

Tribunal de Contas da União

Instituto Serzedello Corrêa

O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das
Agências Reguladoras à luz dos princípios constitucionais

Marcia Cristina Nogueira Vieira

Brasília, DF

2004

Marcia Cristina Nogueira Vieira

O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das
Agências Reguladoras à luz dos princípios constitucionais

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de
Especialista em Controle Externo - Área
de Regulação de Serviços Públicos
Concedidos.

Orientador: Maurício de Albuquerque Wanderley

Brasília, DF

2004

Marcia Cristina Nogueira Vieira

O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das
Agências Reguladoras à luz dos princípios constitucionais

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo - Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos, Curso de Pós-Graduação em Controle Externo, Instituto Sezedello Corrêa, Tribunal de Contas da União. Comissão julgadora composta por:

Maurício de Albuquerque Wanderley
Orientador

Jorge Pereira de Macedo
Membro

Dr.^a Maria Paula Dallari Bucci
Membro

Brasília, DF, 28 de outubro de 2004

RESUMO

Constituídas, na esfera federal, sob a forma de autarquias especiais, as agências reguladoras integram a administração pública indireta, estando, pois, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União, a teor do disposto nos artigos 70 e 71 da Lei Maior.

A autonomia reforçada das agências reguladoras não implica que estejam à margem dos controles, pois autonomia não equivale a soberania.

O poder discricionário do administrador público, cujo conteúdo envolve o exame da conveniência e da oportunidade da prática do ato, não é ilimitado, não se confunde com arbítrio, com liberalidade. Além de o ato ser vinculado, via de regra, quanto ao fim, à competência e à finalidade, a discricionariedade, no Estado de Direito, submete-se à lei e ao interesse público, encontrando, no quadro jurídico vigente, diversos limites.

Desses limites, em face da pirâmide normativa prevista na Constituição Federal, sobressaem os preceitos constitucionais, tendo proeminência os princípios, que, entre outras funções, visam a interpretar os demais diplomas normativos.

No exercício do controle externo, particularmente no âmbito da fiscalização operacional, o Tribunal de Contas da União, com fundamento, nos artigos 70, “caput”, e 71, incisos II e IV, entre outros, da Carta Política de 1988, tem competência para, sob a ótica da legalidade, da legitimidade e da economicidade, controlar os atos discricionários das agências reguladoras, sobretudo em face dos princípios constitucionais insculpidos na cabeça do artigo 37 da Carta Magna, notadamente do princípio da eficiência, e dos princípios constitucionais implícitos, a exemplo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 - Agências Reguladoras brasileiras.....	9
Quadro 2 - Objetivos das Agências Reguladoras.....	14
Quadro 3 - Limites à discricionariedade.....	27
Quadro 4 - Funções dos princípios constitucionais	30
Quadro 5 - Funções básicas do Tribunal de Contas da União.....	43
Quadro 6 - Auditoria de Desempenho Operacional – Principais Aspectos	62
Quadro 7 - Avaliação de Programa – Principais Aspectos.....	63

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 Agências Reguladoras	7
1.1 O advento das agências reguladoras	7
1.2 A natureza jurídica das agências reguladoras	9
1.3 As características e as funções das agências reguladoras.....	11
1.4 A autonomia das agências reguladoras	14
2 Discricionariedade administrativa	19
2.1 Limites à discricionariedade	25
2.2 Conceitos jurídicos indeterminados	28
3 Princípios constitucionais	29
3.1 Princípio da Eficiência	31
3.2 Princípio da Moralidade	33
3.3 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade	33
3.4 Princípio da Finalidade	33
3.5 Princípio da Motivação.....	34
4 Dimensões do controle estatal sobre a atuação das agências reguladoras.....	35
5 O controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União.....	39
5.1 A natureza jurídica do TCU	41
5.2 A natureza jurídica das determinações e das recomendações do TCU.....	44
5.3 Os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade na Lei Orgânica/TCU e no Regimento Interno/TCU	45
6 A jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre as Agências Reguladoras.....	48
6.1 Fundamentos constitucionais, legais e regulamentares do controle	48
6.2 Controvérsia doutrinária	51
6.3 Princípio da Legalidade	55
6.4 Princípio da Legitimidade	55
6.5 Princípio da economicidade	58
7 Auditoria de Natureza Operacional.....	61
8 A possibilidade, ou não, de substituição da vontade do administrador	65
9 A importância do controle e a jurisprudência do TCU sobre a atividade regulatória.....	71
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujos objetivos fundamentais são: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; assim como promover o bem de todos, nos termos dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, estruturar um serviço público capaz de funcionar de forma a promover a inclusão social, organizar a ação do Estado com a finalidade de combater a pobreza e produzir políticas públicas capazes de reduzir as desigualdades sociais e regionais são, hoje, desafios adicionais do Estado brasileiro.

As agências reguladoras detêm importante papel na universalização dos serviços públicos. Sua atuação afeta diretamente a vida de cada indivíduo, visto que alcança, dentre outros segmentos, e de acordo com a respectiva competência, o preço das tarifas, a oferta de energia elétrica, a qualidade das estradas e os serviços de telecomunicações. No essencial, o fim último da política regulatória, mediante, entre outros mecanismos, a regulamentação da prestação de serviços públicos e a definição de tarifas, é a busca da igualdade social e o desenvolvimento econômico.

Além de terem impacto no cotidiano dos usuários, os setores regulados movimentam grande parcela do Produto Interno Bruto brasileiro, de sorte que o bom funcionamento das agências é de suma importância para o desenvolvimento do país e para a consecução de certa estabilidade social, cabendo à atividade regulatória a árdua missão de garantir a atratividade do negócio (equilíbrio econômico-financeiro), como condição para a existência de investimentos privados, e proteger os usuários, em favor dos quais a Lei n.º 8.987/1995 – Lei de Concessões – garante a prestação de serviços públicos com qualidade, de forma contínua, com cortesia e a preços módicos.

Nesse cenário, a indefinição acerca de certos arranjos regulatórios, o fato de não estar claro o relacionamento de algumas agências com seus órgãos supervisores e com a área econômica, a assimetria de informação do processo regulatório e o medo da captura das agências por grupos de interesse são alguns dos fatores que concorrem para tornar necessário o controle externo sobre a atuação autônoma dos órgãos encarregados da regulação.

O compromisso do Estado moderno com a prestação de serviços públicos de qualidade a um custo condizente com as expectativas da sociedade é inadiável. É certo que a sociedade está, dia a dia, mais interessada na qualidade da gerência pública e em seus resultados.

O controle da regulação dos serviços públicos concedidos assume especial destaque nesse contexto, dados os extensos poderes outorgados pelo legislador ordinário às agências reguladoras.

Esse controle assume contornos particulares quando se trata dos atos discricionários, que envolvem o juízo de conveniência e de oportunidade – o chamado mérito administrativo-, aspectos, em princípio, de caráter eminentemente subjetivo, que estariam, à primeira vista, na esfera de decisão somente do administrador público, não comportando interferência por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Na realidade, o que se verifica, por vezes, é a prática de atos lesivos, seja à sociedade diretamente, seja ao patrimônio público, seja em razão da inexistência dos motivos, seja em razão do desvio de finalidade ou de outras mazelas, sob a alegação de discricionariedade. São recorrentes, no âmbito do Poder Judiciário e do TCU, questionamentos acerca do exercício da faculdade discricionária da Administração Pública.

Pretende-se, no presente estudo, com foco na esfera federal, investigar se o Tribunal de Contas da União tem, de fato, competência, à luz dos princípios constitucionais, para controlar os atos discricionários das agências reguladoras. No cumprimento desse mister, busca-se, com apoio na doutrina e na jurisprudência pátrias, identificar os limites teóricos do controle externo, a cargo do TCU, sobre os aludidos atos, analisando, para tanto, entre outras questões, a autonomia das agências reguladoras e a jurisdição da Corte de Contas sobre os referidos entes.

O trabalho está organizado da forma que se segue.

O capítulo 1 conta com a exposição de posicionamentos doutrinários acerca do advento das agências reguladoras e de sua natureza jurídica, passando pelo exame das características, das funções e da autonomia das agências.

O capítulo 2 analisa o conceito de discricionariedade e o alcance dos respectivos atos, evidenciando limites ao poder discricionário e tecendo breves considerações sobre conceitos jurídicos indeterminados.

Na seqüência, discorre-se sobre a força normativa dos princípios constitucionais, destacando-se alguns dos princípios de maior relevo.

No capítulo 4, são discutidas as dimensões do controle estatal sobre a atuação das agências reguladoras, passando-se, ato contínuo, ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União (capítulo 5).

No capítulo 6, a jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras é objeto de análise.

O Capítulo 7, então, apresenta aspectos relevantes sobre auditorias de natureza operacional.

A possibilidade, ou não, de substituição da vontade do administrador público pelo Judiciário e/ou pelos órgãos de controle é o tema central do capítulo 8.

Por derradeiro, frisam-se alguns aspectos que realçam a importância do controle do TCU sobre a atividade regulatória (capítulo 9).

Pretende-se, alfim, com a monografia apresentada, oferecer subsídios tendentes a ampliar o conhecimento sobre o controle externo a cargo do TCU e sobre as agências reguladoras, especialmente sobre o controle, pelo mencionado Tribunal, dessas agências, sobretudo no que diz respeito aos atos discricionários.

1 AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 O advento das agências reguladoras

É no contexto do Estado regulador, fiscalizador e concedente, em detrimento do Estado empresário, investidor e operador de serviços, que surgem as agências reguladoras.

Conforme observa Gaetani (2002, p. 90), “a gradual generalização do processo de intervenção do Estado a partir de funções reguladoras e não mais executivas” é fenômeno que se verifica na experiência internacional. Destarte, o Estado regulador vem substituindo o Estado provedor direto de bens e serviços.

Sobre o contexto histórico que deu ensejo à redefinição, em parte, do papel do Estado, Tojal (2002, p. 153) noticia que:

Após a crise econômica mundial dos anos 70, das duas crises do petróleo, o Estado de bem-estar, que fora implementado com os excedentes da produção desse período, provedor de direitos sociais numa fase de crescimento da economia capitalista no mundo, deu lugar a um quadro de crescimento e ineficácia das antigas estruturas.

A seu turno, Zymler (2003, p. 3), discorrendo sobre a prestação de serviços públicos no Estado Moderno, ressalta:

A crise do “welfare state” revelou a incapacidade de o Estado prestar diretamente os serviços a seu cargo. Por conseguinte, implantou-se modelo de enxugamento da máquina administrativa, que implicou a desestatização de suas empresas e a concessão de serviços públicos a agentes privados. O Poder Público, ao invés de prestar diretamente os serviços, passou a buscar uma atuação reguladora, deixando as funções operacional e executora dos serviços para terceiros. Inseriu-se, no ordenamento jurídico, como reflexo desta mudança, a figura da agência reguladora.

Nessa linha, tendo por base o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado no âmbito do então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - Mare, Tojal (2002, p. 154) destaca que a reforma do aparelho do Estado, por meio, especialmente, do ajuste fiscal, do abandono da estratégia protecionista de substituição das importações e do programa de privatizações das empresas estatais, que teve início com o Plano Nacional de Desestatização (Lei n.º 8.031/1990) -, consolidou a idéia de que a transferência da tarefa da produção para o setor privado torna-a mais eficiente. Mantém-se o Estado no papel regulador e provedor ou promotor dos serviços, pretendendo-se, de outra parte, reduzir seu papel executor ou prestador direto de serviços.

No dizer de Barroso (2002, p. 116), a busca de incremento na eficiência dos serviços públicos e de garantias maiores aos direitos dos cidadãos são alguns dos fatores que têm dado

ensejo ao surgimento das agências reguladoras, sobretudo em face da carência de recursos para os investimentos necessários e da má administração, conduzindo “ao processo de transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos”. Assim, o processo de transferência da execução de serviços públicos para o setor privado teria decorrido do fato de o Estado não dispor de recursos para os investimentos necessários e de ser, em regra, um mau administrador (BARROSO, 1999, p. 370).

Avançando no tema, Barroso (2002, p. 131) relata que:

O Estado Econômico brasileiro sofreu, nos últimos anos, importante conjunto de transformações estruturais, empreendidas por meio de emendas à Constituição e edição de legislação infraconstitucional, que podem ser classificadas em três grandes categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e as privatizações. As reformas econômicas modificaram drasticamente o papel do Estado brasileiro que, em lugar de protagonista na execução dos serviços, passou a concentrar suas atividades nas funções de planejamento, regulamentação e fiscalização.

Nesse cenário, pode-se mencionar que, no Brasil, de início, a descentralização dos serviços públicos, mormente quanto à execução de obras e de serviços públicos, teve origem na insatisfação com a ineficiência do Estado contemporâneo (MORAES, 2002a, p. 18). A tarefa de execução das obras e dos serviços deu lugar à incumbência de elaborar e executar a política regulatória.

Refletindo sobre o fenômeno da regulação, Gomes (2003, p. 3) pondera:

O que é certo é que esse fenômeno de mutação constitucional, desencadeado pelas mudanças estruturais por que passou a sociedade, teve como consequência, no plano das instituições políticas, o surgimento do imperativo de mudança nas formas de exercício das funções estatais clássicas. O fenômeno da Regulação, tal como concebido nos dias atuais, nada mais representa, pois, do que uma espécie de corretivo indispensável a dois processos que se entrelaçam. De um lado, trata-se de um corretivo às mazelas e às deformações do regime capitalista. De outro, um corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado engendrado por esse mesmo capitalismo.

Por oportuno, cumpre frisar que, em acepção ampla, a regulação pode, conforme lição de Pedro Henrique Poli, citado por Zymler (2003, p. 3-4), ser definida como:

a atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido por lei atribuídos para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução.

A imprescindibilidade da atividade regulatória pode ser evidenciada nos termos sugeridos pela Confederação Nacional da Indústria (2004, p. 25), em manifestação acerca da proposta de lei geral brasileira sobre as agências reguladoras:

A complexidade da atividade econômica moderna, o incessante desenvolvimento de novas tecnologias e a importância de assegurar a sua introdução nos mercados, bem como a necessidade de garantir a concorrência e a oscilação constante das variáveis que determinam a política de preços são alguns dos fatores que tornam necessário que a regulação da atuação dos agentes econômicos não ocorra somente de forma estática, por meio do contrato de concessão, mas também de forma dinâmica, por meio de ente governamental que se encarregue continuamente da edição das regras que disciplinam a atuação dos agentes econômicos nos setores regulados e sua fiscalização.

1.2 A natureza jurídica das agências reguladoras

No âmbito federal, as agências reguladoras têm sido instituídas sob a forma de autarquias e qualificadas como “autarquias sob regime especial”. A título de ilustração, mencionem-se as agências e suas respectivas leis de criação:

Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel	Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996
Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel	Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997
Agência Nacional de Petróleo – ANP	Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997
Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa	Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999
Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS	Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000
Agência Nacional de Águas – ANA	Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000
Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001
Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq	Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001

Quadro 1 - Agências Reguladoras brasileiras¹

Fonte: Confederação Nacional da Indústria (2004, p. 51).

A propósito, cumpre trazer a lume, preliminarmente, a esclarecedora lição de Araújo (2002, p. 45) acerca da natureza dos institutos jurídicos:

¹ No trabalho intitulado “A experiência internacional das Agências Reguladoras e a avaliação da proposta de lei geral brasileira”, a Confederação Nacional da Indústria sustenta que, apesar da nomenclatura, a Agência Nacional do Cinema - Ancine, instituída pela Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, não deve ser considerada uma agência reguladora para os fins da referida análise, “uma vez que se destina somente ao fomento do mercado de cinemas, setor que de resto não apresenta as justificativas aqui descritas para a constituição de uma agência reguladora e a edição de um marco regulatório” (CNI, 2004, p. 26).

o regime jurídico de algum instituto é o conjunto de notas características que o enquadram e identificam dentro do ordenamento jurídico, conforme a partir daí a doutrina o focaliza. O fato de utilizar (por exemplo, para as universidades e suas unidades) a denominação de regime especial não significa que a entidade terá privilégios e prerrogativas diferentes dos de outras autarquias, que possibilitem a ela furtar-se a cumprir as exigências e sujeições legais e constitucionais mais comuns às entidades autárquicas (e à Administração em geral).

Nessa linha de raciocínio, Di Pietro (1999, p. 144) predica que:

O emprego do vocábulo “agência” não acrescenta nada de útil ou vantajoso ao direito brasileiro. O ente que nos Estados Unidos é denominado de agência, no Brasil é chamado de órgão administrativo ou autarquia de regime especial, como já existem de longa data, a exemplo das Universidades Públicas, das autarquias corporativas e do Banco Central. Mas também não se pode dizer que haja algum óbice jurídico ao uso do vocábulo. Trata-se de mais um modismo que acompanha o movimento da globalização.

Autarquias, na dicção do mestre Meirelles (2000, p. 319), são:

entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou.

Tratando do tema autonomia das autarquias, pontificou o saudoso prof. Meirelles (2000, p. 319-21):

o conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto as autonomias permanecem livres desse controle e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias), em relação aos Estados-membros e à União.

(...)

a autarquia não age por delegação; age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do “jus imperii” que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.

Alfim, abordando, mais detidamente, a questão do controle sobre as entidades autárquicas, Meirelles (2000, p. 326) pronuncia-se nos seguintes termos:

Sendo as autarquias serviços públicos descentralizados, personalizados e autônomos, não se acham integradas na estrutura orgânica do Executivo, nem hierarquizadas a qualquer chefia, mas tão-somente vinculadas à Administração direta, compondo, separadamente, a Administração indireta do Estado com outras entidades autônomas (fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Por esse motivo não se sujeitam ao controle hierárquico mas, sim, a um controle diverso, finalístico, atenuado, normalmente de legalidade e excepcionalmente de mérito, visando unicamente a mantê-las dentro de suas finalidades institucionais, enquadradas no plano global da Administração a que se vinculam e fiéis às suas normas

regulamentares. É um controle de orientação e correção superiores, só apreciando os atos internos e a conduta funcional de seus dirigentes em condições especialíssimas, autorizadas por lei.

Discorrendo sobre as autarquias especiais, Bandeira de Mello (2000a, p. 139) anota que:

(...) não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A idéia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias.

Sobre o assunto, Bandeira de Mello (2000a, p. 140) leciona que independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira são “elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Assim, nisto não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres”.

Nessa ordem de considerações, Meirelles (2000, p. 328) assevera: “o que posiciona a autarquia como de regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas as restrições constitucionais”.

A pedra de toque do regime especial das agências reguladoras é, na visão de Barroso, “sua independência em relação ao Poder Público”. Afirma o autor (BARROSO, 2002, p. 121):

No desempenho de suas atribuições, as agências precisam ver preservado seu espaço de legítima discricionariedade, imune a injunções de qualquer natureza, sob pena de falharem em sua missão e arruinarem o ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos.

É desnecessário, com efeito, enfatizar que as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito a decisões político-administrativas quanto a sua capacidade financeira. Constatada a evidência, o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

A propósito, a Lei n.º 9.472/1997, que versa sobre a Anatel, preceitua, em seu artigo 8º, § 2º, que a natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

1.3 As características e as funções das agências reguladoras

Via de regra, as agências reguladoras têm como características, por força dos diplomas legais de criação, a estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo), a autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e o poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência) (MEIRELLES, 2000, p. 369).

Moraes (2002a, p. 24), por sua vez, ressalta a independência administrativa, a ausência de subordinação hierárquica, o mandato fixo e a estabilidade; além da ausência de possibilidade de demissão “ad nutum” de seus dirigentes e a autonomia financeira.

Em linha de concordância com esses posicionamentos, Araújo (2002, p. 42) aponta que, segundo alguns doutrinadores, as características das agências reguladoras podem envolver:

- (1) serem constituídas como autarquias de regime especial, afastando-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo, com acentuado grau de independência;
- (2) serem dotadas de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor;
- (3) possuírem poderes amplos de fiscalização, operar como instância administrativa final nos litígios sobre matéria de sua competência;
- (4) possuírem controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço, segundo as diretrizes do Governo e em defesa da coletividade, às quais se acrescentam;
- (5) possuírem direção colegiada, sendo os membros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal;
- (6) seus dirigentes possuírem mandato com prazo de duração determinado;
- (7) após cumprido o mandato, seus dirigentes ficarem impedidos, por um prazo certo e determinado, de atuar no setor atribuído à agência, sob pena de incidirem em crime de advocacia administrativa e outras penalidades.

A partir dessas características, às agências reguladoras incumbem, no essencial, consoante lição de Di Pietro (2002, p. 62-63), as atribuições que se seguem:

- a) regulamentar os serviços objeto de delegação, observado o princípio da legalidade;
- b) realizar procedimento licitatório para escolha do concessionário;
- c) celebrar e fiscalizar a execução do contrato de concessão;
- d) explicar conceitos técnicos, sem, no entanto, criar novos conceitos;
- e) decidir casos concretos, o que envolve a resolução de conflitos, dentro da mesma área de serviço público, entre agentes prestadores de serviço ou entre esses e os usuários;
- f) aplicar sanções;

- g) decretar a caducidade;
- h) intervir na concessão;
- i) reverter os bens ao final da concessão;
- j) exercer o papel de autoridade de Poder Público com vistas a proteger os interesses dos usuários.

Acompanhando entendimento de Di Pietro, Barroso (2002, p. 120) sintetiza as tarefas inerentes às agências reguladoras, conforme as peculiaridades de cada uma e as respectivas leis de criação, nos seguintes termos:

- a. controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b. universalização do serviço, estendendo-o a parcelas da população que dele não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- c. fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d. fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e. arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc..

Furtado (2003, p. 12), à luz dos diversos aspectos que devem nortear a atuação das agências, acentua que:

a implantação do modelo de regulação deve identificar três vertentes: 1. a vertente técnica; 2. a vertente econômica; e 3. a vertente social.

