

Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras: Um Diálogo Possível para o Fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Ex-Desembargador Eleitoral do TRE-RJ (biênio 2014/2016). Mestre em Direito. Doutorando em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF – Programa Instituições, Direitos e Negócios - PPG-DIN), Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP.

Resumo: A partir da edição da Lei Federal nº 13.848, de 29 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências federais, verifica-se a oportunidade de revisitar os debates acerca do controle das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas, com vistas ao fortalecimento do dialógico institucional e da justiça administrativa.

O tema ganha relevo a partir do artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019, que expressamente admitiu o controle das agências pelos Tribunais de Contas, sendo útil, pois, destacar os limites e os contornos jurídicos da submissão dos atos regulatórios às Cortes de Controle.

Relevante ainda anotar que a Lei Federal nº 13.848/2019 inovou ao disciplinar, genericamente, nos artigos 34 e 35, a *relação jurídica regulatória cooperativa* entre as agências reguladoras federais e as agências estaduais e municipais, prevendo, inclusive, a delegação de relevantes competências, merecendo destaque para a função sancionatória. Tal circunstância desafia a análise não apenas da constitucionalidade da referida norma federal, mas também a definição da competência dos Tribunais de Contas da União ou dos Estados e Municípios para o controle externo, já que não há previsão normativa na Lei Federal nº 13.848/2019.

Palavras-Chave: Controle. Agências Reguladoras. Tribunal de Contas. Lei Federal nº 13.848/2019. Regulação Cooperativa.

Abstract: The supervenience of the Federal Law n. 13.848, edited on the 29th June, 2019, establishing rules about the administration, the organization, the process of the decision making and also about the social control of the Independent Regulatory Agencies in Brazil opens the opportunity to review the debates about the boundaries of the accountability assumed by the Courts of Accounts in the subject, in order to strengthen the bases of an institutional dialogue and the administrative justice.

The matter assumes importance specially due to the clause in Article 14 of the above mentioned statute, which expressly admits that the Regulatory Agencies are subject to the control of the Courts of Accounts, stressing, therefore, the need for setting the limits and outlines by which that control is to be exercised.

It is also important to highlight that the Federal Law n. 13.848/2019 has innovated when it establishes, generically, in Articles 34 and 35, the “cooperative regulatory relation” between the federal independent agencies and those sub-nationals ones, comprehending the delegation of relevant assignments, including the authority to impose sanctions. This circumstance challenges not only the constitutionality of the clauses, but also the competence of the Courts of Accounts to the external control, given that there is no express normative mention to it in the Federal Law n. 13.848/2019.

Key-words: Control. Independent Regulatory Agencies. Courts of Accounts. Federal Law 13.848/2019. Cooperative regulation.

I – INTRODUÇÃO

Há um fato novo que justifica a análise da relação jurídica existente entre os Tribunais de Contas e as agências reguladoras: a recente edição da Lei Federal nº 13.848, de 29 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências federais¹.

A novel legislação, suprindo vácuo legislativo, determinou, em seu artigo 14, que “o controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União”. Reproduziu, no ponto, a norma do artigo 71 da Constituição da República de 1988 (CRFB/88), ao prever expressamente a atuação dos Tribunais de Contas no controle externo das agências, embora sem promover detalhamento quanto aos níveis e limites do exercício do controle, mais especificamente se alcançaria apenas atividades-meio (licitações para compras e serviços, por exemplo) ou também as atividades regulatórias finalísticas, mormente os atos de regulação executiva, normativa e judicante.

Relevante anotar, a título introdutório, que a Lei Federal nº 13.848/2019 inovou ao disciplinar, genericamente, nos artigos 34 e 35², a *relação jurídica regulatória cooperativa* entre as agências re-

1 O artigo 2º da Lei Federal nº 13.848/2019 é explícito ao determinar sua aplicação apenas às agências reguladoras federais que enumera: “Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM)”.

2 Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º É vedada a delegação de competências normativas.

§ 2º A descentralização de que trata o caput será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições

guladoras federais e as agências estaduais e municipais, prevenindo, inclusive, a delegação de relevantes competências, merecendo destaque para função sancionatória. Tal circunstância desafia a análise não apenas da constitucionalidade da referida norma federal, mas também a definição da competência dos Tribunais de Contas da União ou dos Estados e Municípios para o controle externo, já que não há previsão normativa na Lei Federal nº 13.848/2019.

Diante de tais circunstâncias, afigura-se relevante **revisitar** o tema do controle externo das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas, com o intuito de abordar questões jurídicas que podem ser suscitadas a partir dos impactos da recente legislação a seu respeito.

II - NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A natureza jurídica dos Tribunais de Contas ainda é tema a revelar relativa incompreensão. Parcela da doutrina sustenta que tais Cortes são órgãos administrativos de mero assessoramento do Poder Legislativo³. Há autores que os identificaram como órgãos

estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.

§ 3º A execução, por agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela agência reguladora federal, nos termos do respectivo acordo.

§ 4º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, a agência reguladora ou o órgão regulador estadual, distrital ou municipal que receber a delegação observará as normas legais e regulamentares federais pertinentes.

§ 5º É vedado à agência reguladora ou ao órgão regulador estadual, distrital ou municipal conveniado, no exercício de competência fiscalizatória delegada, exigir de concessionária ou permissionária obrigação não prevista previamente em contrato.

§ 6º Além do disposto no § 2º deste artigo, a delegação de competências fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais somente poderá ser efetivada em favor de agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal que gozar de autonomia assegurada por regime jurídico compatível com o disposto nesta Lei.

§ 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada.

Art. 35. No caso da descentralização prevista no caput do art. 34, parte da receita arrecadada pela agência reguladora federal poderá ser repassada à agência reguladora ou ao órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, para custeio de seus serviços, na forma do respectivo acordo de cooperação.

