à colaboração.

⁴ WALINE, C.; DESROUSSEAUX, P.; BERTRAND, P. *Contrôle et évaluation des finances publiques*. Paris: la documentation française, 2009.

A expectativa é que haja a superação de uma relação adversarial entre o gestor público e o controlador, substituída pela ideia de cooperação e horizontalização das relações institucionais.

A Constituição evoca esta conjunção, entre os objetivos de atos da administração e seu respectivo controle, na redação dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal. Vislumbra-se evidente movimentação no sentido de instaurar mecanismos capazes de promover a relação cooperativa entre os órgãos estatais, tradicionalmente opostos nas arenas decisórias.

A partir de seu texto é possível verificar a instalação de bases para a integridade e confiabilidade do controle externo, situando os tribunais de contas em todo o país como “órgãos independentes e autônomos, responsáveis pelo controle de toda atividade que importe gestão de recursos públicos, bem como da performance da estrutura estatal” (WILLEMAN, 2017, p.25).

A aplicação de modelo descentralizado de administração pública repercute em defasagens, entre elas a maior probabilidade da existência de pontos cegos, diante da ausência de uma análise ampla e universal das circunstâncias e variáveis envolvidas.

Nesta perspectiva, André Rosilho enumera relevantes características do TCU, as quais são capazes de oferecer contribuições ao aprimoramento da gestão pública de modo geral (ROSILHO, 2016, p. 297).

Por ser um órgão autônomo e independente, ocupa posição institucional privilegiada e, supostamente, neutra diante das realidades enfrentadas pela administração pública. A sua composição técnica, entre servidores públicos e ministros que compõem o colegiado, permite a execução de avaliações densamente qualificadas. Isto porque, sua estrutura sofisticada e nichada abrange os variados desafios enfrentados pelo Estado.

Por fim, a centralização de dados e informações advindas de diferentes setores e órgãos da administração pública o colocam em local privilegiado, em matéria de fiscalização dos resultados obtidos pela gestão pública. Verifica-se, portanto, a possibilidade de subsidiar a administração pública a partir da exposição de boas práticas.

O Ministro Benjamin Zymler manifesta seu entendimento neste sentido:

Além disso, sendo o TCU órgão que examina, sob diferentes aspectos, a atuação de agentes reguladores em praticamente todos os setores da economia, detém as melhores condições potenciais para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro. Em consequência, poderá contribuir para a disseminação de boas práticas de regulação, independentemente do segmento em que atuam as agências”. (ZYMLER,2002. p.34)

Neste contexto, verifica-se que o desenvolvimento da concepção dialógica visa a evolução e amadurecimento das decisões (WILLEMAN,2017, p. 237). A interação entre controlador e controlados não pode ser pautada em ordens de comando.

A fiscalização do TCU, em matéria administrativa, é essencial para o atingimento da plena efetividade da gestão pública. Contudo, para a compatibilização da dimensão cooperativa do controle à rotina do Estado e respectivas relações institucionais, foi necessário a instituição de instrumentos diferenciados de atuação, que acabou por culminar em uma jurisdição indireta do Tribunal.

Contrariamente à tradicional auditoria, pautada no controle de conformidade, a auditoria operacional estabelece parâmetros diferenciados e focados em resultados. Utilizando-se de parâmetros, como o de efetividade e legitimidade, o instrumento estabelece novas abordagens no exercício do controle externo.

A competência para a realização da fiscalização operacional, em seu sentido material, foi atribuída ao Congresso Nacional, conforme a redação do artigo 70 da Constituição Federal. A possibilidade da execução da fiscalização foi conferida ao TCU a partir da previsão de seu instrumento, as auditorias operacionais são compreendidas na competência do TCU por força do inciso IV do art. 71.

A jurisdição indireta do TCU contempla competências relativas ao levantamento de informações, previsão de subsidiar o controle a ser realizado pelo Poder Legislativo, nos termos do inciso VI, do art.71, prevê que o TCU prestará ao Congresso Nacional as informações solicitadas acerca dos resultados das auditorias realizadas e produção de sugestões de aprimoramento da Administração Pública.

As auditorias operacionais são conceituadas, principalmente, em torno de sua finalidade. A partir de sua utilização busca-se a eficiência administrativa, através da maximização dos resultados efetivos e minimização de dispêndios. Possibilita, aos órgãos de controle, a formulação de propostas de aperfeiçoamento para melhorar o impacto da ação estatal na sociedade (WILLEMAN, 2017, p. 226).

Mariana Willemann (2017, p. 287) compara os tipos de auditoria com os parâmetros e produtos do controle. Enquanto nas fiscalizações de conformidade legal as conclusões demandam uma postura coercitiva do controle externo, podendo culminar na aplicação de sanções aos órgãos e gestores públicos, nas auditorias operacionais o enfoque é pautado no exame de resultados “sob o prisma da legitimidade, eficiência e eficácia, sendo suas conclusões veiculadas por meio de recomendação ao órgão controlado”.

As auditorias operacionais são, portanto, o produto instrumentalizado do empenho na alteração da cultura e postura de órgãos controladores. Atualmente, demonstra-se como mecanismo fundamental de interação entre o gestor público e o agente controlador. A partir de análises concretas gerais ou específicas, a produção de diagnósticos orienta a Administração no sentido do desenvolvimento.

A tendência natural é a de que, nos próximos anos, os tribunais de fiscalização de políticas públicas superem, definitivamente, sua postura e caráter coercitivo. Por serem orientadas por critérios de economicidade e legitimidade, as fiscalizações operacionais não possuem o condão de ensejar a produção de atos de comando, ou recomendações de caráter impositivo.

Ao expedir comandos coercitivos, por meio de auditorias operacionais, o Tribunal afasta-se da evolução colaborativa e regride a uma atuação hierarquizada e conflitante ao controlado.

Para evitar a confusão de finalidades atribuídas às duas espécies de auditoria, em regra, o Tribunal de Contas da União é orientado a somente expedir comandos de recomendação em sede de fiscalizações operacionais, enquanto, no controle de conformidade, a expedição de determinações, em que os administrados encontram-se necessariamente vinculados.

O Tribunal, porquanto, somente está autorizado a expedir determinações em casos de ilegalidades. Quanto às recomendações, por sua vez, devem ter caráter sugestivo, sendo, portanto, uma faculdade da Administração averiguar a oportunidade e conveniência de adotar ou não o direcionamento colocado pelo Tribunal, sob o risco de esvaziamento das atribuições dos gestores públicos e substituição do julgamento da administração pública pelo do controlador.

Em matéria regulatória, a atuação do tribunal deve limitar-se à fiscalização estritamente operacional. Não somente devido a sua natureza administrativa da atividade, como em atenção aos desarranjos institucionais consequentes da intervenção de demasiado controle em atos finalísticos desempenhados por agências reguladoras.

Como já explorado em capítulos anteriores, nem mesmo as teorias com entendimentos mais expansivos em relação à possibilidade de controle exercido pelo TCU, em matéria de sua jurisdição indireta, admitem a sobreposição do controle externo sobre decisões regulatórias.

A Corte posiciona-se de forma contundente a respeito da amplitude de sua atuação diante de agências reguladoras. O Acórdão nº 1.703/2004 considerado pelo TCU, como também pela doutrina, como um *leading case* no tema do controle da regulação, devido ao estabelecimento de balizas à sua atuação pelo próprio Tribunal.