A vertente técnica enfoca os aspectos de padrões de qualidade, de continuidade, de confiabilidade. A vertente econômica examina e define critérios de política tarifária – o que compreende importantes e complexos aspectos de definição de equilíbrio econômico-financeiro – de competição e de concentração. A vertente social do modelo de regulação deve, finalmente, cuidar de questões como a da universalização da prestação de serviço, da equidade da relação entre usuários e setor regulado e da implantação da tarifa social.

Ferreira Filho (2002, p. 137) destaca que as agências reguladoras brasileiras constituem, teoricamente, “instrumentos de ‘desintervenção’ do Estado”, com atribuição de supervisionar atividades de interesse geral, em nome da sociedade civil. Pondera, todavia, que, segundo as normas editadas, as agências “são indiscutivelmente órgãos pelos quais o Estado controlará tais atividades”, destinando-se a regular e a fiscalizar um setor de atividades, de interesse público, em nome do Estado brasileiro (FERREIRA FILHO, 2002, p. 138).

Em suma, as agências reguladoras têm por missão disciplinar o comportamento dos agentes econômicos em 2 (dois) momentos: de início, por meio da edição de normas gerais (regulação), e, posteriormente, mediante a aplicação dessas normas a casos concretos,

promovendo-se o julgamento da conduta de um determinado agente ou de um grupo determinado de agentes econômicos (adjudicação) (CNI, 2004, p. 26).

A seguir, são indicadas as agências reguladoras atualmente existentes e os respectivos objetivos principais:

Aneel	<ul style="list-style-type: none"> Promover a regulação e a fiscalização da produção, da transmissão, da distribuição e comercialização de energia elétrica.
Anatel	<ul style="list-style-type: none"> Promover a regulação e a fiscalização das telecomunicações brasileiras.
ANP	<ul style="list-style-type: none"> Promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da estrutura do petróleo.
Anvisa	<ul style="list-style-type: none"> Promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, até mesmo dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como controle de portos, aeroportos e de fronteiras.
ANS	<ul style="list-style-type: none"> Regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde. Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, até mesmo quanto a suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde do país.
ANTT	<ul style="list-style-type: none"> Implementar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes. Regular ou supervisionar, em sua esfera, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: <i>i</i>) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e nas tarifas; <i>ii</i>) harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários, de empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.
Antaq	<ul style="list-style-type: none"> Implementar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes. Regular ou supervisionar, em sua esfera, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: <i>i</i>) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e nas tarifas; <i>ii</i>) harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários, de empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.
ANA	<ul style="list-style-type: none"> Implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos.

Quadro 2 - Objetivos das Agências Reguladoras

Fonte: Confederação Nacional da Indústria (2004, p. 65)

1.4 A autonomia das agências reguladoras

Aragão (2003, p. 331) salienta que, no Brasil, caracterizam-se as agências reguladoras pela independência ou autonomia reforçada que possuem em relação aos Poderes centrais do Estado, em especial, frente à Administração Pública central.

É fato que muito se discute em sede doutrinária acerca da acepção do vocábulo “autonomia”, que, por muitas vezes, é adotado com o sentido de “independência”. Em sua obra “Elementos de Direito Constitucional”, Temer (1997, p. 117) ensina que “as palavras, para o direito, têm o significado que este lhes empresta. Variam as acepções de acordo com o sentido que o constituinte lhes atribui”.

Examinando a questão da autonomia em face do equilíbrio federativo, Silva, J. (1996, p. 459) destaca ser a autonomia a “capacidade de agir dentro de círculo preestabelecido”, sendo, portanto, poder limitado e circunscrito, mediante o qual “se verifica o equilíbrio da federação, que rege as relações entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos nos termos da Constituição (art. 18)”.

Na mesma vertente, Ferreira Filho (2002, p. 134) conceitua autonomia como o “poder de decisão final num campo predeterminado de competência”, enquanto Aragão (2003, p. 313) ressalta que, etimologicamente, autonomia significa “a possibilidade de um ente jurídico estabelecer as normas da sua própria conduta”.

Vital Moreira, *apud* Aragão (2003, p. 314-315), assevera:

autonomia designa genericamente o espaço de liberdade de conduta de um ente face a outro. Concretamente no âmbito das pessoas colectivas públicas ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais face ao Estado, ou seja, a relativa independência em relação ao poder central. Conforme os diversos campos em que essa liberdade de conduta pode manifestar-se, assim se pode falar em autonomia regulamentar, autonomia administrativa (“stricto sensu”), autonomia patrimonial e financeira, etc. Neste sentido, a autonomia é uma questão de grau: pode ir do quase nada até a independência quase total. Nuns casos pode consistir senão na mera autonomia jurídica (existência de personalidade jurídica), sem nenhuma liberdade de acção, noutros casos pode ir até a mais ampla liberdade de decisão dentro da esfera de acção que lhes seja confiada (administração independente).

Citando Fezas Vital, Aragão (2003, p. 313) também leciona ser soberania a “competência da competência”, vale dizer, “competência para marcar os limites da própria competência”, de sorte que, “se o poder político tiver competência para marcar os limites dentro dos quais exercerá o seu poder de dar ordens, dir-se-á soberano; mas se os limites dentro dos quais exerce o seu poder de dar ordens forem marcados, não por ele próprio, mas por outro poder, então dir-se-á não soberano”, e, portanto, segundo Aragão, autônomo.

Nesse cenário, afirma o autor que “as autonomias têm que ser delimitadas caso a caso à luz dos termos em que são conferidas pelo Direito positivo”.

Particularmente no que diz respeito às entidades em vértice, Araújo (2002, p. 44-45) ressalta que “as posições têm sido divergentes quanto à abrangência da autonomia das agências reguladoras”, que, criadas como autarquias de regime especial, são:

dotadas de “autonomia orçamentária, financeira, técnica, funcional, administrativa e poder de polícia”, com a finalidade de “regular” (como vimos, não pode expedir regulamentos), outorgar/delegar e fiscalizar modalidades de serviços públicos autorizados, permitidos ou concedidos, em certo âmbito territorial.

É certo que a autonomia das agências reguladoras é bastante relativa. Araújo (2002, p. 46) frisa que, ao se falar em autonomia, “não se pode ampliar esse conceito para equipará-lo a soberania, independência ou outros sentidos inadequados para caracterizar o regime jurídico das autarquias”, haja vista que “as agências são ‘autônomas’ (pois atuam em seu próprio nome, mas de acordo com o sistema geral estatal) e não ‘independentes’ (pois são partes ou apêndices do regime financeiro e orçamentário geral estatal)” (ARAÚJO, 2002, p. 48).

Em apertada síntese, podem-se enumerar, à vista do ensinamento de Araújo (2002, p. 46-55), os atributos que caracterizam a autonomia das agências:

a) autonomia orçamentária – encontra limite no orçamento da autarquia, e sorte que a entidade não pode realizar despesas não previstas na lei orçamentária;

b) autonomia financeira – a execução financeira do orçamento deve seguir as regras próprias de controle previstas no ordenamento, inclusive as regras que orientam a gestão das autarquias;

c) autonomia administrativa - a entidade, em função de sua personalidade jurídica, contrata e administra em seu próprio nome, contrai obrigações e adquire direitos, sempre dentro das regras do ordenamento em vigor.

É inegável, segundo o mencionado autor (ARAÚJO, 2002, p. 51):

(...) que se trata de autonomia maior se comparamos com as autarquias comuns, mas isso não lhes atribui competências ou poderes para gerir a vida administrativa das agências em desacordo com o ordenamento vigente, e nem mesmo em contraposição às políticas administrativas governamentais.

Moraes (2002a, p. 25) denota que:

a independência funcional e financeira das Agências Reguladoras é consagrada pela presença dos seguintes preceitos obrigatórios em suas leis de criação: independência financeira; escolha dos instrumentos de regulação; e modo de nomeação de seus dirigentes.

Acerca da autonomia das agências reguladoras em relação aos ministérios respectivos, Zymler (2003, p. 4-5) frisa:

Discussão que se impõe, decorrente do maior nível de autonomia conferido às agências reguladoras, diz respeito à aplicação das normas relativas à supervisão

ministerial, na forma como disciplinada pelo Decreto-lei nº 200/1967. A característica fundamental dos entes estatais autárquicos é sua maior independência em relação à Administração Direta. Contudo, as entidades submetidas a regime autárquico comum apresentam nível de interação com o ente superior mais estreito, quando comparadas às de regime especial. O controle sobre aquelas é exercido pelo Ministério respectivo, sob a forma de supervisão ministerial, nos termos dos arts. 19 a 29 do citado Diploma Legal. Evidente que, em relação às dotadas de regime especial, não há falar em sujeição às mesmas limitações das demais autarquias. Por conseguinte, impõe-se afastar as normas do Decreto-lei nº 200/1967 que tratam da supervisão ministerial no que for incompatível com o novo regramento conferido às agências reguladoras.

Tratando do tema agências reguladoras, Moreira Neto, citado por Gomes (2003, p. 22), aponta quatro aspectos fundamentais que devem nortear a autonomia das agências:

- a) a independência política dos gestores, que “decorre da nomeação de agentes administrativos para o exercício de mandatos a termo, o que lhes garante estabilidade nos cargos necessários para que executem, sem ingerência política do Executivo, a política estabelecida pelo Legislativo para o setor”;
- b) a independência técnica decisional, que assegura a atuação apolítica da agência, “em que deve predominar o emprego da discricionariedade técnica e da negociação, sobre a discricionariedade político-administrativa”;
- c) a independência normativa, “um instituto renovador, que já se impõe como instrumento necessário para que a regulação dos serviços públicos se desloque dos debates político-partidários gerais para concentrarem-se na agência”; e
- d) a independência gerencial, financeira e orçamentária, que “completa o quadro que se precisa para garantir as condições internas de atuação da entidade com autonomia na gestão de seus próprios meios”.

Ferreira Filho (2002, p. 143) acentua:

(...) a adoção de um novo modelo de ente regulador – a agência – reflete, sem dúvida, a intenção de submeter o controle de atividades específicas a uma entidade realmente autônoma, independente das vicissitudes político-partidárias. E, mais, que possa atuar com tecnicidade, flexibilidade e presteza.

Sobre as vantagens dos mandatos fixos do escalão dirigente das agências, merece destaque o posicionamento da Confederação Nacional de Indústria (2004, p. 80), a saber:

A independência das agências reguladoras permite suavizar as mudanças na regulação dos mercados. Alterações súbitas nessa área em razão da natural alternância no poder aumentam a incerteza e resultam em maior custo de capital.

Ressalta-se que a independência dos reguladores não impede a implementação de políticas setoriais por parte dos governos eleitos. O Poder Executivo continua tendo um papel essencial na escolha dos titulares das agências. Contudo, quando essa prerrogativa é exercida de forma desconcentrada no tempo, obtém-se maior estabilidade da regulação. Decorre daí a vantagem de mandatos fixos dos dirigentes de agências, não coincidentes com os dos titulares máximos dos executivos federal, estadual e municipal.

Em discurso proferido na abertura do seminário “O controle externo da regulação de serviços públicos”, realizado no TCU, em Brasília/DF, no mês de outubro/2001, o Ministro Humberto Guimarães Souto (2002, p. 8), então Presidente da Corte de Contas Federal, frisou, no que tange às agências reguladoras:

A autonomia conferida a essas entidades não significa uma discricionariedade absoluta. Ao contrário, a autonomia só pode se pautar na mais absoluta transparência. Todos os atos das agências devem ser exaustivamente divulgados e justificados. Para esse tipo de entidade a prestação de contas é muito mais do que formalidade, é sua razão de ser, pois todos os agentes econômicos, sejam eles provedores ou consumidores de serviços públicos, querem clareza das regras que regem cada setor.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 3337/2004, de autoria do Poder Executivo, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, além de dar outras providências.

No que diz respeito à autonomia das agências reguladoras, a Exposição de Motivos que acompanha o aludido Projeto de Lei contém os esclarecimentos que se seguem:

18. O mandato fixo dos dirigentes (Presidente, Diretor-Geral, Diretor-Presidente e demais diretores) é a principal característica das Agências Reguladoras, classificadas pelas respectivas leis de criação como “autarquias especiais”. Essa prerrogativa é representativa da autonomia da Agência Reguladora e essencial para o cumprimento de sua missão. Assim, optou-se por manter o atual sistema de mandatos escalonados dos dirigentes e a forma de não-coincidência destes com o do Presidente da República. Manteve-se, também, as atuais condições para a demissão e substituição desses dirigentes, afastada a possibilidade de demissão *ad nutum*, por ser contrária ao modelo que se quer aperfeiçoar no Brasil. Dessa forma, o projeto de lei cuida tão somente de uniformizar a duração dos mandatos em quatro anos, permitida uma única recondução, o que se fez no art. 25 por meio de alteração do dispositivo correspondente na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Inova-se, ainda, ao estabelecer nova regra para a designação dos Presidentes ou Diretores-Gerais de Agências Reguladoras, de modo que, a partir da vigência da lei ora proposta, ser-lhes-á assegurado mandato de quatro anos e a estabilidade nos respectivos cargos, e somente poderão perder o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, o Estado deve submissão à lei e ao interesse público, importa dizer, a discricionariedade encontra limites na Constituição, na lei e nos princípios nelas expressos ou implícitos, vale dizer, no ordenamento jurídico.

Marques Neto (2002, p. 460) entende que “a discricionariedade é algo que está intimamente ligado ao princípio da legalidade”. Nesse sentido, asseve:

(...) é impossível discutir discricionariedade fora do princípio da legalidade, porque a discricionariedade seria aquela margem que, originada na lei, vai um pouco além da dicção legal. Ao mesmo tempo que a discricionariedade depende da lei, ela serve para plurabilizar a peremptoriedade do princípio da legalidade.

Justamente nesse contexto a doutrina pátria é unânime em afirmar: discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Implica liberdade, não liberalidade, de sorte que os limites à discricionariedade defluem da lei e do ordenamento jurídico como um todo.

É nessa linha de raciocínio que Justen Filho (2002, p. 516) ensina:

A decisão adotada por ocasião da aplicação da lei não reflete avaliações livres e ilimitadas do administrador, mas traduz a concretização da solução mais adequada e satisfatória, tomando em vista critérios abstratamente previstos em lei ou derivados do conhecimento técnico-científico ou da prudente avaliação da realidade.

Sobre o assunto, Silva, B. (2003, p. 3183) assevera:

(...) numa visão mais contemporânea, entende-se ser mais exato referir a “dever discricionário” do que “poder discricionário”, visto que o propósito do legislador ao conferir ao administrador essa aptidão de descobrir a solução mais adequada para o caso concreto está, na verdade, atribuindo-lhe o dever jurídico de encontrar a solução que melhor atenda à finalidade da lei, por não ter estas condições de determinar todas as ocorrências fáticas que possam transmitir seus efeitos no mundo jurídico.

Segundo Bandeira de Mello (1992, p. 139), “já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas, apenas, discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”, visto que, consoante a doutrina prevalente, o ato administrativo será sempre vinculado quanto ao fim e à competência.

Ao tratar do tema, reproduzindo texto de sua obra monográfica, Bandeira de Mello (2001, p. 1-2) deixa assente que:

(...) embora seja comum falar-se em “ato discricionário”, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem”. Com efeito, o que é discricionária é a competência do

agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o “produto” do exercício dela. Então, a discricção não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar.

A par dessa celeuma, em sede doutrinária, inúmeros são os conceitos de discricionariiedade, ora mais amplos, ora mais restritos.

Justen Filho (2002, p. 516) define a discricionariiedade como a:

solução jurídica para as limitações e defeitos do processo legislativo de geração de normas jurídicas. Por isso mesmo, é da essência da discricionariiedade que a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao interesse público.

Detalhando seu entendimento, anuncia o festejado administrativista (JUSTEN FILHO, 2002, p. 518):

(...) o núcleo do conceito de discricionariiedade reside numa avaliação de oportunidade que conduz à eleição de uma dentre diversas alternativas possíveis. Mas essa escolha é orientada à realização do interesse público, assim entendido como o resultado de uma ponderação dos efeitos da decisão sobre os diversos interesses secundários em vista do fim público a atingir.

A discricionariiedade não consiste – ou melhor, não consiste necessariamente, numa simples escolha de uma dentre várias escolhas previamente determinadas em nível legislativo. Quando a lei configura a discricionariiedade, também pode fazê-lo pela impossibilidade de selecionar abstrata e antecipadamente todas as alternativas disponíveis para resolver um certo problema. A discricionariiedade pode resultar da consideração de que a disciplina de uma relação jurídica ou de um setor da realidade social deve fazer-se segundo critérios técnico-científicos, variando as soluções inclusive em face do progresso futuro. Ou seja, formular legislativamente um elenco de soluções admissíveis corresponderia ao equívoco de delimitar o exercício da competência discricionária ao conhecimento consagrado à época da edição da lei.

De outra parte, conforme o magistério de Moreira Neto (1991, p. 20), a discricionariiedade é:

(...) uma qualidade de poder de que está investida a Administração para atingir melhor ou mais precisamente a finalidade disposta na lei, o que define o mérito de sua ação; mas esse poder também é, concomitantemente, um dever e, por isso, essa definição de mérito encontra limites na própria finalidade.

Nesse sentido, oferta o autor os seguintes conceitos (MOREIRA NETO, 1991, p. 22 e 32):

Discricionariiedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessária para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução, necessária para atender a um interesse público específico.

Discricionariiedade é uma técnica jurídica desenvolvida para permitir que a ação administrativa precise um conteúdo de oportunidade e de conveniência que se produza o mérito suficiente e adequado para que se satisfaça um interesse público específico, estabelecido como sua finalidade na norma legal.

Sobre o resíduo de legitimidade, assim se manifesta Moreira Neto (1991, p. 22):

A definição de resíduo de legitimidade indica que o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de mera execução, pois nele ocorre uma alocação autoritária de valores.

Pazzaglini Filho (2000, p. 83) é mais um autor a ofertar o conceito de discricionariedade administrativa, nos termos que se seguem:

a discricionariedade administrativa é o dever-poder que tem o agente público, no exercício das funções públicas de sua competência, perante a liberdade de ação advinda da norma jurídica aplicável ou dos conceitos jurídicos indeterminados de valor dela constantes que não permitem, em caso concreto, a aplicação de uma medida ou solução administrativa única ou homogênea, de escolher, segundo os princípios constitucionais (em especial os da moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade) que regem a Administração Pública, a medida ou solução legal que melhor atenda ao fim público que deflui da norma.

Nessa ordem de idéias, Bandeira de Mello (1992, p. 141) afirma que:

Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Em orientação concorde, Pazzaglini Filho (2000, p. 80) afirma:

O juízo discricionário, além de necessitar de sustentáculo normativo, tem de ser, na escolha do tipo de ação ou solução aplicável aos casos concretos, ético, razoável e eficiente, ou melhor, comprometido sempre com a boa gestão administrativa, que exige a escolha não de qualquer medida ou solução, em abstrato, admitida pela norma, mas a melhor ou mais adequada medida ou solução para atingir a finalidade da lei e satisfazer, desse modo, aos reclamos concretos e legítimos da sociedade.

À sua vez, Silva, B. (2003, p. 3182) alerta que não existirá discricionariedade quando for possível apurar qual a melhor alternativa para a efetivação do interesse público, de sorte que, “(...) no exame da discricionariedade administrativa, não basta averiguar se o ato praticado está dentre os possíveis, é necessário que ele seja o ato excelente, isto é, que reúna todas as condições para o perfeito atendimento da finalidade que a norma jurídica encerra”.

Pazzaglini Filho (2000, p. 87) arrola as situações em que se manifesta o poder discricionário:

- a) a norma faculta a atuação do agente público;
- b) a norma contempla, em abstrato, mais de uma medida administrativa aplicável a determinada situação concreta;
- c) a norma não prevê a forma jurídica ou estabelece moldes alternativos de materialização da decisão administrativa; e
- d) a norma deixa a critério do agente público a escolha do momento de agir.

Sobre o assunto, ao tempo em que ressalta estar a questão da discricionariedade ligada ao exame da própria norma jurídica responsável pela existência de liberdade, assim

como ao exame do caso concreto, Bandeira de Mello (1992, p. 141-144) assinala que a discricionariedade pode recair sobre: o momento da prática do ato; a forma do ato; o motivo do ato; a finalidade do ato e/ou o conteúdo do ato. Ademais, pode a discricionariedade advir, na dicção do autor, de motivos vários, a saber (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 142-143):

a) a norma reguladora não descreve antecipadamente a situação em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo;

b) a situação é descrita pela norma “por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão e por isso mesmo irredutível à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável”;

c) “a norma confere no próprio mandamento uma liberdade decisória, que envolve exame de conveniência, de oportunidade, ao invés de um dever de praticar um ato específico”, de sorte que o ato poderá ser praticado ou não, ou, ainda, praticado num outro sentido;

d) o objetivo legal é descrito de forma apenas genérica (“interesse público”) ou de forma específica, mas mediante conceito que denota imprecisão (“moralidade pública, salubridade pública, ordem pública”).

Nesse cenário, diferentemente dos atos administrativos vinculados, em que se verifica “existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta”, não havendo que se falar em apreciação subjetiva alguma por parte da administração, nos atos discricionários, a administração pratica atos “com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles” (BANDEIRA DE MELLO, 1992, p. 138-139).

Em uma das conclusões de seu estudo, Bandeira de Mello (1992, p. 144) assevera:

(...) a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público alvejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.

A liberdade conferida pela lei ao administrador, no entender de Bandeira de Mello (2001, p. 8):

(...) nada tem a ver com a autonomia da vontade, própria do direito privado, segundo a qual o sujeito age se quiser e conforme queira, contanto que não transgrida a lei. A “liberdade” do administrador na discricção é de outra natureza, porque assentada em outros fundamentos e animada por outro escopo, visto que concerne ao exercício de uma função: a administrativa. Donde, por ser função, o que está em pauta é a

irrogação de um poder a ser exercido à conta de dever e no interesse alheio; “in casu”, o da coletividade. Trata-se, pois, de um poder-dever, como muitas vezes se diz, ainda que melhor coubesse a expressão “dever-poder”, pois este último tem caráter instrumental, constituindo-se apenas e tão-somente no meio necessário para o atendimento do encargo de bem curar o interesse público.