Parágrafo único. O repasse referido no caput deste artigo deverá ser compatível com os custos da agência reguladora ou do órgão de regulação local para realizar as atividades delegadas.

³Criticando esse posicionamento mencione-se a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que asseverou: *“No Brasil, estudos superficiais classificam o tribunal de contas como mero apêndice auxiliar do poder legislativo. Desconhecendo a estrutura técnica dessas cortes, sua autonomia administrativa e financeira, alguns autores o concebem, erroneamente, como um órgão de assessoramento. Diante desse absurdo descompasso entre a imaginada pequenez das funções e a dimensão da estrutura, o passo seguinte seria sustentar que se tratam de órgãos concebidos*

auxiliares dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política⁴.

Acredita-se, porém, que a razão está com aqueles que advogam possuírem os Tribunais de Contas natureza jurídica de órgãos *constitucionais essenciais e autônomos*, despersonalizados juridicamente, mas independentes política e hierarquicamente dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse posicionamento advém da constatação de que a Constituição da República detalhou as competências e a estruturação de tais Cortes nos artigos 70 e seguintes, admitindo, inclusive, ainda que implicitamente, a possibilidade de o controle ser exercido frente ao Poder Legislativo⁵. Essa é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 4191-8/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, cuja ementa, apesar de longa, é de indispensável transcrição:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ATRICON) – ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL – LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” – AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO – A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO- -MEMBRO COMO EXPRESSÃO DE UMA ORDEM NORMATIVA AUTÔNOMA – LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE – IMPOSIÇÃO, AOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS, DE DIVERSAS CONDUTAS, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE, SUJEITO A JULGAMENTO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA – PRESCRIÇÃO NORMATIVA EMANADA DO LEGISLADOR CONSTITUINTE ESTADUAL – FALTA DE COMPETÊNCIA DO ES-

apenas para acomodar apaniguados.”. In *Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 131.

⁴ Nesse sentido é a lição de Ricardo Lobo Torres. In *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. nº 24. Março de 1993, p. 41.

⁵ Tenho sustentado esse posicionamento. WILLEMANN, Flávio de Araújo (em coautoria com Fernando Barbalho Martins). *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. Niterói: Impetus, 2015, p. 367.

TADO- MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CRIMES DE RESPONSABILIDADE - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA QUE PERTENCE, EXCLUSIVAMENTE, À UNIÃO FEDERAL - PROMULGAÇÃO, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, DA EC Nº 40/2009 - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ESTATUTO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E ÀS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DOS CONSELHEIROS QUE O INTEGRAM - MEDIDA CAUTELAR REFE-RENDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATRICON - ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM".

- A ATRICON qualifica-se como entidade de classe de âmbito nacional investida de legitimidade ativa "*ad causam*" para a instauração, perante o Supremo Tribunal Federal, de processo de controle abstrato de constitucionalidade, desde que existente nexos de afinidade entre os seus objetivos institucionais e o conteúdo material dos textos normativos impugnados. Precedentes.

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E TRIBUNAIS DE CONTAS: CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - A QUESTÃO DAS INERACÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS E DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA TIPIFICÁ-LOS E PARA ESTABELEECER O RESPECTIVO PROCEDIMENTO RITUAL (SÚMULA 722/STF).

- A Constituição estadual representa, no plano local, a expressão mais elevada do exercício concreto do poder de auto-organização deferido aos Estados- membros pela Lei Fundamental da República. Essa prerrogativa, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois se acha

submetida, quanto ao seu exercício, a limitações jurídicas impostas pela própria Carta Federal (art. 25).

- O Estado-membro não dispõe de competência para instituir, mesmo em sua própria Constituição, cláusulas tipificadoras de crimes de responsabilidade, ainda mais se as normas estaduais definidoras de tais ilícitos tiverem por finalidade viabilizar a responsabilização política **dos membros** integrantes do Tribunal de Contas.

- A **competência constitucional** para legislar sobre crimes de responsabilidade (e, também, para definir-lhes a respectiva disciplina ritual) pertence, exclusivamente, à União Federal. Precedentes. Súmula 722/STF.

- A questão concernente à natureza jurídica dos denominados "*crimes de responsabilidade*". Controvérsia doutrinária. O "*status quaestionis*" na **jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal. Ressalva da posição pessoal do Relator (Ministro CELSO DE MELLO).

PRERROGATIVA DE FORO DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL, PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NAS INFRAÇÕES PENAIIS COMUNS E NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (CE, ART. 105, I, "a").

- Compete, originariamente, ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar os membros dos Tribunais de Contas estaduais nos *crimes de responsabilidade* e nos ilícitos penais comuns, assim definidos em legislação emanada da União Federal.

- Mostra-se incompatível com a Constituição da República - e com a regra de competência inscrita em seu art. 105, I, "a" - o **deslocamento**, para a esfera de atri-

buições da Assembléia Legislativa local, **ainda** que mediante emenda à Constituição do Estado, do processo e julgamento dos Conselheiros do Tribunal de Contas estadual nas infrações político-administrativas.

EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS À MAGISTRATURA - GARANTIA DE VITALICIEDADE: IMPOSSIBILIDADE DE PERDA DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS LOCAL, EXCETO MEDIANTE DECISÃO EMANADA DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro **dispõem** dos **mesmos** predicamentos **que protegem** os magistrados, **notadamente** a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CE, art. 75 **c/c** o art. 73, § 3º), **que representa** garantia constitucional destinada a **impedir** a perda do cargo, **exceto** por sentença judicial **transitada** em julgado. **Doutrina. Precedentes.**

- **A Assembléia Legislativa** do Estado-membro **não tem poder para decretar**, "*ex propria auctoritate*", **a perda** do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, **ainda** que a pretexto de exercer, **sobre referido** agente público, uma (**inexistente**) jurisdição política.