Ainda que externe as interpretações expansivas da autorização do exercício de seu controle, Vera Monteiro e André Rosilho concluíram que foi possível extrair, a partir do acórdão, a fixação de um padrão de atuação, em que admite-se a expedição de ‘determinações’ diante de atos vinculados tidos por irregulares, da mesma forma ocorre com atos discricionários, considerados como passíveis de censura pelo Tribunal, uma vez constatado vício de legalidade.

Quanto à permissão de pontuar ‘recomendações’ aos órgãos administrativos, recairão somente aos atos discricionários, não eivados de vício de legalidade.

Fica claro o entendimento do Tribunal de que recomendar, de forma alguma, seria o mesmo que determinar. O caráter, em tese, menos interventivo que as recomendações detêm é diversas vezes reiterado. Há ainda a externalização da concordância de que ao TCU é vedado a possibilidade de imposição às agências reguladoras medidas que interfiram na discricionariade técnica delimitada por suas leis de criação. (MONTEIRO; ROSILHO, 2017, p. 40)

A concordância aos seus limites delimitados tanto legalmente, quanto constitucionalmente é verificada em diversos acórdãos proferidos pela Corte. Em Acórdão nº 402/2013, referente às outorgas de terminais de uso privado (TUPs) pela ANTAQ, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, inclusive, assume a competência mais restrita da corte ao limitar a atuação da corte a somente recomendações diante de atos discricionários executados por agências reguladoras.

O Ministro Relator Augusto Nardes, em Acórdão nº 715/2008, ressalta a faculdade de as agências reguladoras avaliarem a oportunidade e conveniência de adotar ou não as sugestões assim formalizadas pelo colegiado.

Todavia, na rotina regulatória, a mera distinção jurídica e conceitual entre recomendações e determinações não é suficiente para afastar a atuação do TCU em atividade regulatória.

Monteiro e Rosilho alertam que “olhar cauteloso para a jurisprudência revela que as categorias ‘determinações’ e ‘recomendações’, em si consideradas, não são tão diferentes assim e potencialmente produzem efeitos muito similares (ou até mesmo idênticos) no tal ‘jogo regulatório’.” (2017, p. 47).

Tal fato já fora percebido diante da movimentação dos setores regulados, sendo destacado pelo Procurador-Geral do MP de Contas, no processo que resultou no Acórdão nº 1.703/2004 “as recomendações podem gerar sérios conflitos, de difícil superação e de indesejáveis repercussões”. O Procurador aponta que mesmo mediante observância estrita dos

critérios de utilização destes comandos o TCU precisa ter cautela, para prevenir o risco de gerar incertezas no ambiente regulatório.

Pareceres neste sentido já foram proferidos em outros processos de auditoria realizados pelo Tribunal. Em análise de revisão tarifária do setor elétrico, que resultou no Acórdão 1.201/2009, o representante do Ministério Público pontuou a grande repercussão do comportamento do mercado diante de opiniões exaradas no âmbito de autorias.

O promotor ainda afirma que em algumas ocasiões as agências acatam as recomendações do TCU, contrariando suas convicções técnicas, a fim de não precisar arcar com os resultados e as consequências políticas que surgiriam na hipótese de aplicação de seus próprios entendimentos. Aponta a existência de pressões em setores regulados quando há desvio das proposições de uma instituição que goza de altíssima credibilidade perante a sociedade em geral.

Na opinião do Ministério Público de Contas, o TCU é responsável pelas eventuais interferências em atividades regulatórias, não atribuídas à sua competência original, mesmo que agindo em integral conformidade com a lei.

A confusão entre os institutos pode ser percebida, inclusive, na redação do próprio regimento interno do Tribunal de Contas (PEREIRA, 2019, p. 157). Ao relacionar, no inciso III do art. 250, recomendações à adoção de providências e determinações ao monitoramento, e não o inverso, evidencia-se um verdadeiro desafio prático na diferenciação entre os institutos na ordem prática:

Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações;

Não à toa, a Administração vê-se obrigada a colocar em prática a posição do TCU, mesmo quando esta não veicule uma medida saneadora de eventual ilegalidade. A confusão ou simples equiparação dos efeitos das recomendações aos efeitos de determinações repercute em especial relevância do TCU na definição de aspectos centrais da regulação.

A vinculação do Tribunal de Contas da União à finalidade de suas competências, quais sejam, o estrito controle externo da administração pública em matéria de ilegalidades de caráter financeiro ou, em sua jurisdição indireta, a promoção de cooperação e fiscalização em matéria de política pública; é baseada, principalmente, em sua função denominada neutral.

A mera observância de formalidades não isenta a responsabilidade de o tribunal não atentar-se aos efeitos provocados, tal proposição é coerente com a lógica de administração gerencial que terminou por conferir o papel cooperativo ao TCU.

A concepção da existência de um Estado pluriclasse, composto por múltiplos atores e, conseqüentemente, a constatação de vários interesses de caráter público e conflitantes, foram fatores determinantes à descentralização do Estado, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld:

Também não é mais convincente a figura do interesse público aos cuidados da Administração (tudo no singular: um interesse e uma Administração). Nas situações que se apresentam é normal o conflito plural: entre muitos interesses públicos, aos cuidados de muitos órgãos e entidades, públicas e semipúblicas.

A superação de um Estado centralizado, naturalmente, supera a ideia de autoridades e exige relacionamento institucional cooperativo e horizontal. A organização estatal em diversos órgãos autônomos, para a sua sustentação e credibilidade requer, inerentemente, a neutralidade na execução de suas atribuições.

A partir do momento em que, na prática, um tribunal de controle externo lança mão de suas competências atribuídas para a garantia de suas funções neutral, de modo coercitivo e hierarquizado, subverte-se a lógica do controle e acarreta disfunções.

Por conseguinte, os reflexos da disposição de suas atribuições, a bel interesse do Tribunal, resulta em disfunções em matéria administrativa. No caso de atividades regulatórias, os objetivos relativos à ampliação da possibilidade de controle social e manutenção de segurança jurídica são diretamente afetados.

Ao posicionar-se como instituição autorizada a revisar decisões relativas a atividades-fim de agências reguladoras, no exercício do controle, ocorre a captura de competências públicas (MARQUES NETO; PALMA, 2017, p. 25).

Nesta configuração o TCU decide “por último”, sendo consideravelmente limitadas as possibilidades de questionamento, por não estar sujeito a um controlador. Eduardo Jordão (2016) salienta a necessidade de sujeitar o controle no limite de suas finalidades, a fim de evitar que “as prognoses incertas do administrador sejam substituídas pelas prognoses igualmente incertas do controlador.”

Vale constar, somente a título de comprovação da instabilidade jurídica que a interferência por parte do TCU em âmbito regulatório provoca, há uma séria de ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria seria o questionamento do controle externo sobre atividades de agências reguladoras.

O entendimento da Suprema Corte é claro no sentido de vedar a invasão da esfera de atribuições das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, conforme entendimentos proferidos em sede dos Mandados de Segurança de nº 35.715/DF e 26.000/DF.

Entre as decisões proferidas pelo Supremo, há jurisprudência que transparece o intuito, de certa forma, de parametrizar as competências do Tribunal. Questões referentes à quebra de sigilo e do exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU foram aventadas em Mandados de Segurança de nº 22.934 e 35.410, respectivamente.