Embora entenda não existir a chamada discricionariedade técnica, visto que, mesmo se tratando de decisões acerca de questões técnicas, haverá um componente político na decisão, Justen Filho (2002, p. 526) descreve, em tese, a possibilidade de sua ocorrência:

Nos casos de discricionariedade técnica, a lei não autoriza uma escolha de natureza política, a ser realizada pelo aplicador. O silêncio legislativo sobre a solução cabível resulta de outras razões. Em uma série de casos, o parlamento não dispõe de conhecimentos apropriados para lapidar a regulação normativa. A discussão parlamentar não é a sede adequada para disputas preponderantemente técnicas. Em outras hipóteses, já se prevê a evolução do conhecimento, o que propiciaria a obsolescência de uma solução única, rigorosa e predeterminada. Em outras situações, a ciência contempla diversas soluções, cabendo selecionar entre elas em face das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto.

Especificamente no que se refere às agências reguladoras, o publicista predica (JUSTEN FILHO, 2003, p. 528):

Não se admite que as decisões nesses setores [setores regulados] sejam, efetivamente, orientadas apenas por critérios técnicos. Quando muito, a técnica delimita o campo decisório, na acepção de que o conhecimento técnico-científico produz a exclusão de algumas alternativas. Mas não produz o surgimento de uma única e exclusiva solução. Na quase totalidade dos casos, a agência reguladora disporá de um elenco de alternativas reciprocamente excludentes entre si. A seleção de uma delas far-se-á segundo um juízo de conveniência e oportunidade.

Sob esse ângulo, a decisão da agência se assemelhará a qualquer ato administrativo discricionário, especialmente para os fins de controle.

Em manifestação convergente, Di Pietro (1999, p. 145-146) destaca, no tocante ao controle sobre a discricionariedade técnica:

Embora se reconheça aos órgãos administrativos, em função de sua especialidade, a possibilidade de estabelecer normas sobre aspectos técnicos da matéria que lhes é afeta, não se pode, “a priori”, excluir esses aspectos do controle judicial. Na medida em que se reconhece, sem qualquer controvérsia, a possibilidade do Judiciário examinar matéria de fato, por mais técnica que seja (e o faz, em regra, com a ajuda de peritos), e na medida em que perfeitamente possível o abuso de poder, o arbítrio, o erro, o dolo, a culpa, no estabelecimento de critérios técnicos, também não se pode deixar de reconhecer que a chamada discricionariedade técnica pode causar lesão ou ameaça de lesão e, portanto, ensejar correção judicial.

Sobre o componente político que, por vezes, integra as decisões de caráter técnico, Aragão (2003, p. 324-325), citando Bachelet, destaca:

(...) a técnica não é capaz de proporcionar soluções unívocas a determinados problemas, razão pela qual sempre existe uma margem de elasticidade dentro da qual a Administração tem que escolher entre as diferentes soluções proporcionadas pela técnica, o que deverá ser feito segundo critérios que não são técnicos (...), havendo um momento claramente político nestas escolhas.

Relativamente aos atos discricionários praticados no âmbito da Administração Pública, Justen Filho (2002, p. 517) ressalta:

A atribuição da discricionariedade não consiste na transferência para a Administração da autonomia para realizar as escolhas fundamentais: essas somente poderão ser realizadas através da via legislativa. O administrador deverá dar prosseguimento ao espírito da lei, tal como o legislador atua em relação ao espírito da Constituição.

No que tange à ponderação que deve preceder, no âmbito das agências reguladoras, o exercício das competências discricionárias, considerando que, no mais das vezes, às agências incumbe a realização de “interesses múltiplos e díspares”, a exemplo da universalização dos serviços sob regulação e a proteção dos consumidores, além do desenvolvimento tecnológico nacional, a atração de investimentos estrangeiros, a ampliação da concorrência e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, Aragão (2003, p. 291-292) afirma:

as decisões das agências reguladoras deverse-ão pautar por critérios ponderados de exercício da discricionariedade muito mais complexos do que uma ultrapassada “supremacia do interesse público”: há diversos interesses públicos, alguns contraditórios entre si; há interesses de várias categorias de consumidores; os interesses das empresas reguladas podem ser antinômicos, etc..

A seu turno, Marques Neto (2002, p. 461-462) frisa:

(...) De maneira muito singela, eu diria que a noção de interesse público é a noção central na construção da teoria do Direito Público. Vem daí o princípio da supremacia do interesse público, bem como o princípio da indisponibilidade do interesse público. Estes princípios vão hoje sendo colocados também em questionamento, não porque o interesse público não tenha de ser o objetivo primaz da atividade do poder extroverso, mas porque, cada vez mais, é difícil identificar um interesse público singular, único, exclusivo, em face de uma determinada ação do Poder Público. Existem inúmeros interesses públicos, todos legítimos, embatendo-se, disputando uma ação ou omissão do Poder Público. Assistimos ao colapso da noção monista do interesse público, da idéia de supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público que nos remetia a uma idéia do interesse público único.

Em face dessas considerações, em que se verifica a “colidência de ‘interesses públicos’ e de opção e seletividade a ser exercido pelo Poder Público (e, por consequência, pelo agente público)”, Marques Neto (2002, p. 462) afirma que “o controle de discricionariedade passa a ser questão central para o Direito”.

A importância desse controle, segundo Marques Neto (2002, p. 462-463):

não se revela apenas pela necessidade de controlar o preenchimento da lacuna do texto normativo, mas, ainda, muitas vezes, pela obrigatoriedade de controlar a discricionariedade na eleição de um determinado interesse público a ser privilegiado na ação estatal em detrimento de outro interesse também de natureza pública, de natureza coletiva, legítimo e albergado numa parcela relevante da sociedade. Se temos maior margem de discricionariedade cometida ao agente público, necessariamente deveremos ter meios de controlá-la, para evitar que, pela porta dos fundos, adentrem os interesses particularísticos, os interesses ilegítimos e que, sobre a égide de dizer que há um interesse público sendo atendido, comecem a ser consagrados apenas interesses de parcelas da sociedade, interesses que não se

legitimam à luz da coletividade. Portanto, se a lei não consegue mais prever, “a priori”, de maneira precisa, os limites da atuação política e cada vez mais é necessária a mediação de interesses públicos, logo cada vez é mais importante que haja um controle forte, presente, do exercício dessa atividade discricionária.

Moreira Neto, citado por Silva, B. (2003, p. 3179), preceitua que, à luz da Constituição de 1988, “a discricionariedade deixa de ser um homizido da imoralidade, um disfarce do abuso, uma escusa para a ineficiência e um pretexto para a demagogia”.

2.1 Limites à discricionariedade

De início, cabe ter presente a conclusão de Pazzaglini Filho (2000, p. 119), inserida em sua obra “Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública”:

Toda a atuação da Administração Pública, mesmo envolvendo juízo discricionário do agente público, oriundo do espaço de liberdade normativa ou de seu direito-dever de avaliação dos conceitos jurídicos indeterminados de valor constantes da lei aplicável, concretizada em fatos, atos e contratos administrativos, é eternamente subordinada e limitada pelos princípios constitucionais (expressos e implícitos), bem como pelas demais normas jurídicas destes procedentes. E é sempre sindicável pelo Ministério Público e contrastável pelo Poder Judiciário.

Tratando-se do mérito dos atos administrativos, segundo Silva, B. (2003, p. 3185), a oportunidade do ato relaciona-se com o motivo, isto é, com os pressupostos fáticos e jurídicos, ao passo que a conveniência está relacionada ao objeto do ato, isto é, recai sobre seu conteúdo.

Também nessa linha, adotando como parâmetros os princípios da realidade e da razoabilidade, Moreira Neto (1991, p. 34-35) relata a existência de limites à discricionariedade: limites quanto à oportunidade, para integrar o elemento “motivo” do ato, e limites quanto à conveniência, para integrar o elemento “objeto” do ato administrativo, devendo a discricionariedade atuar como “a competência específica para valorar corretamente o motivo dentro dos limites da lei e para escolher acertadamente o objeto, também dentro dos limites da lei”.

No que tange ao princípio da realidade, Moreira Neto (1991, p. 37) predica: “o direito volta-se à disciplina da convivência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros”.

A essência desse princípio é expressa pelo conceituado autor nos termos adiante descritos (MOREIRA NETO, 1991, p. 37):

O Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos interesses públicos, tem, na inveracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. Com efeito, um ato do Poder Público que esteja lastreado no inexistente, no falso, no equivocado, no impreciso e no duvidoso não está, por certo, seguramente voltado à satisfação de um interesse público; da mesma forma, o ato do Poder Público que se destine à realização de um resultado fático inalcançável não visa a satisfazer a um interesse público.

De outra parte, Moreira Neto (1991, p. 39) frisa que, sob o princípio da razoabilidade, a aplicação discricionária da norma jurídica “não pode conduzir a resultados que ignorem, desconsiderem ou traiam os interesses públicos a que devam atender”, haja vista que, à luz da razoabilidade, “a discricionariedade ganha sua justificação teleológica”, consistente no dever legal de boa administração.

Nessa linha, destaca (MOREIRA NETO, 1991, p. 40):

a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.

Limites de oportunidade à discricionariedade são, no dizer de Moreira Neto (1991, p. 41):

os requisitos mínimos exigíveis de valoração lógica que devem estar satisfeitos para que o motivo, discricionariamente integrado a partir dos pressupostos de fato e de direito, atenda ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo.

Ademais, segundo o renomado autor, “sob o enfoque principiológico da realidade, é necessário que o motivo exista e seja suficiente para dar ensejo à prática do ato”, ao passo que, “sob o enfoque principiológico da razoabilidade, é necessário que a oportunidade se apresente como aquela adequada, compatível e proporcional com o objeto em tese visado” (MOREIRA NETO, 1991, p. 43).

Concluindo seu raciocínio, no sentido de que, em se tratando do princípio da realidade, é necessário que o objeto seja possível e, do princípio da razoabilidade, que ele seja conforme com a satisfação da finalidade legal, pelo menos em aceitável grau de eficiência, Moreira Neto (1991, p. 51-52) aponta os limites de conveniência à discricionariedade:

os requisitos mínimos de escolha de conteúdo que devem estar satisfeitos para que o objeto, discricionariamente definido tendo em vista os resultados jurídicos a serem produzidos, possa atender ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo.

Todas essas idéias são sintetizadas pelo autor no quadro que se segue.

ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	JUÍZO DISCRICIONÁRIO	LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE	VÍCIOS DE LEGALIDADE	PRINCÍPIOS TÉCNICOS DE CONTROLE
MOTIVO PRESSUPOSTO DE FATO E DE DIREITO	OPORTUNIDADE	EXISTÊNCIA	GRAVE INOPORTUNIDADE POR INEXISTÊNCIA DE MOTIVO	REALIDADE
		SUFICIÊNCIA	GRAVE INOPORTUNIDADE POR INSUFICIÊNCIA DE MOTIVO	
		ADEQUABILIDADE	GRAVE INADEQUABILIDADE DE MOTIVO	RAZOABILIDADE
		COMPATIBILIDADE	GRAVE INOPORTUNIDADE POR INCOMPATIBILIDADE DE MOTIVO	
		PROPORCIONALIDADE	GRAVE INOPORTUNIDADE POR DESPROPORCIONALIDADE DE MOTIVO	
OBJETO RESULTADO JURÍDICO VISADO	CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA	POSSIBILIDADE	GRAVE INCONVENIÊNCIA POR IMPOSSIBILIDADE DO OBJETO	REALIDADE
		CONFORMIDADE	GRAVE INCONVENIÊNCIA POR DESCONFORMIDADE DO OBJETO	RAZOABILIDADE
		EFICIÊNCIA	GRAVE INCONVENIÊNCIA POR INEFICIÊNCIA DO OBJETO	

Quadro 1 - Limites à Discricionariedade

Fonte: Legitimidade e Discricionariedade (MOREIRA NETO, 1991, p. 42).

De outra parte, também ponderando os limites que devem pautar a atuação discricionária, Pazzaglini Filho (2000, p. 97-103) aponta a existência de fatores restritivos externo – a norma jurídica – e interno – os princípios constitucionais expressos e implícitos.

Como limitantes expressos da discricionariedade administrativa, indrã os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da igualdade, da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da probidade administrativa. Como limitadores implícitos, menciona os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé e lealdade, destacando que todos esses princípios, expressos e implícitos, “dão conteúdo ao princípio primário da legalidade, pois a transgressão de qualquer um deles pelo

agente público significa que seu comportamento administrativo, exteriorizado em fato, ato ou contrato administrativo, é ilegal e ilegítimo” (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 102-103).

2.2 Conceitos jurídicos indeterminados

A título de informação, e somente para o fim de noticiar a existência de controvérsia doutrinária acerca das inter-relações que envolvem o tema discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, convém destacar 3 correntes a respeito, conforme ensinamento de Silva, B. (2003, p. 3184-3185):

a) os conceitos jurídicos indeterminados “não outorgam discricionariedade para a Administração, visto que a esta cabe encontrar a única solução juridicamente válida, por tratar-se de apreciação vinculada, cumprindo ao Judiciário emendá-la quando contrária aos fins públicos pretendidos pelo legislador”;

b) a indeterminação do legislador não necessariamente implica discricionariedade, visto ser essa indeterminação apenas um dos componentes que “concorre para que a ordem jurídica conceda à autoridade administrativa a liberdade de fazer uma apreciação subjetiva diante do caso concreto”;

c) a discricionariedade reside exatamente nos conceitos indeterminados.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para Pazzaglini Filho (2000, p. 52), o agente público, em face dos princípios constitucionais anteriormente mencionados:

(...) tem o dever jurídico, em conformidade com aqueles, de boa gestão administrativa, vale dizer, dever jurídico, ao cuidar de uma situação concreta de sua competência, de aplicar a melhor solução, legal e ética, impessoal e transparente, mais eficiente, razoável e adequada para atingir a finalidade legal.

A importância dos princípios constitucionais e sua supremacia na ordem jurídica é reconhecida por todos os operadores do Direito.

Socorrendo-se da lição de Paulo Bonavides, Bugarin (2001, p. 46) destaca sua força normativa:

(...) a constitucionalização dos princípios – axioma juspublicístico de nosso tempo, faz líquida e inquestionável a sua dimensão normativa, retirando-os da penumbra jusprivatista dos Códigos, onde na escala normativa estiveram inferiorizados durante mais de um século, como elementos supletivos e subsidiários, úteis tão-somente ao preenchimento de lacunas legais, para, a partir daí, numa revolução conceitual, os colocar no vértice da pirâmide jurídica, transformados em ponto culminante da hierarquia normativa.

Em linha de coerência com esse entendimento, Bandeira de Mello (1992, p. 300) alude:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.

Reforçando essa linha de argumentação, Pazzaglini Filho (2000, p. 10-11) leciona que os princípios constitucionais, normas jurídicas primárias e nucleares que são, situam-se “no vértice da pirâmide normativa e expressam os valores transcendentais (éticos, sociais, políticos e jurídicos) arraigados ou consolidados na sociedade, convertidos pelo legislador constituinte em princípios jurídicos” (2000, p. 9). Além de consubstanciarem a essência e a própria identidade da Constituição, afirma Pazzaglini Filho, os princípios, sejam expressos ou implícitos, “predefinem, orientam e vinculam a formação, a aplicação e a interpretação de todas as demais normas componentes da ordem jurídica”.

À luz dos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, Pazzaglini Filho (2000, p.13-15) ressalta a multifuncionalidade dos princípios constitucionais, nos termos do quadro que se segue.

Função Normogenética	Os princípios predeterminam o regramento jurídico. São vetores que devem direcionar a elaboração, o alcance e a aplicação das normas jurídicas.
Função Sistêmica	Os princípios permitem a visão universal e unitária do texto constitucional.
Função Orientadora	Os princípios servem de norte à criação legislativa e à aplicação de todas as normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais.
Função Vinculante	Os princípios vinculam todas as regras do sistema jurídico, que devem refletir o significado e o conteúdo dos princípios.
Função Interpretativa	Os princípios devem propiciar a interpretação atualizada dos próprios princípios, tendo em vista as mutações no cotidiano real, e a interpretação das demais normas jurídicas deve ser feita em harmonia com os princípios.
Função Supletiva	Os princípios constituem preceitos normativos de interação do ordenamento jurídico, suplementando a aplicação do Direito a situações fáticas ainda não objeto de regulamentação própria.

Quadro 4 - Funções dos princípios constitucionais

Fonte: Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 13-15)

Pela vigente ordem constitucional, são princípios expressos norteadores da atuação da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos da Emenda Constitucional n.º 19/1998, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

A Lei Federal n.º 8.429/1992, preceitua que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da administração pública no trato dos assuntos que lhe são afetos, constituindo ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Não é demais lembrar que, no magistério de Moraes (2002a, p. 36):

a incorporação das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro é possível, como exigência de descentralização administrativa, para maior celeridade e eficiência na prestação e fiscalização dos serviços públicos, desde que, porém, respeite os princípios e preceitos constitucionais e as regras básicas fixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, na lei de sua criação (centralização governamental).

No mesmo plano, Tojal (2002, p. 168) frisa que:

Ao baixarem seus atos administrativos de regulação, as agências reguladoras devem respeitar os princípios da legalidade, igualdade, moralidade, publicidade e eficiência consagrados pelo art. 37, “caput”, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da

proporcionalidade expressamente previstos no art. 2º, “caput”, da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Portanto, reitera-se, as agências reguladoras estão adstritas também ao dever de motivação de seus atos, bem como à obediência à finalidade para a qual foram instituídas.

No que concerne ao objeto do presente estudo, qual seja, o controle de atos discricionários, convém tecer breves considerações, em particular, acerca dos princípios que se seguem, por serem de grande relevo para a matéria em exame, valendo ressaltar que o princípio da legalidade será objeto de comentários em capítulo posterior.

3.1 Princípio da Eficiência

O conceito de eficiência e a utilidade do princípio em vértice comportam oscilações no âmbito da doutrina pátria.

A respeito, Amaral (2003, p. 596), questionando, em última instância, a eficácia da inclusão do princípio em tela no texto constitucional, assim se posiciona:

(...) entendo que o princípio da eficiência, contido no “caput” do art. 37 da Constituição, refere-se à noção de obrigações de meios. Ao dizer que o agente deve ser eficiente, está-se dizendo que ele deve agir, como diz Trabucchi, com “a diligência do bom pai de família”. E aí não há como evitar uma indagação: se esse é o “significado objetivo” do princípio da eficiência, será que foi de alguma utilidade sua explicitação no texto constitucional, ou ele é, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, “um adorno agregado ao art. 37”?.

Em outro plano, Pazzaglini Filho (2000, p. 50) destaca que o princípio da eficiência impõe, à Administração Pública e a seus agentes, “o dever de agir com eficácia real concreta, que se manifesta na aplicação a cada situação concreta da medida, dentre as previstas ou autorizadas em lei, eficiente à satisfação mais adequada do interesse público (dever jurídico de boa administração)”.

Nesse sentido, a eficiência está voltada, segundo Bugarin (2001, p. 48), “à obtenção do melhor resultado socioeconômico possível da alocação do conjunto escasso de recursos transferidos da sociedade para os entes estatais responsáveis pelo atendimento das múltiplas e urgentes necessidades de ordem pública ou geral”. Importa dizer (BUGARIN, 2001, p. 49):

2. A eficiência, erigida em princípio jurídico-constitucional, desvela o anseio social que fundamenta a exigência de um agir administrativo consentâneo com o enorme conjunto de legítimas, profundas e estruturais demandas coletivas e/ou difusas presentes em nossa perversa realidade socioeconômica, impondo-se, como direito subjetivo público fundamental, a existência de uma gestão pública competente, honesta, racionalmente fundamentada, transparente e participativa, propiciando-se, enfim, a concretização de uma Pública Administração efetivamente democrática.

Jessé Torres Pereira Júnior, *apud* Bugarin (2001, p. 48), destaca, no que diz respeito ao espectro de controle sobre os atos administrativos:

(...) a perspectiva que se coloca de ampliação do controle sobre os atos da Administração, quanto à eficiência, objetivamente aferível, pela via da razoabilidade, implica que “eficiência, economicidade, legitimidade e moralidade passam a constituir um padrão de comportamento administrativo sujeito tanto ao controle interno, na linha de hierarquia que enseja a autotutela (STF, Súmula 473), quanto externo, pelos Cidadãos (ação popular constitucional), pelos Tribunais de Contas e pelo Judiciário.

Em consonância com a corrente majoritária de juristas que enaltece a importância da eficiência como princípio norteador da atuação da Administração Pública, Moraes (2002b, p. 787) assere que:

(...) princípio da eficiência é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.

Note que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação de serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

Delineando seu raciocínio, Moraes (2002b, p. 790) aduz que o princípio em tela compõe-se das características básicas a seguir indicadas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

Nesse contexto, Aragão (2003, p. 322) acentua que a função precípua e final das agências reguladoras é a consecução dos objetivos, valores e interesses contemplados nas respectivas leis, além de, ancorado em ensinamento de Floriano de Azevedo Marques Neto, preconizar que “a finalidade da atividade regulatória não é a aplicação de sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o Legislador elegeu como relevantes alcançar”.

A seu turno, Moreira Neto (2001, p. 17) predica que a eficiência é a resposta certa aos reclamos de legitimidade, sendo que, segundo Bugarin (2001, p. 48), a idéia de eficiência “tem íntima correlação com a de economicidade”.