A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS - ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- Os Tribunais de Contas **ostentam** posição eminente na estrutura constitucional brasileira, **não se achando subordinados**, por **qualquer** vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, **de que não são** órgãos delegatários **nem** organismos de mero assessoramento técnico. **A competência institucional** dos Tribunais de Contas **não deriva**, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, **mas traduz** emanção **que resulta**, *primariamente*, **da própria** Constituição da República. **Doutrina. Precedentes.**” (grifos no original)

Relevante ainda, para bem delimitar a natureza de órgãos constitucionais autônomos dos Tribunais de Contas, destacar a possibilidade de atuarem de ofício, sem que os mecanismos de controle sejam deflagrados pelo Poder Legislativo, situação que afasta a interpretação restritiva da expressão “auxílio” inserta no artigo 71 da Constituição da República de 1988, para admitir uma interpretação que consagre as Cortes de Contas como órgãos administrativos constitucionais autônomos e independentes.

Nesse sentido, apresenta-se a doutrina de Carlos Ayres de Brito:

“O Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. (...). O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica da União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três poderes federais. (...). Daqui se infere que as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo nos termos da lei.”⁶

⁶BRITO, Carlos Ayres de. In *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*. nº 25. Dezembro de 2003, p. 8-9. No mesmo sentido apresenta-se a pena de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, exposta no mesmo periódico antes citado, p. 60-71.

Assim compreendida a natureza jurídica das Cortes de Contas no Brasil, oportuno abordar suas principais competências, para, então, analisá-las à luz da atuação das agências reguladoras.

Como assinalado anteriormente, a Constituição da República de 1988 atribuiu aos Tribunais de Contas a missão de exercer a fiscalização contábil, orçamentária e financeira dos órgãos de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assim é que, dentre outras funções previstas no texto constitucional, caberá aos Tribunais de Contas: **i)** apreciar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, emitindo parecer prévio que deverá ser encaminhado ao Poder Legislativo; **ii)** julgar as contas de administradores, públicos ou privados, responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta; **iii)** apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal da administração direta e indireta, bem como os atos de concessão de aposentadoria, reformas e pensões; **iv)** realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades que, de qualquer forma, recebam dinheiro público ou administrem bens e valores públicos; **v)** fiscalizar recursos repassados pelas Entidades Federadas a outras Entidades da Federação, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; **vi)** aplicar sanções previstas em lei aos responsáveis por atos ilegais que importem despesa ou irregularidade de contas; **vii)** assinalar prazo para que órgão ou entidade (pública ou privada, desde que seja responsável por dinheiro ou valores públicos) adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade, bem como sustar o ato em caso de descumprimento, devendo, nesse caso, comunicar a decisão ao Poder Legislativo.

A propósito da competência dos Tribunais de Contas para sustação de contratos, merece destaque a divergência doutrinária que envolve especificamente a interpretação dos §§ 1º e 2º do artigo 71 da CRFB/88, que possuem, respectivamente, a seguinte redação:

“§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”.

“§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.”

Parece decorrer expressamente do Texto Constitucional que ao Tribunal de Contas, subsidiariamente, após a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em praticar ato tendente a sustar o contrato acoimado de ilegal, no prazo de 90 (noventa) dias, caberá decidir a respeito, podendo, inclusive, em razão da sua natureza jurídica de órgão constitucional autônomo, proceder à sustação do contrato, sendo essa possibilidade decorrência lógica do seu poder de fiscalização e repressão de irregularidades, sobretudo de condutas omissivas dos Poderes Legislativo e Executivo que possam causar danos à coletividade.⁷

Delimitadas a natureza jurídica e as principais competências dos Tribunais de Contas, relevante abordar sua interface no controle externo das agências reguladoras.

⁷ Nesse sentido apresenta-se a lição de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, invocando o entendimento de CELSO BANDEIRA DE MELLO: “[...] Neste ponto, meu entendimento afina-se com o do ilustre e estimado colega de São Paulo, CELSO BANDEIRA DE MELLO, para quem a decisão e as providências da Corte de Contas assumirão, em tal conjectura, caráter autônomo e definitivo. A não ser assim, estar-se-ia fazendo letra morta daquele comando constitucional e esvaziando-se por completo o permissivo da intervenção subsidiária do órgão constitucional de controle externo para suprimento da inércia dos Poderes em causa.”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado”. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.º 38, out./dez. 1997, pág. 40-56. Apresenta-se ainda mais radical a posição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, pois admite que os Tribunais de Contas poderiam, inclusive, declarar a nulidade do contrato diante da omissão do Poderes Legislativo ou Executivo: “Se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não tomar providências, ou seja, silenciar, aí sim é que cabe ao Tribunal decidir a respeito. Outra questão deixada ao intérprete refere-se ao conteúdo dessa decisão, que, a nós, nos parece ser a da declaração de nulidade do contrato e eventual imputação de débito ou multa [...]”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. Por sua vez, em sentido diametralmente oposto, o Professor de Direito Constitucional e Procurador do Estado do Rio de Janeiro LUÍS ROBERTO BARROSO expõe seu entendimento nos seguintes termos: “[...] Decidirá, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato, e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competências vigente no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo seu próprio juízo ao do administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o “auxílio dos Tribunais de Contas”. Por evidente, a última palavra é do órgão Legislativo, e não do Tribunal de Contas.” BARROSO, Luís Roberto. “Tribunais de Contas: algumas incompetências”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 203, jan./mar. 1996, p. 131-140.