Por fim, o dever de deferência no exercício da atividade de controle da regulação estatal é abordado pela Corte na ADI nº 4.874/DF.

3. O CASO: COBRANÇA DO SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA

A partir da avaliação realizada em capítulo anterior, constata-se divergências práticas entre a delimitação de competências conferidas pela Constituição Federal aos órgãos de controle, sua real e efetiva atuação, além de verificar movimentação interna, de seus próprios integrantes, para o alargamento destas atribuições.

Em diversas ocasiões o Tribunal, representado pelos Ministros que o compõem, exprimem entendimentos, seja no exercício de suas atribuições por meio de voto, ou manifestações na mídia, os quais fazem com que seja possível compreender a dinâmica desta ampliação.

Há o desenvolvimento de um posicionamento pela Corte, o qual viabiliza a expansão do exercício do controle externo sobre atos administrativos da gestão pública, os quais acabam por provocar em disfunções institucionais.

Cabe avaliar tais argumentos utilizados, comparar com as respectivas finalidades, a fim de se concluir se as lógicas utilizadas prosperam na prática. Para isso, ao final será analisado um caso prático a fim de que seja avaliada a pertinência da ampliação das hipóteses e incidências de controle externo.

3.1. Avanço da atuação do Tribunal de Contas da União

O principal argumento utilizado para a ampliação do controle externo seria o das capacidades institucionais, o qual por um longo tempo foi utilizado para o afastamento do exercício do poder jurisdicional sobre a Administração Pública, atualmente demonstra-se como maior motivo para a interferência do órgão de controle sobre atividades regulatórias.

Tal fato deve-se ao reconhecido aparato institucional técnico, o qual a instituição é dotada. Os Ministros e integrantes da Corte abertamente colocam-se como essenciais à promoção de um suposto equilíbrio institucional, ao considerar, de certa forma, desequilibrado o ambiente em que as agências reguladoras estão inseridas.

Os Ministros Henrique Almeida e Benjamin Zymler afirmam que "nosso aparelho judicial ainda não se encontra suficientemente preparado para responder tempestiva e adequadamente a questões versando sobre regulação." (2009, p. 232).

Por outro lado, tal argumento demonstra-se arriscado diante da disposição de competências institucionais que os órgãos componentes do Estado brasileiro assumem. A

avaliação da capacitação, no caso da atividade regulatória, é realizada pelo TCU, como exemplo no Acórdão TCU 240/2015-Plenário, o qual resultou em uma comparação de governança das agências reguladoras no Brasil.

A competência para a avaliação da atividade regulatória das agências foi concedida pela Constituição Federal, a qual previu que, por intermédio de fiscalizações de caráter operacional, o Tribunal de Contas cooperasse para o desenvolvimento do exercício das funções públicas das agências reguladoras.

No momento em que o TCU utiliza-se do argumento de que seria mais capacitado a exercer determinada atribuição, em detrimento das competências de outros órgãos, conferidas por leis e pela Constituição, o Tribunal pauta-se a partir de uma idealização (JORDÃO; PEREIRA, 2019).

Em entrevista concedida à Folha de São Paulo em 2019, o Ministro Bruno Dantas, ao justificar as interferências em órgãos de regulação de concessões, defendeu o que denomina ser o “controle de segunda ordem” sobre agências reguladoras:

Sempre defendi a jurisprudência majoritária, que é que nosso controle às agências reguladoras seja de segunda ordem. A gente checa os critérios que foram usados para tomar a decisão. Isso não quer dizer que o TCU quer substituir a escolha do regulador. (HIRATA,2019)

Entretanto, tal metodologia de interferência é consideravelmente questionável. A governança das agências reguladoras é aferida a partir de critérios como: tempo de vacância de cargos de direção, transparência de seus atos, planejamento executado, realização de avaliações de impacto regulatório e realização de gestão de risco. Tais indicadores muitas vezes não são suscitados no âmbito de fiscalizações.

Ademais, em achados de pesquisa empírica realizada por Sandro Zachariades Cabeça, concluiu-se que entre 2016 e 2019, neste mesmo período da entrevista, apesar de a ANTT ser considerada como a mais mal colocada em termos de governança, não foi alvo de nenhuma auditoria operacional realizada no período.

Por outro lado, a ANEEL, considerada a melhor agência reguladora, foi objeto da mesma quantidade de auditoria que a ANP, a 4ª pior agência. Ao todo, foram realizadas 8 auditorias operacionais, que deixaram de avaliar duas das seis agências reguladoras analisadas no acórdão de 2015 (SABEÇA, 2019).

Para além dos argumentos favoráveis à expansão do controle, cabe a análise contrária.

3.2. Alguns efeitos colaterais no exercício do controle externo

É possível considerar, a partir deste ponto, que a atividade regulatória idealmente prevista, exercida exclusivamente por órgãos reguladores autônomos e independentes, jamais ocorreu no Brasil. Na verdade, diversos obstáculos de aspecto legislativo, institucional e pragmático prejudicaram o desenvolvimento pleno da atividade regulatória.

Partindo-se desta premissa, cabe entender de que forma o controle externo exercido pelo TCU pode causar prejuízos à ordem institucional e, conseqüentemente, lesar o pleno funcionamento da regulação.

Talvez o principal transtorno gerado pelo excesso de controle é o deslocamento da competência regulatória ao órgão de controle, mediante interferência de decisões em atividades-fim das agências reguladoras.

Palma e Floriano (2017, p. 25) denominam este movimento como captura das competências públicas. Servindo-se, muitas vezes, de conceitos jurídicos abstratos e valorativos, como “interesse social”, “razoabilidade” e “conveniência”, os órgãos controladores ampliam a margem de discricionariedade de sua atuação.

O resultado é a promoção de ações de controle não fundadas em critérios normativos delimitados, muitas vezes baseadas a partir de precedentes promovidos pelos próprios órgãos.

Em matéria regulatória, a decisão da autoridade reguladora é desconsiderada, sem nem mesmo a utilização de critérios válidos, pelos órgãos de controle, transferindo-se a discricionariedade da autoridade para o controlador (SCHIRATO, 2015).

Conseqüentemente, ocorre o fato de o órgão regulador deter a última palavra em matéria regulatória. Ao contrário do que manifestam os entusiastas do controle, tal fato sujeita os setores regulados a uma maior possibilidade de captura de determinados agentes.

Os processos no âmbito de Tribunais de Contas, em regra, ocorrem de maneira contenciosa, apenas entre regulador e controlador. Não há previsão de participação dos agentes do mercado regulado ou sociedade civil, ocasionando, inclusive, um aumento da provocação ao Poder Judiciário em hipóteses de matérias controvertidas.

O controlador não é submetido à lógica de diálogo com os agentes do setor regulado e, ainda, não tem qualquer responsividade sobre suas decisões, não sendo previstas instâncias institucionais de revisão do exercício de seu controle em matéria regulatória (SCHIRATO, 2015). Este fato deve-se, simplesmente, porque as leis estruturantes do sistema não concebem órgãos de controle como emissores de normas regulatórias.

Por vezes, a justificativa do mal exercício da regulação pelas agências é utilizada como pretexto para a intervenção de órgãos de controle. Porém, o controle deve ser exercido de forma sistemática, a colaborar com o desenvolvimento institucional, para que seja reparada a fragmentação do sistema regulatório e o aparelhamento político das autoridades.