Por pertinente, é de se ressaltar que a eficiência está prevista no já citado Projeto de Lei n.º 3337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras. Sobre o tema, a Exposição de Motivos esclarece (grifo acrescido):

14. O projeto de lei estende em caráter geral para todas as Agências a exigência de celebração do contrato de gestão e de desempenho com o titular da Pasta a que

estiver vinculada cada uma delas, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal. Trata-se de medida voltada a valorizar e ampliar o emprego de instrumento que permite melhor ajustar meios e fins no exercício das atividades administrativas e finalísticas dos órgãos e entidades da administração pública, associando ao maior grau de autonomia que é conferido pela legislação a necessidade de um planejamento administrativo que atenda à **necessidade de maior eficiência**, transparência e responsabilização no seio da administração pública. Assim, às quatro Agências Reguladoras que já se acham sujeitas à necessidade de assinatura dos contratos de gestão com os respectivos Ministérios, se somarão as demais, tornando-se o contrato de gestão e de desempenho instrumento essencial para a mediação das relações entre as Agências e o Poder Público.

3.2 Princípio da Moralidade

Moralidade implica legalidade ética, ou seja, o princípio da moralidade obriga a Administração Pública a atuar “sem violar o ideário moral vigente na coletividade” (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 50).

3.3 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Ao passo que a razoabilidade significa “a propriedade ou justeza dos motivos que originaram a atuação concreta da Administração Pública”, a proporcionalidade impõe que “o objeto ou resultado decorrente da atuação do agente público deve ser adequado, compatível ou apropriado (em extensão e intensidade), aos fatos ou aos motivos que ocasionaram sua prática” (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 51).

A Lei n.º 9.784/1999 conceitua a proporcionalidade como a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

3.4 Princípio da Finalidade

Esse princípio significa que “o agente público, no desempenho da gestão administrativa, tem que atender ao interesse público, devendo sempre buscar o resultado eficiente autorizado pela norma jurídica, compatível com a realidade social” (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 51). Implica, nos termos da Lei n.º 9.784/1999, atendimento a fins de

interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (artigo 2º, parágrafo único, inciso II).

3.5 Princípio da Motivação

Do princípio da motivação decorre a obrigatoriedade de os agentes públicos justificarem sempre suas ações administrativas, devendo suas razões abranger as circunstâncias de fato e de direito que deram ensejo a seus atos, além de abranger os fundamentos jurídicos e os resultados de interesse público pretendidos (PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 51).

4 DIMENSÕES DO CONTROLE ESTATAL SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Justen Filho (2002, p. 584) alerta que “a concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação”. Na esteira desse entendimento, afirma, as agências reguladoras estão sujeitas a diversas instâncias de controle, inclusive ao controle social e ao controle externo.

É nesta senda que o ilustre publicista deixa claro que a fiscalização, além de assegurar à sociedade a imposição de limites à atuação dos órgãos titulares de poder político, sempre em busca da realização do bem comum, não prejudica a autonomia, visto que autonomia não se traduz em ausência de controle.

Nessa linha, José Alfredo de Oliveira Baracho, citado por Moraes (2002a, p. 33), leciona que:

nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva. Todos os atos da administração devem ser controlados, divergindo os Estados na maneira e instrumentos adequados à sua efetivação.

Acerca da necessidade de estrita observância aos princípios constitucionais, conforme ressaltado ao longo deste estudo, Caio Tácito, lembrado por Moraes (2002a, p. 34), destaca que “a liberdade decisória das Agências Reguladoras não as dispensa do respeito ao princípio da legalidade e aos demais fixados para a Administração Pública, no art. 37 da Constituição Federal de 1988”.

Referindo-se ao controle levado a efeito por terceiros, merece destaque a seguinte observação de Justen Filho (2002, p. 585):

Não será cabível que as políticas públicas, traduzidas em ações e omissões da agência, fiquem absolutamente imunes a qualquer tipo de controle externo. 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 sem qualquer influência de outros órgãos.

Em se tratando de controle externo, o renomado jurista destaca o controle parlamentar; o controle pelo Tribunal de Contas; o controle pelo Ministério Público, via ação popular e ação civil pública; e o controle pelo Poder Judiciário, ante o princípio da unidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988.

Nesse cenário, em face do tema em análise, algumas considerações são necessárias acerca do controle levado a termo pelo Parlamento e pelo Judiciário sobre as agências reguladoras, ficando o controle a cargo dos Tribunais de Contas para exame em tópico posterior do presente estudo.

O controle parlamentar, ancorado no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, pode, consoante ensinamento de Justen Filho (2002, p. 588):

(...) versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvada a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.

Relativamente ao controle jurisdicional dos atos normativos abstratos produzidos pelas agências, que se consubstanciam em atos administrativos, e não em atos de cunho legislativo, ainda que produzam efeitos abstratos e gerais, o renomado doutrinador salienta (JUSTEN FILHO, 2002, p. 590-591):

(...) o exercício de competências vinculadas comporta ampla investigação pelo Judiciário. Mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização jurisdicional. O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. Mas o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame. O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. É possível invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico. A ausência de procedimento prévio, apto a assegurar a ponderação de todos os interesses submetidos à gestão da agência, pode conduzir à invalidação da decisão adotada.

Enfim, o controle jurisdicional não importará infração ao princípio da separação de poderes quando voltado a invalidar atos defeituosos e competências mal exercitadas. O que não se admite é a produção de norma geral e abstrata substitutiva daquela editada invalidamente pela agência.

A propósito, cumpre mencionar que Moraes (2002b, p. 810) noticia a evolução da doutrina administrativista, mediante a redução interpretativa da palavra “mérito”, no intuito de, com fundamento na teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade e na teoria dos motivos determinantes, afastar arbitrariedades praticadas pela Administração Pública a pretexto do exercício de seu poder discricionário.

Essa nova orientação pode ser ilustrada mediante reprodução de texto de Justen Filho (2002, p. 593), que, manifestando-se acerca da relação autonomia/controlado das agências, faz um paralelo entre a realidade alienígena e a vivência brasileira:

No estrangeiro, a ampliação da autonomia das agências é acompanhada de correspondentes instrumentos de controle de sua atuação, de modo a evitar que sua autonomia frustre os princípios democráticos praticados em todos os países. Mais ainda, em nenhum país se ousa justificar a ampliação da autonomia e a supressão de controles com o argumento simplista da ampliação da eficiência da atividade administrativa.

No Brasil, o desconhecimento sobre as características próprias da organização político-jurídica estrangeira pode conduzir à implantação de agências com configuração despropositada, em face da ausência de precauções para neutralizar riscos de concentração e desvio de poder. O resultado poderá ser muito negativo, inclusive pela possibilidade de agravamento de defeitos e desvios sempre apontados a propósito da atividade administrativa. Não se pode admitir que a introdução de agências na organização administrativa brasileira seja instrumento para reduzir o controle social, político e jurídico sobre o exercício de competências estatais. A agência é uma forma de tornar o exercício das competências regulatórias estatais mais transparente e controlável por parte da sociedade, não o oposto. Não se pode admitir que o Executivo, para impedir a fiscalização sobre suas decisões, veicule-as por meio de agências, dotadas de autonomia semântica. A criação de agências reguladoras destituídas de independência não produzirá maiores inovações em nossa ordem jurídica.

Moraes comunga do mesmo entendimento. Reputa o ilustre publicista que (MORAES, 2002a, p. 29):

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 idéia de separação de poderes e da manutenção da centralização governamental.

Aprofundando o exame da matéria, Moraes aponta diversos mecanismos de freios e contrapesos, quer por parte do Poder Executivo (iniciativa de lei para criar, alterar e extinguir agências; coordenação geral da Administração Pública; possibilidade de fiscalização por meio de contratos de gestão e indicação dos dirigentes da agência) ou do Poder Legislativo (sustação dos atos normativos exorbitantes – artigo 49, inciso V, da Constituição Federal; fixação dos parâmetros básicos na lei de criação das agências; controle das agências com base no artigo 49, X, da Lei Maior), sem prejuízo do controle judicial, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXXV, CF).

Referindo-se ao limite do controle exercido pelo Poder Judiciário, Barroso (2002, p. 126-127) ressalta:

Em matéria de controle dos atos administrativos, costumam-se distinguir, para fins de controle pelo Poder Judiciário, duas modalidades: o 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 exerça 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. Esse entendimento, que fez carreira no direito

público brasileiro por muitas décadas, e que de certa forma ainda é de grande utilidade, confronta-se, todavia, com alguns conceitos novos.

O entendimento clássico de que não é possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos hoje cede a algumas exceções importantes de desenvolvimento recente e fulgurante, a saber: os princípios da razoabilidade, da moralidade e, já mais recentemente, o princípio da eficiência. Esses três princípios excepcionam o conhecimento geral de que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável, ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – é, evidentemente, um exame de mérito. Portanto, a doutrina convencional a respeito do controle dos atos administrativos, incluindo-se aí os atos das agências reguladoras, subsiste, mas com essas exceções: é possível controle de mérito nas hipóteses de verificação da razoabilidade, moralidade e eficiência do ato.

No que tange às decisões discricionárias, Aragão (2003, p. 353) entende que o Poder Judiciário pode suprir, em caso de omissão, ou substituir, no caso de anulação, o exercício da atividade discricionária da Administração Pública “nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima”.

Especificamente no que concerne ao controle da atividade-fim das agências reguladoras, Vanessa Vieira de Mello, lembrada por Aragão (2003, p. 353), assim se manifesta acerca da competência do Poder Judiciário e da fixação do valor das tarifas:

As agências, partes integrantes da Administração Pública, devem ser controladas pelo Poder Judiciário em seus atos. Um deles é a instituição de preços ou taxas para os usuários de seus serviços. Caberá, portanto, ao órgão jurisdicional definir a natureza da quantia a ser paga pelos usuários. Haverá, certamente, inúmeras dúvidas quanto à modicidade destes valores, bem como sobre a legitimidade da exigência citada, que não advém da lei, mas que constitui condição para a utilização do serviço. Observamos que ao Poder Judiciário não compete, de modo nenhum, a definição do valor a ser pago. Mas o reconhecimento da natureza jurídica desta exigência é essencial, para que se possa aferir sua validade em relação ao ordenamento jurídico e o cumprimento do princípio do devido processo legal substantivo.

5 O CONTROLE EXTERNO A CARGO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Rui Barbosa, nos idos de 1890, em texto reproduzido por Santos (1997, p. 19-20), lançou as primeiras luzes sobre a instituição Tribunal de Contas, nos termos que se seguem:

Não basta julgar a administração, denunciar os excessos cometidos, colher a exorbitância ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a esses limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que cotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetuação das infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indiretamente, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.

Hodiernamente, mantêm-se os Tribunais de Contas como guardiões das contas públicas, enquanto órgãos técnicos de fiscalização e controle. Consoante lição de Ferraz (2002, p. 4), a Constituição Federal, nos termos dos artigos 71 a 75, elevou os Tribunais de Contas “à condição de principal controlador das finanças públicas”.

O TCU, em particular, presta colaboração, no controle externo, ao Congresso Nacional e a suas Casas, sem vínculo de subordinação. Nessa linha, Affonso (1997, p. 112) assinala que os Tribunais de Contas, além de auxiliarem o respectivo Poder Legislativo, “exercem funções deles próprias e privativas, a configurar uma denominada ‘jurisdição especial’, reconhecida na Constituição (‘capt’ do art. 73), conquanto administrativa”.

Segundo Souto (1999, p. 32), controle significa, no tocante à Administração Pública, “faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”, sendo que, em última análise, o controle externo é o controle da sociedade sobre a Administração Pública feito por seus representantes nas Casas Legislativas. Essa incumbência a cargo do Congresso Nacional é realizada com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

A missão institucional do TCU consiste em “assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade”, tendo como visão “ser instituição de excelência no controle e contribuir para o aperfeiçoamento da administração pública”. Nessa vertente, o “negócio” da Corte de Contas Federal é o “controle externo da administração pública e da gestão dos recursos públicos federais” (BRASIL, 1999).

Mediante a Portaria TCU n.º 59/2003, foi aprovada a atualização do Plano Estratégico do Tribunal para o quadriênio 2003-2007, “de modo a compatibilizá-lo com as atuais demandas e anseios da sociedade”, e “considerando a necessidade de articular as ações

de médio e longo prazos, de forma a conferir maior constância de propósitos e a aumentar a capacidade de resposta do TCU” (in BTCU Especial n.º 3, de 17.2.2003). Especificamente no que diz respeito ao controle, foram feitas as observações que se seguem:

É possível, também, perceber que a sociedade, além de exigir que os serviços públicos sejam prestados com lisura e honestidade, espera que eles tenham qualidade. A ineficiência torna-se peso insuportável nos dias de hoje, e a população não está mais disposta a manter organizações inoperantes. Para o controle externo, o dever de contribuir para que a administração pública ofereça serviços que agreguem efetivo valor para a sociedade é essencial para o seu reconhecimento e legitimidade, porque controlar não é apenas punir. Controlar é, também, prevenir, corrigir, orientar, contribuir para aperfeiçoar.

(...)

Dessa forma, balizado pelo contexto no qual se encontra inserido, deve o Tribunal saber identificar e exigir dos gestores públicos, antes de tudo, a observância ao interesse público, de modo a efetivamente contribuir para que se tenha um País mais justo, com serviços públicos cuja execução seja pautada pela lisura e pela qualidade.

A modernização do Estado requer a participação do TCU principalmente como agente avaliador da eficiência, da eficácia e da economicidade da gestão pública, máxime no que diz respeito aos seus resultados, sem prejuízo da atuação como inibidor de irregularidades e de desvios que possam comprometer o atingimento dos objetivos estatais (Vilaça, 1997, p. 61).

Dissertando sobre os Tribunais de Contas e a modernização do Estado, assim se posicionou Vilaça (1997, p. 62-63):

A atuação dos Tribunais de Contas extrapola a verificação da legalidade da gestão governamental. Haverão de cuidar também do controle operacional dos atos administrativos. Não bastam contabilidade pública correta e ausência de delitos.

Cada vez mais, os critérios tradicionais – e algo envelhecidos – das auditorias se substituem por aqueles cujas vertentes se aproximam da Teoria dos Resultados, pois o que mais importa é, sem dúvida, avaliar os resultados obtidos pela gestão governamental.

Os Tribunais de Contas podem e devem contribuir efetivamente para a superação das deficiências detectadas no processo de modernização dos respectivos Estados, podendo assim colaborar para o fortalecimento de suas economias, por meio da melhoria do sistema de arrecadação de impostos, da redução dos níveis de corrupção e de desperdício, e da melhoria da eficiência da máquina estatal como um todo.

A missão dos Tribunais de Contas nesse contexto pode ser resumida na promoção da transparência, lisura e eficácia do processo de modernização, mediante o combate à corrupção e ao desperdício de recursos públicos, bem como a todas as formas de ineficiência que impeçam o bom desempenho da atuação estatal. Tal desiderato pode ser atingido, a depender da situação de fronteira, ora pela realização das tradicionais auditorias de regularidade, ora por modalidades de auditoria voltadas para a avaliação dos resultados, sendo cada vez mais necessária a especialização dos auditores em áreas como meio ambiente, obras públicas, sistemas de processamento de dados, entre outras.

5.1 A natureza jurídica do TCU

Moreira Neto (2001, p. 11-12), ao discorrer sobre a natureza jurídica e a taxinomia dos Tribunais de Contas no sistema constitucional brasileiro, aponta as seguintes características dessas Cortes de Contas:

a) trata-se de órgãos constitucionais subordinantes, por lhe terem sido cometidas “doze funções constitucionais (art. 71 e § 2º) que permitem evidenciar relações em face às funções de outros órgãos ou conjuntos orgânicos do Estado”;

b) são órgãos constitucionais essenciais, por desempenharem “funções políticas, assim entendidas as que são expressões imediatas da soberania (art. 73, I, c/c art. 70, ‘caput’)”, dentre as quais apreciar a legitimidade e não apenas a legalidade das contas; julgar as contas de administradores públicos, com exceção das contas do Chefe do Poder Executivo; e fiscalizar aplicações de recursos repassados pela União aos demais entes federados;

c) cuida-se de órgãos garantidores dos valores político-constitucionais do Estado Democrático de Direito, visto exercerem “funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, no tocante a um dos mais delicados aspectos de qualquer governo, que é, desde a Magna Carta, a gestão fiscal: a disposição político-administrativa dos recursos retirados impositivamente dos contribuintes”.

Com fundamento no artigo 44 da Carta de Outubro, Carlos Ayres Britto (2001, p. 2-3), hoje membro do Pretório Excelso, afirma que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, nem do Poder Legislativo, assim como não é “órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional”, desfrutando do “altaneiro ‘status’ normativo de autonomia”.

Aprofundando o exame do assunto, Britto (2001, p. 3) preleciona:

quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

Nessa linha de raciocínio, conclui o ilustre magistrado que “o TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais” (BRITTO, 2001, p. 3).

Alfim, detalhando o relacionamento entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas, Britto (2001, p. 5-6) acentua:

4.2. Em rigor de exame teórico ou apreciação dogmática, Poder Legislativo e Tribunal de Contas são instituições que estão no mesmo barco, em tema de controle externo, mas sob garantia e independência e imposição de harmonia recíproca. Independência, pelo desfrute de competências constitucionais que não se confundem (o que é de um não é do outro, pois dizer o contrário seria tornar inócua a própria explicitação enumerativa que faz a Constituição para cada qual dos dois órgãos públicos). Harmonia, pelo fim comum de atuação no campo do controle externo, que é um tipo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial de controle sobre todas as pessoas estatais -federadas e respectivos agentes, ou sobre quem lhes faça as vezes.

Quanto à natureza jurídica da Corte Federal de Contas, a opinião de Affonso (1997, p. 114) é no sentido de ser o TCU:

um órgão autônomo, no contexto dos Poderes da República, que são independentes e harmônicos entre si (Const., art. 2º), tanto que lhe foram asseguradas as atribuições de auto-governo próprias dos Tribunais integrantes do Poder Judiciário (cfr. artigos 73, 'in fine', e 96). Seus Membros são equiparados em garantias e prerrogativas aos do Superior Tribunal de Justiça (Const., art. 73, § 3º).

Moreira Neto (2001, p. 16), por sua vez, entende que a relação entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas não é de hierarquia ou de subordinação, mas de cooperação, sendo que a “função de cooperação compartilha a mesma natureza política de controle que é exercida pelo órgão assistido”, qualseja, o Congresso Nacional (2001, p. 15). Nesse sentir, aponta:

a) a cooperação é apenas técnica quando a Corte de Contas atua “como especialista no processamento da legalidade e da economicidade dos dados contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais e, assim, despido do caráter decisório de órgão de soberania”;

b) a cooperação assume natureza política “quando o Tribunal atua na avaliação da legitimidade dos dados operacionais da administração financeiro-orçamentária, neste caso, mesmo sem definitividade, emitindo decisões revestidas do típico caráter dos órgãos da soberania”.

Em síntese, acompanhando o posicionamento de corrente majoritária da doutrina, Moreira Neto (2001, p. 23) assere que “o Tribunal de Contas, em cada nível federativo em que se apresente, é órgão constitucional cooperador plural e onímico de toda a administração financeiro-orçamentária, não se subsumindo a qualquer um dos Poderes do Estado no desempenho de sua atuação juspolítica”.

Nessa seara, a teor da Carta Política de 1988, Souto (1999, p. 34) entende ser o Tribunal de Contas da União uma corte administrativa, “dotada de autonomia, vinculada ao Poder Legislativo, com competência para julgar contas dos administradores e responsáveis

por bens e valores públicos, sem função judicante ‘stricto sensu’, embora dotada de jurisdição própria, peculiar e específica”.

Tendo como destinatários a União e os órgãos/entidades integrantes da administração federal direta e indireta, nos termos do artigo 70 da Lei Maior, ao TCU incumbem, de acordo com Souto, as funções fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria, conforme quadro que se segue, onde são sintetizadas as atribuições do Tribunal constitucionalmente previstas.

Função fiscalizadora	<ul style="list-style-type: none"> - Realizar auditorias e inspeções em todas as unidades de todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta dos três Poderes da União; - Examinar a regularidade de atos de admissão de pessoal e aposentadoria, reforma e pensão; - Fiscalizar contas nacionais de empresas supranacionais de que a União participe; - Fiscalizar aplicação de recursos federais repassados a Estados e Municípios, mediante convênio; - Controlar declarações de bens e rendas de autoridades públicas; - Calcular percentuais de participação de Estados e Municípios no Fundo de Participação dos Estados e no Fundo de Participação dos Municípios, além de fiscalizar a respectiva entrega; - Controlar arrecadação e renúncia de receitas;
Função consultiva	<ul style="list-style-type: none"> - Analisar as contas do Presidente da República e emitir parecer prévio, a fim de subsidiar seu julgamento pelo Congresso Nacional; - Responder consultas feitas por determinadas autoridades sobre dúvidas atinentes a assuntos de competência do Tribunal;
Função informativa	<ul style="list-style-type: none"> - Prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por suas Casas ou suas respectivas Comissões; - Representar ao Poder competente sobre irregularidades apuradas; - Encaminhar ao Congresso Nacional relatórios trimestrais e de atividades;
Função judicante	<ul style="list-style-type: none"> - Julgar contas de administradores públicos e de outros responsáveis por bens e valores públicos ou por prejuízos ao erário;
Função sancionadora	<ul style="list-style-type: none"> - Condenar o responsável ao recolhimento do débito e/ou da multa; - Afastar do cargo dirigente responsável por obstrução de auditoria; - Declarar a indisponibilidade de bens; - Declarar a inabilitação para exercício de funções de confiança por 5 (cinco) a 8 (oito) anos; - Declarar a inidoneidade para participar de licitação por até 5 (cinco) anos; - Solicitar à Advocacia-Geral da União providências para arresto de bens de responsável em débito;
Função corretiva	<ul style="list-style-type: none"> - Fixar prazo para adoção de providências para cumprimento da lei; - Sustar ato impugnado quando não forem adotadas as providências determinadas;
Função normativa	<ul style="list-style-type: none"> - Expedir instruções e atos normativos sobre matéria de competência do Tribunal e sobre organização de processos que lhe devam ser submetidos;
Função de ouvidoria	<ul style="list-style-type: none"> - Receber denúncia oferecida por responsável pelo controle interno, por cidadão, partido político, por associação ou por sindicato; bem como representação feita por órgão ou autoridade e representação sobre irregularidade em licitação.