III - A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO E SUA INTERFACE COM OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Não há discussão relevante sobre a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem suas competências constitucionais sobre as atividades-meio das agências reguladoras, assim compreendidas suas atividades administrativas rotineiras e ordinárias, tais como a realização de concurso público e todos os demais atos para administração do seu quadro de pessoal, as contratações para compras e serviços necessários a suprir suas necessidades internas, dentre outros tantos. Aplicam-se, sem exceção, todas as regras do artigo 71 da CRFB/88 e, agora, a literalidade do artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019. Tormentoso, porém, apresenta-se o debate a propósito do controle externo das atividades finalísticas das agências pelas Cortes de Contas, notadamente no que respeita à prática de atos regulatórios executivos, normativos e judicantes, a despeito de serem atos administrativos em sua essência⁸. Muitos são os fundamentos para a resistência: i) impossibilidade de o controle externo invadir mérito administrativo; ii) impossibilidade de a atuação técnica das agências reguladoras ser substituída pela atuação técnica dos servidores dos Tribunais de Contas; iii) sobreposição de funções, permitindo-se a substituição da atuação técnica das agências pelo entendimento técnico-político das Cortes de controle; e iv) ausência de previsão constitucional explícita a possibilitar o controle finalístico das agências pelos Tribunais de Contas, o que configuraria violação ao princípio da separação de poderes⁹.

⁸ Esta a posição que tenho sustentado: WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

⁹ Esse entendimento restritivo das competências dos Tribunais de Contas é defendido por Marcos Juruena Vilella Souto (VILELLA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 370) e Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 588-589). A essa mesma conclusão chegou Luís Roberto Barroso ao proferir, na qualidade de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, o Parecer nº 05/98 – LRB, no qual afirma: “Este, portanto, o limite da ingerência do Tribunal de Contas. Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com característica especial de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso é patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza.”

Nesse contexto, não é possível olvidar que sustentar a ausência de controle externo das atividades finalísticas das agências pelos Tribunais de Contas é admitir a existência de autarquias especiais imunes a controle de atos que, a pretexto de exercerem função regulatória, podem eventualmente causar danos ao erário. É, em última análise, permitir a existência de uma “ilha” dentro da Administração Pública imune ao controle externo, o que não se afigura compatível com o artigo 71 da CRFB/88, com a correta interpretação do artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019 e, sobretudo, com o princípio republicano.¹⁰

Assim posta a questão, a discussão que sobeja não é saber se pode o Tribunal de Contas exercer o controle externo de atividades finalísticas das agências reguladoras, mas sim definir em quais hipóteses isso ocorre e quais são os limites para tanto. Afinal, apesar de as agências reguladoras terem sido desenvolvidas no Brasil sob o modelo de autarquias especiais¹¹ dotadas de autonomia decisória e independência técnica¹² (regime jurídico

10 Sobre a interface da atuação dos Tribunais de Contas com o princípio republicano, colham-se as lições de Marianna Montebello Willeman: “É da essência do regime republicano que todo aquele que exerça qualquer parcela de poder público tenha como contrapartida a responsabilidade decorrente da investidura em poderes delegados. E, como corolário dessa responsabilidade, todo exercente de função pública deve prestar contas de sua atuação e sujeitar-se à possibilidade de vir a ser chamado a dar explicações exigidas pela cidadania ou por órgãos fiscalizadores. O dever de prestar contas é o dever republicano por excelência: se é o povo o titular e o destinatário da coisa pública, perante este devem os gestores responder”. (WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 85).

11 WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 70 e seguintes

12 Sobre o assunto, é interessante a distinção apresentada por Vital Moreira e Fernanda Maçãs entre administração independente e administração autônoma. No primeiro caso, a independência administrativa revela-se por ausência de controle hierárquico e pela direção da entidade por pessoas técnicas que detenham um mandato a termo, cuja atuação tem por finalidade o interesse público. Já o “conceito de administração autônoma consolidou-se na teorização jurídico-constitucional e jurídico-administrativa mais recente para significar uma categoria de entes colectivos públicos que visam ser expressão directa de comunidades territoriais ou de outras comunidades ou formações sociais (por exemplo, corporações profissionais) dotadas de interesses próprios e distintos dos interesses prosseguidos pelo Estado. Não é isso evidentemente que está em causa nas AAI [Autoridades Administrativas Independentes]. Pelo contrário, enquanto as entidades que integram a administração autônoma visam representar e a prosseguir os interesses específicos dos seus membros, aquelas visam sobretudo fazer valer o interesse público geral independentemente dos interesses particulares dos sujeitos à sua jurisdição, e se necessário contra eles” (MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 30-31).

especial¹³, agora detalhado na Lei Federal nº 13.848/2019¹⁴), em um momento histórico que fez surgir o que hoje se denomina de “Estado Regulador”¹⁵, a atuação técnica de órgãos e de entidades

13 Sobre o regime jurídico especial das agências reguladoras, confira-se, por todos, a doutrina de Luís Roberto Barroso: “A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira. No tocante à autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem: (i) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado); (ii) mandato fixo de três ou quatro anos; e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal. (...). No que toca à autonomia econômico-financeira, por sua vez, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica” (BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 174-178).

14 “Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências: I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

- a) autorização para a realização de concursos públicos;
- b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;
- c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

I - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

II - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.”