Na realidade, o que ocorre é a frequente intervenção de decisões emitidas no caso concreto. A falta de capacidade técnica não deve ser justificativa para o alargamento do controle, caso a finalidade seja o aprimoramento da regulação.

A ampliação das possibilidades de controle, automaticamente, promove a manifestação de conflitos acerca de quem seria o controlador responsável, uma vez que a expansão das possibilidades de incidência viabiliza a atuação de mais de uma instituição autônoma, em um sistema político marcado pela pluralidade de instituições autônomas. (MARQUES NETO; PALMA, 2017).

Atualmente, pode-se concluir que, dentre as preocupações do exercício das atividades regulatórias pelas agências reguladoras, encontra-se a demanda de atendimento ao controle externo. Há, portanto, a existência da denominada “gestão de defesa”, a qual o administrador público, no caso o regulador, tem suas funções públicas abreviadas, uma vez que, mediante qualquer discordância do controlador, gera imediatos efeitos negativos no mercado regulado (MARQUES NETO; PALMA, 2017). A consequência imediata é a alteração da finalidade, a preocupação primeira do regulador para com o controlador e não ao mercado regulado.

Por fim, Eduardo Jordão (2019, p. 684) frisa a dificuldade de pautar a modulação de parâmetros de controle como para favorecer a devida manutenção de segurança jurídica. A atual conjuntura não permite a consolidação de decisões definitivas, o mercado permanece em constante alerta quanto à iminente perturbação que os órgãos de controle podem gerar.

Como demonstrado no decorrer do trabalho, nem mesmo os próprios integrantes do Tribunal dispõem de critérios capazes de fundamentar a intervenção em determinada matéria regulatória ou setor.

3.3. Progressão do entendimento

No âmbito do exercício das atividades regulatórias atribuídas à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, por força de sua lei instituidora, Lei nº 10.233/2001, esta fixou regras de regulação e disciplinou a cobrança do Serviço de Segregação de Entrega. O TCU, sob a alegação de suposto abuso de poder de mercado de terminais, exerceu sua atribuição

de controlador externo da Administração Pública, culminando na suspensão das cobranças da taxa, suspendendo cautelarmente a eficácia de dispositivos da Resolução ANTAQ nº 72/2022.

A análise do presente caso faz-se relevante diante da relevante controvérsia do tema, em matéria técnica, além da evolução do entendimento de diversas instituições e jurisdições no decorrer dos anos.

A própria terminologia aplicada sugere discordâncias acerca do tema. A cobrança pelos serviços de segregação e entrega da carga containerizada é denominada a partir de sua sigla “SSE”, adotada pela totalidade das normas que regulamentam a atividade portuária no Brasil. O termo “THC2” advém de uma inovação de caráter depreciativo, por fazer referência a outra espécie de cobrança paga ao terminal portuário o THC, o *Terminal Handling Charge*.

Houve premeditada atenção ao tema, no sentido de compreender os dois termos no corpo e título do presente trabalho.

Neste ponto reside a mais relevante controvérsia, relativa ao entendimento de que o SSE, na verdade, seria a duplicação da cobrança de THC, por sustentarem que não haveria acréscimo na prestação de serviços pelo terminal molhado na entrega de carga em trânsito aduaneiro.

Dentre os valores cobrados pelos operadores portuários aos importadores, estão compreendidos a cesta de serviços (*Box Rate*), a THC (*Terminal Handling Charge*) e o SSE (Serviço de Segregação e Entrega). A definição destas taxas está disposta na Resolução ANTAQ nº 72/2022, nos incisos III, X e IX, respectivamente, em seu art. 2º.

Enquanto o serviço de movimentação de cargas na importação prestado aos armadores (*Box Rate*) abrange somente as etapas entre o porão da embarcação e a sua colocação na pilha do terminal portuário, entre a pilha de contêineres ao portão do terminal existe um segundo serviço complementar, o de segregação e entrega – SSE.

Defende-se a inclusão do armazenamento de mercadorias em pilha no pátio, nas importações, como motivo suficiente de aplicação de cobrança de taxa extra, a qual não incide em exportações.

A legalidade da cobrança pela segregação e entrega de cargas containerizadas é discutida desde a década de 1990. Verifica-se, entretanto, gradativa alteração de entendimento em diferentes arenas de discussão, tanto judiciária, como em matéria concorrencial; conferindo interpretação favorável aos terminais portuários molhados.

O reconhecimento da existência de um efetivo serviço prestado repercutiu na ampliação do entendimento da legalidade da cobrança. Constata-se, neste ponto, elemento elementar à

legitimidade das atividades de regulação desempenhadas por órgãos autônomos, o conhecimento técnico e específico acerca da matéria.

Em um primeiro momento, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade proferiu paradigmáticos acórdãos nos Processos n°s 08012.001518/2006-37 e 08012.007443/1999-17, que reconheceram a ilegalidade da cobrança do SSE. Inadequações e incompatibilidades com o regramento dos contratos de arrendamento dos terminais de uso público fundamentaram as primeiras decisões.

A posição era semelhante em arena judicial. A manutenção do entendimento de ilegalidade da cobrança dos serviços pode ser atestada a partir das decisões proferidas no TJSP, sob a fundamentação principal de duplicidade da cobrança e concordância ao entendimento do Cade:

Apelação. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Relação entre operadora de porto organizado e terminal retroportuário alfandegado (“terminal seco”). Inexistência de prestação de serviços. Os serviços que a operadora alega prestar ao “terminal seco” estão incluídos na atividade de “capatazia” e são remunerados pela THC (Terminal Handling Charge), que é paga pelo armador, o qual age por conta do importador. Destinatário dos serviços realizados pela operadora portuária é o importador e não o recinto retroportuário. Ausência de manifestação de vontade, expressa ou tácita, que justifique relação obrigacional entre as partes. Recurso da autora provido, para declarar a inexistência de relação jurídica entre a operadora portuária e o recinto retroportuário, prejudicado o apelo da ré. (TJSP - Apelação n° 9205384-94.2006.8.26.0000, 29ª CDPriv., Rel. Pereira Calças, J. 04.10.2006.)

AGRAVO REGIMENTAL – Interposição contra decisão que deu parcial provimento a agravo de instrumento tirado pela ora agravada para antecipar em parte antecipação de tutela. Razoabilidade. Taxa de segregação e entrega de contêineres (THC2). Cobrança considerada ilegal pelo Cade Deferimento da medida, de outro lado, que ficou condicionado ao depósito judicial dos valores cobrados em razão da THC2. Direito de ambas as partes litigantes garantido com a determinação. Recurso improvido. (TJSP - Agravo Regimental n° 0205702-60.2011.8.26.0000, 14ª CDPriv., Relª Lígia Araújo Bisogni, J. 30.11.2011.)

Em razão dos diversos conflitos sobre o tema no Porto de Santos, o Tribunal de Justiça de São Paulo desempenhou relevante influência no desenvolvimento de posterior jurisprudência a respeito do tema.

A partir do empenho na realização de estudos mais apurados, a segregação, separação e entrega de cargas aos recintos alfandegados passou a ser considerada legítima, ainda que contrário ao entendimento do Cade. Em 2011, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região anulou acórdão do Cade, proferido no âmbito do no Processo Administrativo n° 08012.007443/99-17.