Quadro 5 - Funções básicas do Tribunal de Contas da União

Fonte: Palestra proferida pelo Ministro do TCU Humberto Guimarães Souto, em 17.3.1999, na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, versando sobre “Congresso Nacional, Tribunal de Contas e Controle Externo” (SOUTO, 1999, p. 34-35).

O TCU tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência (artigo 4º da Lei n.º 8.443/1992).

5.2 A natureza jurídica das determinações e das recomendações do TCU

A função jurisdicional do Estado, exclusiva do Poder Judiciário, não é afeta aos Tribunais de Contas, que detêm a chamada “jurisdição especial”. Apesar disso, cabe trazer à baila, por oportuno, o teor do Enunciado n.º 347 da Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Rocha (1998, p. 38) aponta o caráter técnico-político das decisões dos Tribunais de Contas, esclarecendo que decisão técnica “seria aquela tomada segundo os critérios estritamente legais, burocráticos, contábeis, etc.”, ao passo que decisão política “seria aquela tomada como manifestação de poder, portanto subjetivamente, segundo os critérios das vontades individuais ou, eventualmente, coletivas do Tribunal”.

Quando detectada, em sede de processo de contas ou de fiscalização, a ocorrência de falhas de natureza formal ou de outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito, assim como quando não apurada transgressão à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o TCU expede determinações, impondo ao responsável, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes (artigos 18 e 43, inciso I, da Lei n.º 8.443/1992, c/c artigos 208, § 2º, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU).

O descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, bem como a reincidência no descumprimento de decisão, propiciam a aplicação da multa de que trata o artigo 58, inciso VII e § 1º, c/c o artigo 268, incisos VII e VIII, do Regimento Interno/TCU.

De outra parte, verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, o TCU expede recomendações tendentes à adoção de providências por parte dos jurisdicionados, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações (artigo 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU).

Por oportuno, cabe ter presente que, nos termos da Carta Política de 1988, artigo 71, § 3º, as decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou de multa têm eficácia de título executivo.

5.3 Os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade na Lei Orgânica/TCU e no Regimento Interno/TCU

A teor do artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 8.443/1992 – Lei Orgânica do TCU (LO/TCU), ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida no referido diploma legal, decidir, no julgamento de contas e na fiscalização que lhe cabe, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

Nesse sentido, o artigo 16, inciso I, da Lei n.º 8.443/1992 preconiza que as contas serão julgadas regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável. De outra parte, serão julgadas irregulares, quando comprovada, dentre outras ocorrências, a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico (artigo 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Lei Orgânica/TCU).

No que tange à fiscalização levada a termo pela Corte de Contas Federal, a Lei n.º 8.443/1992 dispõe que, se for verificada a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou à economicidade, o Relator ou o Tribunal determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa (artigo 43, inciso II, da LO/TCU).

Relativamente à fiscalização do TCU exercida por iniciativa do Congresso Nacional, compete à Corte de Contas Federal, nos termos do artigo 38, inciso IV, da Lei n.º 8.443/1992, auditar, por solicitação da Comissão a que se refere o art. 166, § 1º, da Constituição de 1988, ou comissão técnica de qualquer das Casas do Congresso Nacional, projetos e programas autorizados na Lei orçamentária anual, avaliando os seus resultados quanto à eficácia, eficiência e economicidade.

Por seu turno, o Regimento Interno/TCU, detahando procedimentos que regem o funcionamento do Tribunal, é pródigo na disciplina da matéria, contendo, dentre outros dispositivos, os que se seguem:

a) os pareceres prévios a que se refere o *caput* do artigo 221 do Regimento serão conclusivos no sentido de exprimirem se as contas prestadas pelo Presidente da República, pelos presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, consolidadas as dos respectivos tribunais, e pelo Chefe do Ministério Público da União representam adequadamente as respectivas posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial, em 31 de dezembro, bem como sobre a observância dos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal. O relatório, que acompanhará os pareceres prévios, conterà informações sobre o cumprimento dos programas previstos na lei orçamentária anual quanto à legitimidade, à eficiência e à economicidade, bem como sobre o atingimento de metas e a consonância destes programas com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Conterà informações, ainda, sobre o reflexo da administração financeira e orçamentária federal no desenvolvimento econômico e social do País (artigo 228, “caput” e § 2º, incisos I e II);

b) o Tribunal, no exercício de suas atribuições, poderá realizar, por iniciativa própria, fiscalizações nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos (artigo 230);

c) auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para, dentre outras hipóteses, examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, sem prejuízo de avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, de eficiência e de eficácia dos atos praticados (artigo 239, incisos I e II);

d) inspeção é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição (artigo 240);

e) acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro,

orçamentário e patrimonial; e avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (artigo 241, incisos I e II);

f) a fiscalização pelo Tribunal da renúncia de receitas será feita, preferentemente, mediante auditorias, inspeções ou acompanhamentos nos órgãos supervisores, bancos operadores e fundos que tenham atribuição administrativa de conceder, gerenciar ou utilizar os recursos decorrentes das aludidas renúncias, sem prejuízo do julgamento das tomadas e prestações de contas apresentadas pelos referidos órgãos, entidades e fundos, quando couber, na forma estabelecida em ato normativo. A fiscalização terá como objetivos, entre outros, verificar a legalidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a economicidade das ações dos órgãos e entidades mencionados no “caput”, bem como o real benefício socioeconômico dessas renúncias (artigo 257, “caput” e parágrafo único).

6 A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

6.1 Fundamentos constitucionais, legais e regulamentares do controle

De plano, para fins de exame do assunto, impõe-se trazer o lume o disposto no artigo 70 da Constituição Federal, incluso na Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, do Capítulo I – Do Poder Legislativo, do Título IV – Da Organização dos Poderes:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

O escopo do preceito constitucional é bastante amplo. No que diz respeito ao universo de destinatários, abrange “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada”. No que se refere ao objeto da prestação de contas, alcança “dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda”. No que tange aos atos passíveis de fiscalização, inclui a utilização, a arrecadação, a guarda, a gerência e a administração dos dinheiros, bens e valores públicos² ou

² A concessão tem por objeto a execução de um serviço público, delegada mediante licitação. No julgamento dos certames licitatórios, pode-se adotar, entre outros, os critérios da maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga de concessão, ou de melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas (artigo 15 da Lei n.º 8.987/1995).

Nesse sentido, por ser objeto de disputa por parte de interessados que se mostrem dispostos a pagar com vistas à obtenção do direito de prestar o serviço público concedido, a concessão pode ser tida como um bem público intangível (incorpóreo, abstrato ou imaterial).

A propósito, em dezembro/2001, consoante informações disponibilizadas em sua página na internet, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Fazenda, com espeque no artigo 8º, § 3º, inciso I, da Lei n.º 6.385/1976, que lhe confere poderes para publicar projeto de ato normativo, no intuito de receber sugestões de interessados, submeteu à audiência pública minuta de deliberação sobre o pronunciamento a ser emitido pelo Instituto dos Auditores Independentes do Brasil – Ibracon, tratando das concessões governamentais, o qual, dentre outros aspectos, previa que “o montante do valor efetivamente pago a título de concessão (de exploração), em um determinado momento, que corresponda a mais de um exercício/período, deve ser considerado como aplicação de recursos em direito de concessão, no ativo imobilizado intangível, para a devida apropriação futura ao resultado pelo prazo da concessão ou pela vida útil econômica, dos dois o menor” (grifo acrescido). Em consulta ao *site* do Ibracon, porém, verificou-se que, por intermédio do Comunicado Técnico n.º 3, de 15.12.2003, o Instituto noticia ter tomado conhecimento de que o International Accounting Standards Board - IASB estaria iniciando estudo da matéria, por se tratar de tema de interesse internacional. Em função disso, informa, “sendo o objetivo do Ibracon editar NPC harmonizadas com as normas internacionais de contabilidade (IFRS/IAS), concluiu-se necessário e prudente aguardar o

pelos quais a União responda, assim como as obrigações de natureza pecuniária assumidas em nome da União.

Particularmente no que diz respeito ao tema em estudo, a Constituição Federal, em seu artigo 71, confere competência ao TCU para, dentre outras atribuições:

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Nos termos da Lei n.º 8.443/1992, artigo 5º, a jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, a extravio ou a outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei.

A Lei Orgânica/TCU (artigo 1º, § 1º) preceitua que, no julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a

posicionamento que venha ser adotado internacionalmente antes da emissão de um pronunciamento pelo Ibracon”.

economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

No intuito de assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetua a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição (artigo 41 da Lei Orgânica/TCU).

Esses dispositivos não comportam interpretação restritiva, sob pena de se fazer letra morta da fiscalização operacional a cargo do controle externo. Fossem apenas os atos de despesa em sentido estrito (empenho, liquidação e pagamento – artigos 58 a 70 da Lei n.º 4.320/1964) que estivessem sujeitos ao controle externo, a fiscalização contábil, a fiscalização financeira e a fiscalização orçamentária de que trata a Constituição seriam, em princípio, por si sós, suficientes para suprir a necessidade de controle, o que se verifica não ser a vontade do Constituinte, que previu, expressamente, em acréscimo, a fiscalização operacional e a fiscalização patrimonial.

No contexto da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, “atos de gestão” são gênero, do qual “atos de que resulte receita ou despesa” são espécie. Decerto, não foi intenção do legislador ordinário dar a ambas as expressões sentido equivalente, eis que haveria comprometimento das diretrizes emanadas do texto constitucional, haja vista que a efetividade do controle seria infinitamente reduzida se a fiscalização pudesse recair somente sobre os atos de despesa “stricto sensu”.

Nesse cenário, a jurisdição do TCU alcança não somente os ordenadores de despesa, mas quaisquer servidores responsáveis por atos de que, direta ou indiretamente, resulte despesa pública. É nesse sentido que a Instrução Normativa/TCU n.º 12/1996³, artigo 10, arrolava como responsáveis, nos processos de contas anuais, no que se refere às autarquias, o dirigente máximo; os membros dos órgãos colegiados responsáveis por atos de gestão, definidos em lei, regulamento ou estatuto; o encarregado do setor financeiro ou outro co-responsável por atos de gestão; o encarregado do almoxarifado ou do material em estoque e o encarregado do depósito de mercadorias e bens apreendidos, quando cabíveis.

Literalmente, o artigo 1º, § 1º, da Lei Orgânica/TCU, antes transcrito, autoriza interpretação no sentido de que o Tribunal, no julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, decidirá, eventualmente, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão isoladamente e, num segundo momento, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade das despesas deles decorrentes.

³ Revogada pela IN/TCU n.º 47, de 27/10/2004, que alberga dispositivo de semelhante teor – artigo 12 (DOU de 8/11/2004 e 12/11/2004).

Em reforço a essa tese, registre-se que, no exercício do controle externo, pode o Tribunal aplicar aos responsáveis, em caso de **ilegalidade de despesa** ou **irregularidade de contas**, as sanções previstas em lei (artigo 71, inciso VIII, da CF). Logo, tendo-se em mente que a irregularidade das contas pode decorrer das diversas hipóteses previstas no artigo 16⁴ da Lei n.º 8.443/1992, deduz-se que o controle dos atos de gestão, dos quais não resulte despesa, íntegra, por via reflexa, o rol de competências a cargo do TCU.

Feitas essas observações, é de se concluir, numa interpretação sistemática, que a fiscalização operacional de que tratam os artigos 70 e 71 da Constituição; 1º, inciso II, e 38, inciso I, da Lei 8.443/1992, e 1º, inciso II, do Regimento Interno/TCU, por certo, compreende atos que não geram despesas para os cofres públicos.

6.2 Controvérsia doutrinária

Há de se observar, de início, a existência de acirrada controvérsia acerca da possibilidade, ou não, de as Cortes de Contas exercerem controle sobre as atividades finalísticas e os atos administrativos discricionários das agências reguladoras. Como tipicamente ocorre na área jurídica, correntes diversas, por fundamentos distintos, sustentam teses opostas. Assim, há dissenso quanto à extensão dos poderes conferidos pelo Legislador Constituinte ao TCU, sobretudo no tocante ao alcance do controle calcado na legitimidade e na economicidade.

Em sede doutrinária, o mais ferrenho crítico da atuação dos Tribunais de Contas é Luís Roberto Barroso, que busca apontar limites diversos à competência dessas Cortes.

Nesse sentido, cabe, preliminarmente, trazer a lume o seguinte posicionamento do autor (BARROSO, 1996, p. 131-132):

A função legislativa, ao longo dos anos, tem se caracterizado não apenas pela edição de normas, como também pela missão, elevadíssima, de fiscalização dos atos governamentais, nos diferentes níveis, que vão desde sua conveniência política até

⁴ Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

sua legalidade. É neste domínio que se insere o Tribunal de Contas, instituído pela Constituição como órgão auxiliar do Poder Legislativo, ao qual compete, em controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos gastos públicos, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (CF 1988, arts. 70 e 71). Não é papel do Tribunal de Contas, por via de consequência, dizer definitivamente o Direito – pois isto incumbe ao Judiciário – nem tampouco substituir-se aos agentes públicos constitucionalmente designados para tomada de decisões políticas e administrativas – que é atribuição dos órgãos do Poder Executivo.

Em outra oportunidade, particularmente no que diz respeito às agências reguladoras, Barroso (1999, p. 372-374), além de destacar a impossibilidade de o Tribunal de Contas invadir a esfera de reserva administrativa dessas agências, ratificou sua opinião no sentido de que a competência do Tribunal de Contas só se exerce legitimamente na fiscalização do emprego de recursos públicos, nos seguintes termos:

O Tribunal de Contas desempenha, nos termos da Constituição, um amplo conjunto de atribuições como órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública na fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Não cabe, todavia, ao Tribunal de Contas: (a) exercer fiscalização que não tenha natureza contábil, financeira ou orçamentária, isto é, que não envolva o emprego de recursos públicos; (b) invadir a esfera de reserva administrativa de agência reguladora de serviços públicos para perquirir o mérito de suas decisões político-administrativas, interferindo com sua atividade-fim.

No dizer de Barroso (2002, p. 129-130), a possibilidade de fiscalização pelos Tribunais de Contas está condicionada ao uso de dinheiro público. Entende o autor não ser possível o Tribunal de Contas “investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma Agência Reguladora”, nem “procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis”.

Prosseguindo em sua análise, Barroso (2002, p. 130) acrescenta que:

É fora de dúvida, assim, que o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação dos Poderes. Logo, não pode o Tribunal de Contas, por exemplo, questionar decisões político-administrativas das agências reguladoras, tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual. Somente lhe cabe informar-se sobre o que possa ser legitimamente objeto de sua apreciação.

Na esteira desse raciocínio, Barroso *apud* Moraes (2002a, p. 30) acrescenta, ainda, que:

onde a Agência Reguladora empregue verbas públicas, evidentemente, o Tribunal de Contas pode e deve analisar essas contas; mas o Tribunal de Contas não pode, a meu ver, como tem acontecido em algumas unidades da Federação, oficiar para a Agência Reguladora e perguntar: por que a barca que deveria fazer o trajeto tal e qual ainda não está em funcionamento com capacidade para 1.000 pessoas, como

previa o edital? Porque este é um papel da Agência Reguladora, e o Tribunal de Contas não pode fiscalizar a atividade-fim da Agência Reguladora, sob pena de que ela não tenha independência.

No que toca ao controle a cargo dos Tribunais de Contas, Justen Filho (2002, p. 588-589) é outro jurista a interpretar a jurisdição dessas Cortes de forma substancialmente restritiva. Afirma o doutrinador que o controle deve ater-se à “gestão administrativa em sentido próprio”, vale dizer, dispêndios, licitações e contratações, atos atinentes a pessoal e respectiva remuneração, não cabendo “investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência”.

Em outra vertente, é possível invocar inúmeros posicionamentos contrários ao de Barroso e ao de Justen Filho, por conseguinte, a favor do amplo espectro de atribuições conferidas às Cortes de Contas, inclusive no que se refere ao controle das atividades-fim das agências reguladoras.

Posicionando-se a favor da possibilidade de controle do mérito dos atos praticados pelas agências reguladoras, Mauro Roberto Gomes de Mattos (*apud* Aragão, 2003, p. 340) sustenta, com fulcro no artigo 71, inciso VIII, da Carta Magna⁵, que:

o ato administrativo que defere o aumento da tarifa pública se inclui no enredo constitucional de contas públicas, visto que, mesmo ela sendo paga pelo usuário do serviço, é cobrada mediante a prestação de um serviço público outorgado pelo Estado. Nestas condições, o Tribunal de Contas possui a competência para aferir se é abusivo ou não o reajuste tarifário deferido pelo Poder Concedente, e se ele seguiu a liturgia legal que norteia a matéria.

Também Aragão (2003, p. 340) se coloca em prol dessa tese, “uma vez que, mediata ou imediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário”.

No mesmo sentido é o entendimento de Di Pietro (2002, p. 64) que, relativamente ao Tribunal de Contas, defende o controle de todos os atos das agências, inclusive os finalísticos, ante a competência constitucional da Corte para realização de inspeções e auditorias de natureza operacional nas entidades jurisdicionadas.

Dissertando sobre a sindicabilidade, ou não, do mérito da atuação administrativa, Furtado (2003, p. 15) afirma:

O mérito da atuação administrativa, vale dizer, o juízo de conveniência e oportunidade a ser adotado para definir o conteúdo da manifestação do

⁵ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

administrador, no caso das normas expedidas pelas agências, deve estar em estrita sintonia com a adoção de soluções que, sob o ponto de vista técnico, econômico e social, sejam consideradas mais adequadas para a realização do interesse público.

Inserir o poder das agências de regular determinado segmento do mercado no campo da discricionariedade, e não do regulamentar, não importa em outorgar-lhes independência absoluta. Ao contrário, de há muito se discute a possibilidade de ser exercido, não apenas pelos Tribunais de Contas, mas também pelo próprio Poder Judiciário, controle de legitimidade sobre a atuação discricionária do administrador, tendo no princípio da razoabilidade instrumento adequado para tal mister. Sob a ótica do Poder Legislativo, o poder de que dispõe o Congresso Nacional, por meio de seu braço operante, que é o TCU, de realizar auditorias operacionais permitiria a fiscalização da atuação das agências sob ótica mais ampla, incluindo além de aspectos de legalidade e de legitimidade, aspectos de economicidade – o que importaria, segundo abalizada doutrina – exame do próprio mérito da atuação administrativa.

A seu turno, Bugarin (2001, p. 49), também defensor da possibilidade de controle sobre o mérito dos atos administrativos, leciona:

(...) no duplo e complementar exame da eficiência e da economicidade dos atos públicos de gestão, não se admite mais considerar o mérito do ato administrativo como empecilho à atuação do Controle Externo, em especial, nas situações em que se possa, diante do universo fático, determinar, racional e fundamentadamente, qual a alternativa que melhor atende o interesse público. Tal constatação, destaque-se, reforça a tese de que a Constituição Federal autoriza e impõe a avaliação pelos Tribunais de Contas do conjunto amplo de questões que se referem ao chamado mérito administrativo.

Nessa linha de entendimento, convém reproduzir o posicionamento de Zymler (2003, p. 10), referindo-se ao controle levado a termo pelo TCU sobre os entes reguladores:

Não há, portanto, maiores dúvidas a respeito da larga extensão da atividade fiscalizadora do Tribunal, a qual não se restringe a aspectos jurídico-formais, pois a Corte de Contas busca examinar os resultados alcançados pelas agências no exercício de sua missão institucional. Afinal, consoante o entendimento do eminente Ministro Marcos Vinícios Vilaça, “a fiscalização da legalidade só será relevante e eficaz se estiver integrada à avaliação do desempenho da administração pública e dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos.”

Ademais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência foi erigido a norma constitucional. Por conseguinte, compete também ao Tribunal verificar se as entidades sujeitas ao seu poder controlador atuam de forma eficiente. Aduzo que o art. 71, IV, da Constituição Federal expressamente conferiu ao Tribunal competência para realizar auditoria de natureza operacional, cujo objetivo vai muito além do mero exame da regularidade contábil, orçamentária e financeira. Essa auditoria intenta verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade, consoante estabelecidos em lei. Assim, examina-se a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.

O Tribunal realiza auditoria operacional nas agências visando a verificar se estão sendo atingidas as finalidades daquelas autarquias, o que abrange avaliar o cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora. Dessa forma, impõe-se ao TCU fiscalizar a execução dos contratos de concessão. Uma análise superficial identificaria redundância das esferas de controle, visto que uma das atribuições das agências é exatamente fiscalizar os contratos de concessão e de permissão e os atos de autorização de serviços públicos.

Entretanto, reitero que o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, buscando identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos. Deve a Corte de Contas, no desempenho de sua competência constitucional, atestar a correção da execução destes contratos. Ressalte-se, todavia, que esta ação não visa a controlar a empresa concessionária em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados.

Deve-se ter em mente, nessa nova concepção de Estado e de controle, que o objetivo maior a ser buscado é a prestação eficiente de serviços públicos, cabendo ao Tribunal contribuir para o atingimento desse nível de excelência.

Em face de todas essas considerações, cabe delimitar o alcance dos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, óticas sob as quais o TCU tem o dever de controle sobre as agências reguladoras.

6.3 Princípio da Legalidade

No que toca à Administração Pública, o princípio da legalidade significa que só se pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina. Em função disso, o princípio da legalidade é, por excelência, o principal fator restritivo da discricionariedade da administração pública, inclusive por parte das agências reguladoras.

Como acentua Moraes (2002b p. 781), o tradicional princípio da legalidade implica que o administrador público somente pode fazer o que está expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, não havendo incidência de sua vontade subjetiva, dado que na administração pública somente é permitido fazer o que a lei autoriza. Nessa linha, salienta o autor:

Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.

A propósito do tema, o princípio da legalidade, segundo Pazzaglini Filho (2000, p. 50), “determina a sujeição do agente à norma jurídica, ao regramento normativo geral e aos demais princípios constitucionais (somente pode atuar em conformidade com o Direito)”.