15 Esse novo modelo de administração pública é fortemente influenciado pelo denominado princípio da subsidiariedade, como sublinha Marcos Juruena Villela Souto: “O surgimento do Estado-regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado bem-estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares. (...). O que se propõe, em obediência ao princípio da subsidiariedade, é que o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público (serviços públicos universais), ambas sob regulação estatal; nas palavras de Gaspar Ariño Ortiz, trata-se de privatizar (no sentido deste trabalho, melhor seria usar ‘desestatizar’) atividades que não satisfazem necessidades primordiais, operando-se uma transferência de titularidade (melhor diria ‘execução’) pública para a privada, sem escapar à regulação estatal” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 32-33).

integrantes da administração pública não é exatamente uma novidade no país,¹⁶ e, historicamente, jamais deixaram de ser objeto de controle externo a cargo das Cortes de Contas.

Desse modo, o exercício da *função regulatória*¹⁷ reforçada ou independente pelo Estado não o afasta do controle externo a ser exercido pelos Tribunais de Contas; ao contrário, extrai-se diretamente do postulado republicano a necessidade de o controle externo encontrar mecanismos eficientes para a salvaguarda do interesse público representado nas competências do artigo 71 da CRFB/88, sem que isso vulnere as atribuições técnicas das agências ou que venha a implicar mitigação da separação funcional de poderes¹⁸.

16 A esse propósito, observa Alexandre Santos de Aragão: “É comum associar-se o surgimento das agências reguladoras ao movimento de desestatização verificado no Brasil principalmente a partir da década de noventa. 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, Banco Central do Brasil, o Instituto do Açúcar e do Alcool – 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” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 265).

17 Diogo de Figueiredo Moreira Neto define com precisão o conceito de função regulatória do Estado: “Cabe aqui, traçar conceptualmente o desenho das instituições jurídicas que passaram a desempenhar no Direito Administrativo contemporâneo essas funções homeostáticas com certos setores críticos da convivência, social e econômica, de modo a proporcionarem o máximo de eficiência na solução de problemas, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercitividade estatal. A essa atividade dos subsistemas de harmonização é que se denomina de função reguladora, uma expressão que não obstante o étimo, que a aproxima da voz vernácula regra, é, na verdade, um híbrido de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Esse complexo de funções vai cometido a um único órgão regulador, para que este defina especificamente o interesse que deverá prever e ser satisfeito nas relações sujeitas à regulação” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107).

18 Alexandre Santos Aragão admite o controle da atuação finalística das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas. Segundo o autor, “Não há dúvidas de que as agências reguladoras, como autarquias que são, devem prestar contas aos Tribunais de Contas quanto às verbas públicas por elas despendidas (art. 70, CF). O problema se coloca, não no controle das atividade-meio, que geram despesas ao Erário, mas sim no controle das atividades-fim das agências reguladoras, mormente das de serviços públicos. Em outras palavras, podem os Tribunais de Contas controlar os atos de regulação que as agências expedem sobre os respectivos setores regulados? Mais específica e exemplificativamente, podem controlar a autorização de aumento de tarifa ou do reequilíbrio econômico-financeiro de determinada concessão? Podem controlar a fiscalização ineficiente sobre as concessionárias? Ao nosso ver, o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público etc.” (ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 339-341). O Ministro do TCU Benjamim Zymmler segue o mesmo entendimento: “Por intermédio das auditorias operacionais realizadas nas agências reguladoras, TCU fiscaliza, entre outras

O ponto de partida deverá ser a *atuação deferente*¹⁹ das Cortes de Contas para com a atuação técnica lícita, razoável e que cumpre os procedimentos formais²⁰ para a edição do ato regulatório. Atendidos esses requisitos, o controle externo será praticamente reduzido a zero, de modo a respeitar a atuação finalística das agências reguladoras, evitando-se, com isso, sobreposição de atuações técnicas, com invasões de competências e violação do pacto da separação de poderes²¹.

O dever de autocontenção ou de deferência dos Tribunais de Contas à atuação finalística, porém, não significa impossibilidade de exercício do controle externo, conforme já se sustentou anteriormente. Com efeito, não se pode perder de perspectiva que o artigo 70 da CRFB/88 garante aos Tribunais de Contas competências para a “*fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*” de todos os órgãos e “*entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas*”. Esse deve ser o ponto de partida para se encontrarem balizamentos seguros que

questões, a execução dos contratos de concessão ou de permissão. Essa fiscalização poderia ensejar uma redundância das esferas de controle, visto que uma das principais atribuições das agências é exatamente fiscalizar esses contratos. Para evitar que essa indesejável superposição de atividades ocorra, o Tribunal deve exercer uma fiscalização de segundo grau, buscando identificar se as agências estão cumprindo bem e fielmente seus objetivos institucionais, dentre os quais avulta o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem se imiscuir indevidamente na área de competência privada das agências” (ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 171- 173).

19 O princípio geral de deferência à política regulatória foi bem desenvolvido por José Vicente Santos de Mendonça: “(ii) Quanto à atividade-fim das agências reguladoras, vale o princípio geral da autocontenção por parte dos Tribunais de Contas: há fortíssima preferência *prima facie* pelas razões técnicas expendidas pela agência. É o mecanismo usual de compatibilização entre separação de poderes, discricionariedade técnica e restrições ínsitas à atuação *ex ante*, de um lado, e dever de prestação de contas, princípio da eficiência e dever de controle operacional, por outro. Em princípio, valem as razões técnicas da agência quanto ao exercício de sua atividade-fim. Só não subsistem diante de fortíssimas razões contrárias” (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 – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, nº 38, abril./jun. 2012, p. 147-164).