Em 2015, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região também anulou decisão do Cade:

ADMINISTRATIVO – TRIBUTÁRIO – CADE – EXIGIBILIDADE DA TAXA DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES (THC2 – TERMINAL HANDLING CHARGE) – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL – CONDENAÇÃO DO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – POSSIBILIDADE – [...] Não sendo a segregação e movimentação de contêineres prevista dentro do contrato de arrendamento como serviço básico de movimentação (horizontal), deve ser cobrada a THC2 daqueles que dele se beneficiam, sob pena de sufragar-se o enriquecimento sem causa. Estando a Codesp a fiscalizar e fixar valores para esse serviço complementar, não é dado ao Cade imiscuir-se em setor concedido, ignorando fortemente a atuação da agência reguladora – Antaq. Apelação da União Federal provida para excluí-la da lide. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação do autor Santos Brasil Participações S/A parcialmente provida para o fim de anular a decisão do Cade e a consequente imposição de multa e declarar apenas em relação à Codesp prejudicado o pedido vertido com a inicial. Apelação do Cade e da Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda. improvidas. (TRF3 - Apelação/Reexame Necessário nº 0014995-56.2005.4.03.6100/SP, Desª Federal Marli Ferreira, J. 26.02.2015, Publ. 26.03.2015.)

Relevante evolução em matéria judicial foi verificada em decisão em sede de ação civil pública, o qual reforçou o entendimento pela legalidade da cobrança:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TARIFA DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES – THC2 – NÃO CONFIGURAÇÃO DE OFENSA À LIVRE CONCORRÊNCIA, À ORDEM ECONÓMICA E AOS CONSUMIDORES – R. SENTENÇA MANTIDA – Adstrito exclusivamente aos elementos constantes dos autos, infere-se que a cobrança da tarifa de segregação e entrega de contêineres, conhecida como THC2, não configura ofensa à livre concorrência, à ordem econômica e aos consumidores. Cobrança que remete a período anterior à privatização do Porto Organizado de Santos, em que a Codesp atuava diretamente na movimentação e entrega de contêineres aos recintos alfandegados, não se tratando, assim, de criação dos operadores portuários privados. Autoridade portuária incumbida de coibir práticas lesivas à livre concorrência concebe a cobrança da THC2 como legítima, inclusive regulando e fiscalizando os preços cobrados dos recintos alfandegados. Não configuração de ofensa aos preceitos dispostos na Lei nº 8.884/1994, nem lesão a interesses difusos. R. sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP - Apelação nº 9139157-20.2009.8.26.000, 37ª CDPriv., Rel. Roberto Mac Cracken, J. 09.02.2012, data de registro 28.02.2012.)

A evolução do entendimento do Cade foi gradativa e, atualmente, deve-se a instauração de cooperação entre o órgão e a agência reguladora competente, a Antaq. Em 17 de junho de 2021, o Cade e a Antaq assinaram o Memorando de Entendimentos nº 01/2021 firmando a cooperação e atuação integrada das autarquias para estabelecer a análise de indícios de abusividades e infrações à ordem econômica na cobrança do SSE/THC2. O Conselho se comprometeu a avaliar eventuais irregularidades, e consequente abusividade, na cobrança do SSE em casos concretos.

A aprovação de Nota Técnica nº 17/2020/DEE/CADE, no âmbito do processo nº 08700.002018/2020-12, configura na manifestação formal mais favorável à consideração de legalidade da cobrança do SSE proferida pelo Conselho. Por fim, o órgão entendeu que:

Não há motivos para considerar a cobrança da THC2 ou Serviço de Segregação de Entrega como ilícito, independentemente do nível da referida cobrança, como vem sendo a Interpretação da jurisprudência do CADE nos últimos anos. Pelo contrário, entende-se que a justificativa lícita para cobrança dos valores referidos. (Nota Técnica nº 17/2020, processo nº 08700.002018/2020-12 Cade)

Contudo, por não constituir em posicionamento adotado pelo plenário do Cade, tal entendimento possui limitações de caráter formal e constatação da posição dos conselheiros em geral.

O posicionamento da Antaq manteve-se desde as disposições constantes na Resolução Normativa nº 34/2019, a qual manifesta prezar pela legalidade da cobrança do SSE/THC2, salvo nos casos que geram lesões à concorrência.

Todavia, faz-se necessário ressaltar que a ausência de parâmetros capazes de identificar abusividades contribuem para a manutenção da insegurança jurídica das cobranças, além de favorecer a permanência de tensões institucionais entre o Cade.

3.4. TCU e a cobrança do serviço de segregação e entrega

Três foram os motivos para a escolha do presente caso para a avaliação do equilíbrio entre a atividade regulatória, em regra, exercida pelas agências reguladoras independentes, e o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, especificamente.

O fato de o ponto ser extremamente controvertido, envolvendo diversos atores institucionais, além de ser singularmente atual, foram dois dos motivos que colaboraram para a definição.

O ponto determinante foi o baixo desempenho em matéria de governança regulatória demonstrado pela Antaq, na oportunidade da auditoria operacional que culminou no acórdão 240/2015-Plenário.

Embora, no presente trabalho, verificou-se que o desempenho de governança não é necessariamente um critério de avaliação do Tribunal; o baixo desempenho da agência reguladora, em tese, favoreceria a constatação de eventual controle por substituição, caso, de fato, existisse.

3.4.1. Acórdão nº 1.704/2018

Relevante episódio na controvérsia acerca da legalidade da cobrança do Serviço de Segregação e Entrega, a apreciação da matéria pelo Plenário do TCU ocorreu, pela primeira vez, em 2018, sob a relatoria da Ministra Ana Arraes.

Em auditoria acerca dos principais gargalos para liberação de carga containerizada na importação nos portos marítimos da região sudeste, o TCU analisou a Resolução ANTAQ nº 2.389/2012, a qual previa a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega por terminais portuários aos recintos alfandegados pelos serviços de segregação de contêineres nas operações de importação.

Diante da posição permissiva da Antaq, o Plenário do Tribunal, seguindo a posição defendida pelo Ministério Público de Contas, entendeu que a resolução não conteria qualquer ilegalidade, embora o resultado, ao final, não tenha sido favorável à Antaq.

A fiscalização, seguida pelo Ministério Público, concluiu que:

A Resolução nº 2.389/2012 não contém elementos capazes de solucionar o embate histórico sobre a cobrança da THC2. Ao contrário, a agência reguladora desregulamentou o ponto conflituoso e deixou-o como livre negociação entre o terminal portuário e o recinto alfandegado independente, mesmo conhecendo a posição privilegiada do primeiro em relação ao segundo na cadeia do comércio exterior.

A conclusão da auditoria foi quanto ao mérito da regulação. Contudo, por efeito da constatação de ausência de ilegalidade, restaria ao tribunal a emissão de recomendações e análises de caráter cooperativo do controle. O Plenário proferiu o entendimento expresso de que a Antaq não teria regulado adequadamente o setor. A Ministra Relatora, ainda, utiliza argumentos de matéria anticoncorrencial para fundamentar sua decisão.