6.4 Princípio da Legitimidade

O controle sob a ótica da legitimidade, consoante entendimento de Nagel (1997, p. 32), significa:

“não apenas a conformidade do ato às prescrições legais, mas também o atendimento aos princípios e fins da norma jurídica e, em tese, da moralidade e da finalidade

pública, ou seja, a despesa pública para ser legítima precisa estar direcionada no sentido da concretização do bem comum”.

A Administração Pública está vinculada à legalidade, “que nada mais é que uma legitimidade positivada”, “o interesse público legislado”, e à legitimidade, “o interesse público não legislado”, “naquilo que não foi ou não pôde ser positivado”, sendo a legitimidade “a conformidade do agir do Estado ao interesse público recolhido pelos instrumentos juspolíticos da democracia” (MOREIRA NETO, 1991, p. 15, 17 e 21).

Nesse sentir, Moreira Neto (1991, p. 7-8) destaca que a captação política dos interesses da sociedade define a legitimidade, que é muito mais ampla do que a legalidade, tendo em vista a impossibilidade de a lei definir, exaustivamente, todas as hipóteses de interesse público.

Torres (1994, p. 269), dissertando sobre o tema, ressalta que o aspecto da legitimidade engloba todos os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, “derivados da idéia de segurança ou de justiça, que simultaneamente são princípios informativos do controle”. Ressalta, ainda, que:

O controle da legitimidade é o que se exerce sobre a legalidade e a economicidade da execução financeira e orçamentária. As finanças públicas no Estado social de direito, que, ao contrário do Estado guarda-noturno ou do Estado liberal do século passado, tem a sua dimensão intervencionista e assistencialista, não se abrem apenas para a tomada de contas ou para o exame formal de legalidade, senão que exigem também o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico.

Também em arrimo à sua tese, sustenta Torres (1994, p. 269-270):

Indubitável que a novidade constitucional do controle do aspecto da legitimidade significa abertura para a política. Entenda-se: não para a política partidária, nem para a pura atividade política ou discricionária, mas para a política fiscal, financeira e econômica. O intervencionismo e a ampliação do papel do Estado atual acarretam a necessidade das decisões políticas, da implementação de políticas e do aperfeiçoamento da política do bem-estar (“public policy, public purpose”), seja na via da elaboração dos planos e do orçamento, seja no momento posterior do controle de sua execução, que não pode deixar de ser político, finalístico, valorativo e balizado constitucionalmente pelos princípios financeiros. O aspecto político do controle se estende também ao Tribunal de Contas, que, sobre exercer fiscalização idêntica à do Congresso quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira, precisa dotar as suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla, sem, todavia, substituir as decisões da política econômica pelas suas preferências. Há que se distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos públicos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a nova estrutura democrática do País.

Sobre o assunto, Silva, J. (1996, p. 683) alerta que o controle de legitimidade, constitucionalmente previsto, por ser diverso do de legalidade, parece “admitir exame de

mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como atender a ordem de prioridade estabelecida no plano plurianual”.

A seu turno, em linha de convergência com os posicionamentos expostos, Moreira Neto (2001, p. 17) acentua:

(...) a gestão fiscal pública se vai tornando, cada vez mais intensamente, a necessária, obrigatória e transparente expressão financeira de políticas públicas legítimas, portanto, consentidas e subsidiárias, que devem, por isso, prever riscos fiscais, e no desempenho das quais, os agentes políticos e administrativos devem atuar com qualidades de prudência, responsabilidade e responsividade, tudo incorporado à ordem jurídica do País pela Lei Complementar n.º 101/2000, já referida. Abrem-se, assim, para todos os órgãos de contas, amplas e fascinantes fronteiras no novo e delicado, mas superiormente concebido, controle fiscal da legitimidade, que se inaugura.

Por derradeiro, e na mesma direção, que é a de realização da legitimidade democrática nas finanças públicas, o parágrafo único [do artigo 70 da Constituição Federal], ao estender a atuação do Tribunal de Contas a toda a sociedade (pessoas físicas e pessoas privadas em geral) já seria um preceito suficientemente incisivo para desqualificar qualquer limitação exegética que ainda o pretendesse reduzir a uma atuação meramente interna e subordinada, de controle de legalidade.

Aragão (2003, p. 362) salienta que as agências reguladoras devem observância às políticas públicas traçadas na Constituição, às políticas preconizadas nas respectivas leis setoriais e às políticas do Governo para o setor.

A propósito, conforme magistério de Torres (1994, p. 270), a legitimidade popular para deflagrar o processo de controle externo, nos termos do artigo 74, § 2º, da Constituição Federal, dá legitimidade política ao Tribunal de Contas para exercer o controle.

A discussão sobre a legitimidade, quer em relação à função regulatória, quer em relação ao controle das despesas, está na ordem do dia. Por oportuno, convém reproduzir excerto da Exposição de Motivos, de autoria do Poder Executivo, que precede o multicitado Projeto de Lei n.º 3337/2004 (grifos não são do original):

4. Conquanto este último aspecto não seja objeto deste projeto de lei, eis que seu encaminhamento demandará a promulgação de uma emenda constitucional, a falta de controle social é, certamente, a fonte maior das preocupações e dificuldades que demandam soluções por meio de alteração no marco legal das Agências Reguladoras. Nesse sentido, são propostos importantes aperfeiçoamentos no modelo adotado, instituindo-se maior rigor na delimitação de seus poderes; controle mais eficaz de suas atuações pelos órgãos especializados do Congresso; e, por fim, **ampliando-se a legitimidade do exercício da função regulatória pelas Agências Reguladoras**, de sorte a evitar que elas, pelo excessivo grau de insulamento, possam tornar-se facilmente capturáveis, ou que se distanciem do objetivo maior de atender ao interesse público e dos consumidores e usuários.

(...)

13. O desenvolvimento de instrumentos de controle social das Agências é um avanço imprescindível para o bom funcionamento do modelo, na medida em que esse controle atua como **elemento de legitimidade** e eficiência **na ação regulatória**. Nesse sentido, a experiência internacional indica que o

desenvolvimento de reguladores independentes deve ser balanceado por mecanismos mais eficientes de controle social e de prestação de contas. É na ampliação desses instrumentos que se concentra a maior inovação do projeto de lei. São instituídos, estendidos ou ampliados os mecanismos de controle, responsabilização e transparência como consulta pública, apresentação de relatórios anuais ao Ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional, obrigatoriedade do contrato de gestão entre o Ministério e a Agência, e criação de Ouvidorias em todas as Agências Reguladoras. Assim é que o projeto de lei reserva o Capítulo I para o processo decisório das Agências, nele prevendo: a) a decisão colegiada, em regra, como forma de respaldar as decisões do regulador (art. 3º); b) obrigação, para todas as Agências, de realizar consulta pública, além da necessidade de ampla divulgação dos resultados da consulta e audiência pública realizadas (arts. 4º e 7º); e c) direito das associações de defesa do consumidor/usuário de indicarem até três representantes especializados para acompanhar os processos de consulta pública, custeados dentro das disponibilidades orçamentárias pela própria Agência (art. 4º, § 5º).

6.5 Princípio da economicidade

Silva, J. (1996, p. 683) entende que o controle de economicidade envolve questão de mérito, “para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício”.

Para Nagel (1997, p. 32), o controle da economicidade tem por objetivo:

aferir a relação entre o custo e o benefício das atividades e resultados obtidos pelos administradores na gestão orçamentária, financeira e patrimonial, pelos aspectos da eficiência e eficácia e à luz de critérios ou parâmetros de desempenho.

As agências reguladoras submetem-se à Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar n.º 101/2000), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Carta Política.

Nos termos do artigo 1º, § 1º, da LRF, a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante, dentre outros mecanismos, o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições de ordens várias.

Neste ensejo, referindo-se ao alcance que o controle deve ter, vale trazer a lume as lúcidas palavras de Santos (1997, p. 24):

A nossa experiência tem revelado que fraude e corrupção no serviço público estão invariavelmente associadas a um mal ainda maior: o desperdício. O descaso para com a coisa pública cria um ambiente fértil para o extravio de recursos, seja ele doloso ou não. Por isso, é fundamental que os sistemas de controle saiam da esfera da simples apreciação da legalidade, da observação das formalidades, e alcancem a esfera da economicidade, da eficiência e da eficácia da ação dos administradores públicos. Impõe-se que o setor público seja cobrado por abusos de custos, por desperdícios, e não apenas por desvios comportamentais.

No alto de seu magistério, Torres (1994, p. 267), tratando da matéria em vértice, assera que “o controle da economicidade entende com o exame e fiscalização material da execução orçamentária, em contraponto com o formal, que é o da legalidade”, destacando que “o conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça”.

Nesse desiderato, convém ter presente, ainda, a lição do mestre (TORRES, 1994, p. 267):

Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. Transcende o mero controle da economia de gastos, entendida como aperto ou diminuição de despesa, pois abrange também a receita, na qual aparece como efetividade na realização das entradas orçamentárias. É, sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas. O controle da economicidade, relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, inspira-se no princípio do custo/benefício, subordinado à idéia de justiça, que deve prevalecer no fornecimento de bens e serviços públicos. Com efeito, o princípio do custo/benefício significa que deve haver adequação entre receita e despesa, de modo que o cidadão não seja obrigado a fazer maior sacrifício e pagar mais impostos para obter bens e serviços que estão disponíveis no mercado a menor preço; as correntes teóricas americanas da “new public finance” e da “public choice” vêm desenvolvendo esses aspectos, que se projetaram para o tema do controle de contas.

Expondo, de forma didática, o assunto, Bugarin, em linha de concordância com esses entendimentos, ressalta que a atuação do TCU tende, cada vez mais, a uma avaliação qualitativa dos gastos públicos, sendo que o princípio da economicidade constitui “parâmetro de natureza essencialmente gerencial, intrínseco à noção de eficiência, eficácia e efetividade” (1998, p. 41). Para Bugarin (1998, p. 44), o princípio da economicidade harmoniza-se integral e complementarmente com o recém-introduzido princípio constitucional da eficiência, previsto no artigo 37, “caput”, da Lei Maior.

Nesse diapasão, Bugarin (2004, p. 210) destaca, adicionalmente:

No que tange às suas dimensões significativas, o vocábulo economicidade se vincula, finalisticamente, no plano da ciência econômica e da teoria geral da administração, à idéia fundamental de desempenho qualitativo. Qualifica-se, nesse plano, como a obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico.

Socorrendo-se dos ensinamentos de Bento José Bugarin, Paulo Bugarin (2001, p. 45) preleciona que “o conceito de eficiência se faz equivalente ao de economicidade na medida em que expressa a racionalidade com que é feita a seleção e alocação de recursos econômicos aos processos produtivos”.

Sistematicamente, analisando a missão institucional do TCU, Bugarin (1998, p. 45)

predica:

(...) infere-se que o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza o ente político-administrativo encarregado do específico e peculiar a fazer hermenêutico constitucional – “in casu”, o TCU -, ao exame, “pari passu”, dos elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos “vis -à-vis” o conjunto objetivo dos resultados alcançáveis, qualificando-os, efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, deste modo, a despesa pública antieconômica e a conseqüente perpetração do, muitas vezes irremediável, prejuízo social.

7 AUDITORIA DE NATUREZA OPERACIONAL

A auditoria de natureza operacional, prevista no artigo 71, inciso IV, da Constituição-Cidadã, é o principal fundamento apontado pelos defensores da possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem controle sobre as atividades-fim e sobre os atos discricionários das agências reguladoras. Nesta senda, mostram-se oportunas algumas considerações acerca dessa modalidade de auditoria.

De pronto, ressalte-se que a literatura jurídica brasileira não oferece muitos subsídios para estudo do tema. Em função disso, é preciso buscar juntos aos próprios órgãos de controle a disciplina desse instituto, buscando esclarecer sua natureza jurídica, seu escopo e sua área de abrangência.

Ao proceder à classificação das modalidades de auditoria, o Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, aprovado por meio da Instrução Normativa n.º 1/2001, originária da Secretaria Federal de Controle Interno, à época vinculada ao Ministério da Fazenda, prevê que a auditoria operacional

consiste em avaliar as ações gerenciais e os procedimentos relacionados ao processo operacional, ou parte dele, das unidades ou entidades da administração pública federal, programas de governo, projetos, atividades, ou segmentos destes, com a finalidade de emitir uma opinião sobre a gestão quanto aos aspectos da eficiência, eficácia e economicidade, procurando auxiliar a administração na gerência e nos resultados, por meio de recomendações, que visem aprimorar os procedimentos, melhorar os controles e aumentar a responsabilidade gerencial. Este tipo de procedimento auditorial consiste numa atividade de assessoramento ao gestor público, com vistas a aprimorar as práticas dos atos e fatos administrativos, sendo desenvolvida de forma tempestiva no contexto do setor público, atuando sobre a gestão, seus programas governamentais e sistemas informatizados.

Aprovado por meio da Portaria n.º 144, de 10.7.2000, o Manual de Auditoria de Natureza Operacional, editado no âmbito do TCU, preceitua que a auditoria de natureza operacional, abrangendo a auditoria de desempenho operacional e a avaliação de programa, consiste “na avaliação sistemática dos programas, projetos, atividades e sistemas governamentais, assim como dos órgãos e entidades jurisdicionadas ao Tribunal”. Prevê, também, que “o objetivo da auditoria de desempenho operacional é examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, enquanto a avaliação de programa busca examinar a efetividade dos programas e projetos governamentais” (2000, p. 15).

O foco principal da auditoria de desempenho operacional encerra, dentre outros, os aspectos que se seguem, consoante previsto no citado Manual:

- a) formas de aquisição, proteção e utilização, pelos órgãos e pelas entidades públicas, de seus recursos;
- b) causas de práticas antieconômicas e ineficientes;
- c) cumprimento das metas previstas;
- d) obediência aos dispositivos legais aplicáveis aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia da gestão.

Atinentes à auditoria de desempenho operacional, esses aspectos sintetizam 3 (três) tipos de abordagem, quais sejam, análise da estratégia organizacional, análise da gestão e análise dos procedimentos operacionais do órgão/entidade, voltados ao exame dos processos de trabalho, nos termos do quadro em anexo (MANUAL, 2000, p. 16-17).

Análise da Estratégia Organizacional	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Cumprimento da missão definida em lei; ▪ Adequação dos objetivos estratégicos às prioridades de Governo; ▪ Identificação dos principais produtos, indicadores de desempenho e metas organizacionais; ▪ Identificação dos pontos fortes e fracos da organização, e das oportunidades e ameaças ao desenvolvimento organizacional; ▪ Existência de superposição e duplicação de funções.
Análise da Gestão	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Adequação da estrutura organizacional aos objetivos do órgão ou entidade; ▪ Existência de sistemas de controle adequados, destinados a monitorar, com base em indicadores de desempenho válidos e confiáveis, aspectos ligados à economicidade, à eficiência e à eficácia; ▪ Uso adequado dos recursos humanos, instalações e equipamentos voltados para a produção e prestação de bens e serviços na proporção, qualidade e prazo requeridos; ▪ Extensão do cumprimento das metas previstas pela administração ou legislação pertinente.
Análise dos Procedimentos Operacionais	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Existência de rotinas e procedimentos de trabalho documentados e atualizados; ▪ Cumprimento das práticas recomendadas pela legislação para aquisição de bens e de serviços; ▪ Adequação das aquisições no que se refere aos prazos, à quantidade, ao tipo, à qualidade e aos preços; ▪ Guarda e manutenção dos bens móveis e imóveis.

Quadro 6 - Auditoria de Desempenho Operacional – Principais Aspectos
 Fonte: Manual de Auditoria de Natureza Operacional do TCU

De outra parte, a avaliação de programa, buscando apurar “em que medida as ações implementadas lograram produzir os efeitos pretendidos pela administração” (MANUAL,

2000, p. 17), destaca, em especial, os aspectos adiante identificados (MANUAL, 2000, p. 18).

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ Concepção lógica; ▪ Adequação e relevância de seus objetivos, declarados ou não, e consistência entre esses e as necessidades previamente identificadas; ▪ Consistência entre as ações desenvolvidas e os objetivos estabelecidos; ▪ Conseqüências globais para a sociedade; ▪ Relação de causalidade entre efeitos observados e política proposta; ▪ Fatores inibidores do seu desempenho; ▪ Qualidade dos efeitos alcançados; ▪ Existência de outras alternativas de ação, consideradas ou não pela administração, e os respectivos custos envolvidos (análise de custo-efetividade); ▪ Cumprimento de dispositivos legais aplicáveis à sua natureza, aos seus objetivos e à população-alvo. |
|--|

Quadro 7 - Avaliação de Programa – Principais Aspectos
 Fonte: Manual de Auditoria de Natureza Operacional do TCU

O Projeto de Lei n.º 3337/2004, que versa sobre as agências reguladoras, contém dispositivos disciplinando a celebração, pelas agências reguladoras, de contrato de gestão e de desempenho com o Ministério ao qual estiverem vinculadas, a teor do § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, dispondo que o contrato será o instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da agência reguladora, devendo ser juntado à respectiva prestação de contas da agência e do Ministério ao qual estiver vinculada, nos termos do artigo 9º da Lei n.º 8.443/1992. O contrato, segundo o projeto, servirá, no âmbito do TCU, de peça de referência em auditoria operacional (artigo 9º, §§ 3º e 5º).

Barzelay (2002, p. 35) defende que “as principais medidas de mérito embutidas no conceito de auditoria de desempenho são a economia, a eficiência e a efetividade”, referindo-se a economia à eliminação dos desperdícios de insumos; a eficiência, à otimização dos processos de transformação de insumos em produtos; e a efetividade, a influenciar positivamente o impacto por meio da geração de produtos. Nesse cenário, entende que a idéia subjacente às auditorias de desempenho é que “as organizações devem ser responsabilizadas pelos resultados de sua atuação mais do que pela sua forma de funcionamento” (BARZELAY, 2002, p. 36).

Nesse sentir, Rocha (1998, p. 39-40) salienta que, em face da Constituição Federal de 1988, que prevê a realização de auditoria operacional e de resultados, a análise das políticas governamentais tornou-se obrigatória para o sistema Tribunais de Contas.

Em outra linha de raciocínio, Bucci (2002, p. 280) chega a conclusão semelhante, no sentido de que os controles dos Tribunais de Contas, a exemplo dos controles do Ministério

Público e do Poder Legislativo, devem enfatizar o aspecto material da atividade administrativa:

1ª) O direito administrativo brasileiro, compreendido tanto como campo legislativo quanto como área da ciência jurídica, deve reaproximar-se da ciência da administração e suas áreas afins, o que deve ter o efeito de clarificar o seu objetivo e reduzir o formalismo vazio, com vista à efetividade dos princípios e do ordenamento do direito público.

2ª) O elemento político, não no sentido partidário, mas no sentido da relação da comunidade com o poder, presente no cotidiano da vida governativa e administrativa, deve ser reconhecido pela prática do direito administrativo, tanto no processo de definição do interesse público, como na sua execução, o que constitui o campo de atuação de uma política pública.

3ª) Os controles posteriores sobre a atividade administrativa, sejam os do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, do Poder Legislativo, devem enfatizar o aspecto material dessa atividade, tomando por base o processo de formação do interesse público mencionado na conclusão anterior e o compromisso da Administração Pública, enquanto sujeito de direitos e obrigações, com esse processo.

8 A POSSIBILIDADE, OU NÃO, DE SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE DO ADMINISTRADOR

Cogita-se, em sede doutrinária e jurisprudencial, acerca da legalidade da substituição, seja pelo Judiciário ou pelos órgãos de controle, da escolha do administrador, ou seja, se seria ou não insindicável o mérito administrativo, se haveria ofensa ao princípio da tripartição dos Poderes, princípio angular do Estado Democrático de Direito.

Moreira Neto (1991, p. 56-57) entende não ser possível a substituição das opções administrativas, mas salienta que remanesce o dever de não se permitir que essas opções se façam com violação da lei, ainda que indireta. Salienta o autor que o que se sujeita à apreciação judiciária não é a discricionariedade em si, “mas o resultado de seu exercício e, ainda assim, no que exorbitou dos limites da ordem jurídica” (MOREIRA NETO, 1991, p. 60).

Concluindo sua linha de argumentação, Moreira Neto (2001, p. 62-63) aduz:

O Judiciário pode, assim, anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário.

O que se defere ao Judiciário é, portanto, uma tarefa que é, por definição, materialmente sua – o controle de legalidade – um poder-dever que lhe é próprio.

O controle dos limites, aqui preconizado, não é, portanto, a negação da discricionariedade nem, tampouco, a substituição do administrador pelo juiz, se não que, ao contrário, é seu reforço, pela precisão, com que beneficia o instituto e o sistema, e pela segurança com que brinda ao administrado, em última análise, origem e destinatário da ordem jurídica.

A sindicabilidade jurisdicional não reside na reavaliação do mérito, como poderia parecer aos que se encastelam em ultrapassados preconceitos doutrinários, mas na verificação de sua conformidade a esses limites: o Judiciário não examina o mérito em si mas no que o exorbita.

Tampouco redefine, o Judiciário, pelo exercício do controle, o interesse público. Este cabe ser definido pelo Legislativo e, residualmente, pela Administração. Mas o juiz parte do interesse público já definido e integrante da lei, que necessariamente há de estabelecer competência e finalidade para a prática dos atos administrativos.

Neste passo, Pazzagli Filho (2000, p. 115) também enfrenta a matéria, destacando:

(...) se o fato, o ato ou contrato administrativo, procedente do juízo ou da decisão discricionária do agente público, admitir algumas soluções corretas e, portanto, legítimas, e a escolhida revelar-se razoável ou eficiente na situação concreta, não pode o Juiz eleger outra do elenco das soluções corretas para o caso em julgamento que, segundo sua apreciação subjetiva, sua pauta de valores pessoais, seria mais adequada do que a adotada pela Administração Pública para atingir a finalidade legal. Se tal procedimento judicial fosse permitido, haveria a metamorfose do juiz

em administrador substituto e, por conseguinte, a submissão da Administração Pública ao indevido discricionarismo do Poder Judiciário, o que é atentatório ao sistema normativo e à própria tripartição constitucional dos poderes públicos.