20 A Lei Federal nº 13.848/2019, nos artigos 4º ao 13, regulou o procedimento para edição do ato regulatório.

21 Relevante o estudo sobre os impactos do controle externo realizado pelo TCU sobre as agências reguladoras federais realizado por Monique Menezes: “As análises em profundidade das auditorias do Tribunal de Contas da União demonstraram que as fiscalizações sobre as atividades-fim das agências reguladoras têm contribuído para o aperfeiçoamento das regras regulatórias. A Corte de Contas mostrou-se um importante ator de controle horizontal das agências, evitando uma discricionariedade excessiva do ente regulatório na definição dos critérios da regulação. Sua atuação aumenta a segurança jurídica, já que questiona decisões das agências que não apresentam justificativas técnicas” (MENEZES, Monique. *O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços*. *Revista de Sociologia Política*, v. 20, nº 43, out. 2012, p. 123).

compatibilizem a atuação das Cortes de Contas sobre as agências reguladoras, sem que se tenha sobreposição de funções técnicas.

Assim, possível concluir que sob a **perspectiva formal**, será amplo o espectro de controle de legalidade dos atos finalísticos das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas, declarando-se a invalidade de atos que não respeitem o procedimento para sua edição ou que violem as leis ou as Constituições Federal ou Estadual²², conforme autoriza o artigo 71, X, da CRFB/88. Mencione-se, como exemplo, ato regulatório que, sem respeitar o devido processo legal, constitua um crédito para empresa concessionária de serviço público sem integrar o poder concedente ao processo administrativo regulatório. A nulidade parece evidente e constitui crédito contra o Poder Público e, conseqüentemente, ocasiona dano ao erário²³.

Mais complexas afiguram-se as hipóteses de controle em uma **perspectiva material**, onde não se identifica vício procedimental no ato regulatório. Nesses casos, o dever de deferência à atuação *discricionária técnica*²⁴ das agências reguladoras permitirá aos Tribunais de Contas as controlarem em suas atividades finalísticas apenas em situações excepcionais, em que os atos regulatórios se mostrarem manifestamente desproporcionais à luz das técnicas disponíveis à compreensão da matéria regulada, e que violem os vetores de controle estabelecidos no artigo 70 da CRFB/88, quais sejam, **economicidade e legi-**

22 A Súmula 347 do STF expressamente admite que os Tribunais de Contas exerçam controle de constitucionalidade de leis e atos da administração pública. Entretanto, em decisões monocráticas, alguns Ministros têm expressado entendimento em sentido contrário, isto é, pela impossibilidade de as Cortes de Contas realizarem controle de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, o MS 25.888 – Relator Ministro Gilmar Mendes.

23 Essa situação concreta foi vivenciada pelo autor deste trabalho, quando de sua atuação na defesa do Estado do Rio de Janeiro nos autos da ação rescisória nº 0035356-42.2009.8.19.0000, julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

24 A professora espanhola Eva Desdentado Daroca bem detalha o conceito de discricionariedade técnica: “Em conclusão, a discricionariedade técnica outorga à Administração um poder, ainda que se trate de um poder diferente daquele que lhe atribui a discricionariedade administrativa, porque não é um poder para a apreciação do interesse público concreto, se não que unicamente para levar a cabo uma valoração de fatos, que se reserva com exclusividade à Administração e que os tribunais não podem suplantar. (...). As diferenças entre ambas podem ser resumidas da seguinte forma: 1) na discricionariedade técnica não há nunca ponderação nem eleição de interesses; 2) na discricionariedade técnica a Administração recorre a utilização de critérios técnicos; e 3) enquanto na discricionariedade administrativa convivem juízo e vontade, na discricionariedade técnica se realiza uma atividade de mero juízo em que a vontade não intervém de forma alguma” (DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madri: Civitas, 1997. p. 35-37).

timidade²⁵. Necessário enfatizar que a juridicidade da atuação das Cortes de Contas exigirá, na hipótese, a comprovação de que o ato regulatório, apesar de lícito, está manifestamente em desacordo, sob a perspectiva técnica, aos princípios da economicidade e da legitimidade.

No que diz respeito às **omissões regulatórias**, possível e amplo será o controle dos Tribunais de Contas sobre as agências, não para substituí-las com a edição de decisões regulatórias, substituindo-as para atuar como se regulador fosse. A amplitude do controle está na detecção da omissão e na possibilidade de exigir que as agências cumpram suas competências editando atos regulatórios ou comprovando que a regulação está sendo praticada a partir da técnica de desregulamentação (ou da autoregulação)²⁶.

De outro lado, necessário abordar uma última faceta do controle externo dos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras, qual seja, a **atuação normativa**. Como de conhecimento ordinário, com o surgimento das agências reguladoras, passou a se entender que tais entidades, eminentemente técnicas e que não se prestam à atuação política, poderiam editar atos administrativos normativos, desde que tal poder lhes seja autorizado por meio da lei específica que criou a entidade, traduzidos em balizamentos concretos, verdadeiros *standards*, sendo este um requisito essencial para a constitucionalidade do referido poder normativo²⁷. Diogo de Figueiredo Moreira Neto tratou o tema como **deslegalização**, que representa uma técnica desenvolvida do conceito difundido

25 Para a correta elucidação do princípio da legitimidade, colham-se as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O Estado Democrático de Direito, tal como a Constituição o enuncia, está submetido a duas ordens de valores: à vontade democraticamente definida e à vontade juridicamente positivada.

A vontade juridicamente positivada é o campo da legalidade e o campo da legitimidade, princípio geral já estudado. Já, a vontade democraticamente expressa, positivada ou não, situa-se no campo mais vasto da legitimidade, princípio substantivo específico do Direito Público, que informa, particularmente, o Direito Constitucional, e o Direito Administrativo, ao regerem manifestações discricionárias.” “Princípios informativos e interpretativos do Direito Administrativo”. In *Direito Administrativo em Foco*. Coord. Valter Shuenquener de Araújo. Niterói: Ímpetus, 2005, p. 13.