Também foi analisado o trâmite processual na aprovação da Resolução ANTAQ nº 2.389/2012. O Tribunal identificou a alteração de dois dispositivos da Resolução, 1 (uma) semana após a sua publicação original, sem que tenha sido apresentada qualquer justificativa, o que teria resultado na eliminação de um instrumento apto, no entender do TCU, a coibir práticas anticoncorrenciais.

Por fim, o Tribunal proferiu uma série de determinações e responsabilizou os gestores públicos envolvidos. Determinou à Antaq a apresentação da composição de custos dos serviços prestados pelos terminais portuários para melhor avaliar a pertinência da cobrança do THC2,

atribuiu responsabilidade pessoal aos dirigentes da agência, expediu determinação, em tom genérico, para que a Antaq procedesse a revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner para que fosse adequada ao novo arcabouço jurídico-institucional estabelecido pelas Leis nº 12.815/2013 e nº 12.529/2011.

A integralidade da posição do TCU foi pautada na constatação de grave omissão regulatória:

Neste ponto, destaco a necessidade de atuação do TCU, já mencionada no início deste voto. Em típica fiscalização de segunda ordem, é dever do Tribunal identificar se as agências estão a cumprir adequadamente seus objetivos institucionais, entre os quais o de fiscalizar e regular as atividades sob sua esfera de competência. De igual forma, concordei com o MPTCU no sentido de que a Resolução 2.389/2012 não é ilegal – em que pese sua incapacidade para regular o conflito instaurado –, porque seus dispositivos não afrontam regras do ordenamento jurídico nacional.

O Tribunal, ao concluir pela existência de omissão regulatória, deixou de abordar a constatada falha formal, aparentemente relevante, no procedimento de aprovação da Resolução ANTAQ nº 2.389/2012.

O ministro Benjamin Zymler, em seu voto-vista, destacou a alteração da postura do Tribunal, ao analisar a condução do caso. Defendeu a avaliação da responsabilidade de todos os ex-dirigentes da ANTAQ entre 2001, quando começaram os conflitos na matéria, e 2012. Além da expedição de ato de comando impróprio a auditorias operacionais, externalizando postura de hierarquia frente à Antaq, ainda provoca debate quanto à prescritibilidade das ações de gestores e a impossibilidade de sancioná-los no exercício da jurisdição indireta do TCU. A proposta de apuração de eventual responsabilidade dos ex-dirigentes foi acolhida pelo Plenário.

Em suma, a auditoria operacional resultou em uma determinação para a correção de norma regulatória e apuração para posterior aplicação de penalidade a diretores e ex-diretores.

3.4.2. Acórdão nº 923/2019

A análise restou prejudicada devido ao fato de o acórdão, sob relatoria do Ministro Benjamin Zymler, emitido pelo Plenário, assim como seu respectivo recurso (Acórdão 2333/2020 - Plenário), terem sido submetidos ao regime sigiloso com fundamento no § 1º do art. 108 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) c/c o art. 22 da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Desta forma, as informações acerca de seu teor foram obtidas a partir da leitura de Relatórios de Atividades do TCU.

O Tribunal apreciou recurso interposto contra deliberação do colegiado da Antaq por ter averiguado a ocorrência de irregularidades, as quais seriam o aumento abusivo de tarifas praticadas no arrendamento portuário, cobrança da tarifa *Terminal Handling Charge* (THC) sem comprovação de seu caráter de ressarcimento; e omissão da Antaq na fiscalização e na regulação da atuação dos armadores estrangeiros.

A partir da fiscalização ocorrida no âmbito do processo 004.662/2014-8, verificou-se que os armadores estariam recolhendo dos usuários valores maiores que os gastos com os serviços de movimentação e guarda da carga.

O Relatório apontou que o TCU (i) recomendou à Antaq que adotasse os procedimentos necessários para coibir abusos (ii) determinou que a Antaq divulgasse amplamente a relação de serviços mínimos para atender às necessidades dos usuários e (iii) determinou a realização de estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade da THC cobrada dos usuários brasileiros, (iv) determinou a apresentação ao Tribunal de plano de ação voltado à regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros.

Devido à fonte de obtenção das informações contidas no acórdão, de forma secundária, a aplicação da metodologia mostra-se como indevida para a aferição do estudo.

Entretanto, a partir dos dados demonstrados pelo próprio Tribunal em Relatório é possível compreender pela consideração de legalidade da cobrança do THC², somente limitando sua irregularidade ao aumento abusivo de tarifas; além da não constatação do exercício do controle externo por substituição de escolhas regulatórias, uma vez que as determinações divulgadas não ultrapassaram matéria de caráter procedimental.

3.4.3. Acórdão nº 1.448/2022

Por último, ainda este ano, foi proferido acórdão no âmbito da Denúncia nº 021.408/2019-0, o qual culminou pela suspensão de todas as cobranças de taxa pelo Serviço de Segregação de Entrega em território nacional.

A partir da solicitação, a qual ocorreu em processos administrativos de tomadas de contas, de pedido de adoção de medida cautelar e de avaliação de irregularidades por conta da ausência de realização de Análise de Impacto Regulatório no processo de revisão da Resolução ANTAQ nº 2.389/2012, além de inclusão de modificações da minuta da norma, sem que fosse submetida à audiência pública; a Denúncia foi conhecida, a fim de que se apurasse a não observância de procedimentos formais previstos em lei, nos termos da manifestação da Unidade Técnica, SeinfraPor.

Proferido o Acórdão nº 1.448/2022 os Ministros do TCU, em Plenário julgaram procedente a Denúncia. Entretanto, a partir da análise dos documentos juntados na fase instrutória, optaram por abordar, também, a aspectos materiais da Resolução ANTAQ nº 72/2022, a qual substituiu as Resoluções ANTAQ de nº 2.389/2012 e nº 34/2019. Configurou-se, portanto, alteração do objeto da fiscalização no decorrer do processo.

Por intermédio de estudo juntado pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade, peça nº 87, o Ministro Relator do processo, Vital do Rêgo, julgou a cobrança pelo Serviço de Segregação de Entrega como desvio de finalidade, caracterizando-a como ato ilegal.

Verifica-se que, na terceira oportunidade que a controvertida matéria é deliberada em Plenário, seu caráter anticoncorrencial foi declarado como suficiente para a ocorrência de ilegalidade em sua cobrança, evidenciando posição contraditória à jurisprudencial do próprio Tribunal.

Esse mesmo estudo me levou a concluir que, a despeito de qualquer análise de impacto regulatório que venha a ser realizada, o resultado será sempre o mesmo: a cobrança da SSE não é legítima na medida em que obstaculiza a competitividade do serviço de armazenagem da operação portuária de importação e acarreta infração à ordem econômica. (Acórdão nº 1.448-Plenário, 2022)

Mediante a emissão de um único entendimento, o Tribunal de Contas interferiu em matéria concorrencial, uma vez que avanços na regulamentação da matéria regulatória vinham sendo abordados entre o CADE e a Antaq conjuntamente.

A fim de sustentar seu entendimento, Vital do Rêgo utiliza a argumentação de observância do interesse público:

Esse custo é pago pelo consumidor final e seria válido se contribuísse para o alcance do interesse público, o que não é o caso. Rememoro que incentivar a dominação de mercado para os terminais molhados ainda tem o ônus de tornar a operação portuária menos eficiente, caso os recintos alfandegados secos tenham sua participação no mercado prejudicada por condições anticoncorrenciais. (Acórdão nº 1.448-Plenário, 2022)

Sob a justificativa de constatação de ilegalidade, fundamentada em suposto desvio de finalidade da cobrança de taxa de serviço de segregação e entrega dos recintos alfandegados independentes pelos terminais portuários, o TCU, interpretando suas competências de modo expansivo, determinou a anulação de dispositivos da Resolução ANTAQ nº 72/2022 relativos à cobrança.