Então, havendo, em um caso concreto submetido ao crivo do Judiciário, mais de uma solução correta e, sendo inviável, mediante aplicação dos princípios constitucionais e, pois, por meio de critérios da legalidade, conhecer a única correta ou legítima ao caso em exame, tem que prevalecer a medida que o agente público, segundo o seu juízo discricionário, reputou a mais conveniente e oportuna ou, utilizando-se os parâmetros modernos, recepcionados pela Carta Magna, a mais eficiente e razoável para o caso em exame. É apenas nessa circunstância que a decisão do agente público não pode ser modificada pelo Poder Judiciário. É unicamente nessa esfera que reside a liberdade administrativa insindiacável, o espaço livre de apreciação do agente público, não sujeito à revisão jurisdicional.

Por seu turno, Marques Neto (2002, p. 463) sustenta que a tripartição de Poderes não pode ser adotada como anteparo a fim de evitar qualquer tipo de controle, dentre outros motivos porque a Lei n.º 4.717/1965 – Lei de Ação Popular – “preconiza a possibilidade de anulação de atos administrativos por vício de finalidade, inexistência de motivo ou desvio de finalidade, elementos que levam, necessariamente, à apreciação da margem de discricionariedade”.

A jurisprudência sobre o tema é oscilante. Há, todavia, julgados recentes que admitem a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na apreciação da oportunidade e da conveniência do ato administrativo. A título de exemplo, cabe mencionar 2 (dois) precedentes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (RESP n.º 493811/SP e 429570/GO, Decisões de 11.11.2003), cujas ementas bem ilustram a matéria:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e de oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso Especial provido”.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e à oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e de oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso Especial provido”.

Sobre o alcance da fiscalização levada a efeito pela Corte Federal de Contas, cabe trazer à baila excerto de proposta de deliberação formulada pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa, e acolhida pelo Pleno do TCU, em sede recursal, no bojo de processo de inspeção realizada na sociedade de economia mista Furnas Centrais Elétricas S/A, que resultou, entre outras medidas, em determinações à Agência Nacional de Energia Elétrica (TC-006.862/2003-9, Acórdão n.º 382/2004 - Plenário, *in* Ata n.º 11):

2. Como salientado no Relatório “supra”, o recurso em questão foi interposto em face do Acórdão 1456/2003 - Plenário - TCU, por meio do qual este Colegiado, entre outras providências, efetuou determinação à Aneel (subitem 9.1.1), no sentido de que fizesse constar nos editais de licitação de concessão de linhas de transmissão a obrigatoriedade de disponibilização de todos os equipamentos necessários à boa e regular operação do sistema, em especial os reatores reservas e sistemas de proteção contra incêndio.

3. A questão levantada pelo recorrente no sentido de que o TCU teria exorbitado de sua competência deve ser desde logo afastada. Como consignou o Analista da Serur, o Tribunal detém a prerrogativa de realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 71, IV, da Constituição Federal de 1988). O art. 70 estabelece que o Controle Externo - a ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU (art. 71, caput) - compreende, entre outros, os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade.

4. Portanto, a competência constitucional do TCU vai bastante além da mera fiscalização de legalidade dos atos e contratos públicos, cabendo-lhe, ainda, expedir determinações relativamente a aspectos que, embora não constituam infração à norma legal “prima facie”, possam repercutir de forma negativa na efetiva prestação dos serviços públicos, matéria de que se trata neste processo.

5. No tocante à determinação objeto do subitem 9.1.1, “supra”, o recorrente sustenta que, no âmbito dos editais de licitação, são previstos quatro relatórios, quais sejam de viabilidade econômico-financeira, de detalhamento das alternativas existentes, sócio-ambiental e, o último, que caracteriza a rede já existente - cf. item 17 do Relatório.

6. Consoante restou patente, a partir das informações do recorrente e dos motivos aduzidos pelo Analista da Serur, a filosofia adotada pela Aneel - na seleção de empresas para prestação de serviços de transmissão de energia elétrica - consiste em

sistemática de aplicação de pesadas multas ao contratado em caso de interrupção dos serviços contratados.

7. Pode-se aceitar que esse critério - de aplicação de multas -, e que naturalmente induz os contratados a se cercarem de todas as precauções operacionais com vistas a evitar interrupções de fornecimento de energia, seja mais eficiente do que se tentar, aprioristicamente, estabelecer uma série de equipamentos e procedimentos necessários à prevenção dessas falhas.

8. Além disso, essas especificações técnicas mínimas a serem exigidas dos licitantes e necessárias às ditas contratações deveriam ir bastante além da exigência de equipamento de segurança, reatores reservas e sistemas de proteção contra incêndio.

9. Ante o exposto, estou de acordo com a proposta da Serur no sentido de que o Tribunal torne sem efeito a referida determinação.

No caso, o TCU, embora tenha reafirmado sua competência, reconheceu, ante os motivos expostos pela recorrente - Aneel -, a impertinência da determinação que fora formulada, visto que, no exercício do poder discricionário que lhe cabe, a agência reguladora, em vez de definir, nos editais de licitação, especificações técnicas exaustivas, necessárias à boa e regular operação do sistema, optou por estabelecer, nos contratos de concessão, pesadas multas para situações em que as instalações de transmissão fiquem indisponíveis, medida que foi considerada, pelo Relator *ad quem*, “mais eficiente do que se tentar, aprioristicamente, estabelecer uma série de equipamentos e procedimentos necessários à prevenção dessas falhas”, quais sejam, interrupções de fornecimento de energia (item 7 da transcrição, *supra*).

Outro julgado interessante e que merece referência no presente estudo, pelo fato de tratar especificamente da questão da possibilidade, ou não, de substituição da vontade do administrador, diz respeito à consulta formulada pela Ex.^{ma} Ministra de Estado de Minas e Energia, Sr.^a Dilma Vana Rousseff, acerca da interpretação da Decisão n.º 150/2001 – TCU – Plenário, no que tange à prorrogação de prazo da fase de exploração dos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural firmados entre a Agência Nacional do Petróleo - ANP e a Petróleo Brasileiro S.A - Petrobras e parceiras, no âmbito da denominada “Rodada Zero”.

Na ocasião, o Relator do processo, Ministro Walton Alencar Rodrigues, ficou vencido na preliminar, em que se manifestava pelo não-conhecimento da consulta, por versar sobre caso concreto, fato impeditivo da admissibilidade (artigo 265 do Regimento Interno/TCU). Relativamente ao tema em debate, posicionou-se nos seguintes termos, consoante Voto (preliminar) dos Acórdãos 934 e 935/2004, proferidos nos autos do TC-003.995/2004-0:

Ademais, nos termos expressos da Lei 9.478/1997, o órgão expressamente dotado de competências para a solução da questão e prática do ato administrativo é a Agência Nacional do Petróleo. Há, portanto, omissão, perfeitamente caracterizada, por parte da ANP, com relação à ausência de provimento acerca da questão da prorrogação das concessões desejadas pela Petrobrás, passível de causar graves danos ao País.

Com o pretendido pronunciamento do TCU, em face da questão suscitada, estaria o Controle se substituindo à autoridade administrativa competente, no caso, a Agência Nacional do Petróleo, autarquia especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, incumbida legalmente de regular as atividades econômicas derivadas da exploração do petróleo, com a prática dos atos requeridos.

A competência da ANP é inequívoca e pode ser exercida a qualquer momento, nada havendo que lhe obste, nos termos do citado diploma, o regular funcionamento.

Esclarecesse o TCU a solução que deve ser adotada pela ANP, em face do caso concretamente delineado, pela via irregular da consulta, estaria a arrogar-se poderes que constitucionalmente não tem, uma vez que a sua decisão estaria a vincular a autoridade administrativa competente, inibida de atuar em outra direção, mesmo em face de suas convicções quanto ao mérito do ato e à pertinente interpretação da legislação em vigor.

O órgão de controle deixaria de sobrepor-se à autoridade, num controle “a posteriori”, para a ela se substituir, num controle prévio que, formalmente, mediante consulta, é descabido. O sistema de controle, previsto na Constituição Federal, apenas legitimamente funciona quando a Administração pratica o ato e o TCU lhe afere a legitimidade, concomitante ou posteriormente. Se o TCU passa a ditar os rumos da Administração, numa franca inversão de competências, sua principal atividade - o controle externo - está fadada ao fracasso.

Num momento em que a competência do Tribunal de Contas da União vem sendo sistematicamente questionada, em razão de decisões de graves repercussões na área da regulação, cabe reafirmar, uma vez mais, que sua atuação atém-se estritamente aos limites traçados pela Constituição da República e pelas leis do País.

Limita-se o TCU a verificar a conformidade da atuação da agência reguladora com os ditames legais e os contratos validamente firmados, corrigindo-lhe eventuais desvios. Essa atuação ocorre sempre que necessária e nunca transbordou para a prática de atos concretos, ou para a invasão da esfera de discricionariedade própria do órgão regulador.

Na verdade, a prática do ato administrativo concreto deve ocorrer na forma da lei, pela autoridade competente, com a exposição detalhada de todos os seus fundamentos, donde deriva a exata conformação dos motivos e pressupostos de fato com os princípios constitucionais e legais em vigor.

Essa circunstância corrobora, mais uma vez, a impossibilidade de responder à consulta, pois a solução da questão demanda a análise de elementos concretos, atinentes à salvaguarda dos atos adotados pelas concessionárias.

Pertinente, também, a formulação de determinação à ANP, no sentido de que proceda ao exame da questão, concedendo ou negando as pretensões à luz dos princípios constitucionais e legais em vigor e dos contratos legitimamente celebrados, fixando-lhe prazo adequado para o cumprimento da providência.

Paralelamente, a Sefid [Secretaria de Fiscalização de Desestatização, unidade técnica do TCU] deverá instaurar processo tendente ao concomitante monitoramento das decisões adotadas pela Agência Nacional do Petróleo, na forma do art. 243 do Regimento Interno do TCU, com vistas à verificação da regularidade do

encaminhamento dado aos planos de avaliação de descobertas, nas áreas relativas aos blocos incluídos na denominada “Rodada Zero”.

Nessa fiscalização, a Sefid deverá verificar se a ANP ponderou, no caso concreto, em cada um dos “Planos de Avaliação de Descobertas”, a prática de atos ou investimentos que mereçam ser preservados à luz do interesse público, isto é, se os planos de avaliação são críveis e factíveis. Não se admitirá que a Agência, sob o argumento genérico da segurança jurídica, aprove indiscriminadamente os planos de avaliação já apresentados, sob pena de violação da norma e dos objetivos por ela visados. Por isso, deverá verificar se a ANP efetuou completa e rigorosa reavaliação de todos os planos já submetidos, tendo em vista a defasagem temporal entre a apresentação desses planos e o momento presente, para que esse instrumento não sirva unicamente como meio de burla aos prazos legal e contratualmente previstos.

Dessa forma, Voto no sentido de que o Tribunal de Contas da União não conheça da presente consulta e aprove o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

A preliminar foi superada, tendo o TCU conhecido a consulta, em caráter excepcional, considerando-se, em síntese, além da relevância da matéria, que não envolvia, diretamente, o exame de cada um dos contratos de concessão firmados entre a ANP e a Petrobras, e respondido à consulente que “os prazos das fases de vigência dos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural firmados pela ANP, no âmbito da ‘Rodada Zero’, admitem prorrogação para fins de estudo (avaliação) sobre a comercialidade de descobertas próximas ao final da fase de exploração, nos exatos termos da cláusula 5.1.2., alínea ‘c’, constante nos termos aditivos dos referidos contratos”.

Por todas essas considerações, é de se concluir, primeiramente, por óbvio, que não cabe ao TCU, em primeira mão, tomar decisões no lugar da agência reguladora, substituindo-a. Num segundo momento, pode-se inferir que, em face de um leque de soluções legais, legítimas, eficientes e econômicas, uma vez adotada, pela agência, qualquer uma delas, não cabe interferência do TCU. Contudo, em havendo soluções que se mostrem mais viáveis, deve o TCU perquirir o porquê da opção escolhida e, observado o devido processo legal, formular determinação a respeito e assinar prazo para adoção das providências cabíveis, se for o caso.

9 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE E A JURISPRUDÊNCIA DO TCU SOBRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA

A má regulação, a regulação inadequada e a ausência de regulação, além de conseqüências danosas à economia e à sociedade como um todo, entre outros segmentos (social, político, financeiro, etc.), podem acarretar vultosos prejuízos ao Tesouro.

A vertente econômica do modelo de regulação inclui os aspectos relativos ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público.

Sob esse *prima*, o controle, pelo TCU, da atividade regulatória tem sua razão de ser, adicionalmente aos aspectos ressaltados na parte introdutória do presente estudo⁶, nos possíveis reflexos sobre os cofres do poder concedente, seja por força da obrigatoriedade de manutenção do aludido equilíbrio contratual, por exemplo, seja por força da eventual responsabilidade civil do Estado, no caso de dano decorrente da execução do serviço concedido, dentre outras hipóteses.

A delegação da prestação do serviço público não envolve a transferência da titularidade do serviço, vale dizer, não afeta o núcleo das competências públicas. O que se transfere é a “competência para desempenho das atividades materiais atinentes ao serviço público” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 97), de sorte que o concessionário passa a ser o gestor do serviço, tendo o direito de administrar a atividade em seu próprio nome, embora não seja o titular.

A titularidade estatal sobre os serviços públicos tem assento constitucional. Nesse sentido, conforme mencionado anteriormente, o Constituinte Originário, mediante o artigo 175 da Carta Política, dispôs incumbir ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A título de ilustração, dada a materialidade dos recursos financeiros envolvidos, convém sintetizar, em breves linhas, à luz do inteiro teor do acórdão disponibilizado na internet, as principais ocorrências afetas à disputa judicial envolvendo a Viação Aérea Rio-Grandense S/A - Varig e a União Federal, objeto, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF/1ª Região, da Apelação Cível n.º 96.01.11458-0/DF, nos termos do

⁶ No cenário nacional, destacam-se as agências reguladoras, no âmbito da Administração Pública, em razão de sua forte influência na atração de investimentos; na expansão da oferta e na melhoria de serviços e produtos regulados, assim como nos preços praticados nesses mercados (CNI, 2004, p. 23).

Relatório aduzido pela Ex.^{ma} Juíza Eliana Calmon, então Desembargadora Federal, que presidiu a relatoria do processo:

a) a Varig, em fevereiro/1993, alegando ser concessionária de serviços públicos de transporte aéreo regular, ajuizou ação ordinária de indenização contra a União, tendo como objetivo o restabelecimento do equilíbrio do contrato de concessão, com o ressarcimento dos prejuízos suportados em decorrência do congelamento das tarifas, haja vista a quebra da equação econômica, a partir do arrocho provocado pelo Plano Cruzado, até janeiro/1992, quando ocorreu a liberação dos preços;

b) a demanda foi interposta com amparo na doutrina e no contrato firmado, cujo cláusula XI, parágrafo único, rezava que “as tarifas a serem aplicadas deverão ser fixadas pelo DAC [Departamento de Aviação Civil, do Ministério da Aeronáutica], tendo em vista os fatores de custo, para ser economicamente viável a operação, e, tanto quanto possível, as condições da região servida pelas linhas, de forma que o intercâmbio comercial dos produtos dessa região e dos artigos de seu consumo básico seja progressivamente aumentado em benefício da região”;

c) a companhia aérea pleiteou que a indenização fosse capaz de cobrir os prejuízos sofridos pela autora, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes, devidamente corrigidos, incidindo juros de mercado, equivalentes aos dos empréstimos obtidos pela Varig para satisfação de seus compromissos, eis que obrigada a recorrer ao mercado financeiro para honrar as obrigações mais prementes, como as trabalhistas;

d) embora o contrato fosse anterior à Constituição vigente, datando de 8.7.1988, o artigo 167 da Emenda Constitucional 1/1969 já assegurava a garantia de que, nos contratos de concessão de serviços públicos, o valor das tarifas deveria corresponder à justa remuneração do capital, bem como permitir o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurar o equilíbrio financeiro do contrato;

e) a prova pericial acusou que, em fevereiro/1986, com o advento do Plano Cruzado, houve congelamento de preços por um ano, e as tarifas aéreas, já defasadas em 29%, ficaram sem reajuste durante 12 meses, sendo que o primeiro reajuste, após o congelamento, ocorreu em fevereiro/1987, no percentual de 30%, quando já havia uma defasagem acumulada de 53,8%. Os reajustes seguintes não obedeceram à política de custos, fazendo-se de forma aleatória e intempestiva;

f) a sentença proferida no 1º grau, pelo Juízo Federal da 17ª Vara/DF, julgou procedente a ação, reconhecendo haver o desajuste tarifário, e condenou a União a pagar a

indenização de R\$ 2.236.654.126,92, valor este encontrado pelo perito oficial, cujo trabalho buscou apurar a diferença entre a receita virtual e justa e a receita efetiva;

g) o TRF/1ª Região, rechaçando o argumento da União de que a defasagem entre custo e tarifa fora causada pela má administração da empresa, entendeu que a defasagem decorreria de uma inflação reprimida, cujo índice não traduzia a realidade econômica vivida, e que se poderia questionar o montante das perdas, mas não a tese jurídica em debate;

h) por fim, em síntese, o Regional, ao dar provimento parcial ao recurso da União, para excluir da condenação as perdas ocorridas até fevereiro/1988, por força da prescrição quinquenal, os lucros cessantes e os chamados juros de mercado, e negar provimento ao apelo da Varig, embora confirmando o direito aos expurgos inflacionários, devidos desde 1988, já incluídos na estimativa do perito do juízo.

Está na ordem do dia a discussão e a matéria encontra-se *sub judice*, estando os autos no E. Superior Tribunal de Justiça, para apreciação de recurso especial interposto pela Varig (RE n.º 628.806/DF).

Em face dos fatos ora sintetizados, envolvendo a companhia aérea rio-grandense, pode-se apontar a ausência de regulação como fator determinante da demanda judicial, pois o que se está discutindo é se houve violação, ou não, às cláusulas monetárias do contrato.

A propósito, cabe deixar assente que o poder público não tem como se furtar à obrigação de manter o equilíbrio dos contratos.

Sobre o assunto, ao tratar da Administração Pública, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 37, inciso XXI, que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Regulamentando o mencionado dispositivo, a Lei n.º 8.666/1993, editada como norma geral de licitação e contratação a que se refere o artigo 22, inciso XXVII, 1ª parte, da Carta Política, de aplicação subsidiária às concessões e permissões, é enfática com relação à necessidade de prévia concordância do contratado para a alteração das cláusulas econômico-financeiras e monetárias e, no caso do exercício, pelo poder concedente, da prerrogativa de modificação unilateral do contrato, da necessidade de manutenção do equilíbrio, a saber (grifos acrescidos):

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a **manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro**, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

(...).

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

(...)

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas **para que se mantenha o equilíbrio contratual**.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a atribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

(...)

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o **equilíbrio econômico-financeiro inicial**.

A preservação do equilíbrio dos contratos de concessão e de permissão também foi objeto de atenção do legislador ordinário no exercício de 1995. Com o advento da Lei 8.987/1995, a matéria passou a ter a seguinte disciplina (grifos não são do original):

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de **manter-se o equilíbrio econômico-financeiro**.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu **inicial equilíbrio econômico-financeiro**, o poder concedente deverá **restabelecê-lo**, concomitantemente à alteração.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do **inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato**.

Conclusivamente, tem-se que, uma vez comprovado o desequilíbrio econômico-financeiro, o ônus de ressarcir o contratado, no caso, o concessionário, será do poder concedente, sempre. Na esfera federal, portanto, será sempre da União.

No que diz respeito à eventual responsabilidade civil do Estado, no caso de dano decorrente da execução do serviço concedido, reproduz-se, no intuito de ilustrar a matéria, a ementa de julgado proferido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Segunda Turma, em sede de recurso especial (RESP n.º 28.222/SP), versando sobre a responsabilidade do concessionário e do poder concedente, na esfera municipal:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI, E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO

ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

I – O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou ‘convênio’ para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho.

II – Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei de concessões (Lei n.º 8.987, de 13.2.1995), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º, da Lei n.º 6.938/1981. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.

Nos autos da mencionada ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em desfavor da Prefeitura Municipal de Itapetininga/SP, o “Parquet”, arguindo que a prefeitura vinha se mantendo omissa quanto à poluição das águas do Ribeirão do Carrito ou Taboãozinho, que recebe despejos de esgotos urbanos sem tratamento, o que o torna imprestável para abrigar vida, requereu e obteve a condenação da municipalidade na obrigação de tratar da rede de esgotos, com fundamento na Constituição Federal, que garante, no artigo 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo. O Município recorreu e o Tribunal deu provimento ao apelo, reformando a sentença, ao argumento de que o município era parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, porque o mesmo firmara com a empresa Sabesp contrato de realização dos serviços de coleta de esgoto urbano, de modo que, por força do convênio, sem possibilidade de intervenção direta do poder concedente, caberia à concessionária responder pela demanda. Destarte, o Ministério Público aviou recurso especial, tendo o STJ, por maioria, conforme ementa acima transcrita, deliberado no sentido de que, no caso, por se tratar de responsabilidade por dano ambiental, de natureza objetiva, devem responder, solidariamente, o poder concedente e o concessionário de serviço público.

Na hipótese, em que pese ter sido outorgado à concessionária o direito de implantar, ampliar, administrar e explorar, com exclusividade, os serviços de abastecimento de água e de coleta e destino final de esgotos sanitários no município, nos termos do voto da nobre Relatora para o acórdão, Ministra Nancy Andrighi:

(...) o fato de ter havido concessão do serviço público não faz desaparecer a titularidade do concedente, que, por força do art. 23, inciso VI, da Lei Maior, firma a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas.