26 Tenho sustentado que a ausência de norma regulatória não importa, necessariamente, em omissão regulatória normativa. É possível regular eficientemente desregulamentando, permitindo que mercados se autorregulem de acordo com as características mercadológicas, notadamente por meio da livre concorrência e da livre iniciativa. WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 180.

27 Para Carlos Ari Sundfeld: “A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver esta-belecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa”. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

na doutrina francesa da *délégation de matières*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907²⁸.

Pois bem. No campo da função regulatória de índole normativa, parece ser do Poder Legislativo a competência para controlar o excesso eventual de poder normativo das agências reguladoras, à luz do que dispõe o artigo 49, inciso V, da Constituição da República de 1988²⁹. Ao Tribunal de Contas, verificando o excesso, deverá suscitar o controle parlamentar, ou, quando muito, fazer um juízo de reprovabilidade da conduta tendo por fundamento o princípio da legalidade³⁰.

IV- O SISTEMA DE REGULAÇÃO COOPERATIVA E OS TRIBUNAIS DE CONTAS – COMPATIBILIDADE POSSÍVEL DA LEI FEDERAL Nº 13.848/2019 COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Conforme já referido, a Lei Federal nº 13.848/2019 inovou ao prever, em seus artigos 34 e 35³¹, de forma genérica e aplicável a to-

28 Tal como aqui, nos Estados Unidos da América, quando do surgimento das agências reguladoras, questionava-se a constitucionalidade das delegações normativas feitas pelo Poder Legislativo, sob a alegação de que restariam violados os princípios da separação de poderes e da legalidade. No entanto, aos poucos evoluiu a interpretação das normas constitucionais americanas por parte do Poder Judiciário e passou-se a admitir a deslegalização, como bem informa Leila Cuéllar, no profundo estudo acerca do poder normativo das agências reguladoras americanas: *“Inicialmente os tribunais norte-americanos entenderam que o Poder Legislativo, delegado ao Congresso pela Constituição, não poderia ser delegado. Consagrou-se, assim, o princípio da não delegação (non-delegatio), segundo o qual qualquer delegação de poder normativo pelo Poder Legislativo seria inconstitucional. Ao que tudo indica, a doutrina da não delegação não perdurou em virtude de razões práticas. Além da necessidade que tinham as agências em editar normas, para implementar as políticas públicas, o Poder Legislativo não possuía condições para legislar sobre todas as matérias relativas às agências, precipuamente face ao volume e à especificidade das mesmas.*

Aos poucos o Poder Judiciário foi admitindo a delegação de poderes legislativos e também foi ampliando as hipóteses em que era permitida.

A partir da decisão prolatada no caso United States v. Curtiss-Wright Export Co., de 1936, os tribunais opinaram em favor da delegação de poderes por parte do Congresso norte-americano, desde que este fixasse ‘standards’ com significado determinável (meaningful standards) para guiar os administradores. Trata-se da teoria denominada de ‘intelligible principle’.

Para esta doutrina, destaca Carbonell Porras, admitem-se amplas cessões de poder por parte do Congresso sempre que ele tenha predeterminado o alcance do poder que transfere, assinalando uma diretriz legislativa suficientemente clara e concreta, para que a agência atue segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade”. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 229, jul./set. 2002, p. 153-176.

29 Eis a dicção do dispositivo constitucional: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...); V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

30 Esse, ao que parece, não é o entendimento que vem sendo adotado pelo TCU, eis que no Acórdão 1.704/2018, julgado pelo Plenário em 25/07/2018, ao analisar controvertidas questões do setor portuário (dentre as quais a possibilidade de cobrança do *Terminal Handling Charge 2 - THC2*), fixou entendimento de que é “possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência”.

31 Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades

das as agências reguladoras federais, a possibilidade de **cooperação regulatória** com agências reguladoras estaduais e municipais, possibilitando, mediante celebração de “acordo de cooperação”, a descentralização de atividades *fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais*, vedada a delegação de competência normativa.

Para que não se incorra em déficit de constitucionalidade, importante registrar que a Lei Federal nº 13.848/2019 destina-se a disciplinar as agências reguladoras federais, sendo indispensável que as legislações estaduais e municipais também sejam alteradas para permitir que as agências locais recebam a delegação de competências federais, escoimando, desta forma, qualquer discussão quanto à inconstitucionalidade por violação do pacto federativo, notadamente porque terão que atuar respeitando todas as normas e regulamentos federais pertinentes³². O cumprimento desse requisito formal afigura-se como condição para a constitucionalidade do sistema de regulação cooperativo, tendo em vista a possibilidade de a atuação regulatória delegada projetar-se

com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º É vedada a delegação de competências normativas.

§ 2º A descentralização de que trata o caput será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.

§ 3º A execução, por agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela agência reguladora federal, nos termos do respectivo acordo.

§ 4º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, a agência reguladora ou o órgão regulador estadual, distrital ou municipal que receber a delegação observará as normas legais e regulamentares federais pertinentes.

§ 5º É vedado à agência reguladora ou ao órgão regulador estadual, distrital ou municipal conveniado, no exercício de competência fiscalizatória delegada, exigir de concessionária ou permissionária obrigação não prevista previamente em contrato.

§ 6º Além do disposto no § 2º deste artigo, a delegação de competências fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais somente poderá ser efetivada em favor de agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal que gozar de autonomia assegurada por regime jurídico compatível com o disposto nesta Lei.

§ 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada.

Art. 35. No caso da descentralização prevista no caput do art. 34, parte da receita arrecadada pela agência reguladora federal poderá ser repassada à agência reguladora ou ao órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, para custeio de seus serviços, na forma do respectivo acordo de cooperação.

Parágrafo único. O repasse referido no caput deste artigo deverá ser compatível com os custos da agência reguladora ou do órgão de regulação local para realizar as atividades delegadas.