A decisão enuncia trecho de acórdão anterior, o qual supostamente dispõe acerca das competências do Tribunal para a consideração da matéria:

Contudo, se o ato discricionário sob enfoque contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim sendo, será sempre necessária uma análise caso a caso para determinar a existência de um desses vícios ensejadores da ação corretiva do TCU.

A Corte julgou, por fim, que, cautelarmente, fossem suspensos os efeitos de todos os dispositivos da Resolução ANTAQ n.º 72/2022.

Em síntese o TCU determinou à Antaq que anulasse todos os dispositivos da Resolução 72/2022 a respeito da possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner e determinou, cautelarmente, a suspensão dos efeitos de todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE).

Ainda que o processo em questão não seja uma auditoria operacional, a matéria abordada pelo Denúncia é regulatória. Agências reguladoras são sujeitas a análises financeiras e operacionais pelo Tribunal, as quais são limitadas aos parâmetros de eficiência e economicidade.

Mesmo diante da possibilidade de consideração das atribuições expansivas do Tribunal de Contas, ao impor a anulação de dispositivos de uma resolução emitida por agência reguladora, evidencia-se flagrante desrespeito à separação de poderes, nos termos do art. 2º da Constituição Federal.

Não trata-se somente de ato, entendimento da agência reguladora, ou julgamento acerca do exercício de suas competências. Ao impugnar resoluções normativas de matéria regulatória, pautado no controle de conformidade, o Tribunal ultrapassa a jurisdição do Poder Judiciário, cabendo, neste caso, a representação. A multiplicidade de julgadores, em matéria de pertinência legislativa, não é sinônimo de efetividade, e sim, de insegurança jurídica.

Além da avaliação metodológica para verificar a ocorrência de controle por substituição, vale frisar a competência de execução de medidas cautelares pelo TCU, as quais seriam restritas à sustação de atos, que compreendessem apenas práticas de caráter financeiro mediante atestada ilegalidade, e somente se, após a abertura de prazo para a regularização, a Administração se mantivesse inerte.

Além da possibilidade de realizar controle de conformidade sobre atividades de caráter regulatório, fundamentando a constatação de ilegalidade a partir de argumentos como desvio de finalidade e observância do interesse público; o TCU entende ser razoável suspender a cobrança de taxa cobrada há, no mínimo, 20 anos, quando a matéria iniciou a ser deliberada em matéria regulatória pela Antaq.

Na prática, tal medida impediu a interposição de eventuais recursos suspensivos, nos termos dos arts. 33, 34 e 48 da Lei Orgânica do TCU, obrigando automaticamente a tomada de medidas por parte da Antaq para o cumprimento da determinação do tribunal. Em Acórdão de nº 409/2022, a Antaq suspendeu uma série de dispositivos da Resolução ANTAQ de nº 72/2022, conseqüentemente, todas as cobranças do SSE foram suspensas.

A relação institucional entre agências reguladoras e o Tribunal de Contas deveria ser pautada, em regra, de forma cooperativa. A única hipótese de exceção da manifestação do controle de conformidade sobre agências deveria ocorrer nos casos de irregularidades de matéria financeira.

Em mais uma oportunidade, a partir da metodologia adotada, foi possível verificar que o Tribunal invadiu matéria de caráter regulatório, extrapolando seus limites, desta vez, a pretexto de sanar suposta ilegalidade, a qual não fora vislumbrada pela Corte anteriormente.

Na verdade, houve a revisão da regulação setorial, em que foram utilizados argumentos jurídicos para substituir o exercício da atividade regulatória realizada, de forma típica, pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

CONCLUSÃO

O presente trabalho concluiu pelo inexistente equilíbrio entre atividades regulatórias no Brasil e exercício do controle externo. Questões abordadas no estudo demonstraram que o sistema de regulação brasileiro encontra-se deteriorado, enquanto o Tribunal de Contas da União, responsável pelo controle externo de atos administrativos do Estado encontra-se, atualmente, em plena expansão.

Buscou-se explorar os pressupostos de uma regulação independente, técnica e equilibrada, a fim de compreender qual seria a situação ideal para o atingimento de finalidades como efetivar verdadeira horizontalidade das instituições e garantir segurança jurídica.

Além de desafios inerentes à atividade regulatória enfrentados pelas agências, os setores regulados, atualmente, não estão integralmente sob controle destes órgãos, uma vez que órgãos de controle externo, no caso em tela o TCU, agem de forma a revisar constantemente as matérias de sua atribuição, tornando-se uma espécie de última instância revisora de matéria regulatória.

Ainda que agências reguladoras descumpram obrigações procedimentais, não fundamentam devidamente suas decisões e estejam mais sujeitas a decisões insertas e políticas, não apresentando a necessária distância do centro do poder do político, permanecem sendo os órgãos institucionais responsáveis pela regulação, não sendo devido interferências neste grau.

Todavia, constata-se que os órgãos de controle, por vezes, exercem a regulação ao substituir decisões tomadas pelo regulador. Tal movimento lesa, frontalmente, a discricionariedade inerente ao seu arranjo institucional.

Constitui verdadeiro risco o fato de atribuições de relevância tão cara e importante ao desenvolvimento nacional e manutenção do sistema político como concebido atualmente apresentarem-se de modo tão adverso.

O gestor responsável por traçar as políticas regulatórias, na prática, não possui esta função, por ser reiteradamente questionada e suprimida, não detendo a capacidade de fixar boas políticas. Diante de medidas e políticas caracterizadas como mais ousada, o risco de acabar sendo responsabilizado torna-se fator impeditivo da atuação da gestão regulatória.

Faz-se necessário resgatar a essência das instituições nacionais aos moldes, inicialmente, constituídos. Existe a possibilidade de o modelo de regulação adotado no país não ser o ideal, entretanto, tal fato não é possível de ser constatado, considerando que, a partir da pesquisa, foi possível perceber que nunca foi possível ser aplicado de forma integral e efetiva.

As repercussões de ordem prática, em matéria regulatória, tornam-se singularmente relevantes por tratar-se de matéria de caráter econômico, sob o risco de lesão ao desenvolvimento nacional.

No caso estudado verifica-se, a partir dos resultados da suspensão da cobrança de SSE, as consequências negativas, praticamente, em sua integralidade. Produziu situação de insegurança jurídica imediata, ao desfazer entendimento consolidado da Antaq e questionar seus poderes e atribuições constituídas por lei, tal atuação gerou uma situação de anomia regulatória, inexistindo regulação sobre a cobrança da referida taxa; interrompeu o relacionamento horizontal e progressivo entre a autoridade concorrencial, o Cade, e a autoridade regulatória e promoveu instabilidades na regularidade e qualidade de prestação de serviços.

Houve movimentação imediata do setor regulado, o qual impetrou, no Supremo tribunal Federal, mandado de segurança coletivo. Neste cenário, mesmo sujeitos beneficiados pela suspensão da norma têm sua regularidade de execução de serviços prejudicadas, diante da instabilidade perpetrada.