Note-se que o Município não perdeu o direito de explorar tal serviço, pois tinha e continua a ter sua titularidade, apenas atribuiu o exercício da execução de um serviço público a uma empresa que aceitou prestá-lo em nome próprio, podendo, inclusive, retomá-lo a qualquer tempo, desde que o interesse coletivo assim determine.

Em verdade, o que ocorre na espécie é a caracterização da solidariedade extracontratual por dano ambiental sufragada pela doutrina, e expressamente adotada pelo Código Civil, ‘verbis’:

“Art. 1518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação”⁷.

Trata-se, evidentemente, de uma hipótese de solidariedade legal, também denominada imperfeita ou aparente, criada por ficção legal.

Destes paradigmas decorre a legitimidade passiva do Município de Itapetininga para figurar no pólo passivo desta ação civil pública, porque a defesa do meio ambiente não pode ser preterida por um contrato de concessão, mas constitui dever do Município (art. 23, VI, C.F.-88), devendo ser salientado que o fim da Administração Pública se resume num único objetivo, qual seja, o de promover o bem comum da coletividade através dos serviços públicos.

No caso, embora se trate de responsabilidade solidária, a pronta atuação da agência reguladora competente, visando a inibir a omissão do poder concedente, poderia ter alterado os fatos, conduzindo, talvez, a ação judicial a um desfecho diverso.

Por parte do TCU, o controle sobre as agências reguladoras também deve estar voltado para a questão dos bens reversíveis, vale dizer, aqueles bens privados que deverão integrar-se no domínio público, ao final do contrato de concessão (JUSTEN FILHO, 2003, p. 265), pois, no caso da extinção contratual, dá-se a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, mediante indenização das parcelas dos investimentos vinculados aos aludidos

⁷ O artigo 1518 do Código Civil de 1916 corresponde ao artigo 942 do novo Código, cuja redação é a que se segue:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

bens, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido (artigos 35 e 36 da Lei n.º 8.987/1995).

Enfim, a garantia à indenização integra o regime econômico-financeiro da concessão, tratando-se, portanto, de obrigação do poder concedente ressarcir os valores cabíveis.

Por oportuno, convém transcrever o abalizado escólio de Marçal Justen Filho (2003, p. 570) acerca do tema:

A reversão não se faz gratuitamente. Como regra, o valor dos bens reversíveis é amortizado no curso do prazo da concessão. As tarifas são fixadas em valor que permita não apenas remunerar o concessionário pelo custo operacional do serviço mas por todas as despesas necessárias. Mais ainda, as tarifas deverão ser calculadas de modo a amortizar o valor dos bens empregados pelo particular e que serão ou consumidos na prestação do serviço ou integrados no domínio público ao final do prazo. Também sob esse ângulo é relevante a identificação prévia dos bens reversíveis: somente assim será possível determinar o valor dos bens e fixar tarifas aptas a propiciar a amortização de seu valor. Deverá examinar-se a situação concreta dos bens, tomando em vista, inclusive, o inventário e registro de bens mantido pelo concessionário (art. 31, inc. II) [da Lei n.º 8.987/1995]. Como é lógico, a perspectiva de indenização é muito maior quando a extinção da concessão der-se antes do término do prazo originalmente previsto para a concessão.

(...)

No término da concessão, assegura-se ao concessionário a indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados. Essa transferência compulsória de domínio de bens corresponde a uma modalidade de desapropriação. Exige-se, portanto, prévia e justa indenização em dinheiro.

Em outra vertente, o controle ganha relevo em virtude da previsão legal de encampação. As decisões administrativas tendentes à encampação da concessão devem ser precedidas de ampla ponderação por parte do poder concedente, haja vista que a retomada e a conseqüente assunção direta do serviço, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, somente pode ser levada a cabo após prévio pagamento da indenização, *ex vi* do artigo 37 da Lei de Concessões. Dependendo das cláusulas pactuadas no contrato de concessão, a verba indenizatória pode incluir tanto parcelas dos investimentos realizados, como a remuneração do capital e a indenização concernente a compromissos assumidos em relação a financiamentos e a terceiros contratados em função da concessão.

Seja no caso da reversão, seja no caso da encampação, o controle tem como um de seus principais objetivos evitar a dilapidação dos bens afetos à prestação do serviço público. A perda de valor desses bens, seja por força do mau uso ou da ausência de conservação, entre outras hipóteses, implica a necessidade de inversão de recursos por parte do poder

concedente, a quem compete zelar pela prestação de serviço adequado (artigo 6º da Lei 8.987/1995).

Nesse diapasão, tem-se que a fiscalização no curso da execução contratual é tarefa que não pode ser desprezada, ao contrário, pois o poder concedente, se for o caso, receberá ou assumirá os bens no estado em que se encontrarem. Quaisquer que sejam as condições em que estejam os bens, haverá reflexo direto na licitação que porventura venha a ser aberta. Por certo, não sendo boas as condições, haverá redução no valor da oferta que os futuros concessionários estarão dispostos a fazer. A propósito, frise-se que, se o poder concedente proceder à abertura de novo procedimento licitatório, o edital deve indicar as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior (artigo 18, inciso XI, da Lei n.º 8.987/1995).

A seguir, indicam-se alguns julgados acerca da atividade fiscalizadora do TCU junto às agências de regulação⁸:

a) Decisão n.º 215/2002 – Plenário: determinou-se à Anatel, no tocante à revisão tarifária das operadoras de telefonia fixa, que promovesse estudos conclusivos para definir uma metodologia que permita mensurar os ganhos de produtividade efetivamente auferidos pelas empresas de telecomunicações, incluindo os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, os decorrentes de novas receitas alternativas, bem como aqueles que não decorram diretamente da eficiência empresarial. Recomendou-se à autarquia que, ante a existência de aumento de tarifas bem acima do IPCA, ante os indícios de impropriedade das tarifas de interconexão fixadas pela agência e ante os indícios de impropriedade dos fatores de transferência de produtividade previstos nos contratos de concessão, verificasse a oportunidade e/ou conveniência de iniciar um processo de revisão tarifária nas concessionárias de STFC e SMC;

b) Decisão n.º 1.460/2002 – Plenário: determinou-se à ANTT que alterasse o contrato firmado com a Concepa a fim de prever "a consideração das receitas alternativas no cálculo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, dando ensejo à revisão contratual, na forma já adotada nos demais contratos de concessão rodoviária.". Determinou-se, também, a análise do impacto das receitas alternativas obtidas pelas concessionárias para efeito de favorecimento da modicidade das tarifas;

c) Decisão n.º 1.483/2002 – Plenário: determinou-se à Aneel, após a avaliação detalhada dos cálculos realizados pela agência, por ocasião do reposicionamento tarifário das

⁸ Precedentes jurisprudenciais noticiados por Benjamin Zymler, em palestra proferida neste ano.

Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A. - Escelsa, que definisse novas tarifas no prazo de 90 dias;

d) Acórdão n.º 736/2003 – Plenário: determinou à Anatel que, em seus estudos econômicos de fixação de preço mínimo de outorga de concessões, permissões e autorizações, justifique as premissas e critérios adotados, fazendo referência a dados econômico-financeiros, índices, estudos e projeções, de modo a assegurar a confiabilidade, a segurança e o rigor desses estudos.

CONCLUSÃO

Surgidas no contexto da reforma do Estado brasileiro, as agências reguladoras têm por missão institucional estabelecer regras atinentes a diversos setores econômicos e à prestação de serviços públicos, notadamente em face de falhas de mercado, a exemplo de monopólios naturais, assimetrias de informação e externalidades.

Constituídas, na esfera federal, sob a forma de autarquias especiais, integram a administração pública indireta, estando, pois, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União, a teor do disposto nos artigos 70 e 71 da Lei Maior.

A autonomia reforçada das agências reguladoras não implica que estejam à margem dos controles. Ao contrário. Seja orçamentária, financeira, funcional ou administrativa, seja normativa ou política, a autonomia é relativa, não se equiparando à soberania.

O poder discricionário do administrador público, cujo conteúdo envolve o exame da conveniência e da oportunidade da prática do ato, não é ilimitado, não se confunde com arbítrio, com liberalidade. Além de o ato ser vinculado, via de regra, quanto ao fim, à competência e à finalidade, a discricionariedade, no Estado de Direito, submete-se à lei e ao interesse público, encontrando, no quadro jurídico vigente, diversos limites.

Desses limites, em face da pirâmide normativa prevista na Constituição Federal, sobressaem os preceitos constitucionais, tendo proeminência os princípios, que, entre outras funções, visam a interpretar os demais diplomas normativos.

Num cenário de escassez, um dos objetivos primordiais do controle é a busca da melhor aplicação dos recursos financeiros. Com o advento da Carta Magna, deve-se ter por superada, ao menos em tese, no Brasil, a era dos controles de índole meramente formal, de modo que o poder discricionário do administrador público pode e deve ser controlado, sendo possível afirmar, com segurança, apesar da celeuma doutrinária e jurisprudencial, que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, os atos discricionários podem ser passíveis de censura, seja pelo Poder Judiciário, seja pelos órgãos de controle.

Embora o Poder Judiciário detenha o monopólio da jurisdição “stricto sensu”, o TCU, com esteio em suas competências próprias e privativas previstas constitucionalmente (“jurisdição especial”), tem por dever, nos limites estabelecidos pelo Legislador Constituinte, avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados pelos jurisdicionados.

Esses limites têm como parâmetros, particularmente, o princípio da legalidade, que alberga os demais previstos na cabeça do artigo 37, inclusive o da eficiência, e os princípios da legitimidade e da economicidade, expressos no artigo 70, “caput”, todos da Carta Política de 1988, assim como os princípios constitucionais implícitos, a exemplo da razoabilidade e da proporcionalidade.

Prestar contas é das tarefas mais nobres cometidas ao administrador público, que não gere recursos próprios, mas recursos do povo, tendentes à consecução do bem comum. Deixar de prestar contas quando se está obrigado a fazê-lo constitui ato de improbidade administrativa (artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992).

A prestação de contas é instrumento de transparência da gestão, sendo erigido, inclusive, no âmbito da Federação brasileira, à categoria de princípio constitucional sensível, de observância obrigatória, sob pena de intervenção federal ou estadual (artigos 34, inciso VII, alínea “d”, e 35, inciso II, da CF/1988).

O comando insito no artigo 70, parágrafo único, da Lei Fundamental, que prevê a obrigatoriedade de prestação de contas por parte de todo aquele, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos (...), não comporta interpretação restritiva, como se estivesse a se referir aos processos de prestação de contas anuais julgados pelo TCU (artigo 71, inciso II, da CF). Deve, sim, ser interpretado sistematicamente, no contexto da fiscalização constitucionalmente estabelecida, que alcança as vertentes contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, dos órgãos e entidades, traduzindo a ampla competência do controle externo.

Isso porque o núcleo da tipificação constitucional do dever de prestar contas é vasto. Não resta dúvida de que a intenção do Poder Constituinte foi delimitar um rol exaustivo, detalhando o maior número possível de hipóteses em que, de alguma forma, poderia haver a eventual “posse” de recursos públicos por parte de algum agente responsável, daí surgindo o encargo de prestar contas.

Desse modo, “quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes” (artigo 93 do Decreto-Lei n.º 200/1967).

Demonstrar o bom e regular emprego de dinheiros, bens e valores públicos inclui, também, os atos praticados sob o manto da discricionariedade, seja esta concebida como o poder do administrador público de optar entre alternativas legalmente admitidas (BUCCI, 2002, p. 12), seja como a escolha da alternativa mais adequada à finalidade legal, entre as

várias alternativas possíveis (BANDEIRA DE MELLO *apud* BUCCI, 2002, p.13). O que pode variar, dependendo do conceito adotado, é o alcance do controle.

A vontade do administrador público não é absoluta, ilimitada, nem pode se pautar, exclusivamente, em critérios próprios e subjetivos, sob pena de caracterizar arbitrariedade. Deve, pois, o poder discricionário ser exercido nos limites impostos pelo universo jurídico, sem extrapolação às prescrições legais, evitando-se, assim, que haja excessos ou desvios ao decidir.

A fiscalização prevista na Lei Fundamental supera as funções clássicas de inspeção e auditoria. Pergunta-se, então: qual seria a razão de ser da previsão de fiscalização operacional no artigo 70 da Constituição se os órgãos de controle não pudessem penetrar no mérito dos atos administrativos? Certamente, em face das competências outorgadas aos órgãos de controle externo, pelo Legislador Constituinte, o enfoque gerencial e a efetiva materialização dos empreendimentos do Estado não podem ficar à margem do controle.

Não há que se falar em avanço indevido do TCU sobre o mérito do ato regulatório, mas no cumprimento de competências constitucionais. O Tribunal não exorbita de suas funções quando, no exercício do controle, detectada ineficiência, ilegitimidade e/ou antieconomicidade do ato administrativo discricionário, entre outras hipóteses, assina prazo para adoção das providências cabíveis.

O controle da discricionariedade, buscando evitar, entre outras mazelas, o arbítrio, o despotismo, o desperdício, passa, necessariamente, pelo exame dos fundamentos de fato e de direito que ensejaram a prática do ato, isto é, o exame dos motivos da decisão administrativa integra a atuação das Cortes de Contas. Sempre que a motivação for aceitável, denotando efetivo cumprimento às normas em vigor, não caberá a interferência do TCU.

Os dispositivos constitucionais que impõem a fiscalização operacional são perfeitos, válidos e eficazes e o TCU está obrigado a exercer suas atribuições.

As concessões de serviço público requerem, em regra, investimentos significativos e de longo prazo, os quais, por sua vez, demandam estabilidade das regras e confiança nas instituições reguladoras, sob pena de retração do investidor. Nesse sentido,

Antes de significar fator de instabilidade, a atuação do TCU representa para os agentes econômicos a garantia de que as leis e os contratos serão rigorosamente cumpridos, propiciando segurança jurídica para os investidores e tranquilidade para os usuários dos serviços públicos.

(...)

É importante assinalar que a autonomia e a independência não podem respaldar ações contrárias aos fins pretendidos pela legislação. A atividade regulatória é

discricionária, mas não pode ser arbitrária. O Estado de Direito, garantia de todos, não se compraz com a arbitrariedade. Por isso, as decisões das agências reguladoras têm de ser tecnicamente fundamentadas, observar as leis que regem o setor e respeitar os contratos assinados, para a segurança dos investidores e proteção dos usuários.⁹

Conclui-se, pois, que o mérito administrativo não é impeditivo do controle externo. Eventual intervenção do TCU nos atos praticados sob o manto da discricionariedade não caracteriza ofensa ao princípio da separação de poderes (artigo 60, § 4º, inciso III, da CF), não significa invasão de competência, não configura intenção dirigista sobre os negócios privados. As competências são irrenunciáveis. Como defensor da estabilidade das regras, dos contratos e da eficiência do jogo regulatório, o TCU não pode omitir-se, tem a obrigação, o poder-dever de realizar o complexo de atribuições previstas no artigo 71 da nossa Lei Fundamental.

⁹ Artigo publicado no jornal Valor Econômico, edição de 23.6.2004, de autoria de Júlio Marcelo de Oliveira, José Márcio da Silveira e Silva e Rodrigo de Oliveira Fernandes, reproduzido no informativo União, do TCU, da mesma data, p. 14-15, sob o título “O Tribunal de Contas da União e as agências reguladoras”.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Sebastião *Baptista*. Tribunais de Contas no contexto do Poder Judiciário. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 109-119, out./dez. 1997.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no Direito Administrativo. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal*, n. 19, p. 593-596, fev. 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Capítulos 9 e 11. p. 313-367.

ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das Agências Reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 39-57.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 3 ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1992. Capítulos 4, 9 e 10.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. rev., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional n.º 24, de 9.12.1999. São Paulo: Malheiros, 2000a. Capítulos III e XII.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000b.

_____. “Relatividade” da competência discricionária. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, p. 131-140, jan./mar. 1996.

_____. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da Fiscalização a ser Desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 6, p. 367-374, jun. 1999.

_____. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109-131.

BARZELAY, Michael. Instituições centrais de auditoria e auditoria de desempenho: uma análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. Palestra proferida no seminário “O controle externo e a nova administração pública: uma visão comparativa”, realizado em Brasília/DF, em 15.7.2002. Brasília: TCU, 2002. p. 25-78.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 3337/2004, dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 21 de maio de 2004. p. 1-19.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Edital de Audiência Pública. Contabilização das Concessões Governamentais. Disponível em <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso: em 13 de setembro de 2004.

BRASIL. Confederação Nacional da Indústria. A experiência internacional das Agências Reguladoras e a avaliação da proposta de lei geral brasileira. Brasília: CNI, 2004. 94p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 32 /Organização, Remissões e Índices por Dulce Eugênia de Oliveira. 3 ed. São Paulo: Iglu, 2001.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2004.

BRASIL. Instituto dos Auditores Independentes do Brasil. Comunicado n.º 3, de 15.12.2003. Disponível em <<http://www.ibracon.com.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964*. Institui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos

institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 15 de outubro de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 8 de outubro de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000*. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de Coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 8 de outubro de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 8 de outubro de 2004.

BRASIL. *Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes, e dá

outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 8 de outubro de 2004.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. *Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001*. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema – Ancine e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 8 de outubro de 2004.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria Federal de Controle Interno. Instrução Normativa n.º 1, de 6.4.2001. Define diretrizes, princípios, conceitos e aprova normas técnicas para a atuação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sfc.html>>. Acesso em: 18 de outubro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n.º 28.222/SP. Acórdão de 15.2.2000. DJ de 15.10.2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 29 de setembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n.º 493.811/SP. Decisão de 11.11.2003. DJ de 15.3.2004. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 de setembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 429.570/GO. Decisão de 11.11.2003. DJ de 22.3.2004. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 de setembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado n.º 347 da Súmula da Jurisprudência predominante. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 9 de junho de 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Brasília : TCU, 2003. Aprovado pela Resolução n.º 155, de 4.12.2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa n.º 12, de 24.4.1996*. Estabelece normas de organização e apresentação de Tomadas e Prestações de Contas e rol de responsáveis, e dá outras providências.

BRASIL. O Tribunal de Contas da União frente às tendências do controle da Gestão Pública: uma proposta de mudança institucional. Área Temática 1: Paradigma de Controle Externo. Novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/intranet>>. Acesso em: 21 de junho de 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de Auditoria de Natureza Operacional. Brasília, DF, 2000.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. O controle externo e a nova administração pública: uma visão comparativa. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria TCU n.º 59/2003. In: BTCU Especial n.º 3, de 17.2.2003. Brasília, DF, 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 382 - Plenário, de 7.4.2004. In: Ata n.º 11/2004 – Plenário, TC-006.862/2003-9.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdãos n.º 934 e 935 - Plenário, de 14.7.2004. In: Ata n.º 25/2004 – Plenário, TC-003.995/2004-0.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Quarta Turma. Apelação Cível n.º 96.01.11458-0/DF. Decisão de 8.6.1999. DJ de 1.10.1999. Disponível em <<http://www.trf1.gov.br/processos/jurisprudencia>>. Acesso em 29 de setembro de 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2004. p. 1-12.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. Capítulo I e conclusão.

BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 29, n. 78, p. 41-45, out./dez. 1998.

_____. O princípio constitucional da eficiência. Um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 87, p. 39-50, jan./mar. 2001.

_____. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999. Capítulo 6. p. 130-147.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. 242 p.

_____. *O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras*. Palestra proferida no seminário “O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos”, realizado em Brasília, em outubro/2001. Brasília: TCU, 2002. p. 53-65.

FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas – competência normativa e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, p. 1-9, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *In*: Moraes, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 133-143.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. XI, n. 6, jun. 1995, p. 324-327.

FURTADO, Lucas Rocha. O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discricionariedade técnica. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 98, p. 11-18, out./dez. 2003.

GAETANI, Francisco. *Políticas de Gestão Pública para o próximo Governo*. Palestra proferida no seminário “O controle externo e a nova administração pública: uma visão comparativa”, realizado em Brasília/DF, em 15.7.2002. Brasília: TCU, 2002. p. 79-102.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Agências Reguladoras: a ‘metamorfose’ do Estado e da Democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). Disponível em:< <http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. Capítulos 6 e 8.

_____, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. Cap. 2.

KRAUSE, Eduardo Battaglia. Agências de Regulação. A importância da autonomia. *Revista da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - Agergs*. Marco Regulatório, n. 6, p. 23-28, 2º semestre de 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 460-464, jun. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000. Capítulo 2.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002a. p. 13-38.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002b. p. 768-820.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (Um estudo sobre os Tribunais de Contas no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar.2001.

NAGEL, José. Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 31-49, out./dez. 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Atlas, 2000. 124 p.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Caráter técnico-político das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 29, n. 78. v. 29, p. 35-40, out./dez. 1998.

SANTOS, Homero. O controle da Administração Pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 17-25, out./dez. 1997.

SILVA, Beatrice Maria Pedroso da. Discricionariedade e Vinculação. *Fórum Administrativo. Direito Público*, Belo Horizonte, n. 34, p. 3179-3191, dez. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12 ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996. Capítulos 3 (Terceira Parte, Título I) e 3 (Terceira Parte, Título V).

SOUTO, Humberto Guimarães. Congresso Nacional, Tribunal de Contas e Controle Externo. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 79, p. 31-41, jan./mar. 1999.

_____. Discurso proferido na abertura do seminário “O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos”, realizado em Brasília em outubro/2001. Brasília: TCU, 2002. p. 7-10.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. Capítulo

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 145-170.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

VILAÇA, Marcos Vinícios. Os Tribunais de Contas na melhoria da Administração Pública. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 59-72, out./dez. 1997.

_____. Os Tribunais de Contas e a qualidade do serviço público. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 98, p. 19-24, out./dez. 2003.

ZYMLER, Benjamin. *O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras*. Palestra proferida no Instituto Brasiliense de Direito Público. out/2003. p. 01-19.

_____. *O Tribunal de Contas da União e o controle das agências reguladoras*. Palestra proferida em evento promovido pela Editora Fórum. nov/2004. p. 01-21.