³² Artigo 34, § 4º da Lei Federal nº 13.848/2019

para medidas de fiscalização e de sanção, searas que não comportam interpretação extensiva quanto à competência dos agentes reguladores.

Mas admitida a cooperação regulatória que atende a todos os requisitos formais, instaura-se relevante indagação sobre a competência para o controle externo da atividade regulatória descentralizada ou delegada. A pergunta que se coloca, portanto, busca definir se tal competência será reconhecida ao Tribunal de Contas da União, que atua sobre as agências reguladoras federais, ou se, inversamente, será dos Tribunais de Contas estaduais e/ou municipais³³.

Considerando que as agências reguladoras estaduais e locais serão meras delegatárias das agências reguladoras federais, que irão funcionar, inclusive, como entidades de supervisão³⁴ e como instância revisora e recursal³⁵, melhor se compatibiliza com a Lei Federal nº 13.848/2019 e com a Constituição da República de 1988 o controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União, na medida em que as agências estaduais e municipais atuarão como *longa manus* das agências federais, isto é, como se elas fossem.

Há uma hipótese, porém, em que será lícita a atuação dos Tribunais de Contas estaduais e municipais quando da atuação das agências locais por delegação de uma agência federal. Isso ocorrerá quando entidades reguladoras subnacionais eventualmente vierem a receber e a internalizar em suas contabilidades recursos repassados das agências federais, conforme previsão contida no artigo 35 da Lei Federal nº 13.848/2019, recursos estes que serão utilizados para custeio de seus serviços.

33 O artigo 31, § 4º da Constituição Federal de 1988 vedou a criação de novos Tribunais de Contas genuinamente municipais, mantendo os já existentes, isto é, o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro – TCM e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCM-SP. Nada obstante, há Estados da federação que têm dois Tribunais de Contas; um para controlar o Estado e outro para controlar os Municípios.

34 Artigo 34, § 3º, da Lei Federal nº 13.848/2019

35 Artigo 34, § 7º, da Lei Federal nº 13.848/2019

CONCLUSÃO

A verdadeira justiça administrativa decorre do efetivo cumprimento da Constituição Federal de 1988 pelos órgãos e entidades públicos, sobretudo para tornar os anseios sociais um terreno fértil para o exercício da cidadania.

Com efeito, não é possível admitir a existência de órgãos ou entidades públicos imunes ao controle externo a cargo dos Tribunais de Contas; isso importaria em descumprimento do artigo 70 da CRFB/88 e, mais recentemente, no campo específico das agências reguladoras, implicaria vulneração ao artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019, deixando de contribuir, em última análise, para a concretização de uma eficiente justiça administrativa.

Possível, pois, concluir que as agências reguladoras foram criadas no direito brasileiro como autarquias dotadas de regime jurídico especial, mas, nem por isso, deixam de integrar a administração pública indireta e de estarem submetidas às regras do artigo 70 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Precisamente por isso, demonstrou-se que o artigo 14 da Lei Federal nº 13.848/2019 não chegou a trazer qualquer inovação substancial em matéria de justiça administrativa. Mesmo sem previsão infralegal, as agências reguladoras já estavam submetidas ao controle externo pelos Tribunais de Contas em suas atividades rotineiras de gestão e no exercício de sua atividade finalística (regulatória propriamente dita), desde que observados parâmetros de deferência e autocontenção capazes de inibir comprometimento ao princípio da separação de poderes.

Assim é que será pleno o controle de *legalidade* das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas, com destaque para a análise do cumprimento das formalidades constitucionais (com destaque para o cumprimento do devido processo legal) e legais, com destaque para o cumprimento do procedimento formal para a edição do ato regulatório.

Por outro lado, em se tratando de ato *regulatório lícito*, deverá a Corte de Contas ter autocontenção máxima para controlar as agências, reservando-se para atuar em hipóteses excepcionais

em que os vetores da *legitimidade* e da *economicidade* (artigo 70 da CRFB/88) forem flagrante violados. Se não houver flagrante violação, o Tribunal deverá ser deferente à discricionariedade técnica das agências.

A mesma autocontenção deverá ter o Tribunal de Contas quando se estiver a controlar atos normativos das agências. Nessa hipótese, salvo a análise da compatibilidade do ato com a lei ou com a Constituição Federal ou Estadual no caso concreto (conforme ainda permitido pela Súmula 347 do STF), entende-se que a Corte de Contas jamais poderá sustar a norma do ordenamento jurídico; deverá representar ao Poder Legislativo, a quem o artigo 49, V, da CRFB/88 atribuiu competência para a prática do ato.

Por fim, em se tratando de omissões regulatórias, as Cortes de Controle devem apenas exercer suas competências para declarar a eventual mora regulatória e determinar que seja sanada com a prática do ato regulatório ou com a justificativa técnica de que a regulação está a ocorrer de forma eficiente a partir do fenômeno da desregulamentação.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

—. “Tribunais de Contas: algumas incompetências”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 203, jan./mar. 1996.

BRITO, Carlos Ayres de. In *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*. n.º 25. Dezembro de 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado”. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.º 38, out./dez. 1997.

CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, pp. 153-176, jul./set. 2002.

DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madri: Civitas, 1997).

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MENEZES, Monique. *O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços*. *Revista de Sociologia Política*, v. 20, n° 43, out. 2012.

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 – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n° 38, abril./jun. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo em Foco*. Coord. Valter Shuenquener de Araújo. Niterói: Ímpetus, 2005.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

TORRES, Ricardo Lobo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. n° 24. Março de 1993.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

WILLEMANN, Flávio de Araújo (em coautoria com Fernando Barbalho Martins). *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. Niterói: Impetus, 2015.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 .

ZYMMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.