A falácia de que o controle sobre atos da Administração Pública necessariamente resulta em maior eficiência e redução de danos ao erário deve ser superada para que, efetivamente, exista equilíbrio entre o exercício do controle externo pelo TCU e atividades regulatórias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. Vol. 31, n. 1, 1988.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e agências executivas**. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm, 2002. 1 - Recurso online (18 p.) Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46657/44478>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: EDUC, 2012.

ARAÚJO SÁ, C.; PESSUTO, F. I. **Conflito De Competências: A Cobrança Do Serviço De Segregação E Entrega Ou Terminal Handling Charge 2 Pode Ser Considerada Uma Infração Concorrencial?** Caderno Virtual, 3(52) . 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**, Ed. RT, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Marcelo Nascimento. **A contribuição da atuação do Tribunal de Contas da União no aprimoramento da governança regulatória do setor de infraestrutura no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Regulação) Regulação e Gestão de Negócios, Universidade de Brasília - UnB. Brasília, DF. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado**. Parecer In: Revista Trimestral de Direito Público/RTDP 25/79. São Paulo: Malheiros, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, 240, 147–167. 2005.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Relatório Trimestral de Atividades do TCU: 2º Trimestre de 2019.** Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2019.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Relatório Anual de atividades do TCU: 2019.** Tribunal de Contas da União – Brasília: TCU, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança Coletivo nº 38.673-DF.** Impetrante: A.B.T.C.A. Impetrado: TCU.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial.** Revista do Serviço Público - RSP, ano 47, v. 120, n. 1, p. 07-40. 1996.

CARR (Centre for Analysis of Risk and Regulation), LSE (London School of Economics and Political Science), RAND Europe. **Regulation of logistics infrastructure in Brazil.** Relatório sobre infraestrutura logística no Brasil. 2017. Disponível em: <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR1900/RR1992/RAND_RR1992.pdf> Acesso em 10 de out de 2022.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; MATOS, Ivone Carla de; DIAS, Ferreira e João Abreu de Faria Bilhim. **O papel dos códigos de ética na administração do setor da saúde em Portugal: a visão dos dirigentes.** Sociologia, Problemas e Práticas. 89. p. 79-95. 2019.

CUNHA, Bruno; GOMIDE, Alexandre; KARAM, Ricardo. **Governança e capacidade regulatória: Notas de pesquisa.** In: Boletim de Análise Político-Institucional. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. n.10, p 47-53. Jul.-Dez. Brasília: Ipea. 2016

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A defesa do cidadão e das res pública.** Revista do Serviço Público, 49 (2) abr./jun. 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 1999.

DOURADO, Maciel Rodolfo. **O controle externo sobre as agências reguladoras de Estado: Limites e (im)possibilidades de atuação.** Dissertação (Mestrado em Administração) Escola Brasileira de Administração Pública - EBAPE, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, RJ. 2011.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HIRATA, Taís. **TCU interfere mais em agências com governança pobre, diz ministro do tribunal.** Folha de S.Paulo, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/tcu-interfere-mais-em-agencias-com-governanca-pobre-diz-ministro-do-tribunal.shtml> . Acesso em: 18 out. 2022.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?** In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 541- 568. São Paulo, SP: Editora Juspodivm. 2014.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.

JORDÃO, Eduardo. **Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado.** In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 371-410 . São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2016.

JORDÃO, Eduardo. **Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil.** In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 23-40 São Paulo, SP: Editora Juspodivm. 2017.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **O TCU atua como gestor público; tratemo-lo como tal!** In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 651- 654. São Paulo, SP: Editora Juspodivm. 2018.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. **A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA.** Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, p. 537-573, 2018.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Mais deferência para agências com melhor reputação?** In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 683- 686. São Paulo, SP: Editora Juspodivm. 2019.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Administração dialógica ou amedrontada?** In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 687- 688. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2019.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Quais os limites das competências do TCU sobre agências reguladoras?** In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 661- 664. São Paulo, SP: Editora Juspodivm. 2021.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples**. In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 105-126. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2022a.

JORDÃO, Eduardo. **Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública**. 1 ed. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2022.

JORDÃO, Eduardo. **Por mais realismo no controle da administração pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.183, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19173/Por_mais_realismo_no_controle_da_adminis.pdf> . Acesso em: 30 set 2022b.

JORDÃO, Eduardo; LARDOSA, Arthur. **Congresso x Agências: limites, só para os outros**. Jota-Info. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/congresso-x-agencias-limites-para-os-outros-19122016>> Acesso em: 12 out 2022. 2016.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; PEREIRA, GustavoLeonardo Maia. **O TCU e o risco da ‘autoidealização’**. In: Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. 1 ed. P. 669- 670. São Paulo, SP: Editora Juspodivm. 2019.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial**. Revista Esmafe : Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, dez. 2004

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo. Dialética. 2002.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**.1. ed. Barueri, SP: Manole, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Os sete impasses do controle da Administração Pública**. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (orgs.). Controle da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. atualiz. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União**. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (Orgs.). *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.2.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. P. 13-38. São Paulo: Atlas, 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Agencies without the Rooseveltian State: legal regime of Regulatory Agencies in Brazil**. FGV DIREITO SP Law School Legal Studies Research Paper Series. 2016.

PAULA, Diego de. **O regramento dos serviços de segregação e entrega de contêineres (SSE) e sua interpretação pelos tribunais**. In: *Revista direito aduaneiro, marítimo e portuário*. v. 6, n. 36, p. 28–38, jan./fev., 2017.

PECI, Alketa; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação**. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Gustavo L. Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, SP. 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. **O diálogo institucional das agências reguladoras**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: origem, natureza e Função**. In: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá, n. 5, 200. 2000.

PINTO JR, Helder e PIRES, Melissa Cristina Pinto. **Assimetria de informações e problemas regulatórios**. ANP. Fev 2000.

ROSALEN, Volnei. **A internalização de instrumentos de ruptura da soberania como instituições do estado nacional**. In.: *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 10, n.º 2, Dez/14, págs. 7-15. 2014.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SABENÇA, Sandro Zachariades. **O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: Uma análise empírica**. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, SP. 2019.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A deterioração do sistema regulatório brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: . Acesso em: 2 abr. 2015.

SPECK, Bruno Wilhem. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às Agências Reguladoras**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000a.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Agências Reguladoras e os novos valores e conflitos**. In: Anais da XVII Conferência Nacional da OAB: Justiça: realidade e utopia. 1291-1297, Brasília. Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Federal. 2000b.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações públicas e seu controle. p.177-220. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Público e Regulação no Brasil**. In: GUERRA, Sérgio (org.). Regulação no Brasil: uma visão interdisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

SUNDFELD; Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos**. Revista Direito GV. São Paulo: v. 13, n. 3, p. 866-890, set-dez/2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de Axé no direito administrativo**. Disponível em: <<https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-chega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>>. Acesso em: 20 set 2018.

VIEIRA, Marcia Cristina Nogueira. **O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais**. Título (Especialista em Controle Externo) Instituto Serzedello Corrêa, TCU. Brasília, DF. 2004.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil**. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras**. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. O controle externo da regulação de serviços públicos (Seminário realizado em Brasília em outubro de 2001). Brasília: TCU, 2002.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2008.